

Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

## **"TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL"**

RICARDO HARO  
Académico Correspondiente

**SUMARIO:** I.- APROXIMACIÓN AL TEMA: DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO AL CONSTITUCIONALISMO DE LA SOCIEDAD POS-INDUSTRIAL.- II. TENDENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO SISTEMA JURÍDICO: A) El método gnoseológico del Derecho Constitucional; B) Una versión contemporánea de la supremacía constitucional; C) Reacomodamientos en el reparto de las competencias del Poder Político; D) Los procesos de integración y el Derecho Constitucional.- III. TENDENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD: E) Enfoque antropológico del tema; F) Los Derechos Humanos de tercera generación; G) La internacionalización de los Derechos Humanos; H) Derecho Procesal Constitucional; I) Nuevas Fronteras en el Control de Constitucionalidad.- IV. LAS TENDENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER: J) Estado social y democrático de Derecho; K) Poder y formas de gobierno: a) Fortalecimiento de los "ejecutivos"; b) Moderaciones del "presidencialismo" y del "parlamentarismo"; c) Poder y Control.- L) Poder, Economía y Globalización.- V. A GUISA DE COLOFÓN.-

### **I.- APROXIMACIÓN AL TEMA: DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO AL CONSTITUCIONALISMO DE LA SOCIEDAD "POST-INDUSTRIAL"**

1.- A modo de introducción, bueno es recordar muy sucintamente que el constitucionalismo, como movimiento filosófico-político que realizó una de las mayores revoluciones en la dialéctica y conflictiva relación entre Sociedad y Estado, justificó su origen y desarrollo en la afirmación y protección de la dignidad de la persona humana, paradigma fundamental que marcará definitivamente la construcción de un progresivo sistema jurídico-institucional, que abrevará en una axiología antropológica, política, social, cultural y ética.-

Para el logro de tan excelso objetivo intuitivo del hombre, fue imprescindible, por un lado, reconocer los *derechos individuales* y sus correspondientes garantías. Y por otro, establecer la *división y equilibrio del poder* y sus funciones, que se imputaron a diversos

órganos, en procuración de un poder limitado y controlado, para evitar todo abuso que violase la dignidad humana. Frente a la "voluntad del rey" solo legitimada en Dios, de las monarquías absolutas de derecho divino, surge el constitucionalismo y el Estado de Derecho que se fundaban ahora en la "voluntad de la ley" legitimada en la incipiente soberanía popular.-

Estas ideas-fuerzas, fundamentadas en una concepción acentuadamente individualista, fueron asumidas en un primer momento por los postulados que sostuvo el Constitucionalismo Clásico o Liberal, para mas tarde, con motivo de los excesos de una irracional aplicación de ese individualismo en la vida de la colectividad y de la aparición en la escena mundial de la llamada "cuestión social", transformarse en las primeras décadas del presente siglo, en la nueva versión que representaba el Constitucionalismo Social, en el que como bien afirma Mirkin de Guetzevich, se pretende "el control social de la libertad individual", ya que sostendrá junto a la libertad, la propiedad y la seguridad del Constitucionalismo Liberal, los valores de la justicia y la solidaridad, insuflando toda una dimensión social al derecho, que se proyecta en el nuevo Estado Social de Derecho en la expresión de Hermann Heller, y que se afianza definitivamente después de la segunda post-guerra mundial.-

2.- Ahora bien, finalizando ya el segundo milenio, nos encontramos frente a cambios cada vez más profundos y dinámicos, tanto en las estructuras sociales, como en las culturales y en las económicas, que se originan y manifiestan en un acelerado progreso científico-tecnológico realmente sorprendente y desconcertante. Estas circunstancias que señalamos, ha llevado a diversos pensadores - en el decir de Juan Fernando Segovia ( "Nuevas Tendencias en el Constitucionalismo", en "Derecho Público Provincial", Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos", Depalma, Mendoza 1990, t. I, pág. 106), a calificar a nuestra sociedad como "tecnocrática" para Brzezinsky, o "participativa" para Zampetti, o "post-moderna" para Lyottard, o "post-industrial" para Daniel Bell. Y desde la perspectiva institucional-política, agregamos nosotros la "tecnocracia" en Meynaud o la "tecno-democracia" de Duverger.-

Vale la pena reseñar brevísimamente la prognosis propuesta por Daniel Bell en su obra "El advenimiento de la sociedad post-industrial" (Alianza Editorial, Madrid 1976), fruto de más de diez años de investigación y debate, sosteniendo que en los próximos treinta o cincuenta años, veremos surgir lo que ha dado en llamar la "sociedad post-industrial", que implica

primeramente un cambio en la estructura social, y sus consecuencias variarán según las diferentes configuraciones políticas y culturales de las sociedades.- Los cambios de esta nueva sociedad, plantearán problemas de dirección para el sistema político, lo mismo que los cambios en la cultura y el estilo de vida, que confrontarán con la tradición.-

Como a cualquier otra sociedad, a la "post industrial" se la puede dividir analíticamente en tres partes: La estructura social, la política y la cultura, cada una con un principio axial diferente. En la estructura social, el principio es el de *economizar* de acuerdo con el principio del menor costo, optimización, maximización, etc. Por su parte, el principio axial en la política moderna es la *participación*, a veces movilizada y controlada, y otras exigida desde abajo. En cuanto a la cultura, el principio axial es el deseo de *realización y reforzamiento del sujeto*. Los cambios en la estructura social, plantearán problemas "gerenciales" al sistema político. Como la sociedad post-industrial aumenta la importancia del componente técnico del conocimiento, obliga a los hierofantes de la nueva sociedad -científicos, ingenieros y tecnócratas- a competir con los políticos o a convertirse en sus aliados.-

3.- Estos profundos cambios económicos, sociales y culturales que tanto inciden en lo político, deben ser asumidos adecuadamente por el Derecho, y con facetas propias por el Derecho Constitucional, teniendo muy presente, para evitar enfoques jurídicos erróneos, que con Ortega y Gasset sostenemos que si bien es cierto que el Derecho "es realidad social", también lo es que el Derecho "no es toda la realidad social", y con Pedro J. Frías "que las transferencias entre Orden Social y Derecho, no son automáticas, porque el Derecho tiene sus propias resistencias, modera a veces los cambios, o es insensible a ellos o también puede acelerarlos".-

Con ese trasfondo histórico-sociológico, iniciamos el comentario de aspectos relevantes de algunas de las tendencias contemporáneas que deseamos resaltar en el Derecho Constitucional.-

## **2.- TENDENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL** **COMO SISTEMA JURÍDICO**

En este acápite, creemos relevante destacar entre otros, los aspectos referidos al “método del derecho constitucional”, a la incidencia de "los procesos de integración" y a "las nuevas facetas de la supremacía constitucional" en el orden jurídico .-

#### **A) El Método Gnoseológico del Derecho Constitucional:**

4.- En cuanto a este tópico, compartimos con la casi unanimidad de la doctrina argentina y comparada, la afirmación definitiva de una “orientación realista” en el método del conocimiento del Derecho Constitucional que nos presenta una generalizada opinión en la doctrina tanto argentina como comparada, decididamente dispuesta a trascender, si bien con diversos matices en los enfoques, la unilateralidad formal del positivismo jurídico, para adentrarse en un análisis de la integridad de las diversas facetas que constituyen la realidad del régimen constitucional.-

Desde esta óptica, podemos señalar ya sea el *sociologismo jurídico o positivismo social* de León Duguit o el *institucionalismo* de Maurice Hauriou, posiciones tan disímiles a concepciones por un lado, marcadamente "hiperfactualistas" como el *decisionismo* de Carl Schmitt, o por otro lado, la *teoría pura del derecho* de Hans Kelsen , en la que mediante una "pureza metódica" que considera indispensable aplicar a la Ciencia Dogmática del Derecho, pretende liberar a la Ciencia Jurídica de todos los elementos extraños que no pertenecen al objeto del Derecho y le interfieren (v.g. ingredientes políticos, sociológicos, morales, etc).-

5.- Dentro de la orientación *realista*, tenemos por una parte, el *realismo jurídico*, que tuvo en César Enrique Romero ("Introducción al Derecho Constitucional", Victor P.de Zavalía, Buenos Aires 1973) uno de sus cultores más afectos, y que sostiene como ineluctable el auxilio de las ciencias que nos suministren los conocimientos de los ingredientes políticos, económicos, antropológicos, sociológicos, etc, los cuales nos permitirán conocer la verdad y plenitud del régimen político.- Para ello, con Manuel Jiménez de Parga plantea los interrogantes fundamentales de quien manda ? cómo manda ? y para qué manda ?, cuyas respuestas deben formularse complementando la óptica “constitucionalista” o “formalista“, que otorga primordial importancia a la normatividad constitucional, con la óptica “politológica” que atiende especialmente

al examen de las reales fuerzas políticas y a los condicionamientos históricos y sociales que muestran la vigencia o no de las instituciones.-

En similar perspectiva, Segundo V. Linares Quintana ("Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Edit. Plus Ultra, Buenos Aires 1981, t. 1 ) luego de realizar un exhaustivo estudio de los diversos métodos que se han concebido para el conocimiento del Derecho Constitucional, afirma que el rótulo de ciencia política y constitucional, vincula en forma íntima áreas de investigación que antes eran estudiadas separadamente, como compartimentos estancos, pretendiéndose separar lo que en la realidad es inseparable. El *método político*, se traduce en una adecuada consideración de la dinámica constitucional y de la realidad del funcionamiento del mecanismo estatal.-

6.- Coincidentemente, y entre muchos, se inscribe Maurice Duverger, quien en la década del 50, ya adopta para su cátedra en París el nombre de "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", convencido que "el Derecho Constitucional es cada vez menos el Derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el Derecho de las Instituciones Políticas, conténganse o no en el texto constitucional, pues continúa, se deben incluir éstas en un análisis más completo y más amplio, en un análisis de Ciencia Política".-

Y desde la doctrina italiana, adviene el pensamiento de Paolo Biscaretti di Ruffia, quien conciliando superadoramente la *concepción normativa* de Orlando con la *opinión institucional* de Santi Romano al que respalda plenamente, sostiene que la ciencia del Derecho Constitucional, debe estudiar el Estado más en su aspecto institucional que en su vertiente puramente normativa, examinándola en la compleja y variada estructura de sus instituciones, en su efectivo perfeccionamiento diario, en su concreta y continua actividad, y no sólo limitándose a la mera exégesis de los textos, sin preocuparse de la vida que hierve activamente en torno al jurista, quien no podrá marginar los aportes de las ciencias no jurídicas tales como la política, la historia, la filosofía, la sociología, etc.-

7.- Finalmente, no podemos olvidar la orientación que ofrece Werner Goldmischdt postulando el *trialismo jurídico* -tan compartido por Germán Bidart Campos- posición para la cual, estando el mundo jurídico compuesto de normas, valores y realidad o comportamientos, sólo

podrá lograrse un conocimiento integral del Derecho Constitucional analizando tanto la “dimensión normológica”; como la “dimensión axiológica” y la “dimensión sociológica”.-

### ***B) Una versión contemporánea de la supremacía constitucional***

8.- La versión contemporánea del principio de la supremacía constitucional, nos muestra con vigorosa evidencia, que en el Derecho Constitucional se ha ampliado la supremacía de la "constitución formal", ubicada como el vértice de la tradicional pirámide jurídica, para aceptar junto a ella, la supremacía de otras normas de jerarquía constitucional. Entre tantas denominaciones que puede darse a esta nueva perspectiva, creemos adecuado llamarlo el "núcleo de constitucionalidad", sin perjuicio de adherir asimismo, a la conocida expresión de “bloque de constitucionalidad”, inferida de la doctrina del Consejo Constitucional de Francia, acuñada por Georges Vedel y difundida por Louis Favoreu.-

En este tópico es preciso formular algunas precisiones: a) El Consejo nunca usó dicha expresión explícitamente, si bien en su originaria jurisprudencia, se refería expresamente junto a las disposiciones de la Constitución de 1958, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al Preámbulo de la Constitución de 1946, y finalmente, a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, a las leyes orgánicas y a los reglamentos de las asambleas. Y a todo este conjunto, se le llamó por la mencionada doctrina, "bloque de constitucionalidad".-

Pero he aquí que con posterioridad y hasta la actualidad -como le señala Favoreu en célebre debate en Sevilla con constitucionalistas españoles- la concepción doctrinaria del citado Consejo, ha tendido a reducir el concepto del llamado "bloque" y dejando de lado los reglamentos de las asambleas y las leyes orgánicas, limita el mismo al núcleo central que está integrado sólo por las reglas constitucionales, es decir que el contenido conceptual de la citada expresión, comprende ahora específicamente a las disposiciones de tal naturaleza constitucional.-

9.- Este cambio de concepción lo estimamos de fundamental importancia, pues usemos la denominación que usemos, aludiendo a la mayor amplitud que ha tomado el principio de la supremacía, siempre nos estaremos refiriendo a normas y disposiciones de jerarquía formalmente constitucional, sin descender hacia la legislación infra-constitucional. Ello no obsta a que en los

estados federales, exista una supremacía en sentido amplio, de las normas que integran el orden jurídico federal, respecto a las que conforman los órdenes jurídicos estatales o locales.-

Esa supremacía de la Constitución o del "núcleo constitucional" o del "bloque de constitucionalidad", y que en nuestra doctrina nacional ha comenzado a usarse con motivo de la jerarquía constitucional que el art. 75 inc. 22 de la CN otorga a una decena de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, seguramente adquirirá vigencia aún en los procesos de integración o comunitario, pues la delegación de competencias de soberanía que efectúe el Estado en órganos supranacionales, la podrá realizar siempre en consecuencia de lo prescripto por las propias normas constituyentes.-

De allí que desde la perspectiva supra-estatal, los nuevos procesos de creciente integración, exijan un reordenamiento en la jerarquías de las normas de derecho internacional y del derecho comunitario en relación con las normas de derecho interno, como lo veremos más adelante.-

### **C) Reacomodamientos en el reparto de las competencias del Poder Político**

10.- Previo al tratamiento de la integración, debemos presentar algunos ajustes que se advierten tanto en el campo *internacional*, como en el *intra-nacional*, que reclaman renovar los sistemas de repartos de competencias del poder en nuevos ámbitos institucionales, basándonos en el principio rector de la "*subsidiariedad*", que primordialmente prescribe que nunca un nivel institucional o social superior, debe asumir los roles que pueden ser satisfechos por los niveles inferiores, de forma tal que cada nivel tenga la posibilidad más amplia de realizarse en todas sus virtualidades, evitando de esta forma las frustraciones al respectivo derecho a "*ser*" en plenitud en su propio ámbito.- La aplicación de este principio al reparto de funciones institucionales, se nos muestra en tres reglas cardinales:

1) En primer lugar, la regla de la "*descentralización*", indispensable cuando los niveles inferiores intra-estatales (regiones, provincias, municipios, etc) puedan asumir con eficacia diversas funciones político-administrativas.-

En cuanto a los *procesos de regionalización*, cabe distinguir tanto los relativos a las crecientes delegaciones de atribuciones en las tradicionales regiones en estados unitarios europeos, y aun en el nuevo federalismo adoptado por Bélgica en su Constitución de 1993 (ver Robert Senelle y Francis Delperée, en sendos artículos en el "Anuario de Derecho

Constitucional y Parlamentario", Asamblea Regional y Universidad de Murcia, Año 1993, Nº 5  
OJO!! ESTA CITA A PIÉ DE PÁG. NO EXISTE PERO PUEDE TENERSE EN CUENTA:

=====

(5) Robert Senelle, afirma que la transformación de un Estado unitario belga en un Estado federal, ha llegado a ser necesaria e ineludible después de la Segunda Guerra Mundial. Sin esta profunda transformación de sus instituciones políticas, Bélgica habría llegado a ser ingobernable, atendiendo a sus tres regiones ( la valona, la flamenca y Bruselas capital) y a las tres comunidades (la flamenca, la francesa y la germanófono), cada nivel con sus pertinentes atribuciones básicamente referidas al desarrollo económico, de infraestructuras de comunicación y urbanismo para las primeras, y para las segundas el desarrollo cultural, sanitario y al bienestar de la persona.- Recomendamos consultar también a Francis Delperé, ambos en "Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario", Asamblea Regional y Universidad de Murcia, Año 1993, Nº 5, pags.7 y 91, respectivamente.-

=====

) como al pausado pero firme camino de regionalización en los países de estructura federal, como nuevos ámbitos o niveles de concertación de políticas de desarrollo integral que superan las posibilidades provinciales o estatales.

Cabe resaltar la *descentralización* que se manifiesta en el desarrollo institucional y político que están mostrando *los municipios y los nuevos entes inter-municipales*, que deben estimular la participación y el control de los vecinos, pero evitando caer en la peligrosa tentación de la mera inflación burocrática.-

2) La segunda regla es la de la **“centralización”**, que se aplica en lo relativo a ciertas competencias que aún sin ser originariamente propias, su eficiente desempeño, superen a los niveles regionales, provinciales o municipales, y la realidad aconseje que deban ser asumidas directamente por el Estado Nacional.-

3) Finalmente la regla de la **“integración”**, indispensable para satisfacer aquellas demandas al sistema político, que por su complejidad y supra-nacionalidad, requieren la creciente cooperación e interdependencia de los Estados.-

Termino este tópico, recordando a Pedro J. Frías que tanto ha aportado en estos temas. El nos dice que "El actual proceso de mundialización, debe ser compensado por la provincialización y la municipalización. Vivimos en una aldea global que tiende a despojarnos de nuestras raíces y a alterar nuestra identidad. Pero este riesgo se puede superar si somos a la vez cosmopolitas y provincianos, es decir, hombres del mundo sin despojarnos de nuestra intimidad: la de nuestra ciudad y región. En la asignación de las competencias, debe darse a la Nación sólo lo necesario, y a las provincias y municipios, todo lo posible, para acercar las obras, servicios y gasto



público, a las bases sociales y facilitar su control. ( "La Descentralización" en "Conductas Públicas", Distribuidor Depalma, Córdoba 1997).-

#### **D) Los procesos de integración y el Derecho Constitucional**

11.- En la contemporaneidad, y como una nueva dimensión de la naturaleza social del Hombre, se van abriendo novedosas dimensiones de convivencia en "la aldea global".- Ya no basta la familia, el municipio, la provincia, la región, el Estado, sino que ahora por los factores aludidos, cada persona percibe un creciente sentido de pertenencia a ámbitos supra-estatales que ha no dudarlos, influirán cada vez en mayor medida en la vida de cada hombre.-

Así vemos surgir vigorosa y paulatinamente, crecientes y complejos procesos de integración regional y continental, de los que inferimos la necesidad ineludible de aceptar para los tiempos que vienen, nuevas dimensiones del Derecho Constitucional, pues es evidente que estos procesos han superado el inveterado concepto rígido, absoluto y supremo de la "soberanía", que en Bodin y Hobbes alcanzaron sus expresiones más relevantes.-

Desde la perspectiva política, se percibe como imperiosa la creencia diariamente constatada, de la progresiva merma y relativización del anterior concepto de soberanía, como cualidad del Poder y del Estado, que ahora ya no se ejerce aisladamente, "amuralladamente", sino que al crecer las relaciones inter-estatales, se ejerce más compartida y concertadamente, con las limitaciones impuestas no sólo desde el Derecho Internacional Público, sino desde el llamado Derecho Comunitario que juridiza la Integración Inter-estatal o la Unión de Estados, con sus propias instituciones gubernamentales, siempre guiado por la idea de la cooperación en el logro del fin de toda sociedad política, el *bien común*, que trascendiendo la magnitud nacional, va firmemente adquiriendo una dimensión regional y aún continental.-

12.- Refiriéndose al proceso de la Unión Europea, Francisco Rubio Llorente ha señalado que la tendencia hacia la ampliación del poder comunitario, con la consiguiente limitación del poder estatal, no es coyuntural ni fruto del apetito de poder de los "burócratas" de Bruselas, sino absolutamente estructural, consecuencia necesaria del *telos* de la integración, que el Tratado de Maastricht define como búsqueda de "una unión cada vez más perfecta" ("El constitucionalismo de

los Estados integrado de Europa", en Revista Española de Derecho Constitucional", Madrid 1996, Nº 48.).-.

13.- Entendemos que son dos las cuestiones básicas pero problemáticas y complejas, que el Derecho Comunitario, tanto originario como derivado, plantea al Derecho Constitucional. Por una parte, *la primacía o no del derecho comunitario* respecto al clásico principio de la supremacía de la Constitución de cada Estado miembro, y consecuentemente y en segundo lugar, *las formas de ejercer el control* de la señalada primacía. Para el examen de este tema, dirigiremos nuestro análisis hacia la experiencia europea, que ha no dudarlo es la más avanzada en la ardua tarea de haber arribado a la etapa de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht de 1992., en un proceso cuyos hitos fundamentales fueron el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1951 y el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957.-

1) En cuanto a la *primacía del Derecho Comunitario Originario* o fundante sobre el interno, lo cierto es que salvo los excepcionales casos de las Constituciones de Holanda y la reciente de Bélgica en las que se le otorga primacía sobre sus propias Constituciones, la mayoría de los demás ordenamientos constitucionales, otorgan a los tratados originarios una jerarquía supralegal pero infraconstitucional, ya sea mediante explícitas disposiciones de sus textos, o a través de la interpretación de los Tribunales Constitucionales (vg. las Constituciones de Francia art. 55; de Alemania arts. 24 y 25; de Italia en art. 11; España art. 96; etc). Esta negativa a la primacía de las normas originarias sobre la Constitución, encuentra respaldo en el hecho indiscutible de que los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, no contenían normas relativas a los derechos humanos y se referían exclusivamente a la integración económica como único objetivo.

2) En lo relativo a la *primacía del Derecho Comunitario Derivado*, con enjundiosa fundamentación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha sostenido de antaño entre otros numerosos casos, en "Costa c/ ENEL" de 1964 y "Administración de Hacienda c/ Simmenthal" de 1978, la reiterada doctrina generalmente aceptada, de que las normas del derecho interno que se encuentren en conflicto con normas de los Tratados y actos de las instituciones comunitarias, son inaplicables de pleno derecho, otorgándoles de esta forma primacía a las normas del citado Derecho Comunitario Derivado, para lo cual le prescribe a los jueces

nacionales "el poder de hacer todo lo necesario para obviar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente obstaculicen la plena eficacia de las normas comunitarias". A pesar de ello, debemos reconocer que esta doctrina encuentra cierta resistencia por algunos Tribunales Constitucionales, v.g los de Alemania, Francia y España con invocación del argumento de que la Unión no es todavía una Unión de estados federados, sino soberanos.-

14.- En segundo lugar, lógicamente surge el problema qué órgano y mediante qué procedimiento, ejercerá el *control de constitucionalidad* del Derecho Comunitario, para lo cual hemos evaluado las normas fundamentales, la jurisprudencia y la doctrina de diversos Estados de la Unión, que nos obligan a realizar una distinción:

1) En cuanto al *Derecho Comunitario Originario*, existe una limitada tendencia en los sistemas constitucionales europeos, encaminada a realizar un control preventivo del tratado a pedido de órganos del gobierno, especialmente por los Tribunales Constitucionales, lo cual lo advertimos, entre otros, en los casos de la Constitución de España, art 95; Portugal, arts. 270 y 278, y del Consejo Constitucional de la Constitución Francesa, arts. 54 y 55. Si de dicho control, surge alguna incompatibilidad entre una norma del Tratado y la Constitución, aquél sólo se aprobará una vez que, por los órganos y los procedimientos pertinentemente previstos, las normas constitucionales impeditivas hayan sido revisadas o reformadas.-

2) Respecto del *Derecho Comunitario Derivado*, no debemos olvidar que a partir del Tratado fundacional, y con motivo de las atribuciones delegadas a la Unión por mandato constitucional y por la voluntad soberana de cada Estado miembro, nos encontramos en presencia de la creación de un nuevo orden normativo comunitario, que es como la matriz jurídica en la que se configura un nuevo nivel de Gobierno que concede las clásicas funciones del Poder, al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea, al Consejo Europeo, a la Comisión y al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.-

No obstante ciertas discrepancias en algunos Tribunales Constitucionales (Italia, Alemania), podemos decir que existe una generalizada jurisprudencia y doctrina que compartimos, y que afirma que siendo el Derecho Comunitario Derivado, parte del orden jurídico comunitario, es al propio Tribunal de las Comunidades Europeas a quien le corresponde la interpretación y el control

que de legalidad respecto del Tratado, a la vez que ha resuelto reiteradamente que las normas internas existentes contrarias a esta primacía, carecen de toda eficacia.-

15.- Para nosotros, estos son dos graves desafíos que enfrentan al Derecho Constitucional de cada Estado con el Derecho Comunitario. Pero parece de una básica lógica jurídica, que no puede crearse un nuevo ámbito para la toma de decisiones políticas como es el caso de la Comunidad, sino se le conceden las competencias necesarias que posibilite su propio objetivo. Por consiguiente, la supremacía que proclamamos lo es solamente en el marco de los poderes delegados por los Estados a la Unión.-

Se requiere imaginación y tiempos de maduración en la vocación comunitaria, para que en un futuro no muy lejano se llegue a posibles soluciones, cual es la supremacía lisa y llana del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno de cada Estado parte, insisto, en la medida de las competencias que le fueron delegadas por el último. Es de cardinal importancia reconocer y concientizarse que las relaciones del Derecho Comunitario y del Derecho Constitucional, no pueden concebirse en un nivel de enfrentamientos, sino por el contrario, en el plano de una *mutua cooperación y de recíproca congruencia*. Así las cosas, consideramos con gran parte de la doctrina europea, que el control de constitucionalidad preventivo posibilitaría la adecuación de los tratados originarios, o en casos extremos, procedería la propia reforma de la Constitución en sus prescripciones dirimentes.-

16.- En un futuro, no parece dudoso que los insoslayables procesos de Integración y de Unión de Estados, tomarán imprescindible que a partir de cada *Derecho Constitucional Estatal* progresivamente se vaya formulando un nuevo plexo normativo, al que pensamos podríamos denominar como el futuro *Derecho Constitucional Comunitario*, o como señala Gros Espiell, la "Internacionalización del Derecho Constitucional", lo cual implicará un reacomodamiento en la jerarquía de las normas jurídicas, tanto del Derecho Internacional como del Comunitario en relación a las de Derecho Interno.-

La amplia experiencia de la Unión Europea, nos muestra que ella va siendo posible sólo en la medida que la sanción del Derecho Comunitario Europeo y de sus pertinentes órganos de aplicación, tengan plena vigencia en los Estados miembros, a través de la complementariedad de sus respectivas Constituciones y órdenes jurídicos estatales. Este presupuesto no puede sorprendernos

a poco que recordemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, ya prescribe de modo claro y categórico en su art. 27, que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno, como justificación del incumplimiento de un tratado".-

17.- Es este sentido, Antonio La Pégola de vasta experiencia en la comunidad europea, asevera que los procesos de integración, desde sus orígenes hasta la formulación de una Comunidad o Unión de Estado, deben procurar ir formulando un orden jurídico comunitario, hasta lograr tener una Constitución propia, para que la Unión surja, como surgieron los estados que la componen, con la fuerza racional y ordenadora de una ley fundamental, gracias a la cual, la democracia arraiga en el corazón del pueblo. (“¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?”, en Estudios en Honor de Pedro J. Frías, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 1994, T. I).-

Igualmente, Eduardo García de Enterría afirma la necesidad de una Constitución, porque sólo ella es capaz de dotar de simplicidad y transparencia al sistema institucional europeo, señalando que han surgido varios intentos de adoptar la fórmula de una Constitución para la Unión Europea -desde el Proyecto Spinelli en 1984, hasta el actual Proyecto del Parlamento Europeo aprobado el 10 de febrero de 1994- capaz de servir de manera efectiva a los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, basada en los principios de supranacionalidad, de subsidiariedad y de distribución de competencias entre los Estados y la Unión, es decir en concordancia con los principios básicos del federalismo.(“El Proyecto de Constitución Europea”, en Rev. Española de Derecho Constitucional, Nº 45 de 1995).-

### **III.- TENDENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD**

#### **E) Enfoque antropológico del tema**

18.- El Derecho Constitucional requiere esencialmente fundamentarse en una antropología que le dé su inmovible fundamento y su verdadero sentido. Es por ello que deseamos afirmar enfáticamente con Miguel de Unamuno, que lo que nos interesa es el “*hombre real, el hombre de carne y hueso*, el que nace, sufre y muere; aquel que es el sujeto y el

supremo objeto a la vez de toda filosofía, quiéranlo o no, ciertos sedicentes filósofos”; como también nos interesa el “hombre íntegro”, el “*todo-hombre*” de Max Scheller, porque deseamos el desarrollo de todo el hombre; y finalmente, nos interesa, el hombre sociable, “*el hombre y sus circunstancias*”, el “yo” que presupone necesariamente el “tu”, para vivir el nosotros, la nostridad, en el magnífico decir de Ortega y Gasset.-

19.- Ese Hombre real, íntegro y sociable, es nada más ni nada menos, que el *fundamento, el sujeto y el objeto final*, es decir, *el origen, el protagonista y el beneficiario*, de toda Sociedad, de todo Estado, de todo Poder, de todo Gobierno, de toda Cultura, de toda Economía, de todo Derecho.-

Finalmente, partiendo de la triple relación kantiana, creemos insoslayable destacar *cuatro dimensiones en la persona humana*, en las que se encuentran inmersos todos los derechos humanos innatos a su personalidad, cualquiera sea el valor que juridicen: 1) *La dimensión individual*, en la que debe lograr la plenitud de su excelencia y de su propia identidad y autenticidad; 2) *La dimensión social*, en la que el compromiso es con los otros, en la solidaridad y la fraternidad; 3) *La dimensión cósmica*, la relación con el mundo y con las cosas al decir de Kant, y en la que el hombre se compromete como “*dominus*”, con un señorío perfeccionante sobre el universo; 4) Y finalmente, *la dimensión trascendente*, la que lo vincula con la paternidad del Dios de los creyentes, ( o con el “absoluto” de los filósofos según Kant), en la que el sentido es de filiación noble y gratificante.-

El afianzamiento de una visión antropológica que nutra el humanismo personalista, sustentado en la dignidad de la persona humana y de sus derechos, es otra de las tendencias sobresalientes y de los férreos compromisos del Derecho Constitucional contemporáneo.-

#### **F) Los Derechos Humanos de tercera generación**

20.- A partir de la naturaleza del hombre, el dinámico progreso de la cultura fue manifestando primeramente, los llamados “derechos individuales” o de “primera generación”. Luego desde comienzo de siglo, ganando nuevos espacios para la dignidad humana, se reconocieron los “derechos sociales” o de “segunda generación”, para que finalmente, en la segunda mitad del

siglo, y como una de las actuales tendencias del constitucionalismo, surjan los llamados *derechos de la "tercera generación"*.-

Estos últimos son los que vienen a juridizar en numerosos textos constitucionales, las expectativas del hombre, de los grupos sociales y de toda la sociedad en cuyas cabezas están la titularidad de los mismos y que tienden a proteger el medio ambiente sano, la lealtad en las relaciones del consumo de bienes y de utilización de los servicios, los derechos que hacen a identidad y pluralidad cultural, a la información y a la intimidad, al desarrollo, etc

Existe un amplio y largo camino a recorrer, en la real vigencia de estos derechos tanto en el conciencia social como en la regulación adecuada, pues realmente anhelamos que con ellos, no ocurra como con muchos derechos económico-sociales, en que se han juridizados expectativas de indudable legitimidad, pero en muchos casos realmente imposibles de satisfacer, dando origen a los llamados "*catálogos de ilusiones*", que al decir de Spota, "han cercado la realidad con sueños", y que a nuestro entender, al no poderse materializar en la vida de los individuos y grupos por falta de recursos, las normas que los proclaman, más allá de sus nobles propósitos, crean paradójicamente en la sociedad, un reiterado sentimiento de frustración e incredulidad hacia la propia Constitución.

21.- Por ello, no nos cansaremos de insistir en una premisa que siempre hemos estimado definitiva y que evita lamentables confusiones entre las funciones del *poder constituyente* y la de los *poderes constituídos*. En este sentido deseamos afirmar categóricamente, que la "*promoción del bienestar general*", más que a nivel de la voluntad loable del poder constituyente, se juega a nivel del compromiso, la prudencia y el realismo político, de las leyes y actos estatales eficaces que los poderes constituídos sancionen progresivamente, procurando solucionar las demandas de la sociedad en cada circunstancia concreta, y en la medida de las reales posibilidades económicas y presupuestarias.-

No podemos caer en el engaño de un fetichismo racional-normativista, que creyendo ilimitadamente en la eficacia modificadora de la mera sanción de la norma, pretenda transferir al Poder Constituyente y a la Constitución, la misión demiúrgica que transforme la sociedad. La Constitución implica el marco y las reglas de juego institucional -ha dicho Vedel- lo que no significa que asegure siempre la eficiencia de los factores en juego.-

### **G) La internacionalización de los Derechos Humanos:**

22.- Este acrecentamiento cualitativo y cuantitativo de los derechos humanos, no sólo va logrando un notable progreso en la conciencia cultural de los pueblos, sino que por otra parte, y como una tendencia en el Derecho Constitucional contemporáneo que debe ponerse de resalto, se observa el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos, ya sea tanto en los sistemas europeo, americano y en el precario africano, como en sus reconocimientos formales y en los procedimientos y mecanismos que los garanticen efectivamente.-

Como los tratados sobre derechos humanos, -afirma Germán Bidart Campos- tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivo en la jurisdicción interna de los Estados que son parte en dichos tratados, un sistema de derechos en un estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes en retroalimentación: la interna de cada estado y la internacional. Esta concurrencia de jurisdicciones, no le sustrae al Estado la cuestión de los derechos humanos en su derecho interno; si bien lo obliga, de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) y le impone el deber de que tales derechos se hagan efectivos en su jurisdicción interna.-

23.- Por nuestra parte, y como no podría ser de otra forma, afirmamos que se torna indispensable que junto a la tutela en el ámbito nacional, ahora existe asimismo la del ámbito internacional, porque si los derechos humanos son patrimonio de la dignidad de la persona, deben encontrar adecuada protección en todos los países, siempre dentro de los principios que rigen las relaciones internacionales y la persecución de los delitos.-

Baste recordar entre los principales instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos y establecen procedimientos protectores:

Las Declaraciones Americana de Bogotá y de las Naciones Unidas, ambas de 1948; b) El Convenio de Roma de 1950 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituido en 1959; c) Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos de 1966; d) Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y todos los demás documentos a los que nuestra propia Constitución, les otorga jerarquía constitucional por la prescripción del art. 75 inc. 22., sin dejar de recordar el



reciente Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma en 1998, y que actualmente transita el procedimiento de aprobación en el Congreso Nacional.-

### **H) Derecho Procesal Constitucional**

24.- El vigoroso proceso de ampliación y fortalecimiento de los Derechos Humanos que hemos mencionado *supra*, evidentemente ha traído de consiguiente, un acrecentamiento de las garantías constitucionales propiamente procesales, que cumplen una eficiente función protectora para la más plena vigencia y el libre ejercicio de aquéllos.-

Este notable incremento, provocó el fortalecimiento de añejas garantías pero fundamentalmente, el surgimiento constitucional, legislativo y jurisprudencial de nuevos institutos y mecanismos procesales garantistas. Ello produjo lógicamente, un considerable desarrollo de lo que de antaño se denominaba como la *jurisdicción constitucional* y en la que encuentra su origen la rama jurídica llamada Derecho Procesal Constitucional, con el objeto de profundizar el estudio de los órganos jurisdiccionales, de las acciones procesales y de los procedimientos de los procesos en el que estaba en juego directamente una cuestión constitucional, cuya supremacía debía ser celosamente custodiada. Piénsese en este sentido, v.g., solamente en la difusión de los Tribunales Constitucionales en la Europa Continental, a partir de la propuesta de Hans Kelsen de la Corte Constitucional en la Constitución de Austria de 1920, o la Checoslovaquia del mismo año y el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de la España republicana de 1931(ver *infra*).-

25.- Sin desconocer las diferentes concepciones que existen en la doctrina sobre esta nueva y promisoría rama jurídica, lo cierto es que ya la denominemos Derecho Procesal Constitucional o Derecho Constitucional Procesal, a los fines de este trabajo, nos inclinamos por la primera y más difundida y aceptada denominación.-

Este Derecho Procesal Constitucional mostró su fecundidad y su perfil autonómico, ya sea en una mayor presencia en los contenidos programáticos del Derecho Constitucional, ya sea en la creación de cátedras específicas, como así también en un fructífero desarrollo tanto bibliográfico como de jornadas científicas.-

26.- Entre los más reconocidos mecanismos institucionales y procesales tuitivos, que tienden a encauzar las distintas manifestaciones del Derecho Procesal Constitucional, podemos señalar reseñadamente, entre otras, las siguientes:

1) El *control de constitucionalidad* que asegura la vigencia de la supremacía constitucional y que analizamos en el párrafo siguiente.-

2) Asimismo, el secular *Habeas Corpus*, dirigido a la protección de la libertad física o ambulatoria.-

3) De otro lado, el genéricamente denominado *Derecho o Acción de Amparo*, que está receptado en la totalidad de las constituciones latinoamericanas, aunque con especiales matices en diversos países. El derecho de amparo -nos señala Héctor Fix Zamudio- tiene por objeto, por medio de un procedimiento sencillo y breve dotado de medidas cautelares importantes, la tutela de todos los derechos humanos establecidos por las mencionadas Cartas fundamentales (incluyendo ya sea expresa o implícitamente, los derechos consagrados en los tratados internacionales), cuando esos derechos son violados por las autoridades públicas y en ocasiones también por sectores sociales situados en condiciones de predominio, agregando asimismo que el derecho o acción de amparo ha dado lugar a instrumentos similares como el *mandado de segurança* brasileño, el *recurso de protección* de la actual Constitución chilena, y la *acción de tutela* colombiana ("Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 1999, t. 3).-

En ambos institutos se observa fácilmente las nuevas y más amplias dimensiones que, ya sea tanto en la casuística protegida como en la legitimación procesal, se observa en el derecho comparado.-

4) Desde otra perspectiva, se advierte la lenta pero creciente consolidación del *Habeas Data* y que tiene como objetivo básico, la protección respecto de los datos personales que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, ya sea para tomar conocimiento de ellos, de su finalidad y para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos, como lo prescribe concretamente el art 43 de la CN.-

De allí que en las Constituciones de Colombia y de Guatemala, se le llame como *derecho de protección de los datos personales*, y como *habeas data*, en las Constituciones de Argentina, Brasileña, Peruana y Paraguaya.-

5) El expansivo y firme reconocimiento institucional del *Ombudsman* de origen escandinavo, o *Defensor del Pueblo* como se lo ha consagrado en hispanomérica, instituido para la defensa y protección de los derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración.-

### **I) Nuevas Fronteras en el Control de Constitucionalidad**

27.- Finalmente, es dable poner de resalto la importancia capital que ha alcanzado en el Derecho Constitucional contemporáneo, *el control jurisdiccional de constitucionalidad*, cuyo ejercicio muestra un creciente y loable desarrollo, como garantía institucional de la vigencia del Estado de Derecho que se fundamenta en el principio de la supremacía de las normas constitucionales, a la cuales deben adecuarse todas las disposiciones infra-constitucionales para lograr la unidad y coherencia del sistema jurídico.-

En este tópico se advierten las siguientes particularidades:

1) En lo relativo a los *órganos jurisdiccionales que ejercen dicho control*, se observa junto al tradicional sistema de *control difuso* inspirado en el modelo de la Constitución Norteamericana, el modelo de *control concentrado* por un Tribunal Constitucional que ya Kelsen esbozase para la Constitución de Austria de 1920 y que plantó sus reales en la Europa Occidental. Igualmente se ha visto notablemente difundido por su adopción que han realizado las nuevas constituciones democráticas sancionadas en las repúblicas que hasta la caída del muro de Berlín en 1989, estaban sometidas a la estructuración marxista de la URSS.-

Ahora bien, si volvemos nuestra mirada hacia Latinoamérica, se advierte en igual sentido un cambio hacia un *sistema mixto convergentemente difuso y concentrado* en la mayoría de los Estados, a la vez que otros mudaron decididamente hacia un *sistema concentrado*, quedando sólo nuestro país adhiriendo al tradicional *sistema difuso*.-

a) En tal sentido, se destacan los países latinoamericanos cuyas constituciones han adoptado un *sistema mixto* en el que junto al control difuso, se observa asimismo un control concentrado, ya sea en una Corte Suprema de Justicia, v.g. como en Venezuela, Brasil y México, o en un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial, como en los casos, v.g. de Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador, o fuera del Poder Judicial, como en Perú .-

b) Por otro lado, varios países han adoptado un *sistema concentrado*, ya sea ejercido por la Corte Suprema de Justicia como en los casos de Uruguay, Honduras y Panamá o por sólo una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como lo establecido en Paraguay, Costa Rica y El Salvador.-

c) Un caso especial lo presenta Chile, al haberse otorgado un *sistema concentrado* de control de constitucionalidad a dos órganos judiciales: a la Corte Suprema de Justicia por vía incidental y al Tribunal Constitucional por acción directa.-

d) Finalmente nos resta memorar que sólo queda Argentina, con *exclusivo control difuso* de constitucionalidad.-

5) Del mismo modo se observa un acrecentamiento de *institutos procesales* destinados a dinamizar dicho control, ya sea como *vía de acción, de excepción o de oficio*, o desde otra óptica, con muy diferentes denominaciones tales como *la acción popular de inconstitucionalidad, la acción declarativa de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión, o la acción de tutela colombiana*.-

a) Finalmente, es dable resaltar la *mayor amplitud de los ámbitos* en que puede ejercerse dicho control por los jueces, entre otras razones, por el notable acrecentamiento proteccionista de los *derechos humanos* y por el prudente pero firme avance en la justiciabilidad de las llamadas *cuestiones políticas*.-

b) Cuánta razón tenía Alexis de Tocqueville, cuando en afirmación que ahora ha adquirido vigencia ecuménica, expresa que “el poder concedido a los tribunales americanos, de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, constituye una de las más potentes barreras que nunca se hayan alzado contra la tiranía de las asambleas políticas”, y yo agregaría, “de los poderes políticos”.-

#### **IV.- LAS TENDENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER**

**J) Estado social y democrático de Derecho:**

28.- En cuanto al *Estado de Derecho*, en la concepción de Robert van Mohl (“Ciencia de la Política”, año 1832), seguida por Mayer, Laband y tantos otros, transitando luego por la del *Estado Social de Derecho* de Hermann Heller, se advierte que en las últimas décadas, se tiende a completar dichas concepciones con el ingrediente de la “democracia”, mediante una adecuada profundización e integración en la moderna concepción del Estado, de las tres facetas: la social, la jurídica y la democrática, pues como lo afirmaba Manuel García Pelayo al analizar la fórmula española, “en la situación histórica presente, ninguno de estos términos puede afirmarse sin interacción con los otros”, porque ni es sólo Estado de Derecho, ni sólo Estado Social, ni sólo Democracia, sino que cada uno de esos enunciados condiciona y nutre a los demás (ver en “Principios de Derecho Constitucional Español”, de Antonio Torres del Moral, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid 1992, 3ra. edic., t. 1 ).-

Parecidas reflexiones formula Albrecht Weber respecto del art. 20 Constitución de Alemania (en "Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho", Dialéctica, São Paulo, año 1999).-

29.- La democracia, en el pensamiento de Norberto Bobbio (“El futuro de la Democracia”, Fondo de Cultura Económica, México 1986) se afianza como principio de legitimidad, pues ella permite una participación lo más amplia posible de los interesados, en los mecanismos para la toma de las decisiones colectivas en todos los ámbitos y niveles de asociación. Coincidentemente, otro gran politólogo italiano Giovanni Sartori, afirma que no hay dudas de la victoria de la democracia como principio de legitimidad, pues el único poder legítimo y al que se le debe libre obediencia, es el poder con una investidura popular, elegido desde abajo ( “La Democracia después del comunismo”, Alianza Editorial, Madrid 1994 ) .-

Pero debemos ser conscientes que esta participación democrática no puede ceñirse solamente a los aspectos políticos del *ciudadano*, pues compartiendo la ecuménica afirmación de Burdeau, respecto a que "La democracia es hoy, una filosofía, un modo de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno", sostenemos con lógica congruencia, que la democracia debe tender a satisfacer en la mayor medida posible, todos los requerimientos de la dignidad humana no sólo en lo político, sino además, en lo social, en lo cultural y en lo económico.-

30.- No puede ignorarse que uno de los signos de los tiempos, es la irrefrenable vocación de los pueblos a una mayor participación en el “poder”, pero también en el “saber” y en el “tener”, pues sólo con adecuadas porciones de "poder", de "saber" y de "tener", cada hombre podrá llegar a ejercer en la mayor amplitud posible, el sagrado derecho de *"Ser Hombre"*. Para ello se requiere una Democracia que logre su plenitud en la rotundidad integradora de lo político, lo social, lo cultural y lo económico.-

Esta tendencia integradora, se advierte explícitamente en varios textos constitucionales que proclaman la concepción plenaria de un Estado que se compromete con la triple dimensión axiológica de lo “social”, lo “democrático” y el “derecho”, v.g. entre otros: España, art. 1; Italia, arts. 1 y 2; República Federal Alemana, art. 20; Colombia 1991, art. 1; Perú 1993, art. 43; y en varias constituciones provinciales argentinas, v.g. Córdoba, arts. 1 y 2; La Rioja, art. 2; Chubut, art. 1; Salta art. 1, etc. ,-

## **I) Poder y formas de gobierno**

### **a) Fortalecimiento de los "ejecutivos"**

31.- En este acápite, no podemos dejar de considerar el indiscutido y arrollador *crecimiento del poder* . Ya sea como lucha u oposición en la concepción agonial de Carl Smith, ya como actividad que impulsa y orienta la consecución del bien común en la perspectiva arquitectónica, lo real es que el Poder se desarrolla, crece, se agranda, y penetra en la urdimbre de la realidad social. Es ese Minotauro que Bertrand de Jouvenel nos describe en la presentación de su libro "El Poder" y en el que afirma que "no ha cesado de acrecentarse a un ritmo acelerado", y que para otros significa un proceso de *elefantiasis* del poder.-

Dentro de este proceso global, el acrecentamiento del poder u órgano ejecutivo, ha venido a configurar una notable preponderancia en la dinámica interna y externa del poder de tal envergadura, que ha alterado considerablemente el idealista esquema montesquiano de la división y equilibrio de los poderes, y exige como lo señalamos en los dos párrafos siguientes, replantear y redimensionar las funciones del poder, para darles una adecuada configuración técnica e instrumental, que sirva a la eficiencia tanto del gobierno como del pertinente control político y jurídico.-

32.- En su magnífico trabajo intitulado "El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea" ("Temas Constitucionales y Políticos", Universidad Nac. de Córdoba, año 1971), Cesar Enrique Romero analizó exhaustivamente los más destacados factores que han incidido en el crecimiento del P.E., y de los cuales mencionaremos, entre otros, los siguientes: a) La frecuencia de los estados de emergencia; b) La conducción de las relaciones internacionales; c) El Ejercicio de las graves atribuciones militares; d) La política para el progreso económico social; e) La dirección de la vasta y compleja burocracia; f) La crisis del Parlamento y de los partidos políticos; g) La delegación de las facultades legislativas; h) La crisis del originario federalismo; i) El liderazgo de los "ejecutivos" y, en el presidencialismo, la Jefatura de Estado; j) La conflictividad con los grupos de presión y los factores de poder; k) lucha El progreso técnico y científico; l) La masificación e industrialización de la sociedad actual.-

Tanto las causas contemporáneas en el mundo, como la anarquía que en nuestro país precedió a nuestra organización constitucional, tornan de permanente actualidad la conocida pero siempre sabia y necesaria reflexión de Juan Bautista Alberdi, cuando en sus "Bases" señalaba la necesidad de "un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey, en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano"....."En vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre. Lo peor del despotismo no es su dureza, sino su inconsecuencia, y sólo la Constitución es inmutable. Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una Constitución".-

#### b) Moderaciones del "presidencialismo" y del "parlamentarismo"

33.- A la vez del fortalecimiento señalado de los "ejecutivos", y oteando ahora las formas de gobierno, podemos reparar especialmente respecto a los modos de organización de la función ejecutiva y su relación con la legislativa, que un enfoque realista de la vigencia de las instituciones, nos muestra que morigerando la vieja y férrea dicotomía entre **sistema presidencialista** o de separación de poderes, y el **sistema parlamentarista** o de confusión de poderes, ambos tienden ha revelarnos moderaciones en sus clásicas configuraciones.-

Del análisis comparado, surge que la eficiencia en el gobierno, como *hecho técnico políticamente conducido*, requiere que el acrecentamiento de la función ejecutiva en los Presidencialismos, sea amortiguada con ciertos órganos y controles emparentados con el Parlamentarismo, así como la colegialidad de los Parlamentarismos, muestran un fortalecimiento ya sea en las competencias del Jefe de Estado -como en la Constitución Francesa de 1958- o en las del propio Jefe de Gobierno -como en la mayoría de los Gabinetes- modalidades que los aproximan al sistema presidencialista, dando origen a un proceso que transitará en muchos casos por lo que se han dado en llamar, las formas semi-parlamentarias y semi-presidencialistas.-

34.- En algunos parlamentarismos, la figura del “premier” o del “jefe de gobierno”, es la pieza esencial. Tanto protagonismo han adquirido que los restantes personajes de la escena pasan a un segundo plano. Jimenez de Parga se refiere a este tópico en su conocido libro "Una ilusión política. ¿Hay que reinventar la democracia en España? (Alianza Editorial, Madrid 1993), afirmando que “el premier es la voz, y los demás son el eco. El régimen se vertebra y funciona en torno al Jefe de Gobierno, líder del partido mayoritario, y los poderes del protagonista son tales, que superan a los de los Presidentes en los regímenes presidencialistas. Concluye de forma categórica: *El parlamentarismo formal, es un presidencialismo en la realidad.*-

A su turno, se buscan afanosamente mecanismos que tiendan a moderar a los "Ejecutivos fuertes" propios de la forma "*presidencialista*", que fuera adoptado del modelo de la Constitución de los EE.UU por la mayoría de los Estados de América Latina. Estos mecanismos tienden a otorgar mayores funciones de control tanto al órgano legislativo como a diversos órganos "extra-poderes", sin olvidar de otro lado, un mayor avance en el control de constitucionalidad, fundamentalmente en las llamadas "cuestiones políticas". -

35.- En similar sentido Giuseppe de Vergotini, señala que la realidad de las formas de gobierno presidencialistas, y en particular de las iberoamericanas, es más compleja, pues se advierte que se alejaron del modelo norteamericano, al disponer constitucionalmente formas de colaboración entre los poderes, propias del gobierno "parlamentario", de forma tal que la situación no es radicalmente diversa de la familiar a dicho gobierno parlamentario, si bien tendencialmente se produce una *preeminencia presidencial.*-



Estas modalidades, se están demostrando como plausibles en la realidad de los sistemas políticos contemporáneos, en la medida que concilian lo que entendemos constituyen dos ideas fuerzas primordiales del constitucionalismo, como son por una parte, la de asegurar la primera función de un gobierno que al decir de Alberdi es la de gobernar, y por otra, la de lograr la esencia del régimen constitucional que se manifiesta como un sistema político de poderes limitados y controlados.-

### c) Poder y Control

36.- El Poder Político en la sociedad actual se ha acrecentado y de especial modo, como lo señaláramos supra, en el ámbito del P.E., de los Presidentes o de los Jefes de Gabinete . Hace tiempo ya, que el PE que se ha erigido en la usina de decisiones y en el motor impulsor del Gobierno.-

Por este acrecentamiento, y teniendo presente que “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”, al decir de Lord Acton (“Ensayos sobre la libertad y el poder”), el constitucionalismo actual, no olvida aquella regla de oro que prescribe que “*todo poder necesita de control*” y que “*a mayor poder, es indispensable un mayor control*”, tratando en consecuencia, de robustecer los existentes y de establecer nuevos mecanismos de control.-

Al respecto Jorge Reinaldo Vanossi resalta que no puede darse un efectivo control, si quien lo ejerce no reúne los siguientes tres presupuestos: a) Es indispensable la *independencia* del órgano controlante en relación a aquél que es controlado; b) Asimismo es necesario precisar cuál va a ser el *ámbito de lo controlado*, porque quien ejerce el poder puede ser sometido, según sean las funciones controlables, a un control político o a un control jurídico; c) Pero además, como el ejercicio del control es imposible si se desconoce la materia controlable, es indispensable el *derecho a la información* y la *publicidad* de los actos ("El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social", Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1987).-

37.- En principio, y como observación general, no es difícil percibir que dicho *control en el orden institucional*, si bien está normado constitucional y legalmente, la realidad demuestra cabalmente que su ejercicio no alcanza la efectividad debida, mientras que por el

contrario, se muestra más vigoroso, el control que se ejerce desde el seno de la propia sociedad.-

*En el ámbito institucional* y en cuanto al órgano legislativo, el decaimiento del control se ha debido entre otras, a las siguientes causas:

1) Frente a la complejidad de las demandas sociales, y ante la falta de apoyatura de expertos, el Parlamento carece de la autonomía funcional que sólo puede otorgarle la solvencia suficiente para legislar y controlar. Acertadamente, el constitucionalista alemán Ernst Forsthoff señala, que desde que las tareas parlamentarias ya no se pueden dominar sin la participación del saber especializado en casi todos los campos, existe el peligro que los Parlamentos caigan bajo la dependencia de los Ministerios que disponen del saber técnico (“El Estado de la sociedad industrial”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975).-

2) En segundo lugar, cabe señalar que la democracia partidaria con su consiguiente disciplina, permite disentir en el bloque, pero obliga generalmente en el plenario, a votar según las órdenes emanadas del partido o desde los ámbitos ejecutivos. Al respecto, Gerhard Leibholz (“Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971), afirma con todo acierto, que el cambio estructural de la democracia parlamentaria y representativa, a un Estado de Partidos, ha producido una sensible disminución de los derechos de control, primero en los diputados, después también en las fracciones políticas y, finalmente, en todo el Parlamento”.-

38.- Pero por otra parte, cabe poner de relieve recordando lo expuesto más arriba en el párrafo **I**, el acrecentamiento y decisivo *control jurisdiccional de legalidad y de constitucionalidad*, por el crecimiento de los espacios de control tanto en los sistemas difusos, como en los concentrados o en los mixtos, en la medida que la magistratura conserve su plena independencia, firmeza, idoneidad y conciencia de su trascendental rol institucional y se evite todo atisbo de corporativismo o politización.-

En esta trascendental misión, cabe poner de resalto la imperiosa necesidad de una mayor *independencia e idoneidad en los magistrados*, para lo cual y de modo especial a partir del constitucionalismo surgido en la segunda post-guerra mundial, se han establecido mecanismos y órganos que como los genéricamente llamados *Consejos de la Magistratura*,

integrado por jueces, abogados, juristas y en muchos casos, igualmente por funcionarios políticos o legisladores, procuran mediante su vigorosa participación en los sistemas de selección y designación de los futuros jueces mediante concursos de antecedentes y oposiciones, evitar los dos grandes peligros que acechan la nominación de los magistrados: Por un lado la *politización* por parte de los gobernantes de turno, y de otro lado, la *corporatización* aislante en los estrechos ámbitos de la magistratura. Se pretende desterrar tanto el "partidismo", el "favoritismo" y el "amiguismo", como la cerrazón de la corporación judicial, de la "oligarquía de la toga" o del "establishment" judicial.-

No siempre los nobles objetivos propuestos se logran en la realidad, debido a una serie de circunstancias políticos-judiciales que perturban una visión excesivamente optimista sobre la impecabilidad del sistema, lo cual lleva a opiniones y experiencias contradictorias respecto de los referidos Consejos.-

Finalmente es oportuno señalar una progresiva presencia funcional de antiguos y nuevos órganos, tales como el Ministerio Público, los Defensores del Pueblo u Ombudman, de las Auditorías y Controladurías Generales, etc que de distintos ámbitos coadyuvan y ejercen a menudo, un control mas efectivo.-

39.- Junto a dichos controles, y desde una visión preminentemente sociológico-institucional, están los *controles sociales del poder*, entre los que se destacan de modo peculiar:

- a) *La opinión pública* que no siempre coincide con la opinión publicada, y es guiada correctamente por un innato *sentido común* en la gente, que se nutre en los valores de un acervo cultural de vida, simple pero de hondas raíces éticas y solidarias;
- b) *Las organizaciones sociales*, ya sean sindicales, empresariales y profesionales, y
- c) *Los medios masivos de difusión* orales, escritos y televisivos, en la medida que ejerzan a través de su vigorosa presencia, un control social serio, objetivo y responsable, y no defrauden su loable misión de ser informadores y formadores de opinión, con comportamientos que ofenden las bases éticas del derecho a la libertad de informar.-

40.- 1) Conviene detenernos un poco en los señalados medios masivos, por la grave incidencia que tienen en la sociedad política. Algunos politólogos y constitucionalistas hablan

de la “*mediocracia*”. Otros, del “*gobierno mediático*”. Jimenez de Parga se refiere a “*la televisualización del poder*”, a la par que Giovanni Sartori le llama la “*video-política*”, que en su entender, a menudo promueve lo que llama “la democracia de protesta” que muestra problemas sin resolverlos, y ha minimizado la “democracia de la razón”, creando el “*homo videns*” que ha venido a sustituir al “*homo sapiens*”.-

2) De otro lado, a la formalidad de la “publicidad de los actos del gobierno republicano”, cabe agregar la sustancialidad de “*la transparencia*” que perentoriamente exige la sociedad en la gran mayoría de los Estados, frente a la corrupción que con demasiada frecuencia se advierte en actos y procedimientos gubernamentales y partidarios. No sería muy desacertado, que hablemos de la “globalización de la corrupción”.-

Al respecto Kelsen (“*Esencia y Valor de la Democracia*”, Edit. Guadarrama 2da. edic., Barcelona 1977) sostiene que como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía de la legalidad, a través del 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 las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo sobre esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos, pues en lugar de la publicidad y la claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar y no publicar, y la ausencia de medidas de control.-

## **L ) Poder, Economía y Globalización**

41.- Entrando a realizar unas esquemáticas reflexiones sobre la relación del Estado y la Economía, hay quienes opinan que la economía social de mercado, ha plantado sus reales en el Estado contemporáneo. En este sentido, Giovanni Sartori (en ob. cit., pág. 25), asevera que la planificación como una expresión del intervencionismo estatal en la economía, “ha sido marginada y superada por la economía de mercado, cuya victoria sobre la planificación es abrumadora y sin retorno, agregando que “la victoria de la democracia como principio de legitimidad, hace prever que el éxito del mercado se convertirá cada vez más en una demanda de la democracia, a condición, bien entendida, de que el mercado tenga éxito, de que verdaderamente produzca

bienestar. Es por ello que nosotros estamos persuadidos en afirmar, que una economía social de mercado, que no esté imbuida de los principios de solidaridad y justicia, se transforma en un capitalismo salvaje.-

Frente a estas nuevas realidades, no parece razonable dudar que si bien no se puede volver al Estado “*invasor*” o “*paternalista*”, tampoco podemos aceptar el Estado “*desertor*” o “*abstencionista*”. Porque si el Estado “*invasor y paternalista*”, sofoca y ahoga a la sociedad, el Estado “*abstencionista y desertor*”, condena a grandes sectores de la misma, especialmente a los más débiles, a la frustración humana y a la marginación, por un sistema que los expulsa de un nivel de vida que respete aunque sea mínimamente la dignidad humana.-

42.- Es que como bien se ha dicho, sólo la solidaridad puede mitigar esta terrible dicotomía: La Economía de Mercado sin Solidaridad, es Capitalismo Salvaje; y la Solidaridad sin Economía de Mercado, es una utopía.-

En las circunstancias económicas contemporáneas, es preciso afirmar categóricamente, el *Estado “garante”*, que para ser tal, necesita ser un Estado “fuerte”, capaz de asegurar con firmeza las reglas de juego para el bienestar general, frente a los abusos de las nuevas y crecientes concentraciones de poderes corporativos, principalmente de carácter económico.-

El “*garantismo*” *constitucional* no puede en la actualidad, agotarse en la clásica función tuitiva frente los abusos provenientes del Estado contra las libertades fundamentales. Es preciso e irrenunciable, que en los tiempos que vivimos y se avizoran, el “*garantismo constitucional*” logre que el propio Estado se constituya asimismo en el “*garante*” de los derechos de la sociedad y de los individuos, mediante las limitaciones y controles que protejan al bien general, de las violaciones provenientes de los “*nuevos poderes*” sociales y económicos.-

43.- Piénsese por un instante que según un conocido informe de expertos, esta irrefrenable concentración de “*poderes económicos*”, permitirán en un futuro cercano, que 200 empresas multinacionales gobiernen los procesos macro- económicos, financieros y tecnológicos en el mundo entero. Piénsese en las lógicas consecuencias de estas graves circunstancias en los regímenes políticos-institucionales de los Estados. Piénsese en estas nuevas y reales formas de

imperialismos, que ya no se manifiestan como antiguamente imponiéndose en determinadas bases territoriales, sino que ahora funcionan como imperialismos que se imponen sobre los diversos sectores vertebrales de los procesos macro-económicos (industria, tecnología, comunicaciones, mercados financieros, etc).-

Estos son los "*nuevos poderes*" que se reparten los diversos ámbitos económicos, en los que ejercen poderes hegemónicos y ante los cuales, los Estados y sus poderes políticos, se sienten realmente invadidos y sometidos a las presiones de los intereses que aquéllos representan, y a las cuales frecuentemente aceptan resignadamente, frente a las amenazas de la falta de inversiones y de crecimiento económico, con los consiguientes graves flagelos de la desocupación y la marginación de multitudes de seres humanos.-

Esta notable y progresiva concentración de poderes, no tienen influencia sólo en determinadas espacios físicos, sino que la extienden sobre el mundo entero, de allí la expresión de "globalización" aplicable a estos procesos de difusión, control y dominación de poderes tecno-económicos que trascienden los límites estatales y continentales.-

44.- Bien ha señalado Alberto Antonio Spota, que los efectos de la globalización de la técnica, de la economía y de las finanzas, muestran lo que él llama con agudeza, "*franjas de actividades*" que mucho más allá de cualquier bandera nacional, pueden inclusive posibilitar hasta enfrentamientos de intereses a cubierto de la misma bandera, pero que respondan a "franjas de poder económico y financiero" diferentes, que exceden a los Estados naciones y a menudo, sus propias capacidades decisorias.- Atendiendo a que la globalización borra las fronteras políticas y geográficas, seguramente no habrá en la globalización enfrentamientos de banderas, sino de "franjas" de poder económico, financiero y tecnológico, las que requerirán la necesidad de nuevos plexos jurídicos, dada la negativa que a menudo se advierte en dichas franjas, a estar condicionadas por el orden normativo de uno o varios Estados.-

El sistema de lealtades propios de la globalización -continúa Spota- hará que los sistemas jurídicos, signifiquen por franjas y respondan a los intereses económicos, políticos y sociales que aglutinen a ese sector de poder, porque en los sistemas globalizados de poder, no hay lealtad a los territorios ni a las banderas de los Estados nacionales o de la comunidad económica o política.-

45.- Nosotros por nuestra parte, no dudamos que son nuevos y complejos los desafíos que la *globalización* le plantea al Derecho Constitucional.- Pero no obstante, nosotros estamos firmemente persuadidos que frente a las pretensiones irrefrenables de dichos sectores o "franjas" a escala mundial, atendiendo a la complejidad y conflictividad ínsitas a dichas pretensiones, y consientes que las mismas desbordan las capacidades decisorias de los Estados, una de las más propicias formas de evitar los efectos perniciosos de la globalización, es la de agilizar los procesos de integración supra-estatales y de sus correlativos ordenamientos jurídicos.-

Si el derecho de cada Estado no es suficiente para limitar las imposiciones de dichos sectores de poder, tendremos que recurrir a un sistema jurídico a escala regional, que como el Derecho Comunitario, tenga el vigor y el consenso político de los Estados, para lograr la imperatividad que posibilite frenar los excesos y regular las nuevas relaciones de poder, procurando ordenarlas al servicio de un mayor desarrollo de la humanidad, es decir, de todo el hombre y de todos los hombres, en la expresión de Pablo VI.-

## **V.- A GUIA DE COLOFÓN**

Señores académicos, queridos amigos:

Hemos tratado de exponer nuestras reflexiones sobre las tendencias que se observan sobre algunos de los tópicos más relevantes en la dinámica contemporánea del Derecho Constitucional.-

Permítaseme dejar un mensaje realista pero de firme y fundado optimismo. El principio de la dignidad de la persona humana que respaldan estas reflexiones, a pesar de las dolorosas, críticas y precarias situaciones mundiales que todos conocemos, va lenta pero firmemente, creciendo en la conciencia ética de las sociedades.-

La normatividad constitucional, pero también las realidades sociológicas contemporáneas van mejorando, no obstante las miserias humanas subsistentes.- Pero debemos ser conscientes que los valores que juridiza el Derecho Constitucional, se frustran a menudo por la *falta de excelencia y de ética* en los comportamientos personales, sociales e institucionales.-

Más que las normas escritas, importan los comportamientos vivenciales. Aquí esta el *quid* del asunto!! Sin virtud no puede haber República!!, nos lo viene repitiendo Montesquieu

desde hace más de dos siglos. Y Maurice Hauriou nos afirma, que "las creencias políticos-morales son la fuerza del régimen constitucional. No importan tanto los mecanismos políticos, como las energías espirituales que los han creado y que los animan". -

De otro lado, es urgente *reconciliar la Democracia y todas las manifestaciones del poder, con la Ética!!*

Es urgente también *reconciliar la Democracia Política, con la Cultural y la Económica!!* que posibiliten a los hombres un grado mayor de justicia social, en la distribución y en la participación de los bienes materiales y culturales.-

Sólo así lograremos finalmente, reconciliar a los hombres con el Derecho Constitucional y con los valores de libertad, igualdad, justicia, solidaridad, pluralismo, participación y seguridad, que dieron origen y deben seguir sustentando el creciente desarrollo el constitucionalismo, que alcanzará legitimidad y credibilidad, en la medida que sirva al desarrollo integral del hombre y la sociedad!!

Muchas Gracias!!

BUENOS AIRES, 9 de Agosto de 2000.