

IX. UN PUNTO DE VISTA SOBRE LOS REGÍMENES POLÍTICOS*

En una necesaria toma de posición frente a este tema, se adopta el planteamiento propuesto por Bidart Campos quien, al aplicar al derecho constitucional la teoría trialista de Werner Goldschmidt sobre el mundo jurídico, dice:

...la voz “derecho” ha poseído siempre un sentido de valor sublime, por lo que conviene reservarla para significar los criterios de justicia descubiertos en un momento pasado determinado (debiendo advertirse que, entonces, la palabra “derecho” ya no debe utilizarse para señalar los criterios de justicia que nos son contemporáneamente actuales, porque en tal caso los conceptos de derecho y justicia se identifican). Tenemos, de esta manera, que a los regímenes pasados los podemos calificar como regímenes de derecho si realizaron los criterios de justicia que conocían los hombres de su época, aunque no hayan realizado los que conocemos hoy; en tanto, a los regímenes presentes los valoramos con nuestros criterios de justicia actuales, denominándolos regímenes de derecho y justicia (porque ambos conceptos se identifican ahora) si realizan los criterios de justicia que conocemos actualmente.¹

Este punto de vista permite trazar las orientaciones generales de este estudio, al sugerir pautas como éstas:

1. El carácter esencialmente dinámico y fluyente de los regímenes políticos y su consiguiente naturaleza de formas provisio-

* Tomado de *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Temis, 1996.

1 Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 12.

nales, no definitivas ni irreversibles, de organización de la vida civil, lo que nos pone alerta contra el optimismo racionalista, el utopismo, el romanticismo nostálgico, el idealismo carente de bases objetivas y, a la vez, contra el ingenuo positivismo jurídico que atribuye efectos mágicos al derecho.

2. El carácter temporal, precario o histórico de la realidad social y, en ella, de su aspecto político, tachando con una nota de relatividad sus modos de organización y ordenamiento, en cuanto a su validez y eficacia, pues deben ser referidos siempre a una etapa, o más estrictamente, a un momento o situación de esa realidad, en que se supone un cierto equilibrio o coincidencia ideal entre las conductas sociales, las normas que las rigen y los valores que las justifican.

3. La condición dialéctica de los procesos sociales y políticos por la contradicción ineludible entre la idea de justicia ya realizada en un orden de derecho y las nuevas exigencias de equidad, impuestas por el indetenible cambio de la circunstancia sobre la cual y para la cual se adoptó aquel orden pasado, reflejo de la oposición entre el ser, lo que ha sido, o realidad actual, y el deber ser urgido por el presente, entre derecho y justicia, validez y eficacia, formas y contenido, privilegios y marginamiento, opresión alienante y liberación.

4. El rasgo de fragmentaria o inconclusa que tiene toda construcción política institucional por la imposibilidad de verter en ella plenamente los valores que la legitiman y luego de realizarlos a cabalidad, tanto porque no comprenden al todo social como porque no todos sus sectores los aceptan, por lo que son unilaterales y parciales todos los sistemas políticos concretos.

5. De ahí se colige que el Estado de derecho como forma de organización política en que cristalizaron los valores del constitucionalismo liberal de la burguesía debe ser estudiado en su marco histórico, con referencia exclusiva a sus estructuras económicas y sociales, en sus posibilidades circunstanciales, dentro de la propia lógica de su ideología y de los intereses y fuerzas que le han servido de soporte, analizando asimismo las contradicciones im-

plícitas en él, las que ha engendrado, y sus crisis. Pero su valoración, en sentir de Sampay, es que “...la Constitución tiene por finalidad efectuar la justicia, lo que es decir el bienestar del pueblo. La Constitución, pues, debe ser positivamente valorizada según como logra, conforme a las circunstancias históricas, el bien del pueblo”.²

6. Ha de agregarse, pensando con el mismo Bidart Campos,³ que, cuando se califique la validez de un orden jurídico-político, la simple conformidad de los actos con las normas en que se fundan es apenas una presunción de validez que es sólo formal, pues la verdadera únicamente procede de la confrontación directa de la Constitución con el valor “justicia actual” y que de una Constitución “nunca se puede predicar la total falta de validez, porque toda Constitución realiza un mínimo de justicia”,⁴ de modo que nunca es totalmente injusta.

7. Además, debe tenerse presente que la vigencia, esto es, el cumplimiento eficaz de una Constitución condiciona su validez, pero no la origina, según el mismo autor,⁵ y por tanto, con la pérdida total de su vigencia, las normas pierden la validez; adquieren vigencia si son justas, cuando la pierden las injustas, y, aunque adquieran vigencia, no adquieren validez si son injustas.

8. Dentro de la misma dirección filosófica, es preciso reconocer que, si no es derecho positivo actual el que ha perdido vigencia porque ésta, aunque no es la causa de la validez, es *conditio sine qua non* de esa validez, el derecho positivo sólo tiene validez “porque: a) es justo; b) es vigente. Si es injusto, le falla la ‘causa’ de la validez. Si no es vigente, le falla la ‘condición’ de la validez (aunque sea justo)”, en la lúcida conclusión de Bidart.⁶

2 Sampay, Arturo Enrique, *El pueblo y la Constitución*, Buenos Aires, Ediciones Cuenca, 1973, p. 65.

3 Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 1, p. 136.

4 *Ibidem*, p. 132.

5 *Ibidem*, p. 141.

6 *Ibidem*, p. 251.

9. Por tanto, y siendo cierto que todo Estado tiene Constitución, porque no existiría si careciera de una cierta forma de ser, la Constitución real de ese Estado es la que realmente lo ordena y hace existir tal cual es, o sea, la vigente y actual en el orden de la realidad, que puede coincidir o no con la formal, escrita, codificada. Para que coincidan es menester que el ideal de justicia contenido o formulado en ella sea presente y eficaz. De lo contrario, el orden legal tendrá “legalidad”, mas no justicia; será derecho, el derecho, pero no la justicia.

Y no se diga que esta valoración de un régimen no es procedente, porque ella, al contrario, es ineludible.

Porque todo tratamiento en materia constitucional es, de suyo, una cuestión política y, a su vez, lo político, cualquiera y todo enfoque político, lleva implícito, supone, una valoración, un juicio, ya sobre la realidad política misma, actual, pasada o por venir, sea para describirla o para postular otra forma mejor.

Tanto quien hace política, como quien escribe sobre política, valora. Al obrar o al teorizar sobre la realidad política, el actor o el teorizante abstraen o toman de ella lo que les parece esencial. Con ello están haciendo una apreciación subjetiva, una selección más o menos arbitraria, están prejuzgándola.

La pretensión kelseniana de identificar la realidad con un orden jurídico neutral, con un mero sistema normativo indiferente, o cuyo contenido no importa, es formalismo impracticable. Todo orden jurídico envuelve, lleva tácita una ideología, esto es, un criterio de justicia, una valoración y una filosofía. El acto y la norma jurídica son un juicio de valor en sí, y su validez es doble desde el punto de vista de su formulación regular, según las normas que regulan las competencias y los procedimientos de elaboración de la norma, o de la decisión, pero también desde el punto de su contenido de justicia, como reparto de derechos y obligaciones entre los sujetos de la relación que regulan o de la situación que crean.

El constitucionalismo, por eso, no es el orden político y jurídico deducido por la razón con referencia a una sociedad utópica e

intemporal. Es un producto histórico, resultado de una evolución, de un proceso, en un tiempo determinado y una circunstancia espacial concreta. Su justificación, su validez, su eficacia, y por tanto, su permanencia actual, su continuidad, su proyección, han de cuestionarse en el presente.