

ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES



EN HONOR A HÉCTOR GROS ÉSPIELL

314089
(50 8108)
e.4

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES



EN HONOR A HÉCTOR GROS ESPIELL

DIRECCIÓN ACADÉMICA
MARIANA BLENGIO VALDÉS
JOSÉ ANÍBAL CAGNONI

AUTORES

- CLAUDIA ARRIAGA
- MARIANA BLENGIO VALDÉS
- JOSÉ ANÍBAL CAGNONI
- RUBÉN CORREA FREITAS
- MARCELO COUSILLAS
- STELLA FORCADE
- SONIA SENA
- LEONARDO GUZMÁN
- FULVIO GUTIÉRREZ
- TERESA GUERRIERO
- SUSANA LORENZO
- GRACIELA LÓPEZ MACHIN
- DANIEL HUGO MARTINS
- DANIEL MAZZEO
- MIGUEL ANGEL SEMINO
- MARIELLA SAETTONE
- DARDO PREZZA
- AGUSTÍN PRAT
- MARIA ELENA ROCCA
- MARIA DEL CARMEN ONGAY

Catalogado 2013.....
Copia4.....

LA LEY

EL ESTADO DE DERECHO COMO FORMA DE ESTADO (*)

JOSÉ ANÍBAL CAGNONI (**)

1.- Si bien se explica fácilmente por múltiples razones el uso habitual y vulgar del término "democracia", aunque en labios distintos el concepto también lo sea y aún contradictoriamente, causa perplejidad que el término "Estado de Derecho" haya ganado la calle, y en tiempos de autoritarismo, como los recientemente pasados, fuera apto a suscitar emociones colectivas. Por su carácter técnico, doblado por el tecnicismo de los dos vocablos que lo integran, y su inexpressividad para el entendimiento corriente, parece reservado a los ámbitos académicos de los que cultivan las ciencias jurídicas y, todavía, sólo para los que dentro de las mismas se especializan en los estudios de Derecho Público.

No es desatinado pensar que tal uso deriva de que quienes lo emplean, lo asocian o lo identifican con el concepto mismo de Democracia. Así acontece entre los juristas, si bien mayoritariamente pueda pensarse que prima la segunda posición: el Estado de Derecho es la Democracia expresada en lenguaje jurídico (1): coincide con el concepto de régimen democrático, es su cristalización: "El Estado de Derecho afirmando y concretando lo que habíamos dicho, puede definirse o coincide necesariamente con el concepto que tenemos de régimen democrático".

(*) Este texto fue actualizado por el autor a diciembre 2009. Su versión original se publicó en 1988 en el No. 8 de la Segunda Serie de los CUADERNOS de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Homenaje de la Facultad al Centenario del nacimiento de Dardo Regules.

(**) Profesor Emérito Facultad de Derecho, Universidad de la República.

(1) (Le Droit Constitutionnel) "Il est étroitement lié à l'idéal démocratique, non pas parce que les théoriciens du droit constitutionnel ont été et seront toujours démocrates, mais parce que la démocratie exprimée en langue juridique c'est l'Etat de droit, c'est la rationalisation juridique de la vie, parce que la pensée juridique conséquentement mène à la démocratie". Repárese, de paso, en la afirmación de que hay quienes cultivan el Derecho Constitucional pero no la Democracia. B MIRKINE - GUETZEVITCH, Les Constitutions de L'Europe Nouvelle, Lib. Delagrave, pág. 17, Paris 1928.

“En resumen y concretando, podemos decir que el Estado de Derecho corresponde actualmente con la noción que tenemos de democracia; ni es superior ni inferior a ella, ya que los límites de actuación de ambos en este momento están confundidos. Puede ser que antiguamente la democracia no coincidiera con los límites del Estado de Derecho, como puede ser que antiguamente la democracia no coincidiera con los límites del Estado de Derecho, como puede ser que en el futuro adopte una forma distinta. En la actualidad el Estado de Derecho es la cristalización de la democracia” (2).

O, *en cambio*, como quiere la primera posición aludida, no se confunden: *la democracia es la garantía del Estado de Derecho* (3); o lo complementa: “... El estado uruguayo no es solamente un Estado de Derecho, a secas; es un Estado social de Derecho, o mejor, un Estado de Derecho democrático y social del siglo XX” (4).

Claro que, enfrentados a ambas posiciones que hemos delineado mediante unos pocos ejemplos de autores ilustres, otros autores han sostenido la disociación adscribiendo el “Estado de Derecho” a concepciones sustancialistas o totalitarias del Estado: tal es el caso de numerosos juristas italianos que escribieron durante la época fascista los más notorios de los cuales se citarán *infra*; todavía puede advertirse en alguno de ellos la atribución del carácter de “democracia”, bien que calificada “en un sentido exquisitamente jerárquico” al Estado corporativo fascista (5).

(2) JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO. Teoría del Estado. Págs. 395 y 404 respectivamente. Organización Medina, Montevideo, s.f.

(3) “Mi sia consentito di chiudere con una citazione del mio indimenticabile maestro Gustav RADBRUCH: “Dobbiamo ricercare la giustizia ma rispettare la sicurezza del diritto, che è parte integrante della giustizia; ed edificare uno Stato di diritto che soddisfi queste due idee nel migliore dei modi. Se la democrazia è un bene prezioso, lo Stato di diritto è come il pane quotidiano, l’acqua che beviamo, e l’aria che respiriamo. La bellezza della democrazia consiste nel fatto che essa sola è in grado di garantire lo Stato di diritto”. A. KAUFFMANN, “Stato delle leggi” e “Stato di diritto” en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XLI - Serie III - 1964, Roma, pág. 217.

(4) A.R.REAL, “El Estado de Derecho” (Rechtstaat), en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, página 620, Facultad de Derecho, Montevideo, 1957 (el énfasis es del original). El autor reprodujo su trabajo en: Estado de Derecho y Humanismo personalista. FCU. 1974.

(5) “... lo Stato corporativo fascista, nel quale, con una riuscita sintesi tra gli interessi individuali e collettive e una partecipazione istituzionalmente regolata delle forze economiche alla vita della comunità politica, la democrazia fu bensì attuata ma in un senso squisitamente gerarchico”. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *voce* Stato en Nuovo Digesto Italiano a cura de Mariano d’Amelio Azara XII - pág. 1828, Torino, 1940.

I - UNA DEFINICIÓN DE DEMOCRACIA

2. DARDO REGULES dejó expresadas sus afirmaciones sobre el ser de la democracia. El texto es el siguiente: "La democracia, como sistema de instituciones se caracteriza a mi juicio, por el siguiente *mínimum* de condiciones. Pueden haber más, pero no pueden haber menos. 1) RESPETO POR LA PERSONA HUMANA. Lo que implica derechos esenciales: individuales, sociales, económicos y políticos. 2) REGIMEN DE DERECHO. Lo que implica competencias del poder público a texto expreso; sistema de contrapesos institucionales; contralor de todo acto administrativo o de gobierno, de modo que todos tengan un recurso adecuado, hasta el recurso jurisdiccional; 3) REGLA DE CONSENTIMIENTO. Lo que implica: nadie puede ejercer potestad de poder público sin el consentimiento otorgado por sufragio universal, y por un sistema electoral en que cada voto tenga el mismo valor. 4) SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y DE PUBLICIDAD. Lo que implica: mandatos a término y contralor libre de la opinión pública sobre la gestión del Estado. Responsabilidad de todo gestor y publicidad de toda gestión. 5) PLURALIDAD DE PARTIDOS POLÍTICOS. Lo que implica: oportunidad de cada ciudadano para agruparse, según sus opciones, frente a los problemas del Estado" (6).

3. Hombre político en cuanto ejerció el arte de la política sobre la base de convicciones perfectamente definidas y asumidas, fue al par hombre de Derecho en la doble acepción de quien cultiva la ciencia del Derecho y vive la vida social con la íntima convicción de que el Derecho, con la relatividad de todas las cosas humanas, con sus imperfecciones como tal y con las mediatizaciones derivadas de su aplicación, es, empero, instrumento necesario aunque no suficiente para regir la vida social; con el cual no se resuelven de por sí los problemas que se plantean a cada hombre y a todos los hombres en su vida de relación (lo que implica, como se comprende, predicar la ajenidad del Derecho respecto de problemas del destino personal de cada ser humano), pero sin el cual las soluciones de la problemática social son aparentes y efímeras.

(6) Ideario. Ed. Centro de Publicaciones Dardo Regules, páginas 89-90, Montevideo, 1966. Regules fue, esto dicho para las generaciones que no lo conocieron, ejemplo de hombre político realmente volcado al servicio del bien común; cristiano cabal, afirmaba "justicia social hasta que duela"; pensador profundo y con un estilo de dicción admirable, debo mucho a su ideario que conocí directamente por sus exposiciones orales, más que por las escritas, reunidas en libro cinco años después de su desaparición física (30 de enero de 1961).

No es de extrañar, por tanto, que la descripción de los elementos ("condiciones") de la democracia en el texto que nos ocupa, aparezca ligada al Derecho; hay condiciones regulables y reguladas jurídicamente (fenómenos políticos encauzados jurídicamente); pero otras, lo exceden. Lo que amerita o por lo menos justifica la duda consiguiente, una breve investigación para procurar fijar las relaciones entre la democracia y el Estado de Derecho reiterando lo ya expresado. Sin otra pretensión que fijar algunas perspectivas como punto de partida, jamás como punto de llegada lo que constituiría presuntuosa ambición, en tema tan vasto, apasionante (y apasionado), sin cesar renovado.

II - PERSONA, SOCIEDAD Y ESTADO

4.- A fin de hacer un análisis del texto, nos permitimos vincular las distintas condiciones en torno al tríptico Persona Humana, Sociedad y Estado; y por ello por simples razones metodológicas que apuntan al objeto mismo de nuestro comentario.

Ante todo, se coloca a la cabeza del texto (condición o elemento *capital*), al hombre del que se predica la titularidad de *derechos calificados "esenciales" inherentes a él* (7). Y más allá de las discusiones doctrinarias que el tema del jusnaturalismo ha provocado y sin duda continuará provocando, no puede hoy negarse razonablemente que esta afirmación pertenece a la convicción común de la humanidad: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." (8), a pesar de que la humanidad no haya logrado aún los medios y formas para que al dignidad sea realmente reconocida y los derechos efectivamente satisfechos con respecto a los hombres de todas las latitudes lo cual, es claro, no afecta la validez del principio.

Como se infiere, además la esencialidad de los derechos proclama la igualdad y repele *ab initio* toda discriminación (9). Si los derechos son "esenciales", obviamente no nacen de una concesión del Estado ni pueden, por acto de éste, ser eliminados.

Finalmente, en este primer aspecto (o condición), el texto afirma la esencialidad de los derechos, no solo de los individuos y de los políticos, sino, al mismo nivel indiscriminado, de los sociales *lato sensu*

(7) Artículo 72 de la Constitución. Vid. A. R. REAL, Los principios generales del Derecho en la Constitución en Estado de Derecho y ... cit, pág. 5 y ss.

(8) Artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión del 10 de diciembre de 1948 en París.

(9) Artículo 8 de la Constitución, artículo 2º de la Declaración Universal.

(sociales y económicos) (10). Por tanto, derechos esenciales, anteriores al Estado.

5.- En segundo lugar, el perfil de un ámbito propio del Estado pero necesariamente distinto y distinguible del ámbito social y del propio e intransferible de cada persona. Así la afirmación anterior sobre la existencia de derechos esenciales del hombre tiene ese efecto, lo que aparece reforzado en el punto 2) sobre las competencias limitadas del "poder público", expresión significativa del Poder del Estado, y en fin, de este mismo.

La expresión "poder público" —en singular— significa el "Poder del Estado"; la expresión "poderes públicos" —en plural— alude, en cambio, a sus órganos, sus sistemas orgánicos, y más ceñidamente, a los "poderes del gobierno" (del Estado), esta clara distinción la demostró con terminante lógica JIMÉNEZ DE ARECHAGA en sus magistrales clases de Derecho Constitucional (11).

La Constitución de España de 1978 en su artículo 9º.1 indica así que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". En cambio coherente con el pensamiento autoritario en que se inspiró, el llamado Acto Institucional Número 8 de julio de 1977 unificó ambos conceptos en el Poder Ejecutivo; la coherencia, por lo demás, arranca del Decreto 464 de 27 de junio de 1973 desplazando al Poder Legislativo, y luego de desplazar también al Poder Judicial por medio del Acto citado, culmina en perfecta lógica desplazando a la Nación (artículos 40, 82, 331 de la Constitución) auto atribuyéndose el Poder Ejecutivo el Poder Constituyente, mediante el dictado del también llamado Acto Institucional Número 15 de mayo de 1984.

Todavía complementa aquella concepción del Estado: la afirmación sobre la "pluralidad de partidos políticos" (punto 5) que, si integran la sociedad política, no forman parte ni dependen de aquél; la existencia de grupos, institucionalizados o no, representativos de intereses sociales parciales, que derivan como una de las vertientes, del reconocimiento de los derechos sociales del hombre, y en fin, del reconocimiento de un necesario "contralor libre de la opinión pública" (Punto 4).

(10) Todos ellos constituyen "bases de la nacionalidad" uruguaya, artículo 80 numeral 6 de la Constitución. El problema que plantean los últimos refiere a la existencia de "normas programáticas" en el Capítulo II de la Sección II. La Declaración Universal tampoco hace distinciones.

(11) Teoría del Gobierno, Tomo II, página 288 y ss (especialmente, 288, 289), Organización Medina, Montevideo, s/f.

03293
05 JUN 2013

6.- El tercer lugar en cuanto a la estructura del gobierno del Estado, se postula un "sistema de contrapesos institucionales" (punto 2) lo que significa pluralidad de centros de autoridad del Estado. El acceso a esos centros "institucionales" requiere la elección por "sufragio universal" y mediante un sistema electoral que valore igualmente cada voto (Punto 3). Y el ejercicio de la "potestad del poder público" que conlleva al cargo así conferido debe estar temporalmente limitado por la atribución del mandato "a término" (Punto 4).

Finalmente el control como clave de bóveda del sistema: sea individual de manera que "todo acto administrativo o de gobierno" puede ser adecuadamente recurrido, aun mediante el examen jurisdiccional (punto 2); sea el que resulta del juego de los "contralores institucionales" (Punto 2); y el más vasto y genérico "sobre gestión del Estado" mediante la opinión pública (Punto 4). Pero el control, para ser tal, necesariamente requiere un antecedente: la "publicidad de la gestión" y un consecuente: "la responsabilidad de todo gestor". (Punto 4).

III - LA IDEA DEMOCRÁTICA Y EL ESTADO

7.- A partir del breve análisis del texto, en el que procuramos cuidadosamente ser fieles a éste, pensamos que es posible deducir algunas conclusiones configurativas del Estado democrático.

En primer término, la existencia de derechos esenciales del hombre, y a la vez, y por ello, el carácter limitado del Estado, afirma la concepción instrumental del Estado y rechaza una concepción sustancial de él (12).

Decir que el Estado es un instrumento al servicio de todos los hombres es afirmar la concepción personalista; la concepción transpersonalista pone a los hombres al servicio del Estado.

De otra manera expresado, el Estado democrático es un Estado inmanente por sus fines; el Estado sustancialista o transpersonalista posee fines trascendentes.

Decir que el Estado tiene fines inmanentes (mejor que limitados) significa mentar a aquellos que corresponden a su ser propio, entre los cuales unos son inherentes (o esenciales: "inherencia" significa

(12) J. MARITAIN. El hombre y el Estado. 2ª. Ed. De la trad. Española de "Man and the State" de 1951; Cap. 1, V espec. Páginas 25 a 27. Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Abril 1952.

“esencialidad”); a veces, los autores utilizan “esencial” como sinónimo de “imprescindible”) (13).

Inherentes o esenciales, por ello, permanentes, tales fines conducen al Estado a su mantenimiento o conservación en tanto organización jurídico-política de la comunidad; y los realiza mediante los cometidos propiamente estatales, exclusivos en si mismos y por si mismos.

Como es inmanente al Estado instrumental procurar el bien de la comunidad, también es inmanente al Estado (potencialmente) y se manifiesta coyunturalmente según lo imponen las necesidades de cada época y de cada sociedad, el cumplimiento de otros cometidos (éstos no inherentes sino propiamente sociales) cometidos sociales *lato sensu* por cuanto incluyen todos los que la doctrina suele calificar genéricamente “secundarios” en oposición a aquellos anteriores o “primarios” y que se tornan entonces de prestación estatal, exclusiva o concurrente.

Como el Derecho sólo es apto a realizar los “valores de la comunidad” (14) y siendo que el Estado sólo puede expresar su voluntad (mediante sus órganos) por el Derecho, hay actividades de las personas radicalmente ajenas a sus cometidos (salvo para el Estado totalitario); también aunque no radicalmente ajenas, otras actividades, por su índole y la misma razón, nunca pueden ser de prestación exclusiva por el Estado (15).

Afirmar la inmanencia de fines del Estado, conduce a rechazar las estatolatrías, sean las de fundamento filosófico, sean las políticas o las meramente pragmáticas. También, las estatofobias, que, igualmente por motivos filosóficos o simplemente pragmáticos pretenden cercenar los fines inmanentes del Estado reduciéndolo a guardián del orden público desde que el fin inmanente del Estado es procurar el bien de la comunidad, como se dijo, cuidar el interés público (o bien común, si se prefiere) éste se vería sustancialmente afectado si se permite, por abandono del Estado, el predominio de los egoísmos individuales y de los egoísmos corporativos de cualquier origen.

(13) Por ejemplo: “El mantenimiento del orden y la administración de la justicia son tan esenciales para la prosperidad como, digamos, el establecimiento de un sistema concerniente a la seguridad económica”. R.M.MAC IVER, Teoría del Gobierno, traducción española de “The Web of Government”, 1947 y 1965; página 294. Editorial Tecnos. S.A. Madrid 1966.

(14) J. LLAMBÍAS DE AZEVEDO. El sentido del derecho a la vida humana, en *Eidética y aporética del Derecho*, página 194, y en general todo el artículo Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

(15) Vid. Nuestro trabajo: Estado y sociedad: el principio de subsidiaridad, en *Estudios sobre el Estado Democrático y Social*, Barreiro y Ramos, 1988.

Las modalidades y extensión de la acción del Estado, dentro de sus fines inmanentes que es el acotamiento legítimo de aquélla, dependerá en cada coyuntura de los factores en juego.

8.- En segundo término la legitimidad en el Estado democrático reside en o proviene sólo del consentimiento.

No hay legitimidades de derecho divino, como en el Antiguo Régimen.

La famosa frase de San Pablo (famosa por la frecuencia de su utilización): "todo poder viene de Dios", como numerosos teólogos a partir de Vitoria y Suárez lo han sostenido no se contradice con la titularidad por el pueblo o la comunidad política o el cuerpo político que delega su ejercicio en el "príncipe" (o gobierno) (16).

No hay legitimidades de carácter carismático o pseudo carismático.

No hay, tampoco, legitimidades fundadas en la posesión de la fuerza, desde luego; y ni siquiera en la fuerza del número. El consentimiento en virtud del principio de igualdad sólo puede provenir del sufragio universal e igualitario. No se conoce otro método mejor, o si se quiere en visión pesimista, que tenga mejores efectos. En el Estado democrático legitimidad y legalidad se confunden (17).

No hay, empero, en el sufragio que emite el consentimiento, virtud taumatúrgica o mágica que convierta en verdad la expresión de la mayoría; no es éste el problema en juego. El sufragio es un método que hace posible —legítima— el ejercicio del poder en el Estado democrático;

(16) Y. CONGAR. O.p. *L'origine du pouvoir. Un aspect de la pensée politique de Jacques Maritain*, en *Notes et Documents, nouvelle série*, numero 1. Javier - mars 1983 páginas 62 a 66. Roma. La distinción entre el poer y el "príncipe" ya venía dada desde el siglo IV si atendemos a esta enseñanza de San Juan Crisóstomo: "Ogni principe pertanto e stato posto da Dio? Non e questo che dico. Non mi riferisco ai principi ma alla cosa in se stessa, cioé al potree. E'necessario che vi siano i governi sotto pena di cadere nell'anarchia; ecco tutto quanto atribuisco alla Sapienza divina. Così l'Apostolo non dice: ogni principe viene da Dio, bensì parlando della cosa in se stessa: ogni potree viene da Dio" Transcripto por J. P. GALVAO DE SOUZA. *Il problema della sovranità*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* anno XXV, serie III, 1948; página 247, Roma.

(17) La conducta adoptada ante los casos concretos vale para afirmar la adhesión a los principios proclamados: ante la, por tantas razones dolorosa coyuntura provocada por la guerra civil española, REGULES y un grupo de sus brillantes compañeros políticos definió su apoyo al gobierno legal de la República ante el alzamiento militar lo que no dejó de acarrearles incomprendiones. Buen ejemplo que continúa enseñándonos.

por ello éste no aspira a la unanimidad; por ello, también hablar de "mayorías circunstanciales" es una tautología: toda mayoría lo es, aquí y ahora. Y la mayoría se legitima en el respeto de las reglas legales de garantía de la emisión del sufragio, las que establecen las formas que aseguren la emisión, antes de él, durante él, después de él (18). De tal manera, el consentimiento es la regla de oro que permite el disenso, esencia de la democracia como expresión del diálogo (los autoritarismos sólo monologan y obtienen unanimidades aparentes).

9.- En tercer término el ejercicio del poder étático aparece encauzado mediante la separación, división o equilibrio de poderes que implica a la vez, la existencia de varios centros de autoridad o sistemas orgánicos (poderes de gobierno) y la distribución de funciones, con fundamentos distintos, político en el primer caso, técnico en el segundo, pero convergentes a una finalidad (19).

Ríos de tinta se han destinado al tratamiento del tema; y no es casual que los autoritarismos, confundiendo los conceptos implicados, se hayan dedicado invariablemente en las diversas épocas y en las distintas sociedades, más que a realizar su crítica, a convertirlo en el chivo expiatorio de todas las calamidades públicas.

El principio y lo que él supone, no es simple, ni su desenvolvimiento histórico ha sido lineal. Sintéticamente expresado, puede señalarse que, por un lado, la atribución de funciones no es exclusiva sino preferente o predominante respecto de los poderes orgánicamente entendidos, por otro, que la tríada clásica de éstos se ha visto acrecida por la consagración de otros centros de autoridad autónomos dentro de la organización del gobierno democrático.

A.L. BARBAGELATA en su última lección dictada en la Facultad de Derecho, enseñó que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por su posición institucional y sus potestades constitucionales, debe ser considerado un verdadero "poder de gobierno" junto a los tradicionalmente calificados así, (20) (21) "Poderes representativos", artículo 82 de la Constitución.

(18) Vid. Mi libro *El Derecho Constitucional Uruguayo*. 2ª Edición, 2006. Página 187.

(19) DE ARÉCHAGA, JIMÉNEZ. Ob. cit. Supra en nota 11; también y específicamente página 290 ob. cit.

(20) Simposio realizado en la Facultad de Derecho en octubre de 1977. Lamentablemente la versión grabada nunca se publicó.

(21) Dos razones militan para reservar la denominación de "poderes de gobierno" a las tres que así llama la Constitución; jurídica: cada uno tiene atribución de principio de cada una, respectivamente de las tres funciones jurídicas del Esta-

En el Derecho comparado los Tribunales o Cortes Constitucionales son ejemplos de esta nueva realidad. Y, en fin, desde un enfoque complementario, además de la división "horizontal", aludida se ha afirmado la existencia de otras que, estructural y funcionalmente convergen a la misma finalidad.

GARCIA PELAYO —siguiendo a STEFANI— agrega estas otras "divisiones del poder":

- b) temporal, (mandatos de gobierno a término);
- c) vertical (entre la instancia central y las locales con mayor o menor grado de autonomía);
- d) decisoria (respecto de los diversos actores que intervienen de hecho en la toma de decisiones políticas),
- e) social (entre los estratos y grupos de la sociedad).

A las que el autor español añade por su parte, f) la división del poder entre la autoridad política (fundada en una investidura) y la técnica (fundada en los conocimientos poseídos) (22).

A nuestro entender, las tres primeras y las últimas divisiones a), b), c) y f) pertenecen propiamente a la división dentro del Estado; la cuarta y la quinta d) y e) influyen ciertamente (y en que forma muchas veces) pero junto al Estado en cuanto a su ubicación institucional.

En esencia, lo permanente y que nadie controvierte, es que quien tiene el poder tiende a abusar de él, como ya lo expresó MONTESQUIEU (de suyo no implica un juicio moral sino una mera constatación cuya veracidad es incontestable) y que es preciso para salvaguarda de la libertad de los gobernados, hallar un mecanismo que, dentro de la relatividad de las cosas humanas, posea la suficiente eficacia para contraponerlo al abuso o exceso o desviación en el ejercicio del poder.

Porque en definitiva, de lo que se trata bajo el título o denominación de separación de poderes, es evitar el ejercicio concentrado del

do (arts. 83, 149 y 233) en cambio, los otros tres sistemas orgánicos, el Tribunal de Cuenas, el TCA y la Corte Electoral tienen atribución especial cada uno y ejercen controles de actividades. Una razón histórica: la denominación del siglo XIX con evidente sentido político. Lo que significa que tres sistemas orgánicos de los seis de gobierno, sin afectar la evolución que consagra otros centros de autoridad. Vid. El Derecho Constitucional, ob cit, páginas 202 y 203.

(22) M. GARCÍA PELAYO El Estado social y sus implicaciones en "Las transformaciones del Estado contemporáneo", pág. 60. Alianza Editorial. Madrid. 1977.

poder. Bajo estas clásicas expresiones de "separación de poderes" o de "división" o de "equilibrio", significa, en verdad, el principio de la no concentración en el ejercicio del poder ético, con manifestaciones que no responden matemáticamente a aquellas expresiones, como se dijo y que asumen formas cambiantes según el tipo de gobierno, pero que aluden a la "coordinación" en el proceso del ejercicio del poder ético por centros diversos y, a la vez, a la "distinción" entre éstos de acuerdo a la estructura y el "equilibrio" entre ellos según la finalidad (23).

El principio cardinal del gobierno autoritario es, justamente, la concentración en el ejercicio del poder (monocracia propiamente dicha; autocracia, también si se atiende a la generación de poder o acceso cerrado —a un hombre o a un grupo— al poder).

IV - SENTIDO DE LA EXPRESIÓN "ESTADO DE DERECHO"

10.- Entre nosotros, el trabajo escrito por REAL en 1957 (24) continúa siendo, sin duda, el más completo tratamiento dado al tema con el aporte, además, de la bibliografía citada y comentada en él.

Aludió REAL a "...las dos tendencias capitales en la materia: la formalista y la que podríamos llamar finalista que preferimos..." (25) para significar los dos entendimientos que la expresión "Estado de Derecho" suscitan en los autores en general, bien que el segundo también suele recibir las denominaciones de sentido material, o técnico o por su contenido. No obstante, cabría dentro de la primera concepción, advertir un matiz que llevará a señalar que siendo el Derecho "la forma inmanente y connatural del querer estatal" (26) todo Estado sería Estado de Derecho con lo que la expresión sería inútil, carente de todo sentido.

Se ha señalado que en el lenguaje de la doctrina así como en el de la política y el periodismo, la expresión Estado de Derecho significa un Estado limitado por el Derecho en el cual, el poder se ejerce mediante formas jurídicas pre establecidas de lo que se deriva para el individuo, también de manera preestablecida ciertas garantías jurídicas y derechos públicos subjetivos que le aseguran una esfera determinada

(23) Vid. Nuestro trabajo. Sentido y valor actuales de la división de poderes, en este volumen. *Infra*.

(24) Vid. *Supra* nota 4.

(25) *Ob, cit*, nota 4, página 602.

(26) N. CRUSA. Citando a FALCHI. *Stato di diritto e Stato di giustizia. Elementi di una problemática*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, anno XLI, serie III, página 2000, año 1964, Roma.

de libertad frente al Estado (27); o el Estado sometido a la ley con una determinada finalidad, el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante técnicas jurídicas precisas primacía de la ley formal, jerarquía de las normas, sujeción de los actos singulares al reglamento aún proveniente de un órgano inferior al que dicta aquellos, y persecución del interés público (28); o el Estado en que el ordenamiento jurídico constituye una estructura jerárquica en cuyo vértice se halla la ley, afirmación de los derechos humanos fundamentales y sistema de responsabilidad pública con recursos contencioso-administrativos, y, eventualmente, control jurisdiccional de la Administración (29); o el Estado cuyo gobierno se ejerce por pluralidad de órganos entre los que se distribuyen las funciones estatales de modo de asegurar la legitimidad de la acción del Estado y la equitativa protección de los derechos de los ciudadanos (30); o mas brevemente, el Estado fundado sobre el derecho, sometido al Derecho que realiza el Derecho, etc. (31).

11.- Frente a estas concepciones formalistas, se encuentran las finalistas, como señaló REAL, o materiales; al decir de Elías DIAZ todo "auténtico Estado de Derecho" debe obedecer a estas características generales:

- a) Imperio de la ley; la ley como expresión de voluntad general;
- b) Separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial;

(27) G. FASSO, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, en *Rivista Internazionale*, cit. pág. 84, anno XL, serie III. 1963.

(28) R. ENTRENA CUESTA. *Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho*, en *Revista de Administración Pública*, págs. 35, 36, 41, 42. No. 33. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1960.

(29) L. LEGAZ Y LECAMBRA. *El Estado de Derecho*, en *Revista de Administración* cit. Págs. 28 y ss. Nº 6. 1951.

(30) P. BISCARETTI DI RUFFIA, *voz Stato*, en *Nuovo Digesto* cit. *Supra* nota 5, página 827, 1940.

(31) F. BATTAGLIA. *Stato etico e Stato di diritto*, en *Rivista Internazionale*, cit. anno XVII págs. 242 y 253. Roma 1937. La obra de BATTAGLIA cuya tesis sobre el Estado ético no puede ser admitida resulta singularmente valiosa sobre el tema del Estado de Derecho pues su impresionante bibliografía citada y comentada constituye una reseña de la doctrina, especialmente italiana y alemana, abarcando el primer siglo corrido desde que se acuñó la expresión en 1832. Su concepción sobre el Estado ético, de la que posteriormente evolucionó, mereció esta crítica del p. Bruculeri s. J. En "La Civitá Católica", 1938, pág. 38 y ss. Que él transcribe al hacer su defensa en un artículo publicado en la *Revista* cit. anno XXIV, página 213: "la escuela idealista llega al fondo de la aberración estatolátrica" según ella "El Estado actúa la ética, es la misma ética en acción, la que envuelve todo el inmenso ámbito de los fines humanos".

- c) Legalidad de la Administración; regulación por la ley y control judicial;
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantías jurídico formal y realización material (32).

Si damos al término "voluntad general", no el sentido preciso e histórico, el de ROUSSEAU, sino el general equivalente a expresión de la comunidad o pueblo libremente emitida; y entendemos "Ley" igualmente en un sentido amplio comprendiendo la Constitución, también libremente adoptada, por encima de ella, pensamos que la fórmula nos conduce limpiamente a una conclusión fundamental.

12.- En efecto. Si como el propio autor afirma: "También es Derecho (y ley) el derivado no de la voluntad general sino de la posible voluntad individual de un dictador o de un monarca absoluto que, de hecho, logra dar vigencia a la normatividad por él creada; todo Derecho positivo es Derecho, tanto el que procede de un Parlamento democráticamente elegido como el que deriva de una decisión personal de un dictador que se hace obedecer" (33) entonces la primera condición indicada, exigida para la existencia del Estado de Derecho, no procede del Derecho, no es una exigencia propiamente jurídica, es extrínseca a él.

Esta primera condición esencial, el consentimiento, deriva de la idea democrática.

E, inmediatamente, la idea democrática exige, asimismo que en la aplicación del Derecho así emanado por medio de la voluntad popular, en el imperio práctico del Derecho, el aparato orgánico que la realice sea plural (separación de poderes), precisamente para evitar la prepotencia aún con aquel origen, en protección y resguardo de la libertad personal, fundamento de la idea democrática.

La segunda condición esencial el ejercicio, también deriva de ésta.

12.- El Estado de Derecho aparece pues, anclado fuera de él; asegurado o fundado en elementos extra jurídicos. De lo contrario, en lugar de ser garantía es una burla; afirmar que el "acto jurisdiccional es intan-

(32) E. DÍAZ. Estado de Derecho y sociedad democrática. Página 18 de la edición por "Cuadernos para el Diálogo" Madrid. 1966 con siete reediciones; página 31, 1º. Ed. Taurus. 1981. La aceptan como "rasgos caracterizadores del Estado de Derecho". J. DE ESTEBAN y L. LOPEZ GUERRA. El Régimen constitucional español, tomo I, página 115. Editorial Labor S.A. Barcelona 1980.

(33) Id. Id, página 19 o página 32.

gible; ninguna decisión administrativa podrá incidir, influir o afectar el proceso y el acto jurisdiccional que lo culmina”, mientras el agente público director del proceso y productor del acto culminante, el Juez, en su nombramiento, en su régimen disciplinario, y en su destitución queda subordinado al el Poder Administrador (34) es una irrisión.

No bastará entonces, hablar sólo de Estado de Derecho.

No son ociosas las menciones de las Constituciones federal alemana y española elaboradas ambas con auxilios doctrinarios relevantes.

Aquella, ayer Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, en el Capítulo sobre “Principios Constitucionales” define a la República Federal Alemana como un “Estado federal, democrático, y social” (artículo 20.1) y en el Capítulo referente a las “Garantías” acordadas a los Estados miembros indica que “El ordenamiento constitucional de los Lander deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social”.

La Constitución de España que entró en vigencia el 28 de diciembre de 1978 con la sanción real, establece que España “se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1º.1).

Coadyuvantemente no deja de ser interesante señalar el cambio operado en la Constitución portuguesa. El texto originario en vigencia a partir del 25 de abril de 1976, filialmente vinculado a la denominada “Revolución de los claveles” cuya ideología la moldeó también institucionalmente, alude también a Portugal como “Estado democrático”, bien que en el Preámbulo se empleara la expresión “Estado de Derecho”; los sucesos políticos posteriores condujeron a que el artículo 2º, afirme hoy que Portugal es un “Estado de derecho democrático” (35).

En síntesis, el Estado de Derecho se sustenta en la idea democrática: respeto de la libertad del hombre (igualdad) sujeción a la Constitución (imperio de la ley en sentido genérico) y ejercicio no concentrado del poder étático en salvaguarda de aquellos valores; en lo demás, el desarrollo del principio de legalidad y el control aún jurisdiccional principalmente y todos los otros medios de aseguramiento de aquellos

(34) Considerando XI, in fine y artículo 6º (numerals 4, 5, 6, 7, 10) respectivamente del llamado Acto Institucional No. 8.

(35) Italia (art. 1º de la Constitución que entró a regir el 1 de enero de 1948) se define como “democrática” la condición de Estado de Derecho surge del sistema constitucional en su conjunto y la calidad de “social” claramente, del art. 3º segundo inciso.

principios, constituyen el instrumental propiamente jurídico para su cumplimiento.

Sin la vigencia de la democracia, el Estado de Derecho en sentido estricto, se convierte en una cáscara vacía. Lo cual aparece en la práctica en su cruel realidad cuando se afectan las esencias del Estado democrático: el instrumental jurídico propiamente tal se transforma en un rito sin contenido.

V - LA IDEA DEMOCRÁTICA Y LA SOCIEDAD

13.- Pero además, y de manera inseparable, la expansividad de la idea democrática que conjuga libertad e igualdad humanas, la hace también principio, no sólo de organización política, sino también de organización social.

No hay Estado democrático consolidado, sin sociedad democrática.

Cuando el principio democrático entra en crisis en ésta, a plazo mayor o menor, también queda afectado aquel.

Y también en esto la experiencia vivida juega un insustituible papel de demostración.

“Una vez conquistado el derecho de participación política, el ciudadano de las democracias más avanzadas se ha dado cuenta de que la esfera política está, a su vez, incluida en una esfera mucho más amplia, la esfera de la sociedad en su conjunto ... una cosa es la democratización de la dirección política ... y otra cosa la democratización de la sociedad. Por esta razón se puede dar perfectamente un Estado democrático en una sociedad en la que la mayor parte de sus instituciones, desde la familia hasta la escuela, desde la empresa hasta los servicios públicos, no se gobiernen democráticamente. De esto se deriva la pregunta que define mejor que cualquier otra frase actual de democracia en los países políticamente más democráticos: ¿es posible que pueda sobrevivir un Estado democrático en una sociedad no democrática? La pregunta se puede formular también de esta forma: la democracia política ha sido y aún es necesario para que un pueblo no esté gobernado despóticamente, ¿Pero es suficiente? Hasta ayer o anteayer cuando se quería comprobar el grado de desarrollo de la democracia en un determinado país, se tomaba como indicador la extensión de los derechos políticos ... Actualmente quien desee obtener un indicador del desarrollo democrático de un país no tiene ya que considerar el número de personas que tienen derecho de voto, sino el número de sedes distintas de las

tradicionalmente políticas, en que se ejerce el derecho de voto. Dicho de otra forma, quien desee hoy emitir un juicio sobre el desarrollo e la democracia en un determinado país ya no tiene que hacerse esta pregunta ¿quien vota ? sino, ¿donde se vota ?” (36).

VI - LA IDEA DEMOCRÁTICA Y EL HOMBRE

14.- Y, todavía, por último pero no lo menos importante, la idea democrática exige una actitud de la persona.

“La idea democrática puede, pues, servir de principio de organización tanto a la Sociedad como al Estado: es tan naturalmente social como política. Un todo que se gobierna a sí mismo a base de libertad e igualdad es realizable para cualquier asociación de hombres. La fraternidad que realiza esta síntesis y que parece tan fácil de comprender en teoría aunque no de llevarla a la práctica, plantea en realidad el más difícil problema ... La fraternidad consiste en reconocer a los demás como un “otro” libre y que subsiste en sí mismo, y como un verdadero “yo mismo”, persona también igual en dignidad ... La fraternidad es, en principio, el respeto de la libertad de los demás, libertad puesta inmediatamente en su personalidad propia mediante una verdadero acto moral. Es un verdadero estilo de vida personal y social, que funda a la vez la autonomía y la comunidad, la sociedad de seres que se unen en el respeto de su separación” (37).

Reconocer cada uno a cada uno de los demás como a un “otro libre” e “igual”; acto moral”, exclusivo por tanto, del hombre; por la fraternidad síntesis de la libertad y de la igualdad (38) la idea democrática alcanza su dimensión plena, auténtica, es decir, su raíz precisamente moral.

(36) N. BOBBIO, Democracia y Dictadura. 1978. En Estado, gobierno y sociedad. Contribución a una teoría general de la política, que reúne otros tres artículos del autor, página 176 de la traducción española Plaza y Janés S. A. Barcelona 1987.

(37) J. LA CROIX. El hombre democrático en La sociedad democrática. Trad. Española del original francés del mismo título páginas 67 y 68 Editorial Nova Terra, Barcelona, 1964. “...la palabra democracia, como la usan en pueblos modernos, tiene un sentido mucho más amplio que en los tratados clásicos de la ciencia gubernamental. Primeramente y ante todo, designa una filosofía general de la vida humana y de la vida política, y un estado de espíritu” JACQUES MARITAIN, Cristianismo y Democracia, Página 47, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1944, Traducción del original de 1943.

(38) Mencionar la libertad, la igualdad y la fraternidad puede recordar al lema de la Revolución Francesa y convocar desde opuestas orillas dos órdenes de ideas contrapuestas: las de la exaltación, aquella es la luz que disipando las impenetrables sombras que la preceden dividiría la Historia y las del repudio, aquel acontecimiento representa el triunfo de los poderes diabólicos, todo mal procede de él. Demás está decir que la razón no tolera ambos extremos.

Afirmar la dimensión moral de la idea democrática en virtud de su fundamento último en la persona, conduce a sostener que el Estado democrático en cuanto instrumento al servicio de la persona ("de todo el hombre y de todos los hombres") es incompatible con toda concepción sustancialista o totalitaria del Estado.

Se sabe con que notable despliegue técnico numerosos juristas italianos, muchos de ellos de indudable prestigio, se esforzaron en fundar la concepción del Estado fascista, medio siglo atrás.

Por su fundamento último en la persona, el Estado democrático es irreductible al llamado "Estado ético" (39).

O aún afirmando, (40) que el ordenamiento estatal fascista representaba un Estado de Derecho, concepción formalista desprendida del elemento democrático sin el cual, como se ha dicho, el Estado de Derecho es una cáscara vacía.

Más sentido es el rechazo o contraposición, cuando aludiendo a la definición del "Statopolo" dada en la "Carta del Lavoro" se afirmaba la realidad del Estado según la concepción ético orgánica dominante del valor integral del Estado como unidad moral, política y económica a la vez, subordinando los fines individuales a los del Estado (41).

O cuando se afirmaba la clara y total prioridad ética del Estado sobre el Derecho, siendo éste instrumento necesario pero subordinado a los fines esencialmente meta jurídicos de aquél; pretendiendo aún —en innegable contradicción lógica, por lo dicho— que el Estado fascista fuera un Estado de Derecho, fundándose en que el concepto de este último quedaba así depurado de los equívocos en que venía envuelto por una interpretación individualista de su contenido por parte de la ideología liberal (42).

(39) BATTAGLIA, Ob, cit. (supra nota 30) Cap. V y VI, páginas 261 y 268 para los fundamentos del "Estado ético".

(40) P. BODDA, Lo Stato di diritto. A propósito di alcune resenti opinioni, página 45, con cita de ROCCO ALFREDO, Del Vecchio; Crosa. Dott. A. Giuffré. Edit. Milano, 1935.

(41) C. COSTAMAGNA. Pero la dogmatica del nuovo diritto pubblico, en: Studi in onore di Mariano d'Amelio, páginas 393-410, espec. Página 397, vol, primo, Soc. Edit. Del Foro Italiano, Roma, 1933.

(42) G. MARCHELLO, Consideración sul contributo della dottrina fascista alla Filosofia giuridica contemporanea, con remisiones a los máximos juristas del fascismo. C COSTAMAGNA y S. PANUNZIO, en: Riv. Inter, cit, anno XIX, serie II, páginas 349/392, espec. págs. 385-386, Roma, 1939.

VII - ESTADO SOCIAL, ESTADO DE BIENESTAR

15.- Mientras la libertad se ha pretendido asegurar de manera negativa, impidiendo con el recurso a la coacción estatal la intrusión en la esfera de cada individuo, y aún frente al Poder Público (el Estado liberal de Derecho representa, precisamente, en el siglo XIX la concreción del esfuerzo de protección de la libertad individual); mientras, pendularmente y también de manera unilateral, se ha pretendido realizar la igualdad con el recurso a la coacción del Estado (tal el régimen soviético); en cambio, la fraternidad, por su propia naturaleza, no puede ser pretendida de aplicación mediante la coacción. ¿Acaso la ambigüedad del "Estado social" no obedecerá a que ha pretendido, a su vez, realizar la síntesis de libertad e igualdad, arrojando (y arrasando - no es un juego de palabras) históricamente en su concreción esa imposibilidad ?

La ambigüedad del "Estado social" arranca, ya, desde su propia denominación. Al régimen que impuso y sostuvo BISMARCK en la Prusia de su tiempo se lo ha podido calificar de "cesarismo social": "...basaba su autoritarismo en el equilibrio entre la clase declinante, pero todavía poderosa, la aristocracia, y la clase dominante ascendente, la burguesía, al tiempo que trataba de atraerse a las masas y de evitar, mediante una política paternalista asegurándoles la protección de un sistema de leyes sociales que se volvieran hacia el socialismo" (43).

El régimen que impuso y sostuvo Franco en la España del Siglo XX, en una de sus siete "Leyes fundamentales", la de Sucesión de 1947, definía al Estado español como "católico, social y representativo". Ni aquél ni éste guardan relación con la misma definición "social" adoptada hoy por la República Federal Alemana y por España en sus respectivas Constituciones.

Podrían los ejemplos multiplicarse, incluso con alguna nota que entra ya en lo anecdótico (44).

No más felices ni apropiadas son otras denominaciones. Algunas porque sólo aluden parcialmente —casos de Estado prestacional, Estado asistencial— a la acción que desarrolla, pero que necesitan ser completadas para definir el concepto.

(43) G. PALMADE (Compilador), La época de la burguesía, Historia Universal del Siglo XXI, Tomo 27, trad. Esp. Siglo Veintiuno Editores S.A. Madrid 1976.

(44) Tal como "República Social Italiana" que Mussolini, al fin de sus días, estableció bajo tutela alemana en el Norte de Italia.

Otras, caso de Estado providencia; o también Estado nodriza (45) porque al contrario de las anteriores van más allá de su acción y traducen una dirección definida.

En todas puede además argüirse, para señalar su equivocidad, que tanto son aplicables a Estados democráticos de Derecho como a otros que no pueden ser así calificados.

Citemos algunas críticas. Así FASSO, luego de indicar que el Estado de Derecho es el que asegura una esfera de libertad al hombre frente al Estado, afirma por ello, que aquél se contrapone al "Estado absoluto" sea el entendido como "Estado de policía", sea, más refinadamente como "Estado ético", o en fin, hoy, como "Estado social" (46).

Desde otro enfoque, DE ESTEBAN y LOPEZ GUERRA señalan que "El concepto de Estado social es aún vago e impreciso", e invocan a GIANNINI afirmando que es una "noción inútil" (47); sin calificarlo así expresamente, pero con similar sentido puede mencionarse a PERTICONE (48).

La denominación que más fortuna ha tenido ha sido la de Welfare State o Estado de Bienestar.

ARANGUREN ha criticado de él (y con razón) su predominante economicismo en cuanto que garantiza al hombre bienestar, abundancia y seguridad, pero lo somete al convertirlo en "consumidor" insaciable de bienes de uso siempre nuevos y absolutamente innecesarios como forma de mantener el proceso producción-consumo (49); en fin, SARTORI asigna a la expresión "Estado de Bienestar" un sentido próximo al que le atribuye el autor español (50).

En esencia, se funda en que, sin pérdida de su libertad, el hombre pueda acceder a condiciones de vida tales que exista real igualdad entre

(45) Esta denominación la oímos de HORACIO TERRA AROCENA, que de manera muy clara aludía así al cambio que hacía de hecho, el individuo frente al Estado, de su independencia por la seguridad económica.

(46) FASSO, ob. Cit supra nota 26 misma página.

(47) ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, ob cit, supra nota 31, página 313 y remiten a nota 3 de la página 350 donde mencionan un artículo de M. S. GIANNINI, precisamente titulado "Stato sociale: una nozione inutile", que no hemos podido consultar.

(48) G. PERTICONE. Stato di diritto e Stato di giustizia. Rivista Internazionale, cit, anno XL, serie III, 1963, página 125.

(49) J. L. L. ARANGUREN. Ética y política. Ed. Guadarrama. 2º. Ed. Madrid 1968. página 249.

(50) G. SARTORI. Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia. Rivista Internazionale, cit, "in chiave scopertamente hedonística, quella (dizione) di "Stato di benessere" (página 313).

los habitantes del Estado; también que "...el Estado social de Derecho, se ha establecido y se mantiene sobre estructuras, conceptos y configuraciones provenientes del Estado liberal de Derecho" (51).

Esta superposición ha ocasionado desajustes institucionales según estas expresiones, que desde un análisis político ha formulado LUCAS VERDU: "Como es sabido el Estado de Derecho forjado por el liberalismo se ha transformado en el Estado social de Derecho calificado por las exigencias de la justicia social, por intervencionismo administrativo y por la planificación" (52).

Desde un enfoque ético de la cuestión ARANGUREN señala la insuficiencia como fundamento de la organización del Estado tanto de la "ética individual" cuanto de la "ética social" y postula a la "ética personal" como inspiración de un nuevo tipo de Estado al que llama "estado de justicia social" (53).

Precisamente, en el VI Congreso Italiano de Filosofía del Derecho desarrollado sobre el tema "Estado de Derecho y Estado de Justicia" se expresaron opiniones sobre la contraposición entre ambos conceptos, sobre la superación del último respecto del primero y aún sobre la sinonimia de los conceptos (54).

DIAZ, desde el ángulo analítico de los sistemas económicos de la sociedad correspondientes a cada tipo de Estado de Derecho (capitalismo y estado liberal; neo capitalismo y Estado social) postula una tercera etapa del Estado democrático de Derecho sustentado en un sistema de economía socialista (55).

Grave es la limitación indicada por ARANGUREN respecto de la aplicación extensiva del Estado de Bienestar, en cuanto afirma que no lo es "sino a los países que, habiendo franqueado ya las etapas económicas previas del gran desarrollo de la producción y del pleno empleo, estén maduros para el ingreso en una economía de consumo" (56).

(51) L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER. La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "daseinsvorsorge" en Revista de Administración cit. No. 38 página 49. Madrid 1962.

(52) P. LUCAS VERDU. Principios de Ciencia Política, tomo I, páginas 170 y 171, Madrid, 1967.

(53) ARANGUREN, ob y página cit. Supra nota 43, págs. 255 y ss.

(54) Las dos relaciones de FASSO y PERTICONE, figuran en la Rivista Internazionale, cit. Anno XL, 1963 y las comunicaciones (BELUSSI, CARBONE, CATTANEO, CIUSA, KAUPFMANN, MARCONI, MARINI, MELIS, MOLINARI, PASINA, PUBLISI, REDANO, SALEMI, SANTORO, SARTORI, ZANFARINO) en el tomo XLI, 1964.

(55) DIAZ, ob, cit, páginas 89 y ss, ed. 1966, págs. 111 ss ed. 1981.

(56) Ob, cit, página 249.

Lo que es afirmar que el Estado de bienestar prospera en las sociedades desarrolladas y están fuera de la posibilidad de acceder a él las sociedades subdesarrolladas.

La crisis económica que se produjo en los países del Hemisferio Norte después de 1973 y cuyos efectos, además, se expandieron haciendo más difíciles aún las condiciones de las últimas sociedades indicadas, ha provocado, a su vez, la búsqueda de fórmulas de readaptación del Welfare State (57). Y no parece necesario encarecer el descreimiento que en unas y otras sociedades ha caído sobre el Estado de Bienestar, a partir de la revolución conservadora americana luego de 1980.

VIII - DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO NEOLIBERAL

16.- El pasaje de un Estado (de democracia liberal) de Derecho a través de un proceso histórico complejo a un Estado democrático y social de Derecho significó el reconocimiento y protección de los derechos individuales reafirmando la libertad, y el reconocimiento y protección de los derechos sociales, no como una categoría distinta sino como medios de realización efectiva de la libertad para todos; y para procurar que la igualdad esencial de todos los hombres se corresponda con la igualdad efectiva de oportunidad lo que implica el "deber" del Estado de "remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana" (Constitución italiana, artículo 3º segundo inciso) pues "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" (Constitución Española, artículo 9º.2).

Lo que es, simplemente la justicia social. Pues "el progreso" en los Estados democráticos está "sujeto a diversos riesgos, particularmente en lo que refiere al desarrollo de la justicia social "que" es una necesidad capital de las sociedades modernas. Como resultado de esto el primer deber del Estado moderno es el de imponer la justicia

(57) Vid. A. ARDIGO. The governability of democracy in Europe. En notes et documents. Cit. Páginas 7 a 31 y bibliografía citada sobre "coporativismo democrático" o "neo corporativismo democrático" o "corporativismo pluralista", también ERMIDA URIARTE, Introducción al estudio de la concertación social, en La concertación social. Estudios en Homenaje a PLA RODRÍGUEZ, páginas 24-27, Amalio M. Fernández, Montevideo 1985.

social" (58). Impuesta por el Estado democrático, es decir, democráticamente.

Como quedó dicho en el apartado anterior, el esplendor del "Welfare State" (59) comenzó a palidecer a mediados de la década de los años setenta del siglo XX, por la crisis económica desatada en el Hemisferio Norte (60).

Y al decrecimiento allí señalado siguió un profundo cambio cuyos efectos bien puede caracterizarse por los del fin de una época histórica (61) y por el inicio de otra.

Brevemente, esta nueva época histórica ha sido impulsada por dos movimientos, uno afirmativo y otro negativo, entre otros factores. Aquél la triunfante "revolución conservadora americana" (título de un libro de Guy Sorman, 1983); éste el derrumbe espectacular del así llamado "socialismo real" (el régimen de la ex Unión soviética no fue realmente socialista en el sentido de un socialismo "de rostro humano" como quería LEON BLUM hace setenta años).

Entonces cada uno de los caracteres del Estados social que señaló LUCAS VERDU fue sustituido: sobre las exigencias de la justicia

(58) MARITAIN, ob. Cit. supra nota 12. Páginas 33 y 34.

(59) "...fue durante los turbulentos años setenta, a la espera de los traumáticos ochenta, cuando los observadores, principalmente, para empezar, los economistas, empezaron a darse cuenta de que el mundo y en especial el mundo capitalista desarrollado había atravesado una etapa histórica realmente excepcional, acaso única. Y le buscaron un nombre: los treinta años gloriosos de los franceses (les trente glorieuses); la edad de oro de un cuarto de siglo de los angloamericanos". (ERIC HOBBSWAM, Historia del Siglo XX, Página 261, traducción española, reimpresión de octubre de 1996, Crítica Grijalbo - Mondadori; Barcelona). Sintomáticamente el Capítulo IX donde se ubica la cita, se titula "Los años dorados" y corresponde a la Segunda Parte del libro la cual a su vez lleva por título "La Edad de Oro". A los empresarios en plena expansión, con grandes beneficios, no les importaba pagar salarios altos; los trabajadores tenían beneficios complementarios y "un Estado de Bienestar" generoso en sus coberturas; al Estado esta situación le permitía la estabilidad política; el nivel de vida de los trabajadores era superior al de sus padres, y aún al de ellos en parte de sus vidas. (Ob. cit. Páginas 285 y 309).

(60) "La historia de los veinte años que siguieron a 1973 es la historia de un mundo que perdió su rumbo y se deslizó hacia la inestabilidad y la crisis. Sin embargo hasta la década de los ochenta no se vió con claridad hasta que punto estaban minados los cimientos de la edad de oro". (HOBBSWAM, Ob cit. página 403).

(61) "...es indudable que en los años finales de la década de 1980 y en los primeros de la del '90 terminó una época de la historia del mundo para comenzar otra nueva". (HOBBSWAM, Ob. cit. página 15).

social cayó el olvido, apenas disimulado por algún discurso pre electoral sin mayor propósito de cumplimiento; al intervencionismo administrativo lo siguió la desregulación y la planificación, el mercado.

Ni que hablar de una tercera etapa de evolución del Estado democrático fundada en una economía socialista (DIAZ).

Y en fin, que al cambio en el Hemisferio Norte, lo acompañaron las estrecheces de las sociedades sub desarrolladas (ARAN-GUREN) (eufemísticamente ahora denominadas “de economía emergente”).

Si las exigencias sociales constituían un elemento fundamental, esencial del Estado social de Derecho, en el Estado neoliberal de Derecho, no suprimidas constituyen elementos parciales como “políticas sociales” dirigidas a procurar paliar las consecuencias mas irritantes de la aplicación del mercado, pero no como con carácter integral del régimen ordenador.

Todo lo cual, evolución histórica y régimen vigente, describe nuestro acontecer, con las lógicas adaptaciones a nuestra condición de sociedad estatal del Hemisferio Sur (62).

A lo cual hay que agregar, todavía, la nueva crisis del neoliberalismo capitalista, 2008.

17.- En CONCLUSIÓN.

El sometimiento o sujeción del Estado al Derecho, constituye la esencia del Estado de Derecho y significa su definición; representa históricamente la reacción frente al absolutismo (“El Estado soy yo”,

(62) Nuestra evolución desde una modalidad de la forma del Estado de Derecho Liberal hacia una nueva modalidad de Estado de Derecho Social puede situarse incipientemente ya en el progreso legislativo y su aplicación a la realidad a comienzos del siglo XX. La Constitución de 1934, nacida de una contradicción política con la de 1918, sin embargo, continúa las grandes líneas del movimiento de ideas y realizaciones anterior. Quizá la década de los años 40 y buena parte de la del 50 marcan lo mas consolidado de nuestro

Estado Social de Derecho. Hacia fines de los años 50, la firma de la primera Carta de Intención con el Fondo Monetario Internacional es de 1959, se producen las manifestaciones de los primeros síntomas de nuestra crisis; nuestros años “turbulentos” pueden situarse en la década de los años 60; la siguiente será la de los años “traumáticos” para decirlo con las expresiones del gran historiador británico en sus referencias al mundo capitalista.

frase atribuida al Rey Sol) desde que somete a los gobernantes también al Derecho (63) (64).

Ya en la Carta de 1830 recogiendo la fórmula de la Constitución de Cádiz de 1812 a su vez inspirada en las ideas de la Revolución Francesa, al radicar la Soberanía en toda su plenitud en la Nación, limitaba o sujetaba el establecimiento del Derecho al "modo" expresado en la propia Constitución, artículo 4º.

A esta disposición, a partir de 1934, se agrega la del actual artículo 82: Los Poderes representativos que ejercen el gobierno directamente y el Cuerpo Electoral Nacional, órgano de expresión de la voluntad de la Nación, que lo ejerce directamente, mediante los institutos expresamente atribuidos, ejercerán el gobierno "todo conforme a las reglas expresadas en la Constitución".

El elemento teleológico (65) constituido por la realización de los dos principios fundamentales, el de igualdad, artículo 8º y el de libertad, artículo 10, que resumen los derechos de las personas, desarrollados sin taxatividad, artículo 72,—en la Sección II, Capítulo I—, correspondiendo a los individuales o civiles, y en el Capítulo II de la misma, concernientes a los derechos económicos, sociales, culturales, educativos, colectivos y en la Sección III en relación a los políticos.

Sólo que, y la cuestión es todo menos baladí, los derechos sociales, *lato sensu*, en su efectividad, como se viene de ver, plantean un primer menor escollo con relación al que sigue, como es desentrañar lo preceptivo de lo programático en la declaración de esos derechos, y

(63) "Par Etat de Droit il faut entendre un État qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie del leur statut individuel, se somet lui même a un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaine son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront éter employés en vue de réaliser les buts étatiques: deux sortes de règles qui ont pour effet común de limiter la puissance de l'Etat, en la subordonnant a l'ordre juridique qu'elles consacrent". (R. CARRE DE MALBERG, Contribution a la Theorie General de L'Etat, par. 164, de páginas 488, 489, del Tome I, Recueil Sirey, 1920).

(64) Sometimiento de gobernantes y gobernados al Derecho del Estado; Derecho de creación democrática, es decir, consentido por los sujetos a él. Es el punto de encuentro esencial entre Democracia y Estado de Derecho, o de otra manera expresado, el Estado de Derecho es un Estado democrático. Principio de legalidad encarnado en el principio de legitimidad. Me remito a ELIAS DIAZ, vid., la nota 33 y los apartados 11 y 12 de este trabajo, supra.

(65) "L'Etat de droit est établi simplement et uniquement dans l'interet et par la sauvegarde des citoyens: il ne tend qu'assurer la protection de leur droit ou de leur statut individuel". (R. CARRE DE MALBERG, ob cit. Par. 164, página 490).

segundo y mayor, la incidencia del sistema económico mundial en el cumplimiento de ellos.

El *elemento organizativo* se instrumenta a través de la separación y división de poderes —orgánica y funcionalmente— dirigida al equilibrio en el ejercicio del Poder del Estado, que en la Constitución uruguaya está consagrada —sin la expresa denominación— en los artículos 83, 149 y 233 para los tres Poderes del Gobierno; estando el principio o teoría enriquecido mediante los tres sistemas orgánicos autónomos, dirigidos al control de la actividad gubernamental: respecto a la legalidad financiera, Tribunal de Cuentas, artículo 208; la legalidad de la actividad de la Administración, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, artículo 307, y la legalidad de los actos electorales y el respeto de garantías del sufragio, Corte Electoral, artículos 322 y artículo 77 numeral 4 respectivamente.

El *elemento jurídico formal* consagra un orden jurídico estructurado en pirámide de manera tal que las normas superiores deben primar sobre las inferiores derivando la legitimidad de éstas, de aquellas, (66) el principio de jerarquía normativa, si bien no está expresado así en la Constitución está establecido en los artículos 256 (67), superioridad de la Constitución sobre la ley y 309, superioridad de la Constitución y de la Ley sobre el Reglamento y el acto administrativo.

En fin, el *elemento complementario del Poder* y de su ejercicio, es el control que en nuestra Constitución se encuentra en múltiples disposiciones: del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, y de éste sobre aquél (el llamado veto de los proyectos de leyes y la iniciativa privativa de

(66) "Le système de hiérarchie des fonctions consacré par l'article 3 est special aux democraties . Il se rattaché a l'idée que le Corps Legislatif, en tant que formé des élus du pays, est l'autorité superieur qui possède seule au pouvoir de volonté et de decisión iniciales ..." (R. CARRE DE MALBERG, Ob cit, par. 164 página 491). El artículo 3º es el de la "loi constitutionnelle du 25 février 1875" según queda previamente en página 490. Si la Soberanía la ejerce el Cuerpo Electoral en representación de la Nación según nuestro régimen constitucional (no del Cuerpo Legislativo como fue en la III República Francesa 1875 - 1940), es claro que queda consagrada la jerarquía normativa.

(67) Comparto plenamente las varias críticas brillantemente fundadas que realizó la Prof. CLAUDIA ARRIAGA VILLAMIL en su Ponencia para las II Jornadas Uruguayo Santafecinas de Derecho, cuando se planteó la duda: "¿Satisface nuestro sistema la protección de igualdad de todos ante la ley?" (Revista de Derecho Público Año 2003, Número 24, página 147). Hechos recientes han puesto el tema ante al opinión pública, lamentablemente sin claridad y ecuanimidad necesarias, para proponer, más allá de noticias de efímera duración, la necesidad de un debate serio, que, eventualmente, pudiera concluir en una reforma del sistema.

leyes en ciertas materias); por los dos institutos de los artículos 256 y 309; el control financiero, etc.

Y la consecuencia, la responsabilidad de la actividad del Estado: artículos 24 y 312.

Por todo lo cual la forma de un Estado de Derecho está claramente perfilada en el deber ser de la Constitución Uruguaya. Si el deber ser priva sobre el ser (o se realiza en éste) es una cuestión histórica.