

LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS
DERECHOS PUBLICOS SUBJETIVOS:
UNA PANORAMICA

JULIO BREA FRANCO

Pretender presentar una visión completa y rigurosa de una problemática tan poliédrica como la de los Derechos Públicos Subjetivos, y del proceso de su comparecencia en los documentos constitucionales, resulta un esfuerzo ambicioso que cae totalmente fuera de las que son nuestras aspiraciones e intenciones. Trabajar con tal objetivo requiere de mucho y de muy denso pensamiento, además de presuponer una pródiga capacidad de síntesis y disponibilidad de información.

Acerca de los Derechos Fundamentales, individuales y sociales, es, to es, de las posibilidades de pretender y exigir "algo" de "alguien" -principalmente del Estado- es mucho lo que se ha escrito. Con facilidad se puede uno tropezar con material que recoge lúcidas y sistemáticas reflexiones de conspicuos pensadores -filósofos, juristas, científicos sociales- que han contribuido a la configuración ideológica de los modelos de normación y racionalización de la vida política que, como opciones alternativas, se presentan en el mundo actual.

Unión de Universidades de América Latina (UDUAL). IX Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho de América Latina. 21 - 26 de octubre de 1984. Monterrey, N. L. México.

Pero si abundante y rica puede resultar la literatura y los textos en que han encontrado formal concreción jurídico-positiva las variadas propuestas, también las perspectivas de análisis han proliferado. No sólo por la variedad de los literales ideológicos existentes en el que pudieren asentarse, sino también por el tipo de enfoque, preguntas e intereses que se plantean y persiguen en el estudio del objeto. Los Derechos o Libertades Públicas no constituyen un patrimonio exclusivo de los jus-publicistas; también las Ciencias Sociales, con su particular metódica, se han interesado y aportado al tema.

Las dificultades pueden aumentar si se piensa que esta temática de las libertades públicas no es una cuestión meramente intelectual o técnica a ser ventilada en escenarios académicos. La libertad, en todas sus vertientes, es un producto aún no terminado, siempre forjado a sangre y fuego por los pueblos. Es una historia cuyas páginas aún se escriben y que registra batallas que se libran por doquier. El amor por la libertad ha resultado ser universal. En consecuencia, de lo que hemos de ocuparnos es material caliente, apasionado y apasionante. Dada su carga emotiva requiere prudencia, serenidad y apertura en el análisis.

Pero aun si por las aludidas y ponderadas razones no fuera la nuestra una visión completa y acabada teóricamente, sí pretende brindar una rápida panorámica de aquellos aspectos generales que desde una personal apreciación, son tópicos que deberían despertar el interés en cualquier intento serio de intelección de la constitucionalización de los derechos públicos subjetivos.

Deseamos reiterarlo: el énfasis será general, no específico. No vamos a analizar, a la luz del constitucionalismo latinoamericano y equipados con el arsenal metodológico del derecho constitucional comparado o de la política comparada, las características de los sistemas de garantías de las libertades públicas vigentes en nuestro continente.

Esta decisión, tomada conscientemente, y que en cierto modo podría violentar el deslinde temático de una conferencia orientada a observar bajo la lupa la relación del Estado y el Derecho en América Latina, responde a dos motivos. El primero, instrumental: las "ponencias oficiales" deben ser concebidas -en nuestra libre interpretación- como "alimento para la discusión" Han de ser, entonces, amplias y comprensivas.

La otra explicación, quizás de mayor fondo: la América Latina es al mismo tiempo una y muchas. Es un puñado de países que no obstante las pruebas de solidaridad que han sabido dar, han vivido y viven en

una especie de feudalismo: se ha demostrado poca inclinación a compartir las propias experiencias. Se vive encasillado, con los puentes alzados. La "penuria de la información" de la que habla Blondel se nos presenta con toda su dramaticidad, y ello puede resultar peligroso; puede invitarnos a caer en la trampa de las generalizaciones superficiales. Es lamentable tener que afirmarlo pero resulta más fácil estudiar América Latina desde fuera que desde dentro. Se podrá argüir que el panorama se nos revela así por nuestra proveniencia caribeña e insular que puede condenarnos a cierto aislamiento.

Como introito basta. Aclarado nos luce el objeto y el alcance. Sólo resta anunciar ahora el contenido y poner manos a la obra. Se partirá de una somera reflexión en torno al concepto de la libertad social, luego se intentará un esbozo de clasificación y categorización de las libertades públicas para, a partir de ahí, investigar su origen y seguir su genealogía. El señalamiento de algunos núcleos problemáticos precederá a una reflexión final sobre las garantías constitucionales. Este es el elenco temático.

REFLEXIONES EN TORNO A UN CONCEPTO

Para entender el sentido y significado de cualquier libertad específica como la de asociación de trabajo, de creencia religiosa, y otras más, es requisito necesario la comprensión del concepto general de libertad. Si bien el interés se orienta en esa dirección, desde ya se advierte que la intención no pretende el análisis filosófico del concepto. Se desea tan sólo bosquejar una noción general que permita aprehender el sentido que jurídica y constitucionalmente se le confiere.

Un buen punto de partida para el razonamiento podría ser la siguiente premisa: todo individuo tiene una teleología, es decir, persigue fines, que de manera general y despojados de todo prejuicio ideológico, puede postularse que tienden a su felicidad o bienestar. Esta teleología del individuo, inherente a su propio ser, se traduce en una serie de fines objetivos que según su criterio, le plantean necesariamente un problema de medios. Esto es, toda meta, el aspirar a realizarla, implica una selección de los medios más idóneos para alcanzarla.

Tanto en los fines como en los medios el individuo decide por sí mismo. Puede decirse, entonces, que la libertad se manifiesta en la elección de los fines vitales así como en la de los medios para su realización. Por consiguiente, la libertad vendría a ser la potestad que tiene el individuo para concebir fines y escoger medios, los fines y medios que más se le acomoden para el logro de su felicidad particular.

La libertad así concebida presenta dos aspectos fundamentales de acuerdo al ámbito en que se despliega. En efecto, la elección de los fines y de los medios puede verificarse inmanentemente, es decir, sólo en el intelecto de la persona sin que ellos trasciendan objetivamente fuera de él. En este caso la facultad de elegir conduce a una libertad más bien psicológica que no tiene relevancia para el Derecho.

El individuo no se conforma únicamente con concebir los fines y los medios para lograr su bienestar. Tiende, trata, procura materializarlos. Precisamente tratando de lograrlo es cuando comparece la otra faceta de la libertad: el aspecto social. La libertad social es la potestad que tiene el individuo de poner en práctica los fines y medios que ha escogido. Como tal ésta es una libertad que trasciende de la realidad, no queda confinada al intelecto del sujeto.

La libertad social sería, por ende, una potestad genérica de actuar que implica la consecución objetiva de los fines vitales del individuo y de los medios para alcanzarlos. Como facultad genérica se manifiesta concretamente de diferentes maneras según el ámbito en que el individuo despliega su actividad existencial. Cuando esta libertad social genérica se ejerce en una determinada esfera de la actividad individual, estamos en presencia de una libertad específica.

En consecuencia, las libertades específicas que consagran los textos constitucionales no son más que expresiones de la libertad social genérica. La seguridad jurídica, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de correspondencia, de reunión, de educación, para mencionar algunas, son todas libertades específicas, aspectos de la libertad social. El análisis de las libertades en plural debe siempre fundamentarse en esta concepción de la libertad en singular.

La libertad social genérica del individuo conlleva la posibilidad de exigir, de pretender que ésta le sea respetada o facilitada. Esta facultad de actuar, de la que es titular el sujeto, existe en relación a un ente o a un grupo determinado. Es por lo tanto un Derecho Subjetivo que tiene una naturaleza pública cuando es oponible al Estado o al Poder Público, esto es, a un ente colocado en una posición de supremacía sobre los individuos o grupos privados. Esos Derechos Públicos Subjetivos deben ser garantizados, respetados. Cuando ello no suceda así se debe disponer de instituciones y procedimientos capaces de restablecer lo violado.

LA REGLAMENTACION DE LA LIBERTAD

La libertad social no es ni puede ser absoluta. En consecuencia,

las libertades específicas aparecen por lo regular reglamentadas, enmarcadas. La Constitución y las Leyes Adjetivas trazan los límites. La libertad es, por tanto, limitada. Esta limitación tiene su justificación aunque en muchas ocasiones da lugar a forzaduras injustificadas que pervierten el sentido y el significado de las libertades.

La justificación de la limitación, la conveniente, no la perversa ni degenerada, puede hacerse brotar con relativa simplicidad. Si todo hombre -componente social elemental- actuara únicamente en procura de sus propios y singulares intereses resultaría imposible una existencia socialmente organizada. Fue únicamente a nivel de suposiciones e hipótesis como algunos pensadores de la Ilustración, andando en pos de argumentaciones para legitimar el poder de los gobernantes, concibieron con notas distintivas un "estado de naturaleza" anterior a la construcción de la Sociedad en el que el hombre no se encontraba sometido a ningún tipo de poder social. Pero si bien esta reflexión cuenta con una ilustre tradición no es necesario apelar a su densidad para explicarnos la razón de ser de la limitación. Nos vamos por la avenida de la sencillez.

Para que pueda existir una agrupación social cualquiera, se requiere la coagulación de varias condiciones: obviamente la existencia de una pluralidad de individuos, una red de interrelaciones, propósito o fin común, conciencia de pertenencia y, lo que nos interesa destacar y trabajar, organización.

Organización es un vocablo que encierra la idea de orden. Un orden que se planifica y ejecuta de acuerdo a criterios determinados. La aplicación de un criterio para ordenar, para organizar requiere de normas, esto es, de reglas, de pautas de comportamiento. Un grupo de individuos que decide formar una asociación está decidiendo contemporáneamente la limitación de la libertad de todos y cada uno de los componentes en aras de alcanzar el propósito que la justifica. La asociación debe entonces estar regida por reglas de comportamiento que definen los distintos roles.

Lo mismo sucede, con mayor amplitud y complejidad, en la Sociedad, el Sistema Social Total o Abarcador. El hombre nace en ella, no fuera de ella. No hay posibilidad de escoger. Es, en el decir aristotélico, un *zoon politikon*, un animal social. La comunidad en la que nace está regida por normas, normas que son sociales porque su objeto y valoración se refieren al comportamiento del individuo en el conglomerado.

Las normas sociales, de variado origen y contenido, configuran un orden social, una organización. Dentro de este tejido normativo

encontramos las normas de derecho o jurídicas, caracterizadas por su valor práctico: están garantizadas, son coactivamente exigibles. Su eventual violación conlleva la probabilidad de que se produzcan determinadas consecuencias a ser ejecutadas por el Poder del Estado. La probabilidad de que esto se verifique será alta o baja dependiendo del grado de eficacia del ordenamiento jurídico al que la norma pertenece y del que deriva su juridicidad.

Este orden social, configurado, conformado jurídicamente, espeja los intereses de la clase dominante. La Sociedad no es bloque monolítico, es pirámide compuesta, analíticamente seccionable.

El orden creado por el Derecho fija, enmarca las limitaciones a la libertad social del hombre. Pero el Derecho es super-estructura y la historia es un proceso dinámico en el que las fuerzas detentadoras del poder cambian. En consecuencia, el proceso de limitación de la libertad social del individuo reflejará esta dinámica. La libertad se irá relativizando. Los derechos públicos subjetivos registrarán transformaciones. Se apreciará cómo la libertad ha sido fruto de un proceso de conquista. Pero antes de examinarlo, conveniente es elaborar una tipología que contribuya a hacernos entender el "modelo clásico" del desarrollo de los derechos humanos.

LAS VARIEDADES DE LA LIBERTAD

Hemos dejado establecido cómo las libertades específicas son manifestaciones de la libertad social genérica. Esta pluralidad crea problemas de definición y clasificación. Un esfuerzo tendente a desgajar las principales categorías de libertades luce necesario y rentable.

De entrada debiera convenirse que los Derechos individuales pueden ser interpretados tanto negativa como positivamente. Cuando el individuo avanza una pretensión fuerte al Estado para que éste le respete una esfera de libertad o acción propia, estamos en presencia de un derecho negativo. Vale decir, un derecho del individuo a que el Estado le deje hacer. En este caso el Estado deja de actuar.

Ahora bien, el individuo puede pretender también del Estado una acción en su favor; a que intervenga en una determinada área de actividad para satisfacer necesidades propias. Cuando lo que pretende del Estado es un hacer, estamos de frente a un derecho positivo. Esta faceta de la libertad constitucional tiende a ser opacada por los derechos negativos. Y sin embargo, ¿de qué sirve ser alfabetizado o saber leer si no se dispone de qué leer? ¿Qué importancia asume la libertad de educación si no se disponen de escuelas y maestros de quienes

recíbilas? Los derechos positivos son los que sustantivan la libertad negativa, que de lo contrario quedaría relegada a un ámbito meramente formal. Ahora bien, la proliferación de los derechos positivos o sociales en los catálogos de las libertades constitucionales no conlleva automáticamente la generación y consecución de estas condiciones.

Retornemos a los derechos negativos. Las libertades negativas se suelen subdividir en pretensiones contra la intervención del Estado y derechos frente a la intervención de particulares o de grupos de terminados. La primera categoría es la más tradicional pero la segunda merece atención particular. Un orador en una concentración pública no sólo tiene el derecho a que la policía no intervenga para impedirle hablar: ¿no tiene acaso el derecho a que también se le protéja de cualquier agresión proveniente del auditorio?

Por otra parte, los derechos frente al Estado pueden dividirse en tres clases, de acuerdo al contenido sustantivo de la pretensión. En efecto, se habla de Derechos Políticos: aquellos relacionados con el proceso político (capacidad electoral activa y pasiva, asociación y reunión, organización de partidos, etc.); Derechos económicos: los relacionados con la producción y distribución de bienes (libertad de empresa, trabajo, comercio, propiedad privada, etc.); y Derechos Privados: categoría comprensiva de todos los demás derechos o libertades no catalogables como políticas ni económicas (seguridad jurídica, creencias religiosas, libertad de enseñanza, etc.). Claro está, las categorías ni son perfectas ni rígidas. ¿La expresión artística es un derecho privado o está íntimamente relacionada con la política de acuerdo a una concepción comprometida del arte?

Cada una de estas tres clases de derechos frente al Estado puede incluir, a su vez, dos tipos distintos de pretensiones: sustantivas como las ya consideradas, fines en sí mismas, y procesales: lo que se exige es que se cumpla el procedimiento establecido (traducción a la acción de la justicia dentro de un plazo no superior a las 48 horas, derecho a un juicio imparcial, etc.).

El esquema clasificatorio apenas delineado permite ahora escurrirse con comodidad el origen del concepto moderno de las libertades constitucionales y explorar su genealogía.

ORIGEN Y GENEALOGIA: EL MODELO CLASICO

Hablar del origen intelectual y de la posterior evolución en la concepción de los Derechos Fundamentales, sobre todo a partir de su

casamiento con el constitucionalismo, puede brindar la impresión de que el desarrollo de los Derechos Públicos ha sido y es unilineal; que las etapas de la evolución se han verificado en idéntica manera y en todas las latitudes.

Si bien desde la óptica de la historia de las ideas políticas, o estudiando el camino andado por las hoy democracias liberales post-industriales, puede apreciarse cierta coherencia entre los hechos y las ideas, no debemos dejarnos seducir por un etnocentrismo simplista. El desarrollo de las libertades públicas, visto empíricamente y en clave comparada, puede inducirnos a la conclusión de que el modelo, susceptible de ser denominado "clásico", ha sido válido históricamente en un grupo de países que han recorrido procesos económicos, sociales y políticos bastante similares.

No obstante esta apreciación, este modelo de desarrollo de las libertades públicas será utilizado por su gran calidad descriptiva. En efecto, refleja bastante fielmente la comparecencia e incorporación de las distintas categorías de libertades en los documentos constitucionales modernos y contemporáneos.

La advertencia debe ser tenida muy presente sobre todo en el caso de los países en vías de desarrollo o del Tercer Mundo, muchos de los cuales se presentan con un ropaje constitucional, a la última moda, que incluye catálogos de derechos muy completos. Observando sus realidades políticas surgen serias dudas acerca del grado de vigencia y eficacia del sistema de garantías constitucionales y legales que son en definitiva las que confieren sentido a las libertades, y más aún si se piensa en la "desvalorización" de la Constitución a la que agudamente aludió Loewenstein. Las han llegado a convertir en meras cartas de presentación de estatalidad para viabilizar el ingreso a organizaciones internacionales con vocación universal.

De todas maneras el esfuerzo que sigue puede resultar cómodo para ulteriores y terminales reflexiones.

¿Dónde encontrar las primeras huellas del concepto de libertad individual? ¿En la Atenas de Pericles donde no era cuestión que concernía al individuo sino al interés de la comunidad? ¿En la concepción medioeval, según la cual los hombres poseían derechos en razón de su estatus y no por su naturaleza humana?

Reconocer la libertad como un bien en sí mismo de la persona, con independencia del bienestar de la comunidad o del estatus actual o futuro del individuo es lo que peculiariza la idea moderna de las concepciones antiguas. Esta idea arranca de la filosofía helénica de los

estoicos: la ley natural, la razón, la igualdad y la dignidad del hombre están por encima del Estado y fuera de su alcance. La creencia recibiría un nuevo e irresistible empujón con la Reforma, que fomentó la fe en el individualismo y el apoyo indispensable de la naciente burguesía, que aportó el capitalismo.

Pero lo importante será la conjunción entre esta concepción de libertad, oponible al poder, y el afán de limitarlo que expresa el constitucionalismo. Las libertades públicas, negativas y positivas son el resultado de una serie de conquistas. De ahí que el modelo al que se aludía se configure estructurado en tres etapas: la conquista de la libertad del Estado; de la libertad en el Estado y de la libertad mediante el Estado.

Las libertades públicas, las consagradas en los textos constitucionales -ya se consignó- no son ni pueden ser libertades absolutas. Están enmarcadas, reglamentadas, idealmente limitadas ante la necesidad de mantener una existencia socialmente organizada. Pero si bien podría ser ésta una justificación de muy buena fe y hasta neutra ideológicamente, los criterios que han ido primando históricamente no han sido siempre los mismos. No han podido ser los mismos porque el Estado Democrático ha registrado un proceso de transformación ideológica que se va plasmando históricamente en los diferentes documentos constitucionales que pueden considerarse característicos de sus variadas etapas.

El Estado emergido a consecuencia de la Revolución Norteamericana y Francesa que se difunde y consolida a partir de 1830, transpiraba el liberalismo más rancio y ortodoxo. El individualismo constituía la piedra angular de todo el edificio estatal. Se había pulverizado el absolutismo monárquico, expresión del predominio de la aristocracia. Ahora se imponía la aplastante presencia de la burguesía, que crecía económicamente, se había lanzado con éxito a la conquista del poder político.

El producto de esta conmoción política fue un Estado Paralítico, limitado en su acción, respetuoso exagerado de la libertad individual. Un Estado concretado únicamente a la persecución de una parte de sus fines esenciales y que, como tal, desplegaba una actividad meramente jurídica: el mantenimiento del orden público interno y la defensa de la soberanía en lo externo. La vida económica, fundamentada en la propiedad privada, debía y era regida por las leyes invisibles de la oferta y la demanda.

De estos movimientos revolucionarios surge, por tanto, el individuo titular de una serie de derechos. Pero la libertad conquistada

es una libertad *del* Estado. Esto es, una pretensión del individuo a que el Estado no intervenga en una esfera de acción claramente definida y únicamente delimitada por el interés particular. Comparecen así los derechos negativos.

Ahora bien, estos derechos individuales no aseguraban una amplia participación de los ciudadanos en la vida política del Estado. Impe-raba el sufragio restringido o censitario que restringía la partici-pación a aquellos que disponían de un determinado nivel de instruc-ción o de una renta mínima, y ello bajo justificaciones muy varia-das. ¿Qué interés podían tener en la vida pública los desprovistos de bienes económicos? ¿Qué criterio pueden tener los iletrados y anal-fabetos? Pero, además, la mujer no tenía capacidad civil, no podía ser titular de los derechos políticos.

Esta concepción se materializó en la adopción de formas de vo-tos que conferían un peso superior al de algunos electores, tales como el voto plural y el voto familiar. La burguesía reinaba indiscu-tida. Desalojada del poder la aristocracia, había ahora que levantar diques contentivos para detener las pretensiones desbordadas de las ma-sas populares. Sólo así se podía gobernar a su antojo y en su propio beneficio.

Las manifestaciones constitucionales de esta "ocupación" solita-ria del poder político podemos encontrarlas en todas las constitucio-nes decimonónicas, incluyendo las latinoamericanas, que incluían en su equipaje distintas formas y maneras de restringir los electores.

Pero esta democracia política que peculiarizó al Estado Demo-li-beral sería objeto de una nueva batalla: la conquista de la libertad *en el* Estado, el derecho de participar amplia y activamente en la vi-da política. Se amplían los derechos políticos, los derechos electo-rales activos y pasivos hasta que logra imponerse el sufragio univer-sal. Comparecen los partidos de masas, se transforma el ambiente po-lítico, surge la política moderna.

Pero los derechos políticos son también derechos negativos. Li-bertades que en situación de polarización y concentración de riqueza en un predominante sector social quedan relegadas a un ámbito meramen-te formal. Entonces se dirá que son libertades hipotéticas y supues-tas porque no están fundamentadas sobre una base de igualdad econó-mica y social. Así las considera la crítica marxista. Lo que existió hasta la "Gran Guerra" no fue más que esto: un Estado Democrático, cu-yas masas, sometidas económicamente, no se contentaban con la teórica libertad e igualdad que ofrecían las constituciones liberales.

Hechos sobresalientes acaecerían en las primeras décadas del

presente siglo. Las ideas socialistas habían dejado de ser una mera doctrina revolucionaria. El talento político egregio de Lenin había timoneado un proceso revolucionario en un inmenso país inadecuadamente desarrollado, y preparado, que iba a servir de escenario para la concreción de un régimen político novedoso y distinto, expresión de nuevos intereses sociales y económicos.

El triunfo y la consolidación de la revolución rusa nutriría mayores esperanzas de una rápida y máxima redención del proletariado explotado en un sistema capitalista deshumanizado cuya agonía y muerte se esperaba que fuera inminente. Las masas comenzaban a exigir que las fórmulas vacías de libertad e igualdad tenían que ser rellenas con el contenido material de unos servicios públicos que le garantizaran un mínimo de seguridad económica y de justicia social. Los actores de la nueva batalla son ahora los sindicatos y las asociaciones profesionales decididos a convertirse en socios del proceso económico.

Las presiones sociales y la grave crisis que sacuden medularmente el capitalismo en 1929, reorientan la política económica y para evitar una violenta explosión lo inducen a acceder paulatinamente en favor de los reclamos de las masas. La teoría económica expuesta por el economista inglés John Maynard Keynes vislumbra el sendero para superar la crisis: la solución está en el pasar de una política económica sectorial a una política económica sistemática. De una economía del *laissez faire*, el Estado empieza a asumir un papel intervencionista y regulador.

De esta manera se va configurando el Estado Demo-Social del presente. Ya no satisfacen los derechos individuales y negativos. Se ha luchado y se continúa luchando por los derechos positivos, por la libertad mediante el Estado. Comparecen en las constituciones los derechos socioeconómicos que a partir del segundo post-guerra se convierten en el equipaje estándar del constitucionalismo. El primer texto que los recoge es la Constitución Mexicana de 1917: todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado mexicano asumió completamente, por lo menos en el papel, la responsabilidad social para garantizar una digna existencia a cada uno de sus ciudadanos. También la Constitución de Weimar de 1919 contribuyó a popularizarlos: su declaración de derechos presenta una combinación de colectivismo moderno con elementos de liberalismo clásico.

El Estado Paralítico, Policía, Gendarme *prima facie* se va transformando en un Estado Asistencial, Benefactor, Providencial comprometido en la promoción del bienestar social y económico. Como consecuencia, la intervención estatal irrumpe en todos los ámbitos. Se inicia un proceso de dilatación del Derecho Público. Es en este contexto en el que las libertades individuales empiezan a supeditarse no ya

al interés particular sino teniendo en cuenta también el interés social. He aquí el nuevo criterio limitador.

El Estado Demo-social pretende lograr un compromiso entre dos concepciones extremas: la de una libertad desbordada, fundamentada en el interés privado y la de una libertad desvirtuada, deformada o postergada en aras de la construcción de un paraíso futuro pero que en el entre tiempo nos presenta al ciudadano aplastado por el Estado. Entre el Estado Liberal viejo cuño y el Estado Socialista, por definición totalitario, encontramos al Estado Democrático Social, el cual sin pretender sacrificar la libertad hace esfuerzos por sustantivarla removiendo los obstáculos que le impiden un ejercicio más pleno.

Estas han sido las conquistas de la libertad.

ALGUNOS NUCLEOS PROBLEMATICOS

El esquema de desarrollo de las libertades públicas, apenas delineado, es unilineal y refleja predominantemente la evolución registrada en un grupo de países con determinadas características más o menos homogéneas, pero puede resultar útil. Tiene la ventaja de orientarnos con relación a las variedades de las libertades específicas, negativas y positivas, incluidas en las Declaraciones de Derechos que encontramos en las Constituciones escritas. El modelo, si bien no tiene un carácter general, sí evidencia cómo el desarrollo de los derechos ha resultado acumulativo. ¿Qué Constitución no incluye un catálogo de derechos, ahora más que nunca al lograrse el reconocimiento mundial con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas en 1948?

La gran variedad de libertades específicas y su decantación cada vez más terminada plantea, entre otros, el problema del contenido y alcance deseable que debiera tener una Declaración Constitucional de Derechos. ¿Debieran los derechos negativos ser consagrados mediante enunciados generales o, por el contrario, muy detallados? ¿Se deben incluir todas las libertades negativas "importantes" o sólo aquellas que requieren una formulación explícita? ¿Deben ser constitucionalizados de forma absoluta o en términos relativos haciendo uso de las reservas o reenvíos de ley?

En relación con los derechos positivos surgen también algunos interrogantes: ¿Deben ser consagrados generosamente no obstante su carácter de prescripciones programáticas cuya materialización no es automática o procederse con cautela, ya que al no ser legalmente coactivos pueden contribuir al desprestigio de las constituciones presentándose como "pedazos de papel"?

Hay que tener muy en cuenta por igual los posibles conflictos y contradicciones que puede acarrear un catálogo muy variado y nutrido de libertades públicas. A veces la compaginación de libertades diversas puede resultar jurídicamente dificultosa por no decir políticamente compleja. Todo individuo debe tener derecho a un empleo, pero para ello tiene el Estado que intervenir directamente en el orden económico conllevando necesariamente restricciones en las libertades económicas, sobre todo en países subdesarrollados en los que el Estado debe desempeñar un papel de "hacedor" de desarrollo.

En el ámbito de las libertades individuales propiamente dichas, se generan con frecuencia situaciones delicadas: el derecho a opinar sobre los asuntos públicos puede colidir con el derecho a un reo ser juzgado imparcialmente. La manipulación de la opinión pública puede condicionar a priori la decisión de los jueces. Otro caso: la contradicción del derecho que tiene un individuo a ejercer libremente una profesión y del derecho que tiene la sociedad a ser protegida de un mal o del incompetente uso de esos conocimientos y destrezas.

El Estado puede muy bien resolver la contradicción encomendando su vigilancia a Colegios Profesionales.

La fijación de los límites puede tornarse delicada y discutible. En efecto, entre la posición de los abanderados del absolutismo liberal y la de los que preconizan la primacía de las necesidades comunitarias, podemos encontrar una variedad de criterios y alternativas. La dificultad radica en dónde y cómo fijar la frontera. En Estados Unidos, por ejemplo, el criterio del "peligro cierto y actual" -se puede limitar la libertad de palabra únicamente ante la amenaza de un mal grave e inmediato- expresa uno de esos intentos.

Pero independientemente de la discusión, lo que no puede ni debe cuestionarse es que la decisión en los casos concretos es de competencia de los tribunales; nunca de la autoridad administrativa.

LA VIGENCIA DE LAS GARANTIAS: INTERROGANTES

Tratar el tema de los derechos públicos subjetivos sin incluir en el panorama la cuestión de su garantía, es brindar una visión incompleta. ¿De qué puede servir una Declaración de Derechos brillantemente redactada y concebida si el sistema constitucional no incluye adecuados mecanismos formales que le aseguren respeto?

Toda Constitución estructura un orden político que debe gozar de cierta estabilidad. Para asegurar esta relativa perdurabilidad a las

disposiciones constitucionales y evitar que mayorías política circunstanciales las trastornen a su conveniencia y en detrimento de las minorías, se ha apelado al recurso de rigidizar el texto constitucional. Esto es, tratar de complejizar y dificultar el mecanismo de reforma constitucional.

Ello no resultó ser una panacea. El fenómeno de la "elasticidad constitucional" develaría cómo las "interpretaciones" del legislador, la jurisprudencia, la costumbre pueden cambiar silenciosamente, al margen de ceremonias solemnes, el sentido y el espíritu de las constituciones. Para evitar estas "perversiones" constitucionales se ha ingeniado el control de la constitucionalidad de las leyes y actuaciones de los poderes públicos.

No es ni puede ser objetivo nuestro, analizar, ni siquiera a grandes trazos, los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, sus órganos y procedimientos, que exhiben los edificios constitucionales más singulares y originales observados desde un mirador com-

parado. Si el problema de las garantías ha sido planteado precisamente al final, en el último tramo del presente ensamblaje de ideas, se ha hecho con la clara intención de hacer espacio, aunque breve y apretado a una inquietud que desde el inicio ha estado taladrando para emerger a la superficie.

¿Qué garantiza la vigencia de las garantías constitucionales? ¿Lúcidos textos constitucionales? ¿Inteligentes mecanismos formales de control? ¿Únicamente?

¿A qué vigencia puede hoy aspirar una Constitución? ¿No se ha tornado acaso la Constitución en un instrumento obsoleto de ingeniería política? ¿No es un plano de construcción del poder del Estado al que le faltan las hojas principales? ¿Están todos los actores políticos protagónicos incluidos en el elenco constitucional?

Concluir sin proponer una reflexión en torno a las condiciones que permiten o estimulan la existencia de un ambiente propicio a las libertades públicas, nos causa la sensación de quedarnos demasiado en el papel. No son solamente importantes los derechos individuales y sociales incluidos en la Constitución, como no es una solución mágica ingeniar métodos de control constitucional.

Si no existen condiciones mínimas reales económicas, culturales, políticas, las libertades públicas quedarán como meras aspiraciones, y una discusión como en la que participamos, que reúne de seguro a tantos

enamorados de la libertad, así como a tantos que han sufrido por ella, no debiera concluir sin dilucidar el problema de la real y efectiva vigencia de los derechos públicos subjetivos. Será éste nuestro homenaje, expresado en pensamiento e inteligencia, a todos los que luchan en nuestro continente por un mañana mejor, más libre y digno para el hombre latinoamericano.

BIBLIOGRAFIA

- Barile, Paolo. *Corso di Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam, 1964, pp. 273-311.
- , *Le Libertá nella Costituzione. Lezioni*. Padova: Cedam, 1966.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1965, pp. 665-713.
- Blondel, Jean. *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*. Madrid: Revista de Occidente, 1972.
- Brea Franco, Julio. *El Sistema Constitucional Dominicano*. 2 v. Santo Domingo: Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, 1983, pp. 157-181.
- , "De las Libertades Públicas". *Ultima Hora*, 11 de agosto de 1979.
- , "La Libertad Limitada". *Ultima Hora*, 17 de agosto de 1979.
- , "Las conquistas de la libertad". *Ultima Hora*, 24 de agosto de 1979.
- Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. México: Porrúa, 1973.
- Claude, Richard (Comp.). *Derechos Humanos Comparados*. Montevideo: Ediciones Centenario, 1979.
- De Vergottini, G. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova: Cedam, 1981, pp. 119-138; 154-166; 452-465.
- Duguit, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Beltrán, 1926, pp. 197-304.
- Jaffa, H. "Derechos Naturales". En: *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Aguilar, tomo 3, pp. 602-605.

- Loewenstein, Kar. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, 2da. ed.
- McCloskey, R. "Derecho Constitucional: Libertades Individuales". En: *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Aguilar, Tomo 3, pp. 546-549.
- Mortati, C. *Istituzioni Di Diritto Pubblico*. 6a. ed. Padova: Cedam, 1962, pp. 63-102.
- Perassi, Tomaso. *Introduzione alle Scienze Giuridiche*. Padova: Cedam, 3e., 1977.
- Pergolesi, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam, 15a. ed., 2 v., pp. 304-384.