

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALISMO

I. EL CONSTITUCIONALISMO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

I.A. Constitucionalismo liberal o individualista:

Así se denomina a un proceso político-jurídico que tuvo como objetivo reestructurar al Estado conforme a una ideología política concreta: el individualismo liberal.

Esta nueva forma de organización estatal se plasma en un documento legal —la constitución—, el cual organiza al gobierno sobre la base del principio de limitación, dividiéndolo al menos en tres ramas poderes —Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial— con el objetivo de proteger de la injerencia política los derechos personales que consideraban inherentes al hombre.

Este fue un lento proceso que, en general, la doctrina ordena en tres grandes revoluciones que produjeron diversos documentos constitucionales que serían de gran influencia.

Las primeras manifestaciones de las ideas liberales tiene lugar en Inglaterra, Comienza con ciertas prerrogativas que los nobles logran obtener del Rey —por ej. *Carta Magna* de 1245— y que se van extendiendo luego a los burgueses. El Rey siempre debió contar con un Parlamento que, en sus orígenes, era una asamblea feudal donde se reunía, una vez al año, con los señores laicos o nobleza y el clero. Al tomar importancia los “burgos” —poblaciones externas a los castillos libres del control de los señores feudales— los Reyes fueron otorgándoles una “carta real” que los convertía en señoríos colectivos. Estos pidieron contar con participación en aquellas asambleas feudales y así —junto a los nobles y el clero— pudo verse a los representantes de la burguesía en formación. A diferencia de los nobles y los eclesiásticos que concurrían a Parlamento por derecho propio y hablando en nombre propio, las ciudades debieron elegir un representante, ya que fácticamente era impensable que participaran todos los habitantes. Los grandes señores y los eclesiásticos encontraron chocante sesionar conjuntamente con quienes consideraban unos advenedizos y se fueron separando: los Lores y los Altos Prelados en la Cámara de los Lores y los burgueses en la Cámara de los Comunes. El paso siguiente es la aparición del “speaker”, elegido por los

Comunes, encargado de expresar al Rey las resoluciones de la Cámara y antecedente del actual Primer Ministro.

Este parlamento tenía esencialmente la función de votar la "ayuda feudal": cuando el Rey necesitaba dinero convocaba a los señores y a las ciudades para acordar su entrega. Se avanza, luego, cuando los aportantes reclaman el estado de cuentas para examinarlo. Si bien en un primer momento, el Rey formalmente no debía obediencia a las decisiones del Parlamento, éste lo amenazaba con no votarle el impuesto la próxima vez y el Rey se veía obligado a contemporar.

Otra de las atribuciones del Cuerpo era darle consejos al Rey. Paulatinamente, en vez de dar un consejo indeterminado, comenzó a dar consejos claros y precisos. Más tarde, que fueron redactando en artículos. Es decir, poco a poco, llegó a votar leyes (1).

En 1776, se produce una innovación importante: los Comunes se autoprorrogan el mandato. Esto tiene una significación especial. Hasta entonces, los representantes burgueses sólo podían decidir conforme a las instrucciones que recibían de las comunas, sin poder apartarse de ellas. No podían resolver más allá de lo expresamente autorizado al momento de su elección y estaba obligado a rendir cuenta de su gestión: es lo que se conoce como *mandato vinculante*. A partir de la decisión de autoprorrogarse el tiempo de representación y ponerse a sí mismo el término producen una verdadera revolución. Ahora, el representante se puede apartar de las instrucciones de sus electores y la elección pasa a ser un "voto de confianza", en el sentido de que se espera que el electo actuará de manera confiable para sus electores. A este mandato indeterminado se lo conoce como "representación libre" o "*representación política*". A su vez, el Parlamento evoluciona de un lugar de negociación a un órgano estatal.

Este proceso se conoce como *Revolución inglesa* que quedó plasmado, entre otros documentos en que el Rey hace concesiones, en el *Agreement of the People* (pacto popular) en 1647 y el *Instrument of Government* en 1653, donde se van delineando las instituciones junto a la enunciación de ciertos derechos personales.

Así, en Inglaterra, lentamente se asentó en el siglo XVIII un determinado equilibrio político —monarquía limitada— y se va imponiendo el uso del término "constitución" para designar al conjunto de estatutos, cartas o instrumentos organizadores de la comunidad política.

El término se impone definitivamente, a partir de la *Revolución norteamericana*. La Declaración de la Independencia de 1776 va a dejar sentadas las bases del movimiento: "...Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador

(1) Cfr. DUVERGER, MAURICE, "El sistema parlamentario", Ed. Schapire, Buenos Aires, 1973.

de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quieran que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla, abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de afianzar su seguridad y felicidad”.

Como consecuencia, se fueron dictando constituciones locales —como la de Virginia de 1776— y más tarde, la Constitución Federal de 1787. Es la primera constitución moderna en el sentido habitual de la palabra. Su esquema es la división en tres ramas de gobierno, conforme al principio tripartito de Montesquieu, bajo la forma presidencialista (2).

Ella va a ser comentada por sus autores en “El Federalista”. Madison nos advierte que “...Nunca admiraremos bastante el valioso adelanto que representan las constituciones americanas sobre los modelos de gobierno popular...”.

¿En qué consistía ese adelanto? en tener a raya las decisiones mayoritarias cuando afectaran los derechos de los demás conciudadanos. Describe dentro de la sociedad sectores con intereses contrapuestos: “Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios ricos, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en sociedades civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que las mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituyen la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir el espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesaria y ordinarias del gobierno”.

Para evitar los riesgos de tales banderías en una sociedad democrática, propone lo que llama la “forma republicana”, porque “...cuando un bando abarca la mayoría, la forma de gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés tanto el bien público como los derechos de las demás ciudadanos. Poner el bien público como los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservarla a la vez del espíritu y la forma de gobierno popular, es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones” (3).

En otras palabras, la forma limitada de gobierno establecida en una constitución va a proteger al bien público y a los derechos personales de las decisiones mayoritarias dictadas en su propio interés. Así, fundamentalmente,

(2) Estas características las vimos en el capítulo anterior.

(3) Todas citas de MADISON pertenecen al *El Federalista X.*, Ed. Fondo de Cultura Económica,

una constitución es un "corset" o límite al ejercicio del poder, en beneficio de los gobernados.

La Revolución francesa, iniciada en 1789, aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que define el concepto de Constitución, en su art. 16 al decir que *"una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes no esté definitivamente determinada, no tiene constitución"*. También se ve a la Constitución como garantía de libertad, racionalizando el poder político, sujetando el gobierno a la ley, y, en consecuencia, todo acto del Estado, para ser válido y legítimo, debe derivar de una competencia prevista en la Constitución.

Sin embargo, va presentar algunas diferencias. En Europa continental no se va a entender a la Constitución como norma jurídica directamente oponible por los ciudadanos, sino como "una carta de navegación" destinada a marcarle el rumbo al poder político. Sus principios deben ser receptados por la "ley", sancionada por el Parlamento, para ser aplicable a las situaciones concretas.

Estas ideas francesas fueron las que llegaron, en mayor medida y en un primer momento, al Río de la Plata. Cornelio Saavedra expresaba en el Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810 *"que no queda duda de que el pueblo es el que confiere autoridad a mando"* (4). Los documentos del 25 de mayo receptan, además del principio de soberanía popular, las ideas de responsabilidad de los gobernantes, la independencia del Poder Judicial y la publicidad de los actos de gobiernos.

También se conocieron las ideas norteamericanas y en ellas se inspiró Alberdi al redactar las "Bases" que sirvieron de guía a los constituyentes de 1853. Al modelo norteamericano —presidencialista y federal— se le agrega una declaración de derechos que no sigue la misma fuente sino la experiencia europea.

Dirá nuestra Corte: *"El gobierno de la Nación Argentina está regido por la Constitución escrita que ha reconocido los derechos individuales preexistentes a ella como inherentes a la personalidad humana; ha organizado los diversos poderes y deslindado sus atribuciones fijando límites a su ejercicio y los medios para que esos límites no sean ultrapasados (...) pues como decía uno de los miembros informantes en la sesión del 20 de abril de 1853: "La Constitución es el pueblo, es la nación Argentina hecha ley"* (5).

I.B. El Constitucionalismo Social

El modelo institucional clásico liberal sostenía la limitación de las funciones estatales a la defensa del orden público y al funcionamiento del

(4) BIANCHI, ALBERTO, "Un recorrido crítico por el período formativo del derecho constitucional argentino", Revista Debates, nro. 193, abril/agosto 2004, p. 57.

(5) Causa "Ercolano c. Lanteri de Renshaw", voto en disidencia del doctor Bermejo que reitera la, hasta entonces, posición de la Corte respecto a la interpretación ideológica de la Constitución. Fallos: CSJN 136:164.

mercado. Este último se protegía, principalmente, mediante la intensa protección del derecho de propiedad y la libertad de contratar.

El tiempo y el cambio de las condiciones fácticas impusieron la convicción acerca de la necesidad de regulaciones económicas y prestaciones de naturaleza social que plantearon conflictos respecto al alcance de aquellos principios elaborados por el liberalismo clásico, que tendían a modificar las prácticas feudales y establecer los derechos y libertades individuales.

Los individuos, originalmente eran concebidos como "entidad legal autónoma" (6) oponible al Rey o a quien ejerciera el poder. La práctica de los derechos puso en relieve que muchos de los denominados "derechos individuales" no pueden ejercitarse sin contar con otros individuos, aunque su ejercicio no prive de la individualidad. Así, el derecho de libre asociación, de reunión, de prensa, de matrimonio, supone el ejercicio de un derecho individual pero impensable sin otros que, conjuntamente, también hagan ejercicio de su derecho individual. A algunos de ellos, ligados al cambio de condiciones económicas, se les ha llamado "derechos colectivos".

Así, históricamente, con el desarrollo de la sociedad y la modificación de condiciones de producción y económicas —libertad a ultranza del juego de la oferta y la demanda y la capacidad de acumular ilimitadamente riquezas acompañadas por los avances tecnológicos— produjeron fenómenos de enorme concentración económica que afectaron aquella libre concurrencia en el mercado.

El trabajo deja de ser mayoritariamente una tarea de responsabilidad y riesgo individual para realizarse colectivamente o en "empresa", la educación ya no es vista como la revelación de las verdades de la fe a cada uno de los mortales, para ser un esfuerzo de conocimiento colectivo; los nuevos actores económicos —los trabajadores o proletariado— reclama la extensión del sufragio o el derecho a huelga. Estas formas no son necesariamente novedosas ya que sirvieron de empuje a los primeros liberales, sino que se hacen cada vez más crecientes e intensas. En otras palabras, la vida social fue aumentando el número de situaciones en que se hace necesario que el individuo participe o colabore con sus iguales.

Asimismo, la revolución socialista de octubre de 1918 en Rusia enfrentó al mundo con la formulación de los derechos económicos, sociales y culturales en la constitución soviética de 1918. De la misma época, pero de orientación occidental, la Constitución de México de 1917 y la de Weimar de 1919. Con posterioridad, fueron apareciendo en todas las constituciones modernas.

En nuestro país, la aceptación de las nuevas pautas sociales fue, fundamentalmente, tarea jurisprudencial, que cambia sus estándares interpretativos. Las cláusulas constitucionales de protección de los derechos

(6) Nuestro Código Civil, en esta línea, define: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones" (art. 30).

sociales aparecen primeramente en las constituciones provinciales. El primer antecedente lo encontramos en la de Tucumán en 1907. Luego, en Santa Fe, en 1921, aunque rigió con posterioridad y por poco tiempo.

Interesa más la de San Juan de 1927 por la amplitud —para la época— y por los fundamentos de su incorporación. En su art. 31 protege: un “mínimo de seguridad económica” y “A este efecto se establecerá por la ley de jornada de trabajo...”, enumerándose a continuación salario mínimo, seguros sociales, vivienda higiénica. Para su implementación se autorizan contribuciones obligatorias para financiar el sistema de seguridad social y aportes del Estado en la construcción de viviendas, ya sea en forma directa o indirecta —créditos liberales o exenciones impositivas—. También se prevé la “reglamentación de los sindicatos y el encauzamiento normal de las relaciones entre el capital y trabajo”.

En la discusión de la Convención Constituyente se aludió a este artículo como “legislación industrial” o “derecho obrero” inspirado en la solidaridad social y no en un criterio caritativo tradicional, proponiéndose humanizar la regulación jurídica entre el capital y el trabajo (7). En el mismo sentido, las reformas de Entre Ríos de 1933 y de Santiago del Estero de 1939 como las que se realizaron con posterioridad.

En la Constitución Nacional de 1853, de clara filiación demoliberal, fue incluida esta corriente, como decíamos, mediante interpretación jurisprudencial. En 1922 se analiza el derecho a la vivienda (8), la limitación de derechos individuales por razones económicas (9); en 1933 la intervención del Estado en las cláusulas contractuales de un mutuo oneroso (10); en 1934 la relación laboral (11) y en 1938 los accidentes de trabajo (12).

En este sentido, la Corte Suprema evaluó: *“Desde luego no puede ponerse en duda que interesa a la comunidad en conjunto la situación económica de los distintos grupos que la constituyen y que tratándose como en este caso de la suerte de la mayoría de la población, no son solamente consideraciones de humanidad y de justicia social las que reclaman su intervención, sino también*

(7) Diario de Sesiones de la Convención Reformadora de la Constitución de San Juan, citado por VANOSI, J. R. A., en *Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, p. 316, Ed. Universitaria, 1982.

(8) Causa “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”; Fallos: 136:161; 1922.

(9) Causas “Swift La Plata c. Gobierno Nacional”, y “Frigorífico Anglo S.A. c. Gobierno Nacional”, Fallos: 171:348; 171:366.

(10) Causa “Avico c. de la Pesa”; Fallos: 172:21, 1933.

(11) Causas “Saltamartini, Pedro c. Cía de Tranvías ‘La Nacional’” y “Quinteros, Salustiano L. c. Cía de Tranvías”; Fallos: 176:22; 1936.

(12) Causas: “Rusich, Elvira c. Cía I. Bs. As.”, “Dordal”, y “Tetamanti c. Aranguren”, Fallos: 181:209; 189:234; 194:361.

su interés directo, ya que es elemental que una situación afligente del mayor número tiene que repercutir desfavorablemente sobre la economía general, dada la vinculación lógica de todos los intereses materiales" (13).

En 1949 la reforma tuvo una fuerte impronta social, con largos articulados a favor de los derechos del trabajador, la familia, la ancianidad, la educación y a la cultura, la regulación de los sindicatos y gremios, creación de un sistema de seguridad social. También aquí, la cuestión social gira alrededor de la figura del trabajador y la relación laboral.

Derogada, la reforma de 1957 incluye el art. 14 bis, que sirvió de apoyo a nutrida legislación y jurisprudencia acerca de su constitucionalidad, pero siempre sobre el modelo cuyo eje es lo laboral.

Finalmente, en 1994 se agregan cláusulas referidas a la maternidad, la niñez, la educación, la salud y los nuevos derechos al medio ambiente, del consumidor y a la participación de los usuarios en el contralor de los servicios públicos.

La aceptación del constitucionalismo social enfrenta atendibles cuestionamientos teóricos y varios problemas prácticos, que generan la desconfianza de los sectores políticos y tradicionales.

Aquellos ideales supremos del constitucionalismo liberal entraron en crisis por la evolución de sus propio sistema jurídico-político y económico. A modo de ejemplo, se permitía el trabajo de menores de cuatro y cinco años, los adolescentes cumplían jornadas de 12 a 16 horas de trabajo y en ciertas tareas se utilizaban obreras en lugar de animales de carga —porque eran más baratas—.

La decadencia moral corrió pareja con la económica. En los centros industriales de Francia, la mitad de los nacimientos era, al promediar el siglo XIX, de hijos ilegítimos, y en 1820, cientos veinte mil estaban abandonados en la vía pública. Estas condiciones causaron que la idea de la libertad como refugio frente a la invasión del Estado —libertad negativa— en la esfera privada evolucionara hacia una exigencia de un rol más activo por parte del derecho y del Estado en la remoción de aquellos obstáculos que impiden su efectivo goce. La igualdad que formalmente declaraban, contrastó con las enormes diferencias económicas, sociales, políticas y ahora, se reclama en el diseño de las políticas públicas que contemplan la igualdad real.

En resumen, se reclama un nuevo orden no tan individualista y más solidario. Estos reclamos hacen necesario un nuevo rol de Estado. Aquel "leviathan" peligroso muta hacia un Estado "blanco", bueno, protector, que brinda asistencia y resuelve conflictos; para lo que se necesita una mayor injerencia en lo económico y una mayor capacidad de recaudación de fondos

(13) Causa "Ercolano vs. Lanteri de Renshaw", voto mayoritario, Fallo: 136:164.

para hacer frente a las demandas. El constitucionalismo lo receptorá en el movimiento que se conoce como "constitucionalismo social",

Este no ha recibido una aplicación homogénea en las distintas constituciones. La doctrina ha identificado al menos tres grandes grupos de estados a los que denominó "los tres mundos del estado del bienestar" (14).

1.C. Crisis del constitucionalismo social

La recesión económica de 1973 volvió a modificar las condiciones económicas y estas repercutieron en los recursos que podía recaudar el Estado a los fines de las prestaciones colectivas. Asimismo, muchas veces éstas sirvieron para el aumento de conductas políticas rechazadas, como el clientelismo electoral o la corrupción. En el mundo de las ideas, se revitalizan las propuestas de no intervención estatal y se reclama disminuir el peso del sector público. La hipótesis, hasta entonces defendida, que sostenía que la provisión pública de servicios sociales es potencialmente más igualitaria que la realizada por el sector privado fue perdiendo terreno. Aparecen las ideas "privatizadoras" y se modifican las condiciones laborales. Esta corriente será conocida como "neoliberalismo" y, si bien, produjo cambios jurisprudenciales, no ha adquirido tanta entidad como para producir grandes cambios constitucionales. La reforma de 1994, en nuestro país recoge la cláusulas de "defensa de la competencia" y de previsión de "marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional" y su control por los usuarios (art. 42).

A partir del 2001 se ha nuevamente puesto en discusión las ideas neoliberales y hoy confluyen tantos preceptos de una y otra corriente. En cuanto a la interrelación entre derecho y economía lo veremos en el punto siguiente.