

Capítulo XVII

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

SUMARIO: I. La noción de Estado de Derecho. Introducción. Continuación. Concepto material de Estado de Derecho. Continuación. A) La sumisión del Estado al Derecho: *Principio de constitucionalidad. Principio de legalidad. Principio de jerarquía normativa. Principio de descentralización. Principio de publicidad. Principio de irretroactividad. Principio de responsabilidad (La responsabilidad civil; la responsabilidad política; la responsabilidad penal; la responsabilidad disciplinaria).* B) El reconocimiento constitucional de los derechos humanos y sus garantías. C) El control del Estado. **II. La noción de Estado social y democrático de Derecho.** Estado social de Derecho. El Estado democrático de Derecho. El concepto de Estado social y democrático de Derecho como una unidad. La nueva realidad. **III. El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución uruguaya.** El Estado de Derecho en la Constitución uruguaya. A) La sumisión del Estado al Derecho: principio de constitucionalidad. B) La sumisión del Estado al Derecho: principio de legalidad. C) La sumisión del Estado al Derecho: principio de jerarquía normativa. D) La sumisión del Estado al Derecho: principio de publicidad. E) La sumisión del Estado al Derecho: principio de irretroactividad. F) La sumisión del Estado al Derecho: principio de responsabilidad (*responsabilidad civil, responsabilidad política, responsabilidad penal, responsabilidad disciplinaria*). Los derechos humanos. El control. El Estado social de Derecho en la Constitución uruguaya. El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución uruguaya.

I. La noción de Estado de Derecho

Introducción

La doctrina utiliza la expresión *forma de gobierno* para referir a la recíproca posición en que se encuentran los órganos constitucionales del Estado (tomando la palabra *gobierno*, no como elemento constitutivo del Estado, sino para hacer mención a los principales órganos estatales). Por su parte, la noción de *forma de Estado* hace alusión a la diversa posición recíproca en que aparecen los elementos constitutivos del Estado entre sí.

Partiendo de lo anterior y destacando la necesaria relación entre ambos conceptos, BISCARETTI ¹ señala que desde la Edad Media hasta nuestros días han existido tres formas básicas de Estado:

A) En primer lugar cabe mencionar el Estado feudal, también llamado *patrimonial*, que se destaca jurídicamente por la existencia de una confusión entre el derecho público y el derecho privado. Así, tanto la población como el territorio (en tanto elementos del Estado) aparecen como integrantes del patrimonio del monarca, quien puede enajenarlo y transmitirlo por herencia. Los derechos de las personas carecen de reconocimiento y garantías, y el poder real sólo está limitado, a veces, por los pactos de vasallaje.

B) En el Renacimiento aparece el *Estado de policía*, en el cuál el poder del Monarca es concebido como una potestad pública. Pero dentro de esta concepción aparece la noción de *razón de Estado*, con base en la cual el Monarca cuando así lo exijan las necesidades del Estado, podrá actuar fuera o contra el derecho establecido. Demás está señalar que esta noción, que hace primar la necesidad política por sobre la legalidad, hace que toda garantía pierda la mayor parte de su valor. El pueblo no está compuesto por ciudadanos sino por súbditos.

C) Por último, y generalmente situado a partir de la Revolución francesa, aunque su origen y evolución es anterior, encontramos el *Estado moderno* o *Estado de Derecho* o *Gobierno Constitucional*, que se caracteriza por el principio de separación de poderes, la existencia de garantías jurisdiccionales para los derechos subjetivos públicos de los habitantes y, fundamentalmente, por la sumisión de todos, incluyendo a los gobernantes, frente al Derecho.

Sin perjuicio de los antecedentes remotos del Estado de Derecho², suelen reconocerse en la elaboración y afianzamiento del mismo tres aportes básicos: la noción de *Monarquía constitucional*, el *Parlamento bicameral* (aunque con una cámara no representativa), la *irresponsabilidad política del Jefe de Estado* y la existencia de *libertades tutelables jurisdiccionalmente*, son contribuciones inglesas; la *soberanía nacional*, el *principio de separación de poderes* y la *doctrina de los derechos públicos subjetivos*, presentan un origen francés; y por último, se señala como aporte estadounidense, la *estructura federal del Estado* y el *contralor jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*.

¹ BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Derecho Constitucional ... cit.*, pág. 224 y ss.

² ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español ... cit.* pág. 33.

Estado de Derecho, en sus orígenes, aparece confundido con el Estado Liberalizado por una realidad social y económica, e íntimamente vinculada a la ideología liberal³.

Como señala DUVERGER⁴, las instituciones políticas liberales se crearon a partir y con base en una ideología preexistente (la ideología liberal) que a su vez presenta dos manifestaciones básicas:

Liberalismo político, claramente establecido en el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al expresar que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos".

Esta afirmación, con pretensión de verdad universal, en cuanto a que por naturaleza los hombres son libres e iguales en derechos, debe situarse dentro del contexto de la libertad económica y social en que se desarrolló la revolución burguesa. La burguesía no era una clase oprimida económicamente, sino que, por el contrario, muchas veces estaba en mejor situación que la propia aristocracia. Los problemas eran los privilegios que se dispensaban a los nobles, relegando a los burgueses a un status inferior. Les bastaba entonces con modificar dichas normas para concretar sus pretensiones sin que fuera necesario modificar la estructura económica.

Además se buscaba una limitación de los poderes de los gobernantes. Al no haber una acción directa del Estado para modificar una realidad, se pretendió por el contrario la existencia de garantías de que el gobierno no interferirá en la realidad. Para garantizar la defensa frente al Estado se estructuraron: elecciones periódicas, con lo que se obligó a los gobernantes a tener en cuenta la voluntad de los electores a riesgo de no ser reelectos; se estableció el pluralismo político, que conlleva otro límite al Gobierno en la medida que se crea una oposición que lo critica; y se procuró lograr una separación entre el poder político y el económico, por los peligros que implica que ambos estén concentrados en unas mismas manos.

La otra manifestación básica de esta ideología es justamente el liberalismo económico, que se manifiesta, en apretada síntesis, en la libertad de empresa (en una clara reacción frente al anterior régimen corporativo), el respeto expreso de la propiedad privada y la libertad de comercio.

Por lo tanto surge de lo anterior que el Estado Liberal aparecerá como un Estado intervencionista (por oposición a intervencionista), que sólo debe ocuparse de los asuntos básicos del Estado (seguridad, defensa nacional y relaciones exteriores), y que no debe inmiscuirse en la vida económica de los particulares.

³ ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español ... cit.*, pág. 115. Después de señalar que el Estado de Derecho surge como una necesidad de la burguesía revolucionaria agrega que en sus orígenes fue la traducción jurídica del Estado Liberal.

⁴ DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional ... cit.* pág. 91 y ss.

Continuación

En su formulación jurídica el Estado de Derecho nace en medio de dos planteos fundamentales:

- a) En primer término el principio inglés del "*rule of law*", que implica la primacía total de la ley. El derecho inglés consagra la soberanía del Parlamento.
- b) En segundo lugar deben tenerse presentes los planteos del jusnaturalismo racionalizado claramente afianzado en la época.

Es la doctrina alemana, la que ante la imposibilidad de reconocer como en Inglaterra la soberanía del Parlamento, proclama la soberanía del Derecho. acuñándose la expresión *Estado de Derecho*. Y es justamente a partir de los desarrollos de KANT (básicamente con la distinción del mundo del ser y del deber ser) y de la doctrina alemana posterior que aparecen dos concepciones o niveles de Estado de Derecho.

Una primera noción, jurídico-formal⁵, se limita a definir al Estado de Derecho como aquél que actúa mediante normas jurídicas cuya totalización conforma un ordenamiento pleno y coherente que limita al propio Estado⁶.

En esta noción formal, JELLINEK⁷, define al Estado de Derecho como aquél que se coloca asimismo dentro del Derecho y no sobre el Derecho. Así el Estado sólo sería libre dentro de los límites que el mismo se crea, pero con base en esta concepción de la *autolimitación* del Estado, en última instancia, el Estado sigue siendo el dueño de los contenidos positivos del Derecho⁸.

En este punto resulta oportuno efectuar una referencia a la doctrina kelseniana. KELSEN, como se recordará, identifica totalmente el Estado con el Derecho⁹, lo que lo lleva a sostener que la tentativa de legitimar al Estado fundándolo en el derecho (como un *Rechtsstaat*) es totalmente vana. Para este autor un Estado que no estuviera fundado en el Derecho, que no tuviera un orden jurídico, no existiría ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Pero con estas afirmaciones KELSEN no negaba la necesidad y la posibilidad de legitimar al Estado o a ciertos Estados. Sólo señalaba la insuficiencia del Derecho a tales efectos. Para este autor, la justificación del Estado, que hasta parece necesaria, responde a juicios de valor de carácter

⁵ ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español ...* cit. pág. 34.

⁶ DE ESTEBAN Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español ...* cit., pág. 114.

⁷ JELLINEK, *Teoría General ...* cit., pág. 219 y ss.

⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno*, tomo I ... cit. pág. 66.

⁹ BURDEAU, Georges y Otros, *Droit Constitutionnel ...*, pág. 74 y ss.

ativo, y atañe a

19.

Esta concepción

es finales:

A veces, como imposibilidad, enfoque, y sos de legitimac (políticas, mo

Otros, como caracterizar a este autor en la actualidad autolimitación. Puede recor tradicional co en formaaju idea de que la la voluntad de

Por último, la mítico en el m entre otras. un Estado que califique como opuestos a c expresiones t pero sin rene tengan que ve concepción fo autodefinirse consagrados a valor mítico tener la cuest mediante el d mérito al cua formal. Pero en sentido fo lo que, como Estado de De-

Hans. Teor

Y CAMPOS. Ger

objetivo, y atañe a la ética y a la política, pero no al derecho considerado como ciencia¹⁰.

Esta concepción formal de Estado de Derecho requiere algunas consideraciones finales:

- a) A veces, como ocurre en el caso de KELSEN, sólo significa sostener la imposibilidad de legitimar al Estado mediante el Derecho. En este enfoque, y sostenida la identidad Estado-Ordenamiento jurídico, la tarea de legitimación quedará reservada a consideraciones no jurídicas (políticas, morales, etc.).
- b) Otros, como es el caso JELLINEK, buscan expresamente definir y caracterizar al Estado mediante esta noción. En realidad los aportes de este autor en este campo han sido trascendentes históricamente, pero en la actualidad no suele admitirse el concepto de Estado de Derecho como autolimitación, sino con un contenido propio como se verá más adelante. Puede recordarse incluso a BIDART CAMPOS que rechazaba esta tradicional concepción, no por negar la necesidad de que el Estado actúe en forma ajustada a derecho, sino para oponerse a la aceptación de la idea de que la actuación jurídica del Estado responda o sea resultado de la voluntad de éste que por su propia decisión se autolimita¹¹.
- c) Por último, la expresión Estado de Derecho ha adquirido un claro valor mítico en el mundo actual, al igual que ocurre con la palabra *democracia* entre otras. Así es prácticamente imposible encontrar en estos tiempos un Estado que no se defina asimismo como Estado de Derecho y que no se califique como democrático. Aun cuando se trate de los casos más opuestos a dichos conceptos se advierte que se recurre a confusas expresiones tales como "nueva democracia", "democracia material", etc., pero sin renegar nunca de dicho carácter aunque absolutamente nada tengan que ver con el mismo. En lo que refiere al Estado de Derecho, esta concepción formal, da a los Estados autoritarios una posibilidad clara de autodefinirse en este sentido e incluso de invocar la opinión de consagrados autores como soporte de dicha afirmación. Pero más allá del valor mítico de la expresión y de la trascendencia política que puede tener la cuestión, es obvio que no puede negarse que un Estado que actúe mediante el derecho (esto es que cuente con un ordenamiento jurídico, en mérito al cuál se autolimita) sería un Estado de Derecho en sentido formal. Pero por otra parte la definición de un Estado como de Derecho en sentido formal es una afirmación absolutamente inútil e irrelevante, lo que, como se verá, no ocurre en el caso de la concepción material del Estado de Derecho.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* cit. pág. 196 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Doctrina del Estado democrático ...* cit., pág. 142 y 143.

Concepción material de Estado de Derecho

Frente a esta concepción formal de Estado de Derecho aparece una concepción material. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA¹², por ejemplo, luego de distinguir la existencia de dos formas de gobierno, vincula al Estado de Derecho con el Estado democrático o de opinión, señalando como sus principales características:

- a) **Poderes limitados:** Los diversos centros de autoridad no pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, sino únicamente aquello que les está expresamente permitido. Esta limitación, sin duda propia del Estado de Derecho, alcanza también a los fines del Estado ya que los objetivos que determinan la actividad estatal también están definidos por el Derecho¹³.
- b) **Principio de separación de poderes:** La vigencia del principio de separación de poderes aparece para este autor como la segunda característica del Estado de Derecho, ya destacado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al expresar que "toda sociedad, en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución".
- c) **Opinión pública:** Por último, destacaba JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, el papel y la importancia de la opinión pública en la medida que el Gobierno no puede dirigir la crítica.

Otros autores, como ELÍAS DÍAZ¹⁴, destacan cuatro aspectos fundamentales del Estado de Derecho: (a) el imperio de la ley, concebida como expresión de la voluntad general; (b) la división de poderes; (c) el principio de legalidad en la actuación de la Administración; y (d) el reconocimiento de determinados derechos y libertades fundamentales.

En lo que refiere al *imperio de la ley* deben realizarse algunas puntualizaciones ya que la formulación original se ha visto alterada en las Constituciones modernas. En efecto, si bien el ejercicio de la función legislativa se sigue manteniendo dentro del ámbito del sistema orgánico del Poder Legislativo, es fácil advertir en el derecho comparado diversos factores, tales como la legislación delegada o el casi monopolio de hecho del Gobierno en materia de iniciativa legislativa, que han acotado dicho "imperio". En el mismo sentido debe recordarse que la descentralización territorial en muchos casos conduce a una multiplicación de los centros de producción legislativa. Y

¹² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno*, tomo I ... cit., pág. 69.

¹³ Sin perjuicio de la teoría de los poderes implícitos.

¹⁴ Ver: DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español ... cit.*, pág. 115 y ss.

fundamentalmente, ...
aparecido controles se

Llegando a la con...
que la Constitución e...
España se constituy...
propugna ciertos valc...
la doctrina extraer de...
Derecho:

- 1) En primer lugar...
contenido claro...
principio de c...
principio de je...
principio de irr...
principio de res...

El reconocimie...
fundamentales.

La tutela jurisd...

mayoría de lo...
aunque con...

de la doctrin...
sobre los princip...
ante del Es...
del jurisdiccio...

ción debe des...
de Derech...
anterior...
una razonab...
necesario ade...
efectividad c...
público no se e...

tribunales superio...
sistema político.

Artículo 9º de la Co...
relacione a la Co...
el principio de...
estabilidad de las di...
la seguridad j...
pública.

de Casas. Albu...
de Archa. Iz...
comunal cit. pá...
de Meoz. E...

fundamentalmente, y si bien se mantiene el papel central de la ley, han crecido controles sobre este tipo de actos jurídicos que antes no existían.

Llegando a la concepción moderna del Estado de Derecho puede recordarse que la Constitución española de 1978, luego de establecer en su artículo 1º que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna ciertos valores superiores del ordenamiento jurídico¹⁵, ha permitido a la doctrina extraer de la Carta los rasgos básicos que caracterizan al Estado de Derecho:

- 1) En primer lugar la sujeción del Estado al Derecho, pero ahora con un contenido claro y preciso que se traduce en principios concretos: (a) el principio de constitucionalidad; (b) el principio de legalidad; (c) el principio de jerarquía normativa; (d) el principio de publicidad; (e) el principio de irretroactividad; (f) el principio de seguridad jurídica; y (g) el principio de responsabilidad¹⁶.
- 2) El reconocimiento y la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales.
- 3) La tutela jurisdiccional de dichos derechos.

La mayoría de los autores agregan también el principio de separación de poderes, aunque con las matizaciones que se efectuarán oportunamente.

Parte de la doctrina pone el acento en la idea de contralor. No basta que se declamen los principios de constitucionalidad, legalidad, etc., sino que la nota caracterizante del Estado de Derecho moderno está dada por la existencia de un control jurisdiccional¹⁷ realmente efectivo¹⁸.

También debe destacarse que no es suficiente para la admisión de que exista un Estado de Derecho con la mera formulación en las normas jurídicas de los principios anteriormente mencionados, sino que es necesario que los mismos tengan una razonable aplicación y efectividad práctica. CASSINELLI¹⁹ señala que es necesario además que se establezcan procedimientos que tiendan a asegurar la efectividad de la regla, es decir, medios de garantía de que los actos del poder público no se excederán de los cauces jurídicos.

Estos valores superiores establecidos a texto expreso son: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El artículo 9º de la Constitución española establece: "1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. ... 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

BREWER CARIAS, Allan R., *Estado de Derecho y Control Judicial* ... cit., pág. 9 y ss.

CAGNONI, Anibal, *Introducción a la teoría del control* cit. pág. 11 y ss. ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control* cit. pág. 12.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público* cit., volumen I, pág. 36.

A esta altura no es necesario detenerse en que las dos nociones de Estado de Derecho (formal y material) sólo tienen en común su denominación. Pero mientras que la concepción formal, y salvo en cuanto a su justificación o fundamentación dentro de una teoría general del Derecho (como ocurre por ejemplo en la obra de KELSEN), o de su valor histórico (en la medida que puede haber representado un aporte para la evolución del Estado moderno), carece de toda otra utilidad. El Estado de Derecho en su sentido material o sustancial (o en su sentido ideológico²⁰), en cambio, aparece como una herramienta cómoda para definir el Estado moderno en su contenido y en su verdadera dimensión.

Continuación

Corresponde ahora referir a la noción moderna del Estado de Derecho distinguiendo entre sus tres componentes básicos: la sumisión del Estado al Derecho, la regulación de los derechos humanos y la existencia de un sistema de control razonablemente efectivo.

A) La sumisión del Estado al Derecho

La sumisión del Estado al Derecho ha sido sin duda la primera característica del Estado de Derecho que aparece como reacción frente al Estado de Policía y a la ya mencionada *razón de Estado*. Esto es así, tanto en la concepción inglesa del *rule of law*, como en las doctrinas de la autolimitación como en la concepción moderna ya referida.

Pero esta sumisión al Derecho presenta una precisión y un alcance que antes no existía y que puede expresarse enunciando una serie de principios claros que definen su contenido.

Principio de constitucionalidad

Como señalan DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA²¹ el valor de las normas constitucionales históricamente se vio reducido a un ámbito puramente político, carente del poder de vinculación, de obligatoriedad y de coerción propio de las normas jurídicas. La Constitución era percibida como un *código político alejado* de la realidad, de las personas y, normalmente, de los tribunales.

Genéricamente podemos encontrar varias causas para dicha realidad:

- a) En primer lugar las demoras y reticencias en reconocer un control jurisdiccional de la regularidad constitucional de las leyes, o incluso

²⁰ DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, pág. 114.

²¹ DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español cit.*, pág. 114. Sobre el pasaje del Estado legal al Estado de Derecho: FAVOREU, Louis y Otros, *Droit Constitutionnel ... cit.*, pág. 44 y ss. PORTELLI, Hugues, *Droit Constitutionnel ... cit.*, pág. 24 y ss.

• limitaciones que se establecían aun reconociéndolo²², que
a la ley en una posición de preeminencia frente a la propia

incidió en esa realidad la tendencia a que las normas
constitucionales aparecieran con un muy escaso valor normativo.
Como la frecuente necesidad de que las disposiciones
constitucionales requirieran complementos importantes por parte del
ordenamiento jurídico inferior impedía la aplicación directa de la
Constitución, bien por carecer de operatividad o bien por las negativas o
reluctancias a aceptar la misma.

Actualidad, habiéndose en general afianzado la jurisdicción consti-
tucional y con base en el proceso de subjetivización de las normas
constitucionales, se ha encontrado una defensa eficaz frente a los actos
constitucionales y también frente a la omisión legislativa, ya que frente a
disposiciones constitucionales preceptivas dicha omisión deja de ser obstáculo para la
aplicación de la Carta²³.

La Constitución española expresamente refiere a la cuestión en el artículo 9
que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la
Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

Este principio de constitucionalidad se caracteriza en nuestros días,
como en otros, con elementos concretos. A saber:

Primero, la exigencia y obligatoria aplicación de la Constitución por parte de todos los
poderes públicos²⁴ y de los particulares. Relacionado con esto encon-
tramos la nueva tónica de las normas constitucionales (la mayoría de
ellas con la nota de subjetivización que permite y habilita su invocación
directa) y los criterios en materia de operatividad de éstas, aun a falta de
reglamentación legal.

En segundo lugar encontramos la lógica consecuencia de la supremacía
constitucional, esto es la invalidez de los actos jurídicos inferiores
contrarios a la Carta y la imposibilidad de que omisiones en la
reglamentación impidan la aplicación de los preceptos constitucionales.

Por último, este principio tiene importantes consecuencias
interpretativas, pero no sólo a los efectos de la hermenéutica
constitucional sino para la interpretación de todo el ordenamiento
jurídico inferior. Esto es, la interpretación del ordenamiento jurídico
desde la Constitución.

²² Supra capítulo III.

²³ Supra capítulo IX.

²⁴ La Constitución aparece como un instrumento de limitación del poder. CHANTEBOUT, Bernard,
Droit Constitutionnel ... cit., pág. 33 y ss.

Principio de legalidad

Si este principio de constitucionalidad aparece, entre otros aspectos, como una garantía frente a la ley o ante la eventual omisión legislativa, el principio de legalidad por su parte, y sin perjuicio del anterior, aparece básicamente como una garantía frente al obrar de la Administración²⁵.

Este punto debe ser encuadrado dentro del papel principal (sin perjuicio del control de su regularidad jurídica) de la ley dentro de un ordenamiento jurídico. Y esto bien en cuanto ley como manifestación de la *voluntad general*, pero más bien en razón de la legitimidad (o majestad) democrática de la ley, en cuanto emanada del órgano representativo por excelencia.

Eventuales desbordes o incluso arbitrariedades de la Administración no sólo se combaten con la Constitución y con los medios que ésta establece a tales efectos, sino que, además, la actividad administrativa debe ser en un todo conforme a la ley. De esta forma la ley, sin mengua de su valor normativo, se convierte también en un poderoso medio de contención y control del obrar de la Administración.

Lo anterior se ve confirmado por la existencia en las distintas constituciones de materias con *reserva legal*, esto es, aspectos que no pueden ser regulados salvo por un acto con jerarquía de ley. Así se advierte que no sólo la Administración tiene que actuar dentro de sus competencias y con los límites impuestos por la ley, sino que, frecuentemente, y normalmente para los aspectos más trascendentes, se requiere de la existencia de ley para poder actuar. El principio de legalidad aparece entonces no sólo como límite para la actuación administrativa, sino también como una necesidad para que la misma pueda desarrollarse.

Este principio se dirige básicamente a la Administración, sin perjuicio de lo cual también se aplica a los particulares que están obligados a arreglar su conducta conforme a la ley. De todas formas, en general, las Constituciones son más exigentes en la materia con el Poder Ejecutivo como ocurre en el caso de la Carta uruguaya²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior cabe adelantar que es frecuente encontrar en los diversos textos constitucionales, además de zonas o materias reservadas a la ley, materias comunes a la ley y al reglamento, y también zonas reservadas al

²⁵ VALDÉS COSTA, Ramón, *El principio de legalidad* cit., pág. 186. Este autor propone, como otros, hablar de principio de juridicidad, con lo que comprende en forma conjunta a los principios de constitucionalidad y legalidad. Si bien esta asimilación es teóricamente correcta y compartible, a los efectos expositivos de la problemática del Estado de Derecho, parece útil mantener el análisis por separado, sin perjuicio de reconocer que todas estas manifestaciones del Estado de Derecho, en definitiva, deben ser analizadas como una unidad.

²⁶ Supra capítulo VIII.

... (la ley no puede ingresar en la regulación de estas últimas). Quizás más claro lo encontramos en la Constitución francesa vigente que reserva una amplia zona de reserva al reglamento, acotando notoriamente el poder de la ley²⁷, pero en general aparecen en todas las Constituciones zonas reservadas al acto administrativo²⁸.

Respecto a otro aspecto de este principio debe coincidir en que la función de la Justicia, de la seguridad jurídica y de la paz jurídica, pertenece esencialmente a la propia función del Derecho. La ley que responda a las necesidades del Estado de Derecho deberá también decir lo que para cada caso se ajusta a Derecho o es justo. No hay lugar en el Estado de Derecho a leyes contrarias a Derecho o injustas²⁹.

Principio de jerarquía normativa

Como señalaba KELSEN³⁰ todo ordenamiento jurídico aparece como una unidad cuando su última fuente de validez se encuentra en la misma norma. Pero esta unidad se encuentra organizada, entre otros, con base en tres principios fundamentales: temporalidad, jerarquía y competencia. Llegamos así a otra manifestación de la *sujección del Estado al Derecho*, que se materializa a través del principio de jerarquía normativa. Este principio, sencillo en otros tiempos, adquiere una gran complejidad en los Estados contemporáneos y además está sufriendo profundas transformaciones respecto a su concepción original.

La antigua y sencilla pirámide (que situaba a la Constitución formal en el primer escalón y en el primer escalón posterior a la ley) suele presentar alteraciones y modificaciones en la actualidad, en un proceso que no parece ser reversible.

Es cada vez más frecuente encontrar en las distintas Constituciones que reconocen rango constitucional (y a veces supraconstitucional, aunque no es la solución más extendida³¹) a determinados tratados internacionales. Sólo como ejemplo, puede mencionarse que el artículo 46 de la Constitución de Argentina, la Constitución peruana de 1979³² y la Constitución argentina con la reforma de 1994³³, reconocen a ciertos tratados (referidos a los derechos humanos) rango constitucional.

Este fenómeno anterior conduce a un novedoso fenómeno denominado a veces como *sujección indirecta* de la Constitución, ya que los nuevos tratados que

²⁷ artículo 37 de la Constitución francesa.

²⁸ VAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., tomo I, pág. 96. CAJARVILLE

²⁹ LUFFO, Juan P., *Límites a la actividad reglamentaria* cit., pág. 45 y ss.

³⁰ KELSEN, Ernesto, *El Estado social de Derecho ...* cit., pág. 493.

³¹ KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado* cit., pág. 137.

³² Ejemplo de esto encontramos en la Constitución de Guatemala.

³³ Esta solución desapareció en la reforma de 1993.

³⁴ Artículo 75 numeral 22.

sucesivamente se incorporan con rango constitucional, al añadir o ampliar la regulación de derechos fundamentales pueden operar una reforma constitucional indirecta, ya sea por *adición* de nuevos derechos, como por *sustracción* de otros ya existentes³⁴. Normalmente esta última hipótesis (sustracción) está vedada o atemperada por las Constituciones³⁵.

También se ha acentuado la práctica de reconocer a los tratados internacionales (cuando no tienen rango constitucional) jerarquía supralegal³⁶ con lo que se desplaza a la ley de su sitial preferencial por debajo de la Constitución.

Y todavía, el que parece ser un fenómeno irreversible de integración económica, social y política (por el que atraviesa el mundo en general). al acceder a niveles de supranacionalidad³⁷ implica la aparición de una nueva categoría de normas (una nueva fuente de producción jurídica) emanadas de órganos supranacionales. En medio de este fenómeno, a veces, las Constituciones les asignan también rango supralegal a esta categoría normativa o a veces infralegal³⁸.

³⁴ Normalmente más que sustracción corresponde hablar de limitación de derechos anteriores. Los nuevos derechos más que hacer desaparecer derechos previos, al añadir los nuevos, acotan y limitan el alcance de los anteriores. Se trata de un fenómeno parecido al sufrido por el derecho de propiedad si se le compara en su concepción clásica decimonónica y en su situación actual.

³⁵ Ver: SAGÜÉS, Néstor, *Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina* cit.
³⁶ Ver: artículos 141 y 137 de la Constitución paraguaya con la reforma de 1993; artículos 27 y 28 de la Constitución argentina, etc.

³⁷ Sobre estos temas y referidos básicamente al Mercosur: ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La cuestión constitucional en los cuatro Estados Partes del Mercosur*, El MERCOSUR después de la reforma constitucional, Montevideo, 1995. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina*, en "Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político", Tomo XI, N° 63-66, Montevideo, 1995. PAOLILLO, F., *Las normas constitucionales sobre integración económica y social*, Estudios sobre la reforma constitucional, Cuaderno N° 19, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Solución de controversias en el Mercosur*, *Protocolo de Basilea*, UCUDAL, Serie Congresos y Conferencias, Edit. "Revista Urug. de Derecho Constitucional y Político", Montevideo, 1993. GROS ESPIELL, Héctor, *La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya*, en Temas Jurídicos N° 1, La Constitución de 1967, FCU, Montevideo, 1968. BIASCO, Emilio, *Federalismo y Mercosur. Adaptación de las Constituciones al Mercosur*, en Rev. de Derecho Público, Año 1996, N° 9, Montevideo. FCU, 1996. CORREA FREITAS, Ruben, en LJU N° Aniversario 1995. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, FRUGONE, Héctor, en "Revista Urug. de Derecho Constitucional y Político", Tomo VIII N° 1, 1991. DELPIAZZO, Carlos, *Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al derecho interno del MERCOSUR*, en Revista de Derecho Administrativo, N° 14.

³⁸ Por ejemplo el numeral 24 del artículo 75 de la Constitución argentina establece que: Compete al Congreso ... "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicciones en organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". La Constitución paraguaya por su parte prevé: "Artículo 137. La supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta es superior a los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones de inferior jerarquía, sancionados en su consecuencia, integrados al derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado."

Principio de descentralización

También vinculado con el principio anterior, el fenómeno de la descentralización territorial, que es generalmente destacado como una herramienta básica para el desarrollo e incluso ha sido señalado como un fenómeno ineludible en las democracias modernas³⁹, da a la cuestión una notable complejidad, al aparecer una gran cantidad de fuentes de producción de normas. Este fenómeno apareja diversos problemas en los casos de incompatibilidad de normas de distinta fuente, los que deben ser resueltos por el ordenamiento jurídico.

Principio de publicidad

El principio de publicidad de las normas jurídicas, en cuanto la norma no secreta no puede surtir efectos, no presenta complicaciones mayores. En la diferencia existente entre el perfeccionamiento (cumplimiento de los requisitos intrínsecos, estructurales y funcionales de la norma) y la eficacia (cumplimiento de determinados requisitos extrínsecos)⁴⁰ de una norma jurídica, responde compartir lo expresado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en cuanto a que la ley no obliga sino desde el momento en que es publicada⁴¹.

Principio de irretroactividad

La prohibición de efectos retroactivos en las leyes sancionatorias o en las leyes de derechos fundamentales no genera mayores dificultades, aunque destacarse su trascendencia.

Principio de responsabilidad

El principio de responsabilidad aparece como consecuencia lógica e inevitable de los anteriores principios que componen la noción de sumisión del sujeto al Derecho. ¿De qué pueden servir todas las previsiones anteriores si no se encuentran formas efectivas de responsabilizar a quienes se han apartado del deber jurídico en su actuación?

El concepto amplio de responsabilidad es susceptible de ser dividido en al menos cuatro ámbitos claramente diferenciados: responsabilidad civil, responsabilidad política, responsabilidad penal y responsabilidad disciplinaria.

³⁹ JIMÉNEZ DE BIEUSSES, Pierre, *El nuevo derecho administrativo* cit., pág. 73 y ss.

⁴⁰ Véase capítulo III.

⁴¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución ... cit.*, tomo V, pág. 98 y ss. También

SCHIAVONE, Héctor, *La publicación ... cit.*

La responsabilidad civil:

Cuando se habla de responsabilidad civil (o patrimonial) se está haciendo referencia al derecho de un individuo a que se le indemnice por un daño sufrido y a la determinación de quién está obligado a dicha reparación.

Como punto de partida debe reconocerse que la actividad estatal es necesaria para el normal desarrollo de la vida en sociedad, pero también debe aceptarse que en muchas ocasiones dicha actividad ocasiona daños particulares, ya provengan éstos de la actividad estatal lícita o de una actuación contraria a derecho.

De lo anterior se desprende que si la actividad estatal beneficia (o es establecida en beneficio) a toda la comunidad, no es justo que los daños ocasionados muchas veces dicha actividad ocasiona a algunas personas sean soportados exclusivamente por éstas. Si dicha actuación a todos beneficia, todos los que deben soportar, proporcionalmente, los costos que la reparación de los daños apareja⁴².

De esta forma fácilmente se encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal, con carácter general, en el propio concepto de Estado de Derecho y también en el principio de igualdad ante las cargas públicas⁴³.

No corresponde detenernos más en materia de responsabilidad del Estado, aunque sí es oportuno efectuar una referencia a un punto que divide la doctrina y que refiere a los criterios de imputación de la responsabilidad, o, en su defecto, a determinar cuándo responde el Estado.

Buena parte de la doctrina, ha sostenido que para saber cuándo debe responder el Estado es necesario analizar la actuación de éste para determinar si hay motivo para que indemnice el daño causado⁴⁴. Así se exige para que comience a responder a un sujeto de derecho público que exista culpa o dolo en la actuación estatal, o se recurre al concepto francés de *falta de servicio* (o responsabilidad estatal cuando el servicio no funcionó, funcionó tarde o funcionó defectuosamente)⁴⁵. Para esta posición, cuando el Estado ha funcionado razonablemente bien no hay responsabilidad estatal, salvo en casos especiales y excepcionales en que corresponde la indemnización de los daños derivados de la actividad lícita del Estado⁴⁶.

⁴² Al respecto: DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público*, segunda edición, pág. 21.

⁴³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo* cit. tomo IV, pág. 697 y ss. FERRAND, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa* cit., pág. 34.

⁴⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Responsabilidad por acto o hecho ...* cit., pág. 29 y ss. HOVUS, Ricardo, *La responsabilidad ...* cit., pág. 15 y ss., etc.

⁴⁵ DE LABAUDERE, André, *Manual ...* cit.

⁴⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo* cit., tomo I.

En contra del criterio anterior (denominado genéricamente como *subjetivo* cuando hace responsable o no al Estado luego de analizar su actuación), varios autores han sostenido una concepción *objetiva* de la responsabilidad del Estado. Para esta concepción, basada principalmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas, no es necesario el análisis de cómo fue la actuación estatal que causó el daño, sino que por el contrario basta con analizar la situación jurídica de la víctima de dichos daños. En otras palabras, cuando se sabe que un particular ha sufrido daños derivados de la acción u omisión estatal, sea ésta ajustada o contraria a Derecho, corresponde la responsabilidad salvo cuando la víctima tenga el deber de soportar el daño. Un ejemplo permitirá aclarar la cuestión: la persona que abona un impuesto sufre un daño patrimonial que se traduce en un empobrecimiento, pero en este caso, en virtud del deber de contribución con las cargas públicas, deberá soportar el daño padecido. Otro caso: una persona sufre una pena privativa de libertad por haber cometido un delito, y en esa hipótesis tiene la obligación de soportar los daños que dicha pena le causa por haber violado una norma penal. Pero si por ejemplo una persona sufre una pena de prisión y luego se prueba su inocencia, no será necesario para esta concepción analizar si el juez y el Fiscal actuaron bien o mal, sino que bastará con comprobar que la persona sufrió un perjuicio que no le correspondía soportar para que proceda responsabilizar al Estado por los daños ocasionados.

Lo anterior refiere a la responsabilidad del Estado, elemento indispensable dentro del marco de un Estado de Derecho, pero la cuestión de la responsabilidad no queda ahí sino que luego pasa y alcanza a los funcionarios que ocasionaron dichos daños.

Responsabilidad política:

La responsabilidad política sólo alcanza a cierta categoría de funcionarios que se caracterizan por la jerarquía y trascendencia del cargo que ocupan o por el carácter de electivo de los mismos.

En los sistemas parlamentarios aparece la típica responsabilidad del gobierno frente al Parlamento. En segundo término, siendo los principales tipos de gobierno electivos, la responsabilidad política se hace efectiva en el momento de las elecciones, cuando el cuerpo electoral valorará la gestión de los gobernantes eligiendo o no a los mismos.

ENTRENA CUESTAS, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo* cit. pág. 655 y ss. RISSO FERRAND, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional* cit. BERRO, Graciela, *Responsabilidad objetiva ...* cit. VÁZQUEZ, María Cristina, *Fundamentos de la responsabilidad ...* cit. DEUS, Sergio, *Responsabilidad civil ...* cit. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución de 1952* cit. tomo I, pág. 314; etc.

Responsabilidad penal:

Como complemento de las dos anteriores aparece también la responsabilidad penal como garantía del Estado de Derecho, que no requiere de mayores comentarios, salvo que es frecuente encontrar en las distintas constituciones normas especiales que refieren a ciertos institutos tales como el juicio político o el juicio de residencia, o a estatutos jurídicos especiales para ciertos gobernantes tales como senadores, representantes, Presidente de la República, Ministros, etc.

Responsabilidad disciplinaria:

Como señalaba SAYAGUÉS LASO, la Administración tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo, y para lograrlo es menester que pueda exigir a sus funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas⁴⁸.

Esta potestad disciplinaria, que es de principio y que debe ejercerse dando a los funcionarios las garantías del debido proceso en sede administrativa, aparece como el cuarto componente propio de la responsabilidad como elemento indispensable en un Estado de Derecho.

B) El reconocimiento constitucional de ciertos derechos fundamentales y las garantías de los mismos

En la actualidad no basta con la mera sumisión del Estado al Derecho para que pueda aceptarse que estamos frente a un Estado de Derecho, sino que, además, es preciso que encontremos una regulación constitucional de determinados derechos básicos, normalmente denominados derechos fundamentales o derechos humanos.

Este reconocimiento constitucional, típico de las Cartas contemporáneas, presenta una importancia fundamental en la medida que garantiza a los individuos la existencia de una esfera de libertad individual oponible frente al poder público, incluso frente a la ley. Pero no cualquier reconocimiento constitucional de estos derechos es suficiente para coincidir en que estamos frente a un Estado de Derecho, sino que la regulación debe presentar un contenido positivo y operativo. Las viejas declaraciones de derechos, basadas en general en su valor axiológico o de premisas básicas, han dado paso a regulaciones precisas y positivas, de las cuales puede extraerse sin mayores dificultades la existencia de derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado en su conjunto.

⁴⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo* cit. tomo I, pág. 325 y ss.

rior se vincula con la exigencia de efectividad de las normas. No se trata del reconocimiento de los derechos, sino que deben establecerse procedimientos adecuados para asegurar la vigencia efectiva, en la práctica de dichos derechos. En este aspecto resulta básica la efectiva tutela judicial de los derechos, sin perjuicio de otros medios para el cumplimiento de los mismos, tales como la existencia de un ombudsman o Defensor del Pueblo.

Por tanto, no toda regulación de los derechos humanos será suficiente para la existencia de un Estado de Derecho, sino que el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos y el propio Derecho Comparado están sujetas a ciertas características básicas y mínimas de esta regulación.

La existencia de un sistema de control apropiado y efectivo es básico en todo Estado de Derecho. Así aparecen controles populares, parlamentarios, judiciales y administrativos; a priori, concomitantes y a posteriori; etc. El estudio de la teoría del control y de los sistemas de control excedería el objeto de este trabajo por lo que sólo se hará referencia a continuación al principio de separación de poderes.

Al hablar de la separación de poderes, resulta irrelevante el momento de discutir acerca de la incidencia que en la obra de MONTESQUIEU puede haber tenido ARISTÓTELES con su famosa obra "Política", o la influencia de John LOCKE con su Segundo Ensayo Sobre el Gobierno Civil (1689), o si MONTESQUIEU captó la realidad del sistema inglés cuando efectuó su análisis⁴⁹. Lo cierto es que el desarrollo de la teoría de MONTESQUIEU, con su claro objetivo de defender y asegurar la libertad de los ciudadanos, presentó una trascendencia tal que condujo, por ejemplo, a que en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se expresara que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada, carece de libertad".

Como señala MONTESQUIEU que cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se encuentran en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, y más adelante afirma "todo se habrá perdido si el mismo hombre, la misma corporación, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes"⁵⁰.

Como se ha señalado que MONTESQUIEU elaboró su teoría en pleno absolutismo, con la clara intención de contrarrestar el poder estatal para asegurar una

⁴⁹ MENIAK, José, *La separación de los poderes ...* cit. pág. 26. CAGNONI, Anibal José, *Estudios de Derecho Constitucional*, cit. pág. 171.

⁵⁰ MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois* cit. pág. 143.

libertad individual ilimitada frente al soberano, con lo que plantearía un principio restrictivo. El objetivo del principio de separación de poderes sería el de salvaguardar las libertades y no el de organizar el ejercicio del poder de manera tal que los gobernantes pudieran llevar adelante su función⁵¹. Aunque también agregaba MONTESQUIEU que el necesario movimiento de las cosas hace que los poderes se vean forzados a moverse, y se verán forzados a concertarse⁵².

El constitucionalismo francés de finales del siglo XVIII recoge la ideas de LOCKE y MONTESQUIEU, aunque mitigadas con la concepción rousseauiana de la democracia que sólo concebía como autolimitación el dogma de la voluntad general. Así, si bien se pregona la separación de poderes en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789, su resultado en las Constituciones francesas de fines de ese siglo es su establecimiento pero sin que apenas existieran controles (Carta de 1791) o en una dictadura de Asamblea (1792)⁵³.

El principio pasó a las colonias inglesas en Norteamérica y la Constitución de Massachusetts de 1780 en su artículo 30 estableció: "*En el gobierno de esta comunidad el sector legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivo y judicial, o cualquiera de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativos y judicial, o cualquiera de ellos; el judicial nunca ejercerá los poderes legislativo y ejecutivo, o cualquiera de ellos: con el fin de que pueda ser un gobierno de leyes y no de hombres*".

De todas formas se ha señalado que el derecho constitucional norteamericano, en realidad, más que una separación de poderes establece una mezcla de poderes enlazados y con competencias superpuestas, como surge del veto del ejecutivo frente a los proyectos de ley o del desarrollo jurisprudencial en materia de contralor de la constitucionalidad de las leyes. Se trata de lo que ARAGÓN denomina un sistema de gobierno *bien equilibrado*.

La doctrina alemana que culmina con JELLINEK (basada en que: (a) la libertad sólo es posible en el Estado; (b) los derechos públicos subjetivos sólo existen por obra del Estado; y (c) la autolimitación es el único modo posible de limitación estatal), obviamente no tendrá lugar para la separación de poderes como límite.

Históricamente concebido como separación tajante (distintos sistemas orgánicos –independientes entre sí– tenían a su cargo las respectivas funciones jurídicas del Estado), durante el siglo XIX y el XX, sin perder su condición básica, el principio se fue en cierta forma atenuando, y se pasó a hablar de "se-

⁵¹ ODDONE, Guillermo A., *Administración y división de poderes* cit., pág. 17. También BURDEAU, Georges, *El liberalismo político* cit.

⁵² ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder* cit. pág. 23. CAGNONI, Aníbal José, *Estudios ... cit.*, pág. 65.

⁵³ ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder* cit. pág. 25-26.

paración", pero al mismo tiempo de "coordinación", en especial al referirse a los poderes políticos de Gobierno.

Todavía debe agregarse la existencia de un doble fenómeno que incide en la gestión. Por un lado la pérdida de gravitación del Poder Legislativo y por otro el nuevo rol preponderante del Poder Ejecutivo en el gobierno⁵⁴.

Así, destacando la necesidad de colaboración entre los tres poderes en contra del obrar aislado de cada uno de ellos, o criticando este principio, se advierte la importancia actual del mismo en las democracias modernas.

Si bien se mantiene la solución de principio en cuanto a que cada función jurídica del Estado es ejercida por cada uno de los tres poderes de gobierno, dicha separación ha dejado de ser tajante como en su formulación original.

Al mismo tiempo aparecen dos conceptos básicos que se añaden a la gestión: (a) la existencia de coordinación (o capacidad de coordinación) entre los distintos titulares de las tres funciones; y (b) se acentúa la exigencia de un contralor efectivo (no basta con una mera separación formal, sino que se exige que se establezcan efectivos medios de contralor del ejercicio del poder).

La noción de Estado social y democrático de Derecho

Estado social de Derecho

Se ha señalado que la burguesía revolucionaria del siglo XVIII no tenía aspiraciones económicas ya que habitualmente su posición en este aspecto era igual y a veces mejor que la de la propia aristocracia. Como destaca DUVERGER esta burguesía no oprimida económicamente lo único que le interesaba era lograr la igualdad jurídica, la igualdad en las leyes, aboliendo los privilegios del régimen corporativo implicaba y logrando la libertad de comercio, la libertad de empresa, etc.⁵⁵

Esta igualdad jurídica, o igualdad formal o igualdad en la ley, es la que se consagra en el siglo XVIII. Así, por ejemplo, en la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 se establece que "todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes", agregando más adelante que "ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad"⁵⁶.

También el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano previó que los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos.

ODDONE, Guillermo, *Administración y división de poderes* cit., pág. 41 y ss. CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho Público* cit. vol. II. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *El Poder Ejecutivo como ... cit.*
DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* cit., pág. 92.
FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español* cit., pág. 190.

Agregando que las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.

Incluso en el artículo 6º párrafos 3 y 4 se agregaba: "Ella⁵⁷ debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue. Todos los ciudadanos son iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que las de sus talentos y virtudes". Y el artículo 13 preveía que: "Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración una contribución común es indispensable: ella debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos. en razón de sus facultades"⁵⁸.

Se partía así del presupuesto básico y abstracto de que la igualdad era el estado natural y que sólo correspondía al Estado no interferir en el mismo, y por supuesto no establecer privilegios en favor de personas o clases.

El siglo XIX, con los importantes cambios en materia económica y social, con la aparición de las doctrinas que podríamos agrupar bajo el rótulo de "socialistas", con la nueva doctrina social de la Iglesia que reivindicó que la igualdad no puede ser meramente formal sino que debe tener un contenido material (propugnando así la transformación de la igualdad en un logro a alcanzar más que en un punto de partida), puso en tela de juicio al Estado liberal de Derecho.

Como señala BURDEAU, quizás, hubiera podido sostenerse a finales del siglo XIX que el liberalismo estaba a punto de reunirse en el Panteón de las ideologías muertas junto con otras creencias a las cuales habían adherido los hombres en la medida que las consideraban una razón para vivir, pero la vida les había enseñado que sólo traían decepciones⁵⁹. Pero justamente el liberalismo presentaba una característica diferencial básica con toda otra ideología, y ésta consistía en la posibilidad de crítica interna y en consecuencia en su posibilidad de cambio y adaptación a las nuevas realidades.

Es así que a principios del siglo XX se inicia la transformación, sin duda trascendental, del Estado liberal de Derecho, apareciendo los llamados derechos de segunda generación o económicos, sociales y culturales, y revisándose, entre otros aspectos, el concepto tradicional de igualdad.

En este camino debe recordarse la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919, aunque quizás esta última.

⁵⁷ Se refiere a la ley.

⁵⁸ Ver: REAL, Alberto Ramón, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya* cit., pág. 195 y siguientes.

⁵⁹ BURDEAU, Georges, *El liberalismo político* cit., pág. 12.

que por su contenido, por los desarrollos que de la misma hizo la jurisprudencia y doctrina, y también la Constitución española de 1931⁶⁰.

Los cambios fueron profundos ya que si bien tanto los derechos sociales como los individuales aparecen y se basan en una exigencia humana, los derechos individuales tienen su raíz en un ser abstracto mientras que los sociales o derechos del hombre "situado" y condicionado por el ambiente en que vive⁶¹. Bien la igualdad, junto con la libertad, siguen siendo el punto de partida de la concepción, como premisa básica e inherente al hombre, se reconoce que en los hechos dicha libertad y dicha igualdad no siempre existe, por lo que esta libertad e igualdad se transforman en objetivos a alcanzar, sin perjuicio de su ser abstracto como punto de partida.

La transformación fue tan profunda que era obvio que no coincidía en forma alguna con el tradicional concepto de Estado liberal de Derecho y en este sentido, sin perjuicio de los aportes doctrinales, corresponderá el mérito a la Ley Fundamental de Bonn de 1946 de acuñar en un texto positivo constitucional el nuevo concepto de *Estado social de Derecho*, luego reiterado, por ejemplo, en el artículo 1 de la Constitución española de 1978, la Constitución de la federación rusa de 1993, etc.

Dentro de esta concepción del Estado social de derecho, bien como transformación del Estado liberal o bien como su sustitución, aparece por ejemplo el artículo 3 de la Constitución italiana de 1946. Esta norma recoge en su inciso 1 el concepto tradicional de igualdad formal, que no desaparece, sino que es complementado⁶². Dice este inciso que "*Todos los ciudadanos son iguales en dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de condición personal o social*". Pero agrega a continuación que "*Es competencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desenvolvimiento de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*".

Tenemos entonces claramente formulada en un texto positivo de rango constitucional lo que podríamos denominar igualdad material⁶³, que no sustituye sino que complementa a la igualdad formal del siglo XIX.

El artículo 3 de la Constitución italiana, se trasladó, entre otras, a la Constitución española de 1978 que en su artículo 9.2 estableció: "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad*

DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español* cit. pág. 133 y siguientes. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema ...* cit., pág. 190 y siguientes.

BURDEAU, Georges, *El liberalismo ...* cit., pág. 161.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale ...* cit., pág. 308 y ss.

Ver infra capítulo XVIII.

del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Se pone de manifiesto con las normas referidas, y sin perjuicio de los derechos económicos y sociales que las confirman y complementan, la nueva dimensión del Estado social de Derecho. El Estado liberal de Derecho reconocía una realidad que consideraba óptima por lo que sólo correspondía al Estado velar por asegurar la paz necesaria para que dicha realidad pudiera actuar plenamente, con un Estado en consecuencia abstencionista.

El Estado social de Derecho, en cambio, reconoce una nueva realidad en la cual se advierte que no todos los hombres viven libres e iguales en derechos existiendo diversos obstáculos que impiden la vigencia efectiva de este concepto, el Estado asume la obligación de superar los mismos, a los efectos de alcanzar dichos objetivos.

A similares conclusiones pero con razonamientos diversos llegó la jurisprudencia norteamericana. Partiendo de que la igualdad ante la ley implicaba entre otras cosas una igual protección por parte de aquella, la Corte Suprema de los Estados Unidos, bajo la presidencia del Juez WARREN, desarrolló una concepción denominada a veces como “*new equal protection*”⁶⁴ que postula no sólo la abstención del Estado frente a las libertades, sino, al contrario, la obligación estatal de proporcionar un “*quántum*” mínimamente identificable de oportunidad real de la libertad. Por esto es necesario definir las obligaciones positivas de hacer por parte del Estado para que la libertad pueda ser realmente efectiva⁶⁵.

Se aprecia en esta concepción un cambio en cuanto al papel del Estado en materia de los derechos fundamentales, ya que no basta con que el Estado abstenga de intervenir, sino que debe intervenir cuando sea necesario para asegurar un mínimo de vigencia real y efectiva de estos derechos fundamentales.

Buena parte de la problemática del Estado social de Derecho radica en determinar cuáles son los límites, máximos y mínimos, que debe presentar el intervencionismo estatal⁶⁶. No debe perderse de vista que las Constituciones siguen manteniendo, con ajustes, los derechos individuales o de primera generación⁶⁷. Es obvio que el intervencionismo estatal debe resultar compatible con dichos derechos humanos y no puede reducirlos a cero. Existe un límite de intervencionismo máximo y una vez superado el mismo ingresamos en el terreno de la inconstitucionalidad. Al mismo tiempo la nueva realidad exige un intervencionismo mínimo. No podrá el Estado dejar de lado temas tales como

⁶⁴ ELISON, Larry y SNYDER, Fritz, *The Montana State Constitution ... cit.*, pág. 34 y ss.

⁶⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema ... cit.* pág. 156 y ss.

⁶⁶ Sobre este concepto ver: CAGNONI, Aníbal José, *Estudios ... cit.*, pág. 58.

⁶⁷ GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos cit.*, pág. 10 y ss.

ad, la regulación del trabajo, protección de los menores e incapaces, la educación, la cultura, etc. Respecto a estos bienes jurídicos se requiere una intervención estatal mínima.

Entre ambos extremos es que debe actuar el Estado y que encontrará un campo amplio de acción para las distintas ideologías económicas o políticas⁶⁸.

No puede dejar de mencionarse en este punto que la realidad mundial viene mostrando la crisis y cuestionamiento, dentro de este Estado social de Derecho, de una de sus modalidades: el Estado benefactor, que se caracteriza por un excesivo intervencionismo y una muy importante dependencia del individuo frente al Estado. Los problemas y dificultades económicas que muestra este Estado benefactor no pueden ni deben ser trasladadas al Estado social de Derecho, ya que aquél no es más que una de las variantes posibles de él. En efecto, el cuestionamiento del Estado intervencionista por excelencia implica una crítica al Estado social de Derecho, ya que dentro de este concepto cabe la solución altamente intervencionista como otras con grados menores de ingerencia y dependencia estatal.

Es más, el Estado Benefactor, aparece dentro del Estado social de Derecho como una solución extrema. Ya no se trata de que el Estado *remueva* los obstáculos que impiden la libertad e igualdad (como dice el artículo 3 de la Constitución italiana), ni que asegure un *quántum* mínimamente identificable de oportunidad real a la libertad, sino que va más allá, *procurando satisfacer* las necesidades del individuo. Es oportuno recordar a LOEWENSTEIN cuando alertaba que el individuo cada día depende más del Estado, lo que exige, a su vez, que aquél renuncie a parte de su soberanía individual.

Pero se advierte en las polémicas actuales que los serios ataques contra el intervencionismo estatal no pretenden retornar al Estado propiamente abstencionista, sino que sólo pretenden un menor intervencionismo. Nadie postula simplemente que el Estado deba retirarse de las cuestiones vinculadas a la salud, a la educación, o a la protección de los menores o incapaces, sino que básicamente se postula un menor intervencionismo estatal en otras áreas. Este matiz muestra el triunfo y afianzamiento del Estado social de Derecho, que ha logrado avances que parecen irreversibles.

Como ha señalado VANOSI no puede aceptarse que la cuestión se reduzca a una opción entre los dos modelos opuestos (un liberalismo a ultranza y un dirigismo casi total), sino que caben —y corresponde agregar que dentro del propio concepto de Estado social de Derecho— otras alternativas intermedias, que salvando los principios básicos permitan alcanzar los objetivos fijados de la mejor forma posible⁶⁹. El problema no radica en la necesidad de optar entre un

⁶⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Aspectos Constitucionales de la desregulación y la privatización* cit., pág. 47 y ss.

⁶⁹ VANOSI, Jorge Reinaldo, *Crisis y transformación del Estado moderno* cit., pág. 52-53.

liberalismo que anule los derechos humanos de segunda generación –y posteriores– o un dirigismo estatal absurdo que implique la casi anulación de los derechos de primera generación y que conduce a que el Estado mate a la gallina de los huevos de oro (la producción),⁷⁰ sino que el camino parece estar en una solución intermedia que permita, manteniendo los valores alcanzados, optar por los mejores caminos para el mejor logro de los objetivos⁷¹.

Cabe ahora preguntarse qué es el Estado social de Derecho y en este punto hay que señalar diversas posiciones:

- a) Algunos pretendieron ver en sus orígenes una fórmula para alcanzar una especie de sociedad socialista, rompiendo con principios propios del liberalismo económico y la economía de mercado.
- b) Rápidamente se advirtió el error que la posición anterior contenía, ya que el Estado social de Derecho aparece como una prolongación o ajuste del Estado liberal de Derecho, y manteniendo los logros de éste, introduce los ajustes necesarios a la nueva realidad. Así el Estado social de Derecho, con ajustes, sigue siendo una modalidad dentro de la economía de mercado, del derecho de propiedad y de la libre empresa.
- c) No faltaron quienes ante lo expresado descartaron por inútil la nueva fórmula ya que a su juicio carecía de toda pretensión transformadora⁷².
- d) Otros autores, como KORZENIAK⁷³, señalan que la filosofía liberal coexiste hoy en día con un modelo de Estado –la democracia social– que no es su forma preferida o típica. De esta afirmación podría extraerse la idea de una *transacción* que debió aceptar el Estado liberal para subsistir⁷⁴.
- e) Por último –y sin pretender agotar ni mucho menos un tema que excede el objeto de este trabajo– quizás podría sostenerse que el Estado social de Derecho, rescatando y manteniendo los logros del Estado liberal de Derecho, aparece como una nueva fórmula con un contenido propio y actual, claramente definido.

⁷⁰ Como dice VANOSSI, Jorge R. op. cit. pág. 51.

⁷¹ Lo que en muchos casos implica un retroceso del Estado en cuanto a los inmensos niveles de intervencionismo a que se ha llegado.

⁷² ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español* cit. pág. 43. DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español* cit., pág. 313.

⁷³ KORZENIAK, José, *La dimensión del concepto de Estado y su naturaleza* cit. pág. 27.

⁷⁴ SAGÜÉS, Néstor, *Teoría de la Constitución ... cit.*, pág. 49 y ss., también señala que se trata de una fórmula transaccional, con ingredientes neoliberales, socialdemócratas, social cristianas, solidaristas, sindicalistas, en proporciones variables en cada caso.

Estado social y democrático de derecho

Según ya se señaló, la Constitución española de 1978 no se limitó en su artículo 1º a recoger el concepto de HELLER de Estado social de Derecho⁷⁵, sino que utilizó la fórmula de *Estado social y democrático de derecho*.

Lo anterior llevó a que parte de la doctrina española reflexionara sobre dicha variante. Así, ALVAREZ CONDE⁷⁶ se ha preguntado si esta expresión constituye una referencia a un nuevo estadio dentro del proceso de transformaciones del Estado moderno, y si la misma presupone la autogestión social en sus niveles, la socialización de los medios de producción y el paso de la representación política a la participación política. La conclusión es que en el texto constitucional español parece difícil sostener que dicha referencia tenga las características mencionadas. En el mismo sentido se ha pronunciado una parte de la doctrina manteniendo la interpretación si se quiere clásica de la referencia a *democrático*⁷⁷.

A su vez, debe recordarse que el Estado de Derecho nace y evoluciona en forma conjunta con los principales postulados de la democracia moderna, de tal forma que con razón se ha sostenido que el Estado social de Derecho sólo puede aparecer en el marco de un sistema democrático.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, refiriéndose a las características básicas de un régimen democrático, señalaba que no puede confundirse esta forma de gobierno con otras autoritarias, aunque éstas hayan adoptado la expresión *democracia* ya sea en un sentido falso o a veces totalmente diverso a la acepción normal de la palabra.

Así las referencias a *democracia material* o *democracia progresiva* o a *democracia popular*, utilizadas en el siglo XX para referir a regímenes autoritarios, no puede dar lugar a ninguna duda en cuanto a que se utiliza dicha expresión en un sentido espurio. El ya mencionado valor *mítico* de determinadas expresiones puede explicar el uso indebido de la expresión, fuera de su contenido propio, pero no puede dar lugar a malos entendidos.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA⁷⁸ señalaba como los institutos característicos del sistema democrático representativo de gobierno los siguientes:

- 1) El régimen democrático representativo es un régimen para hombres libres. Reconoce que todos los individuos están dotados de ciertos derechos fundamentales, inherentes a la condición humana, respecto a los cuales el Estado no sólo los debe respetar sino que los debe proteger.

■ Que también había encontrado consagración constitucional en la Ley Fundamental de Bonn.
■ ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español* cit. pág. 48 y ss.
■ DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español* cit. pág. 67 y ss.
■ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español* cit., pág. 115 y ss.
■ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno* cit., tomo I, pág. 151 y ss.

- 2) Es un régimen fundado en la igualdad de derechos de todos los individuos. Por tal razón no son admisibles las discriminaciones entre las personas basadas en su condición social, económica, convicciones religiosas o políticas, etc.
- 3) Es un régimen que reconoce que la fuente de todo el poder político está en el pueblo.
- 4) Existe una distribución de poderes entre diversos centros de autoridad que se equilibran recíprocamente. Sería inadmisibile, como sistema democrático, la idea de concentración del poder en una única autoridad.
- 5) Es un régimen en el que los gobernantes son responsables por todos sus actos.
- 6) Es un Estado de Derecho (en el sentido material ya analizado).
- 7) Implica un régimen de justicia social.

Se advierte que JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA unía en forma clara e inseparable la noción de Estado democrático con la de Estado social de Derecho.

Por su parte FERNÁNDEZ SEGADO⁷⁹, luego de recordar la definición de Abraham LINCOLN de 19 de noviembre de 1863⁸⁰, sintetiza como principios básicos del sistema democrático los siguientes:

- a) Una concepción plural de la sociedad. Tanto en lo que refiere a la existencia de diversos partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, etc. Y en lo que refiere a las posibilidades del individuo de integración a los mismos.
- b) La participación, que aparece como obvia y lógica consecuencia del principio anterior.
- c) Y agrega un principio de convivencia. No sólo la estructura social, plural y participativa es rasgo de la democracia, sino que además se requiere en la formación de todos y cada uno de estos grupos, un espíritu de tolerancia y respeto, lo que constituye uno de los objetivos a perseguir con la educación.

⁷⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español* cit., pág. 115 y ss.

⁸⁰ That the government of the people, by the people, and for the people shall not perish from the earth.

Concepto de Estado social y democrático de derecho como una unidad

En la apretada síntesis realizada pudo apreciarse como el Estado liberal de Derecho evolucionó, desde su aparición en el siglo XVIII, hasta desembocar en el actual Estado social de Derecho.

Al mismo tiempo y en forma simultánea ambos tipos de Estado fueron perfeccionando y ajustando las nociones básicas modernas de un Estado democrático.

A esta altura, y si bien es obvio que la cuestión puede estudiarse por separado, siguiéndose en grandes líneas su evolución, e incluso destacar los rasgos de cada estadio histórico, parecería que en la actualidad el concepto de Estado social y democrático de Derecho aparece como una unidad, en la medida en que ninguno de sus componentes puede subsistir sin desnaturalizarse sino en forma conjunta con los restantes.

Con lo anterior se intenta decir que no resulta posible en nuestros días hablar por ejemplo de que un Estado constituye un Estado de Derecho pero no un Estado social. Los nuevos conceptos –en materia de derechos humanos de segunda generación y posteriores, la nueva noción de igualdad, etc.– han modificado de tal forma la concepción clásica, que se ha producido una suerte de integración por complemento y ajuste entre ambas. De la misma forma no puede concebirse un Estado social de Derecho si no es en el marco de un Estado democrático en el sentido moderno de la expresión.

La nueva realidad

Así como la realidad afectó al Estado liberal de Derecho en el siglo XIX y principios del XX y puso de manifiesto la necesidad de introducir ajustes, lo mismo viene ocurriendo con el Estado social y democrático de Derecho que enfrenta muchos y trascendentes cambios.

La actual globalización (o mundialización) ha impactado duramente en la propia condición del Estado tradicional y por supuesto en el Estado social y democrático de Derecho. En un mundo interrelacionado y recíprocamente condicionado se aprecia un claro deterioro del Estado, que se ve obligado en buena parte a abandonar su puesto de “actor” y “conductor” del desarrollo económico y social del país, para ocupar un puesto diverso.

A lo anterior debe agregarse que los distintos procesos de integración de Estados que se van produciendo en distintas partes del planeta implican, en los más elevados niveles de integración, ya directamente el traspaso de competencias y atribuciones básicas de Gobierno a organismos supranacionales, contribuyendo a debilitar más al Estado.

En este esquema los cambios son tan profundos que ponen en tela de juicio conceptos básicos del Derecho Constitucional. La noción de soberanía clásica aparece como desdibujada y hasta anticuada. Y qué decir de la variante extrema dentro del Estado social, el Estado de bienestar, que no puede cumplir ya con sus propósitos.

La nueva realidad se caracteriza además por existir diversos derechos humanos (en especial de segunda generación y siguientes) que han quedado sin protección. Son los derechos que ya no puede atender con éxito el Estado tradicional y no interesan mayormente a la globalización.

Y todavía encontramos otros problemas que se vienen multiplicando e impactan sobre el Estado social y democrático de Derecho. Basta reparar, por ejemplo, en el aluvión normativo que enfrentan los distintos Estados⁸¹. Este aluvión de leyes apareja que el habitante precise, además, el auxilio de la Administración, que a través de sus reglamentos procura aclarar la situación. Pero en los hechos el Estado cada vez se entromete más en la vida de los particulares aumentando sus mecanismos y poderes de contralor.

Pero no sólo se ha incrementado el número de normas⁸², sino que las mismas han aumentado en complejidad y cada vez resulta más difícil para el habitante comprender las mismas. A esto se agrega un incremento en la tendencia a litigar, y si bien es bueno que las personas defiendan sus intereses, no puede olvidarse que se está produciendo una sobrecarga en los tribunales y que no toda contienda judicial es necesaria.

Se debería agregar, todavía, una crisis de valores en nuestras sociedades, una confusión entre fines y medios, un descreimiento creciente del sistema político, etc. BENDA⁸³ se cuestiona en qué medida la disminución de las concepciones prejurídicas de valor y la disminución de los mecanismos de autoregulación producen efectos contra los que no se puede combatir eficazmente. El sistema de valores constitucional y legal procura compensar esa situación, pero sinceramente debe el analista preguntarse si esto es posible.

La antigua regulación constitucional del derecho interno de cada país se complementa y muchas veces supera con la regulación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya sea en su nivel mundial o regional. Surgen nuevas jurisdicciones internacionales, se persiguen determinados delitos sin reparar en las fronteras. En otras palabras, el tema de los Derechos Humanos ha sido reclamado por la comunidad internacional y regional, y ha dejado de ser un reducto del derecho interno de cada país.

⁸¹ BENDA, Ernesto, *Op. cit.*, pág. 516.

⁸² El número de leyes que se promulga en nuestros días en un año equivale a las leyes de una década hace cien años.

⁸³ *Op. cit.*, pág. 518.

la sociedad civil. i
que tienden. en
Estado.

de puede en nuest
Derecho como se

¿Por qué? Parece que

realidad conten
de Derecho y el

¿Por qué sea oportun

¿Por qué no pasa por

democrático de D

¿Por qué, tomar y re
en su conjunt

¿Por qué, en la realida
¿Por qué, cuando.

¿Por qué, permito señala

El Estado socia
uruguay

Estado de Derech

CASSINELLI MUÑOZ

¿Por qué, el Estado socia

¿Por qué, el Estado de Dere

ciudad civil, igualmente, está buscando y ensayando nuevas formas de que tienden, en alguna medida, a superar el vacío dejado por el retroceso.

uede en nuestros días seguir hablando del Estado social y democrático de Derecho como se hacía algunas décadas atrás cuando este concepto se lló? Parece que existe, aunque quizás sin tanto dramatismo, un parecido realidad contemporánea con el período de transición entre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho.

ás sea oportuno aprender de la historia y concluir que en nuestros días no pasa por una defensa obstinada y sin excepciones del Estado social democrático de Derecho ni por su crítica despiadada. El desafío es, mente, tomar y rescatar lo valioso y trascendente para el ser humano y la en su conjunto del Estado social y democrático de Derecho, y analizado z de la realidad proceder a introducir los ajustes que el mismo está ando.

permito señalar que éste es uno de los grandes temas de los próximos

El Estado social y democrático de derecho en la Constitución uruguaya

Estado de Derecho en la Constitución uruguaya

CASSINELLI MUÑOZ, luego de definir a la Carta por su contenido como un Estado social de Derecho, agrega que el régimen uruguayo constituye un Estado de Derecho en la medida que todos los actos del poder público están basados a Derecho, es decir está regulada jurídicamente la actividad de los gobernantes (así como la de los habitantes)⁸⁴.

Corresponde ahora analizar rápidamente dicha afirmación a la luz de los conceptos definidores del Estado de Derecho moderno: a) sumisión del Estado al Derecho; b) declaración constitucional de los derechos fundamentales; c) existencia de medios de contralor efectivos.

En lo que refiere a la *sumisión del Estado al Derecho*, aparecen en la Constitución uruguaya, con variable claridad y precisión, todos los principios señalados como contenido de esta noción, esto es: principio de constitucionalidad, principio de legalidad, principio de jerarquía normativa, principio de publicidad, principio de irretroactividad, principio de seguridad jurídica, y principio de responsabilidad.

⁸⁴ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público* cit. pág. 36.

CAPITULO V

EL ESTADO

Conceptos y elementos.

Con breve descripción pero rica en cuanto habilita un desarrollo o explicación que justifique, el Estado ha sido definido como *comunidad territorial regida por el Poder*.

Lo que conduce, lógicamente, a la referencia de los tres elementos del Estado: territorio, población, Poder.

Pero, el territorio y la población son elementos del Estado o son condiciones de existencia del Estado (*Burdeau*)? son condiciones geográficas de la actividad estatal y condiciones de la actividad estatal relacionadas con la población (*Heller*)? El territorio es el espacio geográfico en que el Poder del Estado desenvuelve su actividad específica y el pueblo, palabra amplia y equívoca, designa el conjunto de los miembros del Estado (*Hellinek*)

Ambitos de validez espacial y personal, respectivamente, de las reglas jurídicas impuestas por el Estado (*Kelsen*)

La Teoría del Estado nos proporciona otras reflexiones que exceden estos análisis relativos al Derecho Constitucional.

Pero más allá de estas apreciaciones, un elemento, este sí, clave para la existencia y reconocimiento de que una sociedad está organizada estatalmente es la presencia y la acción del Poder institucionalizado, es decir, convertido en permanente y supremo.

Así la consideración del concepto de Estado se transfiere a la dilucidación de la existencia y acción de un Poder supremo, originario, ineludible, asumiendo exclusivamente el ejercicio de la fuerza, precisamente para poder convertirse en real y eficaz, coercible y efectivamente coactivo.

Población

Sobre quienes se ejerce el Poder?

La respuesta conduce a la afirmación de los sujetos del Poder; aparte de otras consideraciones la respuesta se traduce en el contenido de a quienes se aplica el Poder del Estado.