

ESTADO Y CONSTITUCIÓN

Germán J. BIDART CAMPOS

Que todo Estado tiene Constitución porque está constituido de una manera determinada, es una afirmación habitual y corriente en el derecho constitucional.

La afirmación reviste diversos alcances: *a)* que todo Estado, en cuanto unidad política, es singular o individual y, por ende, distinto a los demás Estados; *b)* que su Constitución es la “suya” propia, de él, y por tanto tan singular e individual como él; *c)* que su Constitución expresa el modo como está organizado y estructurado; *d)* que la noción reenvía al concepto aristotélico de *politeia*; *e)* que la Constitución —a la que personalmente equiparamos al régimen político— es dinámica, es un “estar siendo”, que le imprime al Estado existencia también dinámica, en curso o devenir.

Por supuesto que cuando así aludimos a la Constitución no estamos enfocando la Constitución escrita o codificada que puede estar ausente en un Estado, y que de hecho lo está —aunque en muy pocos de los Estados contemporáneos—. Nos estamos refiriendo a la Constitución material o real, que es lo mismo que derecho constitucional material.

A esta Constitución que da forma y modo de compostura a cada Estado la vemos como un fenómeno social que es a la vez político y jurídico. Ello significa, en una postura de realismo jurídico, que la Constitución no es solamente un conjunto normativo, sino un conjunto de comportamientos o conductas al que, latamente, como realidad sociopolítica y jurídica, podemos apodar mundo jurídico o vida jurídica en el orbe constitucional.

Las normas son entes lógicos, pero la Constitución, con tener expresión normativa, es una realidad viviente, un quehacer, un dato empírico de la convivencia política y jurídicamente organizada.

Esta visión ayuda a la que nos hacía contemplar a la Constitución, a cada una, como signada por la singularidad peculiar del Es-

tado al cual organiza. Diríamos que lo identifica como el que es, y lo diferencia de los otros.

Por esa individualidad propia y única, agregamos que aunque acaso dos o más Estados pudieran tener la misma Constitución escrita, la Constitución material de cada uno de ellos no sería la misma, ni sería igual a la de los otros con los que compartiera idéntica codificación escrita. Ello es así por la sencilla razón de que, sin que necesariamente pensemos en violación, extravío o apartamiento de la Constitución escrita en el fenómeno de su aplicación, el modo de interpretar, de aplicar y de vivir dos o más Estados una misma Constitución formal da resultados disímiles. Ello equivale a decir que la Constitución material es distinta en cada uno, con lo que retrocedemos a la noción de que es propia y singular de cada Estado.

No vamos a extendernos en las razones explicativas de la afirmación precedente, porque lo que primordialmente nos interesa destacar es que cada Estado tiene "su" Constitución, y que ésta es de él, y de nadie más.

Pero volvamos a recordar que es común que hoy los Estados cuenten con una Constitución escrita, codificada o formal. La versión funcional, empírica, sociológica que esa Constitución escrita adquiere en la Constitución material siempre arrojará el resultado de que, aun en el caso de cumplimiento fiel y exacto de la Constitución escrita, la material la excede o supera, aunque más no sea porque fuentes jurídicas distintas (leyes, tratados, derecho no escrito, derecho judicial) ingresan a la Constitución material nuevos contenidos.

Dejemos de lado el fenómeno de una Constitución escrita que en forma total, o cuantitativamente predominante, queda sin vigencia sociológica o la pierde. Tal fenómeno, al que llamamos desconstitucionalización, cuenta con un claro ejemplo en la Constitución alemana de Weimar durante el régimen nacionalsocialista. Allí habrá —como lo hubo en el ejemplo— una Constitución material surgida de otras fuentes, diferente —u opuesta— a la escrita.

Dediquemos a continuación de estas consideraciones introductorias, otras a la Constitución codificada. Los Estados que cuentan con ella vuelcan a su complejo normativo muchas cosas: formulan principios, valores, ideas, fines, objetivos, etcétera; delinean un plan o programa organizativo de la convivencia; consignan un organigrama de poder; declaran derechos y garantías. Esto es un bosquejo sumario. ¿Puede faltar, o falta algo o mucho de esto en algunas constituciones escritas? Puede faltar, y de hecho falta en algunas, bien

que actualmente exista tendencia marcada a las constituciones formales extensas, detallistas, minuciosas, hasta ampulosas y declamatorias. No tenemos afición a esa práctica, pero la comprobamos. Las constituciones de hoy no suelen ser parcas, breves, ceñidas a normas que, sin perder precisión, tengan apertura y flexibilidad genéricas.

De todas maneras, por más mimetismos e imitaciones que una Constitución pueda acusar respecto de otras en el contexto comparado, la unidad normativa de esa Constitución expresa y traduce —aun en el caso de parquedad— una toma de posición singular del Estado de que se trata.

Se nos dirá cómo es eso, si antes hemos atendido al fenómeno posible de que dos o más Estados acaso puedan adoptar cada uno una misma codificación constitucional. De darse tal supuesto, la decisión respectiva pensamos que no es la misma ni igual en un Estado y en otro, sino propia de cada uno, aparte de que luego la Constitución material de cada cual también tendrá su peculiaridad específica en torno y respecto de la misma Constitución escrita.

Tal vez pudiéramos decir que siempre la Constitución formal que se establece en cada Estado responde a una última decisión motivadora, siempre individualizada en el mismo Estado: programar la convivencia, dar base a lo que Carlos Cossío denominó el entendimiento societario. Es el cómo quiere vivir esa sociedad. A lo mejor —o más bien a lo peor— esa decisión le es impuesta a la sociedad por un sector, por un grupo, por un hombre, por un solo partido, sin participación del resto. Con estar eso muy mal, y con ser funesto tanto desde un ángulo valorativo cuanto de otro puramente sociológico (en cuanto a la posible eficacia de esa Constitución) lo cierto es que la decisión anida una opción —que no es neutra al valor, aunque acaso sea disvaliosa—, implica una propuesta, asume un modelo político, tiene un trasfondo de ideas, creencias y representaciones. Quizá nada de esto sea siempre lealmente traducido a las normas, pero siempre está allí dando el porqué se implantan las que se implantan. Se trataría solamente de investigar en esos por qué, por detrás del texto normativo, para descubrir lo mejor posible su telón de fondo.

Aquí también vamos a hallar un por qué individual y propio de cada Estado. Si se reproduce la Constitución de otro Estado, el por qué se da tal calco también es propio del Estado reproductor de un texto ajeno. Aunque más no sea porque se quiere compartir un mis-

mo modelo político, ese querer compartir con otro Estado un modelo común es oriundo y propio del Estado que decide tal cosa.

Quedemos, entonces, con la idea de que si por hipótesis pensamos una Constitución formal que no propugna expresamente ciertos valores y fines, que omite declarar derechos, y que sólo diagrama la organización del poder, la inspiración de ese texto así reducido proviene de una decisión o toma de posición valorativa, con lo que eso que aparenta quedar fuera del complejo normativo se hunde en un sustrato que, sin duda, pese a estar más allá de la letra del texto, entraña una filosofía política. No vacilamos en usar otra palabra que, para el caso, nos es personalmente equivalente: una ideología político-jurídica como conjunto de ideas y creencias. Ahí está la raíz última del plan ordenador de esa Constitución, lo diga o lo calle en su escritura normativa.

Pues bien, hemos de encarar de aquí en más una cuestión ardua.

¿Cómo nos parece que debe ser ese plan o esa programación, propios de cada Estado y de su Constitución?

Simplificando al máximo las tipologías, cabe proponer como mínimo dos. Una sería ésta: la Constitución organiza la estructura de poder, y reconoce un plexo de derechos civiles y políticos. Su modelo es mínimo: una división de poderes y un área de libertad a disponibilidad de los hombres y de la sociedad, lo más amplia posible.

Esta tipología fue la originaria del constitucionalismo moderno, cuando superado al absolutismo se quiso retraeer al Estado en una abstención frente a las personas y a la sociedad, de modo dejarles a unas y a otra un dilatado espacio sin interferencia del Estado. A su tiempo, este modelo rindió su resultado, y cumplió su objetivo. Como síntesis, diríamos que su filosofía política fue la del liberalismo individualista, cuyo lema —no sólo en lo económico— rezaba: *Laissez faire, laissez passer*.

Otra tipología sería la siguiente: la Constitución organiza la estructura de poder, y reconoce un plexo de derechos civiles, políticos y socioeconómicos y culturales, a los que no solamente tutela sino también promueve. Su modelo tiende a lo que, con diversidad de nombres, podemos apodar la procura existencial, o el bienestar, o el Estado social y democrático de derecho, o la democracia social. Ya no es mínimo, pero que no sea mínimo no significa que abandone la división de poderes, ni que cercene el área de libertad a disponibilidad de los hombres y de la sociedad; significa que en torno de

esos dos ejes, induce y orienta un proceso político a través del cual las personas —especialmente las menos favorecidas y más necesitadas— estén en condiciones suficientes de desarrollo personal, para lo cual concilia la libertad con la igualdad a tenor de una fórmula que admite sintetizarse como distribución razonablemente igualitaria de la libertad. En este modelo encuentran inserción políticas de bienestar en los campos de la educación, la cultura, el empleo, la vivienda, la alimentación, la salud, la seguridad social, la economía, etcétera.

Esta tipología pertenece a la segunda etapa del constitucionalismo moderno, que es la del constitucionalismo social, diseñado en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, y en la alemana de Weimar de 1919. No retrocede en las conquistas del primer constitucionalismo, por lo que no deja de ser liberal, pero le añade los derechos sociales, económicos y culturales, y pasa del Estado abstencionista al Estado promotor, con protagonismos activos para remover y erradicar los obstáculos que provocan marginalidad social y que frustran para muchos el acceso efectivo al goce y disfrute de su libertad y de sus derechos por ausencia de igualdad de oportunidades. Como síntesis, podríamos afirmar que acentúa los valores de solidaridad, de participación, de cooperación, y que se inspira en un liberalismo solidarista.

En réplica a esta última tipología hemos recogido impresiones adversas por parte de algunos sectores apagados a la tipología antinómica del liberalismo individualista. Sus objeciones consisten, fundamentalmente, en rechazar que la Constitución de un Estado pueda imponer a la sociedad un modelo con contenidos tan amplios como los que hemos recolectado. A la sociedad —alegan— se le ha de dejar expedita la elección de su propio modelo, porque la Constitución sólo debe incluir en el suyo el eje mínimo de la organización del poder y el reconocimiento de los derechos civiles y políticos. Más allá de la igualdad formal, y de la libertad exenta de tramas o impedimentos, todo lo demás debe ser opción de la propia sociedad. Si en ella algunos o muchos no alcanzan por sí mismos y por sí solos a acceder realmente al goce de sus derechos, el Estado abstencionista ha de dejar que la libre competencia proporcione las soluciones. Y si acaso éstas no se logran, no importa. El reino de la libertad impide que el Estado acuda a promoverlas y alcanzarlas.

Personalmente, este discurso argumental nos parece egoísta e insolidario, a más de perteneciente a una etapa histórica del constitu-

cionalismo que ha sido superada, lo que lo convierte en retrógrado y desactualizado.

Damos por cierto, a nuestro favor, que si el Estado y la Constitución tienen que proporcionar a los hombres una convivencia en bienestar, con libertad y con justicia, es imposible que ese Estado y esa Constitución se desentiendan de las situaciones de carencia, hiposuficiencia, marginalidad y estrangulamiento de la libertad y de los derechos de quienes, por déficit no imputables a ellos ni remediables por ellos, necesitan acceder efectivamente a la participación en el bienestar general o bien común público.

¿Es paternalista, dirigista, o perfeccionista una Constitución que en el modelo de convivencia organizada que destina a la sociedad, incorpora los derechos socioeconómicos y culturales, la igualdad de oportunidades, la distribución razonablemente igualitaria de la libertad, el deber estatal de remover los óbices que impiden a muchos aquella misma participación efectiva en el bienestar general, la circulación holgada de la libertad en todos los sectores sociales, la limitación razonable de los derechos de algunos para mejorar en otros la real disponibilidad de acceso y ejercicio para los suyos, el sesgo social de la economía, la planeación indicativa, y tantas cosas más?

Tenemos arraigada convicción en que insertar tal modelo en la Constitución no sólo está muy lejos de toda visión paternalista, dirigista, o estatista, sino que es expresión de la tendencia contemporánea a promover la democracia social, única democracia que, por la adjetivación que convencionalmente la califica, da satisfacción a la libertad y a los derechos humanos.

De todos modos, queda pendiente un interrogante muy serio. Aceptada la viabilidad y hasta la necesidad de este modelo, se precipitan dos dudas, que de alguna manera convergen a una sola: ¿es una imposición coactiva la que una Constitución del tipo descripto hace recaer en la sociedad?

Decimos que las dudas son dos, convergentes a una sola. En verdad, la primera duda se pregunta a través de qué mecanismo se adopta el modelo social de esta tipología para darle enclave en la organización política y constitucional de un Estado. La segunda duda, después que la primera llegue a disiparse, se dirige a averiguar si tal modelo constitucional, por supuesto exigible porque exigible es el cumplimiento de la Constitución, constriñe y vulnera la libertad de las personas y de la sociedad.

Vayamos a la duda primera. Toda Constitución, en cuanto acuerdo mínimo o fundamental de base para tramar la convivencia societaria y el entendimiento societario, debe ser resultado de un suficiente consenso social en torno de ese mismo acuerdo. ¿Sería algo semejante a un contrato social? Decimos que sí. Se le parece. En consecuencia, queda excluida, por disvaliosidad, y por incapacidad de eficacia futura, toda Constitución que sea producto de la imposición unilateral de un sector de la sociedad sobre el resto. Esto, y afirmar que el acuerdo de base plasmado en una Constitución necesita emerger de una amplia participación social, es una misma cosa. Parece, pues, que la primera duda queda resuelta favorablemente.

El tránsito a la segunda viene propuesto así: cuando inicialmente el modelo constitucional ha contado a su favor con consenso predominante porque ha habido participación en la opción hecha por él, la aplicación, el funcionamiento y la exigibilidad del mismo modelo no invade ni cohíbe el plan o proyecto personal de vida que, con carácter autorreferente, pueda escoger cada ser humano. No se suprime el disenso, no se enarbolan posturas autoritarias, no se cae en políticas holísticas, ni nada equivalente. Se parte de la base elemental y cierta de que la libertad y los derechos personales no son absolutos y, por no serlo, admiten encuadre limitativo razonable para ordenar la convivencia en torno de un bienestar compartido por todos los hombres y grupos. En suma, no estamos frente a la imposición inesquivable de un proyecto individual de vida autorreferente para cada uno, sino ante un proyecto de convivencia social en la interrelación o interferencia de conductas de unos con otros, es decir, ante un modelo para la vida compartida. Y la vida compartida, por ser convivencia, justifica la presencia del Estado en todo lo que atañe a su articulación u ordenación.

Nos hemos desplazado a las dos dudas que, al fin de cuentas, desembocan en una sola. Creemos haber dado respuesta satisfactoria. La Constitución no tiene por qué dejar la sociedad a la deriva, abdicando de la mostración y la inducción de un modelo densamente tejido con contenidos de democracia social. Los procesos de orientación y conducción políticas bien pueden tener inicio en la decisión constitucional que adhiere al modelo que nos ocupa. Lo importante es que en la adopción inicial de esa decisión proyectiva, y en el itinerario de su ejecución, confluyan la participación y el consenso sociales.

Todo esto sea dicho exclusivamente ceñidos al ámbito de la legitimidad sociológica y de la aptitud de eficacia y durabilidad que la participación y el consenso societarios aportan a una Constitución. Porque si nos adentramos en el terreno de la legitimidad en ultimidad filosófica y hacemos valoración, reforzamos en mucho nuestra postura.

En efecto, ¿puede un Estado despreocuparse de la injusticia que significa omitir políticas sociales que promuevan el abastecimiento de las necesidades fundamentales de los hombres menos favorecidos?; ¿puede sosegarse el ímpetu de justicia dejando inermes a quienes padecen déficits que no pueden superar por sí mismos? Lo que Werner Goldschmidt llamaba el sentimiento racional de justicia parece conducirnos a afirmar que la gestoría del Estado es imprescindible, y que recluirlo en retaguardia equivale a soslayar la razón de su existencia en su causa de origen y en su causa final: si el Estado existe a causa de la sociabilidad y politicidad constitutivas del ser del hombre para satisfacer sus necesidades, el bienestar general le demanda hoy enrolarse en la democracia social.

Al cumplirse los 75 años de la Constitución mexicana de Querétaro nos importa transmitir estas reflexiones reivindicatorias del constitucionalismo social, que México inyectó en el constitucionalismo latinoamericano.

Como epílogo de nuestros comentarios se hace menester una aclaratoria. La demanda otra duda: ¿cómo es posible conciliar la enfática afirmación de que toda Constitución es propia y singular del Estado al que organiza, con la firme sugerencia de que el constitucionalismo finisecular —prolongando una línea que bien podemos hacer arrancar de la Constitución mexicana de 1917— debe enrolarse en la ya descrita tipología del constitucionalismo social?

Una idea y otra no parecen ser compatibles, porque una tipología universalizada dejaría la impresión de que su imitación por una pluralidad de Estados pugaría con la individualidad irrepetible de cada Constitución.

Esa primera impresión es, a más de superficial, falsa, y a superarla le dedicamos estos párrafos finales.

Acoger una tipología general no conduce a identificar todas las posibles realizaciones constitucionales que se plieguen a ella. En efecto, si de nuevo volvemos a recordar las grandes columnas troncales de esa tipología, acogida y propugnada personalmente por nosotros, nos damos cuenta en seguida que los derechos sociales

—al igual que los civiles y políticos—, las plúrimas políticas de bienestar en múltiples áreas, la conciliación entre la libertad y la igualdad, la igualdad de oportunidades, los valores propios de la democracia social, la procura existencial, etcétera, adquieren y tienen en cada sociedad y en cada Estado —y por consiguiente, en cada Constitución— su perfil singular, su plasmación concreta y particularizada, su modo de realización individualizado en un tiempo y en un lugar históricos.

¿Qué nos está diciendo todo esto? Que todos esos contenidos que ejemplificativamente hemos incluido en la tipología del constitucionalismo social están signados por la variabilidad histórica, por la historicidad, por la plasticidad, por la adecuación temporal a las necesidades de los hombres y de su convivencia, por el fenómeno bien empírico que los articula con las transformaciones de la realidad social y con las demandas sociales. Todo está situado en función —entre otras cosas— de posibilidades e imposibilidades, de valoraciones y de opciones. Y todo ello no sólo es propio de cada sociedad y de cada Estado, y diferente en otras y otros, sino que dentro de cada Estado está asimismo sujeto a cambios y contingencias sucesivos, porque todo es dinámico, y lo que es dinámico transcurre por el cauce movedizo y rítmico del quehacer político, del régimen político, del mundo jurídico.

No hay más que pensar en la fluidez de los condicionamientos, de los marcos, de los presupuestos, de los factores de toda índole que inciden en todo régimen político y en cualquiera, para comprender que la funcionalidad o la disfuncionalidad con que operan sobre él es un fenómeno y un problema peculiar de cada Estado, y hasta casi diríamos, de cada día y de todos los días.

La forma, entonces, como cada Estado puede y debe realizar en su derecho constitucional el modelo que es propio de la tipología con que caracterizamos al constitucionalismo social, será siempre suya, privativa, intransferible, singular, como un traje a medida de su infraestructura y de su estructura sociopolítica y jurídica.

¿Qué nos queda, pues, como saldo en torno de la Constitución escrita y de la Constitución material?

Una Constitución escrita en afinidad con el constitucionalismo social traduce sus pautas vertebrales a sus propios valores, a sus propios principios, a sus propias normas. A lo mejor, algo o mucho de ese contenido rereproduce —hasta con identidad— lo que dice un texto constitucional ajeno. Pero la decisión de hacerlo así surge y se plas-

ma en la singularidad del Estado y de la Constitución que la adopta del modo como antes lo hemos referido.

Afincada la normatividad constitucional en la individualidad de cada Estado, lo que más importa es que la letra de esa normatividad no se atrofie, se castre o se bloquee en la “hoja de papel”, sino que cobre encarnadura real y efectiva en la dimensión sociológica, que es como decir en la Constitución material, a través del funcionamiento y la aplicación eficaces y fieles de la codificación constitucional, más todos los contenidos susceptibles de ser volcados a la última a través de otras fuentes (tratados, leyes, derecho no escrito, derecho judicial).

Acabamos de colacionar a los tratados internacionales. Pues bien, el constitucionalismo social recibe un acompañamiento simétrico y un reforzamiento importante a través del derecho internacional de los derechos humanos, en el que la tendencia a la maximización y optimización de los derechos personales —dentro de los que hay un plexo de derechos sociales— debe ser hecha efectiva por cada Estado que se hace parte en aquellos tratados, dentro de su jurisdicción. Así lo impone la obligación y la responsabilidad internacionales que asume cada Estado cuando, mediante ratificación, incorpora a su derecho interno uno o más tratados internacionales de derechos humanos.