

Pedro J. Frías\*

# El Constitucionalismo Actual

## 1. Advertencia

Intento una lectura del constitucionalismo finisecular desde la experiencia, sin acumulación de datos y autores. Los hechos dramáticos de nuestro fin de siglo no se describen, pero están presentes, porque muertas las utopías revolucionarias ha sido el Estado constitucional la novedad del siglo XX.

Examino las presiones de la sociedad posindustrial sobre el constitucionalismo y su modo de recepción que no alterará el equilibrio actual, cuando además se advierte que la democracia mayoritaria, con sus espasmos eventuales, está reabsorbida por el Estado constitucional pluralista.

Cuando crece el “derecho a tener derechos”, estoy atento a su operatividad en orden a los obligados en los derechos públicos subjetivos y a las políticas en que se sustentan ciertos derechos por analogía.

Valores, cultura y educación arraigan en una confluencia cultural, donde actúan las creencias y la secularización, la ciencia y la reflexión crítica, la prioridad de los padres y el Estado docente.

En los poderes del Estado apenas insinúo los debates actuales entre presidencialismo y parlamentarismo o sobre el Poder Judicial. Muchos temas han quedado afuera: la descentralización administrativa y la territorial del poder. Las reflexiones que siguen no son pues exhaustivas, si es que hubieran podido serlo...

\* *Presidente honorario de la Academia de Derecho de Córdoba y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.*

## 2. El constitucionalismo en transición

El derecho es el orden del Orden Social, no todo el Orden, y el Derecho constitucional lo es por antonomasia. Las alteraciones del Orden Social se proyectan, tarde o temprano, en intensidad diversa, sobre el Derecho. Las transferencias entre Orden

Social y Derecho no son automáticas, porque el Derecho tiene su propia resistencia. Modera a veces los cambios o es insensible a ellos o también puede acelerarlos.

El constitucionalismo liberal preside la era constitucional. Fue la respuesta adecuada a sistemas políticos que procuraban gobernar para el pueblo, pero sin el pueblo. Ese constitucionalismo aseguró los derechos personales y un poder limitado, controlado y compartido.

La Gran Depresión Mundial cambió desde la década del '30 el escenario. El Estado se torna regulador, empresario y comerciante. Asume los "buenos sentimientos" que se formalizan después en el Estado de bienestar (*Welfare State*), como prestaciones que dan un crédito a los más débiles contra el Estado.

Fue el constitucionalismo social la respuesta estructurada por la Depresión y la Segunda Guerra. Ese constitucionalismo social suma a la propiedad privada su función social, a la iniciativa económica la solidaridad, a la representación política la participación popular. Lo exteriorizan los derechos sociales, algunos de los cuales no son sino derechos personales que hemos puesto a cargo del Estado.

Dije que el Estado de bienestar es la versión asistencial del Estado social de derecho. Sobre él se ha perdido la inocencia: las aspiraciones sociales crecen más que los recursos. Se ha hablado maliciosamente de un estado de malestar...

Su frustración es lugar común aun entre los socialdemócratas y para superarla está a prueba la "tercera vía". JUAN PABLO II en "Centesimus Annus" ha reconocido que fue paliativo para algunas necesidades pero acrecentó el aparato burocrático del Estado.

### *¿Un constitucionalismo posindustrial?*

En la dialéctica entre constitucionalismo y Orden Social se precisan pues el constitucionalismo liberal y sucesivamente el constitucionalismo social. ¿Hay para el constitucionalismo un tercer tiempo histórico? La revolución científica y técnica, el derrumbe del comunismo, ¿están cambiando el constitucionalismo? ¿La sociedad posindustrial se mimetiza en un constitucionalismo posindustrial?

En un estudio lúcido y denso lo afirma así JUAN FERNANDO SEGOVIA.<sup>1</sup> Mi conclusión es más atenuada. Comparto la descripción de DANIEL BELL que permite sugerir las transferencias que los cambios en curso provocan al constitucionalismo, pero el movimiento no es en una sola dirección. Hay que tener en cuenta la consistencia del Derecho Constitucional como compromiso normativo fundamental sobre el orden social querido para una comunidad.

<sup>1</sup> *Nuevas tendencias del constitucionalismo*, en Dardo Pérez Guilhou y otros, "Derecho Público Provincial", T. I, Mendoza, 1990, p. 105. Las citas Bell son de Segovia en "El advenimiento de la sociedad posindustrial", Alianza, Madrid, 1986.

La sociedad, según Bell, se encuentra fragmentada en tres estructuras que responden a principios distintos. Primero, la estructura social (economía, trabajo, tecnología). Segundo, la estructura política (distribución del poder, justicia) penetrada de participación y de igualdad. Tercero, la estructura cultural (valores y significados) que crece desde el sujeto hacia su autorrealización.

Estas estructuras, sí, se transfieren al Derecho Constitucional. La estructura social se traduce particularmente en la universalización de la economía de mercado o economía libre o economía de empresa. La estructura política busca nuevos controles y formas de participación. La estructura cultural, a su turno, se traduce en el “derecho a tener derechos”, en los derechos de tercera generación –al ambiente, al desarrollo, a la paz–, en el resguardo de la “diferencia”, en la liberación.

### **La recepción por el derecho constitucional**

Ya he dicho que el Derecho Constitucional no es el depósito inerte de esos cambios de clima. Veamos algunas precisiones:

- Ninguna reforma del Estado nos tomará desprevenidos para defender las dos funciones esenciales del Estado: Promover el bien común como gerente y asegurar las reglas de juego de la sociedad como garante, pero es cierto que las funciones del Estado tendrán otra lectura.
- Ningún descreimiento en la clase política logrará por ahora la sustitución de los partidos, aunque deban compartir las decisiones con la democracia semidirecta y otras formas de consulta.
- Ninguna exaltación individualista podrá ignorar la naturaleza social de la Constitución; ninguna secularización irá tan lejos como para desconocer los derechos de la conciencia religiosa; ninguna planificación cultural dejará de contar con el pluralismo de escuelas. Podemos creer, por ahora, que el constitucionalismo social pueda entrar en una fase posindustrial o posmoderna, pero los cambios de contenido no son automáticos. El Derecho Constitucional tiene su modo de recepción de los cambios, según la centralidad de la persona humana, la subsidiariedad pero necesidad del Estado y quizás refleje siempre –aun sin quererlo– un orden moral objetivo. Considerémoslo en transición, como puede estarlo una identidad fuerte abierta a los signos de los tiempos. Al fin, la vida es un movimiento especificador para todos.
- El Estado-nación debería convivir con los órganos comunitarios y tendremos que interpretar un capítulo de Derecho Constitucional Internacional.

### 3. El Estado de Derecho, novedad del siglo XX

Caídas las utopías revolucionarias, el Estado de Derecho del siglo XIX sigue siendo la novedad del siglo XX. La economía planificada centralizadamente no ha producido crecimiento. El socialismo real no ha conjugado la libertad con la igualdad. El Estado de clases se ha demostrado hostil para todos, excepto para la “nomenklatura”.

El Estado de Derecho se formó como réplica al capricho del soberano. Es la limitación del poder por el Derecho, con garantías fundamentales de las libertades públicas, protección del orden democrático, ordenamiento jurídico, control de la constitucionalidad de las leyes. El Estado de Derecho implica reglas constitucionales que se imponen a todos (OLIVER DUHAMEL). En un primer nivel resalta el Estado de policía, pero no entendido como despotismo, sino como regulación del Poder Ejecutivo, legalmente centrado en el derecho administrativo como derecho de personas desiguales, porque primero es necesario obedecer y recién después impugnar. El segundo nivel es el Estado legal, con soberanía de la ley y ya no de la regulación ejecutiva. Adviene la institución representativa, con el parlamentarismo grandilocuente entre las dos guerras.

La precariedad de esta construcción encontró remedio en el Estado constitucional, o constitucional pluralista, como lo definió RAYMOND ARON. Tenemos entonces la pirámide de normas que KELSEN construyó con tanta sutileza como fragilidad. ¿Por qué? Porque el Estado de Derecho supone un juego político bajo reglas que lo mantienen en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol; el vencedor no debe ir demasiado lejos. EMERI,<sup>2</sup> a quien sigo en apretada síntesis, vuelve a ARON o a ROBERT DAHL: la democracia pluralista, una lucha limitada. Tiene que mediar entonces consenso sobre esta limitación y esta condición necesaria vincula el tema con los procesos de comunicación social. El vínculo es jurídico y el meollo opinión.

El vínculo es jurídico —digo— y de naturaleza constitucional y por eso, por arriba de los actores cotidianos de la competición política, dada la rigidez institucional. En tiempos de integración hay que tener en cuenta que por sobre el bloque constitucional nacional irá emergiendo el supranacional. Hay pues ya un Estado de Derecho europeo que se impone a los Estados-miembros.

Los garantes del Estado del Derecho son los jueces: o el control de constitucionalidad de los americanos y de algunas Cortes latinoamericanas o el control concentrado en las Cortes Constitucionales.

No faltan los “estados de alma” críticos para esta intervención de los jueces, pero felizmente para el Estado de Derecho entre nosotros no es así. Podrá haber momentos de desconfian-

<sup>2</sup> CLAUDE EMERI, *L'Etat de droit: état de la recherche et problèmes actuels*, comunicación al XV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Buenos Aires, 1991.

za en la institución judicial, pero nadie propone alternativas para su misión de contralor.

#### 4. El tiempo de los derechos

Las degradaciones que el hombre ha sufrido en pleno siglo XX han provocado una reacción afortunada a partir de las experiencias totalitarias, las guerras subversivas y las represiones dictatoriales; las disciplinas del espíritu han consagrado los derechos humanos; más aún: se han universalizado e internacionalizado.

Que ha sido así es evidente a nuestra conciencia; menos claro puede ser el proceso histórico: primero, los derechos fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; luego los derechos sociales nacidos de la depresión junto con el constitucionalismo social; por fin los de tercera generación, adscriptos a la sociedad posindustrial.

Los primeros –como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad– se suponen anteriores al Estado, son operativos, reconocen sujetos pasivos constitucionalmente obligados; son derechos públicos subjetivos. Los segundos –derecho a la salud, a la vivienda, a la sindicación– no suelen ser directamente operativos, porque requieren alguna intermediación estatal; los terceros –derecho a la paz, al ambiente sano, al desarrollo– no sólo no son operativos, sino que son derechos por analogía, pues son expectativas humanísimas confirmadas a veces por compromisos constitucionales. Pero se puede disentir con mi apreciación.

No siempre los derechos son predicados para todos; crece el reconocimiento del derecho a la diferencia –minorías étnicas, lingüísticas, sexuales– y aun otras diferencias más sutiles que GUY SORMAN ha descrito pintorescamente en el marco de algunas universidades americanas.

Los debates no son tan simples ni de fácil pronóstico. Por ejemplo, ¿tienen algún fundamento los derechos humanos? Aquí se entrecruzan las convicciones: muchos acudirán a la entraña misma del ser humano para recordar que fue creado “a imagen y semejanza de Dios”. Pero los positivistas no concuerdan, como es sabido: un distinguido filósofo analítico ha escrito que ese fundamento es imposible porque Dios no tiene derechos humanos... En *El tiempo de los derechos*, NORBERTO BOBBIO<sup>3</sup> dice que nacen de la experiencia histórica. Pero este debate –por importante que sea– pertenece a la filosofía política, no al derecho constitucional, que ya bastante tiene con poner orden.

#### Orden en los derechos

El primer atributo de ese orden lo expresa de este modo BIDART CAMPOS.<sup>4</sup> Un derecho subjetivo debe estar formulado así: 1) a favor de quién se reconoce, es decir, quién es el sujeto activo titular; 2) contra quién resulta oponible, o sea el sujeto pasi-

<sup>3</sup> Editorial Sistema, Madrid, 1991.

<sup>4</sup> Entre otras obras de Bidart Campos, *Constitución y derechos humanos*, Ediar, Bs. As., 1991, p. 61.

vo; 3) cuál es la obligación que grava al sujeto pasivo; de omitir, de dar o de hacer; 4) cuál es la vía de ejecución del derecho.

El segundo atributo de ese orden es una asignatura pendiente: suponer que hay titulares de derechos que no reconocen un sujeto pasivo, un deudor.

El tercer atributo es la universalización que acompaña como su sombra a la tendencia de universalización del modelo de Estado constitucional democrático.

El cuarto atributo es la internacionalización, formalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de Costa Rica, y cuya experiencia es ilustrada en libros diversos, como los de HÉCTOR GROSS ESPIELL, canciller del Uruguay, y HORTENSIA GUTIÉRREZ POSSE.

Si quisiéramos sintetizar –no sin riesgo– la fase actual de este tiempo de derechos diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional. Como escribe JUAN FERNANDO SEGOVIA, se trata del derecho a tener derecho.<sup>5</sup>

## 5. Asignaturas pendientes. Derechos económicos y sociales

La economía social de mercado ha precedido en los hechos a las Constituciones. Se ha impuesto el efecto de lo público que ha caracterizado al período 1930-1989 con el fracaso del socialismo real. O hay economía social de mercado o hay socialismo de mercado según el modelo escandinavo.

La clase política ha dejado la marca de sus vacilaciones en las leyes fundamentales más recientes. Dudo de adscribir las nuevas Constituciones de Brasil y Colombia a la economía social de mercado, pero los hechos van titubeantes en esa dirección. No es que la función social tenga tanto relieve como la propiedad privada, sino que es la opacidad de la iniciativa privada la que despierta mis dudas. La mayoría de las reformas de las Constituciones provinciales argentinas hacen economía social de mercado sin decirlo, como aquel personaje de Molière hablaba en prosa sin saberlo.

En la transición entre el ciclo de lo público y el ciclo actual de lo privado, los conceptos de subsidiariedad del Estado y de economía de mercado han sido ocultados. Es un pudor inevitable pero mal entendido. Algunos no lo han tenido. Cuando Michel Rocard asumió la jefatura del gobierno francés, dijo: “Je suis un gauchiste de marché libre”. Y cuando Felipe González debió girar recordó a WEBER: “hay que pasar de la ética de los principios a la ética de las responsabilidades”. Y cuando el Presidente argentino Menem transformó las líneas del justicialismo, optó por la economía de mercado. “Marx ha muerto, la revolución ha muerto y la socialdemocracia no se siente demasiado bien”.

<sup>5</sup> “Aproximación al estudio de los derechos constitucionales” en *Derecho Público Provincial*, I, Depalma, Mendoza, 1990, p. 329.

Esta descripción es provisoria y resulta más útil plantearse las cuestiones disputadas.

### **Las interrogaciones pendientes**

Hay pues un ordenamiento económico-social. ¿Pero todas las prescripciones son normas jurídicas vinculantes? El debate puede sintetizarse así. Para algunos no todas son normas jurídicas porque no son una orden, mandato o prohibición o no delimitan derechos y deberes entre sujetos. Para otros son mandatos imperativos, con proposiciones finalistas o de resultados para los poderes públicos, imponiéndoles un estándar de actuación cuya determinación no está siempre en la norma, sino que se atribuye a los órganos habilitados.

Y sin resolver el debate, se insinúa otro. ¿Son programáticas o directamente operativas? ¿Son completas o incompletas? Según la Constitución de Salta son directamente operativas; según la de Córdoba, lo son si no requieren legislación complementaria; otras han preferido una redacción de finalidad programática. Me parece atinado lo que dice la Constitución española de los “principios rectores” de la economía: “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero bien entendido que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¿Y si el poder público no desarrolla las normas para que los titulares de derechos puedan ejercerlos? La inconstitucionalidad por omisión podría autorizar a los tribunales a integrar el orden normativo o a fijar indemnización si no es posible. ¿Pero es oportuno acosar a un sector público ya exhausto por sus promesas incumplidas?

¿Y hay un modelo? Uno está pensando en la economía social de mercado. ¿O las constituciones son neutras? Si hay interrelación entre los protagonistas y los factores de producción, hay sistema. Y si hay sistema, el modelo está cerca. Hablará más bien de la economía libre como paradigma de explicación de las relaciones. Aun en los “paraísos artificiales” que inventa la Constitución de Brasil, tan voluntarista, tan ingenua, quizás tan utópica.

No quisiera que estos debates de derecho indujeran al pesimismo. Si se plantean es porque las aspiraciones humanas buscan la eficacia de las normas. Pero cuando el grado de desarrollo o la mala asignación del gasto público o la falta de solidaridad no permite satisfacerlas, los derechos económico-sociales son seguridades que, paradójicamente, aumentan la incertidumbre.

## **6. Valores, cultura y educación**

El constitucionalismo actual elige los valores para la cultura y la educación en una confluencia de tensiones: para los valores, entre las creencias y la secularización; en cultura hay que agregar ciencia y técnica y en educación la tradición más o menos rigurosa del “Estado docente”.

Dios no ha muerto para las Constituciones más recientes, como las de Brasil y Colombia; al hombre se le reconoce un destino trascendente y esta afirmación es menos equívoca que la apelación al humanismo o la ciencia o a la capacidad crítica, todas ellas valiosas.

Con buena voluntad, la lectura antropológica es correcta. Los fines se inclinan más a la plenitud del ser que a la liviandad del ser. Pero el secularismo ha erosionado las convicciones y cobra sus precios.

Con alguna excepción menor, ya no hay Estados confesionales en Occidente. Si el tema tiene recepción constitucional, las relaciones entre Iglesia y Estado se formulan sobre dos claves: la autonomía y la cooperación.<sup>6</sup> De parte de la Iglesia media la doctrina del Concilio Vaticano II; de parte del Estado, una legítima secularización. Hay una cooperación abierta para el bien común y otra más institucionalizada en las cuestiones mixtas: educación religiosa, asistencia espiritual en las fuerzas armadas y en las cárceles, uso a favor de la Iglesia del sistema recaudatorio del Estado.

La cultura es una conquista personal, pero también un derecho para postulantes que no encuentran otro obligado que las promesas explícitas, pero en la realidad esquivas, aunque cada pueblo es un taller de culturas en que el hombre se manifiesta.

La educación pública –estatal y privada– se define por el pluralismo de escuelas, por la universalización de la enseñanza privada en homenaje al derecho de los padres, a veces recortado por el Estado docente. Lo que no siempre hay es pluralismo en la escuela estatal, diversificada entre una enseñanza neutra, religiosa y moral. A veces la Constitución es explícita, como en Brasil que prevé la matrícula religiosa, u otras que la definen como única; pero también hay textos que guardan silencio, reservando a la ley la cuestión disputada.<sup>7</sup>

Interpretando la cultura de la posmodernidad, el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que “relativizar las creencias”. Por mi parte, creo que hay que ponerlas en diálogo pero no relativizarlas. El futuro se juega entre estas dos actitudes.

## 7. Los poderes

En la superficie del constitucionalismo actual emerge el debate sobre el presidencialismo y a veces la opción entre presidencialismo y parlamentarismo.

En 1938 EMILE GIRAUD pronosticaba el predominio del Poder Ejecutivo en Amé-

<sup>6</sup> PEDRO J. FRÍAS, *Gobiernos, sociedad e Iglesia en América Latina*, Ed. Claretiana, Bs. As., 1977; LUIS PRIETO SANCHÍS, *El derecho Eclesiástico en la década constitucional*, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 66, oct. 1989, p. 95; DIONISIO LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El principio de la operación del Estado con las confesiones religiosas*, idem, mayo 1989, p. 199.

<sup>7</sup> “El derecho a la educación”, número especial de la *Revista española de derecho constitucional*, año 3, N° 7, 1983. En el derecho público provincial argentino, cfr. FRÍAS, *Las Nuevas Constituciones provinciales*, Depalma, Bs. As., p. 57.

rica Latina, sólo que la supremacía del Ejecutivo no se ha materializado únicamente porque sea “una individualidad la que debe eclipsar y subyugar a las asambleas”, como anotaba Giraud hace más de medio siglo.

El barroco iberoamericano se proyecta sobre nuestro presidencialismo, como una disipación casi siempre vistosa, con su exceso de energía, con su carga instintiva más que ejercicio de razón.

## Presidencialismo o parlamentarismo

Argentina e Italia podrían ejemplificar direcciones opuestas en la opción entre régimen presidencial o régimen parlamentario.

En la Argentina, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, durante la presidencia del Dr. Alfonsín, hizo aportes substanciales en la propuesta de parlamentarización del presidencialismo. Aunque no lograron convencer a la dirigencia política ni a los cultores del derecho público, quedó clara la preferencia por un presidencialismo atenuado, con un ministro-coordinador –no primer ministro– que, nombrado por el Presidente, pudiere ser destituido por la Cámara de Diputados sin necesidad de recurrir al juicio político.

En Italia la ejemplificación es al revés. El Presidente no responde ya a la estatua en que el régimen parlamentario lo encierra y el Partido Socialista postula con convicción el tránsito hacia la república presidencial; pero el modelo no es americano, es francés.<sup>8</sup>

Este debate tiene resonancias diversas que sugieren dos posibilidades: un presidencialismo moderado o un parlamentarismo moderado,<sup>9</sup> con o sin primer ministro.<sup>10</sup>

## Los jueces

En miscelánea, la actualidad mira hacia el *Conseil Constitutionnel* de Francia, donde se cierra un debate para reabrirlo con la propuesta del Presidente Mitterrand de abrir el acceso a los pronunciamientos del Consejo. En España son notorias las denuncias por la politización. En Estados Unidos la Corte Suprema se vuelve conservadora, sin que se crea por ello que abandonará la defensa de la persona o de la privacidad.<sup>11</sup> Las sospechas sobre la fragilidad de los jueces forman parte del imaginario colectivo con más frecuencia que la confianza convencida.

<sup>8</sup> Mondoperaio, Revista del Partido Socialista Italiano, ha abierto el debate en sus N° 10 y ss. de 1991, en el que han intervenido LUCIANO CAVALLI, ANTONIO LANDOLFI, MACCANICO Y VALIANI.

<sup>9</sup> La bibliografía es demasiado extensa. Cfr. HUMBERTO NOGUEIRA-ALCALÁ y las ponencias del IV Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Madrid. La bibliografía anglosajona en *Presidencialismo e democrazia maggioritaria de Arend Lijphart*, en “Rivista Italiana de Scienza Politica”, dic. 1989.

<sup>10</sup> La adversidad parece empujar a Venezuela en 1992 a incorporar el primer ministro.

<sup>11</sup> BERNARD SCHWARTZ, *La Corte Suprema norteamericana*, en Academia N. de Derecho de Córdoba, “El derecho y los problemas contemporáneos”, Córdoba, 1991, p. 133.

El tema mayor es el control de constitucionalidad y el sistema de designación de los jueces. Se apuesta al sistema americano de control difuso o más bien al austríaco de control concentrado, que el derecho iberoamericano ha combinado. Preocupan la acción popular de constitucionalidad, las cuestiones políticas y su razonabilidad, los estados de emergencia.

## 8. El control como función y como poder

En el Estado contemporáneo el “control” es una función, pero también es –orgánicamente– un “poder”, y un poder del Estado mismo. Puede ocurrir que sus roles correspondan a más de un órgano estatal, pero ello no impide que su imbricación lo sitúe junto a los demás poderes del Estado. Puede afirmarse que los “poderes” que resultan del proceso gubernamental se proyectan en las siguientes fases: 1) asesoramiento (un verdadero “poder de consulta”, según DUVERGER); 2) decisión (*policy determination*); 3) ejecución (*policy execution*); 4) control, y responsabilidad (que es emergente de la función de control). En líneas generales puede sostenerse que la tradicional trinidad orgánica de los poderes es reemplazada conceptualmente por una división funcional, que corresponde mucho más exactamente a la dinámica del Estado contemporáneo (VANOSSI, J.R.A. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Bs. As., 1987, p. 91). A mayor abundamiento, VANOSSI<sup>12</sup> cita a KELSEN para poner de relieve la publicidad como control.

## 9. Epílogo

Los hechos históricos de este fin de siglo no han modificado el contenido del constitucionalismo occidental, pero lo han universalizado, con las sabidas excepciones. En diez tesis podría sintetizar las pulsiones del constitucionalismo finisecular.

**Primero:** si la sociedad está en cambio, también cambiará el derecho constitucional,

<sup>12</sup> Como diputado nacional, Vanossi ha propuesto en la Argentina la creación del Consejo de Control de los Órganos de Fiscalización del Poder Ejecutivo. También Carlos A. Floria, *Democracia, valores y confines* en “Criterio”, N° 2249, IV/200, p. 144.

KELSEN era concluyente en lo relativo a la íntima relación existente entre control y Estado de Derecho. Sobre el particular afirmaba que: “Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática, y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las immoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma de política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control –que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado–, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado” (KELSEN, H. *Esencia y Valor de la Democracia*, reimpresión, Ed. Nacional, México, 1974, pág. 145).

pero las transferencias no son automáticas. El derecho –todo derecho– puede acelerar, retrasar o despreocuparse de los cambios sociales.

**Segundo:** el Estado de Derecho, la novedad del siglo pasado, es también la novedad del siglo XX, una vez caídas las utopías revolucionarias. Porque las sociedades prefieren un juego político que el Estado de Derecho mantiene en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol, de la lucha limitada. Y debe agregarse que el Estado de Derecho ha reabsorbido las convulsiones siempre posibles de la democracia mayoritaria de Rousseau. Se prefiere el consenso, pero si es necesario acudir a la mayoría, se piden excusas y se invoca a la democracia y a la Constitución.

**Tercero:** vivimos en el tiempo de los derechos: los fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; los sociales a partir del 30; los de tercera Generación, por fin, que nos prometen paz, desarrollo y ambiente sano. Sintetizando no sin riesgo, la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas, pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional.

**Cuarto:** Los derechos económico-sociales son asignaturas pendientes, no en cuanto sean catálogos de ilusiones, sino por el debate no concluido sobre su naturaleza de normas y su operatividad. Aunque deban inspirar toda gestión pública, parece preferible que no puedan ser invocados ante la jurisdicción sino cuando hayan sido desarrollados legislativamente.

**Quinto:** los valores que nutren la educación y la cultura nacen de una confluencia muy sometida a los “estados de alma” de la sociedad, en que se entrecruzan creencias y secularización, ciencia y conciencia crítica, derechos de los padres y Estado docente. Interpretando la cultura de la posmodernidad, el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que “relativizar las creencias”. Por mi parte, creo que no hay que relativizarlas sino ponerlas en diálogo. El futuro se juega entre estas dos actitudes.

**Sexto:** el régimen político vacila entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Mientras en la Argentina se postula un sistema presidencial moderado, como sería la introducción de un ministro coordinador nombrado por el Presidente pero posible de destitución por los diputados, en Italia el Partido Socialista pugna por la república presidencial de los franceses. En México el Ejecutivo ha sido “desacralizado”. En todo caso, el cesarismo barroco suscita resistencia.

**Séptimo:** es recurrente la atención que se presta en todas partes al sistema electoral, y no siempre por descontentos de coyuntura; las correcciones de cosmética al Poder Legislativo; cierta insatisfacción sobre el Poder Judicial, sobre sus sistemas de designación, su independencia y su eficacia. Pero habría que reconocer que todo sistema electoral tiene efectos no deseados; que el Parlamento es una asamblea y las asambleas

no tienen la concentración de decisión del Ejecutivo y que, finalmente, las sociedades han transferido demasiados conflictos al Poder Judicial.

**Octavo:** el control se va insinuando como función y como poder dentro del Estado mismo. El proceso gubernamental se proyecta como asesoramiento, decisión, ejecución y control más responsabilidad. Pero el control se instala con más fragilidad que la ejecución.

**Noveno:** a fines de este siglo, el Estado se manifiesta demasiado pequeño para ciertas responsabilidades y demasiado grande para otras. En el primer caso, crece la integración regional y continental, que requiere transferencias de decisiones a órganos supranacionales. En el segundo caso, la descentralización es una palabra clave, para bajar las obras y servicios hacia las bases sociales. Crece la autonomía del municipio, los espacios homogéneos se organizan en regiones y el federalismo proporciona sus formas para cada situación, en la plenitud o en la adversidad de cada Estado.

**Décimo:** la herejía del siglo XX fue el totalitarismo. ¿El siglo XXI? No desearía anticiparme. Si el pluralismo degrada en relativismo y el *ethos*, o sea los valores vividos en la vida emotiva de la gente, lo construyen la televisión y las tecnoestructuras, podemos temer un agotamiento de la democracia, a lo menos una formalización.