

Comisión 7:

Título: **Derechos y Estados de derecho.**

Juan Alberto Madile <sup>1</sup>

## **Derechos y Estado de Derecho**

Se quiere haber ver la relación existente entre el ejercicio de los derechos, el Estado de Derecho y la cultura cívica.

Es que asistimos hoy, a un funcionamiento de la estructura jurídico-política, en que los funcionarios públicos se autoadjudican privilegios en tanto que los particulares recurren a vías de hecho o a recursos formalmente legales pero extremos en todo caso, para hacer valer los que llaman sus derechos.

Pero empecemos por algunas distinciones.

Puestas en contacto las reglas del Derecho con las situaciones concretas de la vida, la conducta que enfrenta tales situaciones resulta modalizada por esas reglas.

Refresquemos aquí, algunas clasificaciones teóricas.

Es clásico el estudio de Hohfeld<sup>2</sup> sobre las modalidades normativas, tanto activas como pasivas. Confecciona el autor una tabla, tanto de sus correlativos como de sus opuestos.

Son correlativos: el *derecho* con el *deber*; el *privilegio* con el *no-derecho*; la *potestad* con la *sujeción*; y la *inmunidad* con la *incompetencia*.

Y son opuestos (en cabeza del mismo sujeto): el *derecho* con el *no-derecho*; el *privilegio* con el *deber*; la *potestad* con la *incompetencia*; y la *inmunidad* con la *sujeción*.

Es conveniente reemplacemos por *libertad* (como hace Ross, a quien ya veremos), lo que Hohfeld llama *privilegio* Éste es posible con el ejercicio del poder; la libertad, no necesariamente. Es privilegio la ventaja *para sí*, obtenida *en ejercicio* del poder y *con pretensión* de derecho (subjetivo) adquirido.

---

<sup>1</sup> Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

<sup>2</sup> Hohfeld, W.N.; "Conceptos jurídicos fundamentales"; C.Edit.de Amér.Lat.; Argentina; 1968

Además, el proceso de institucionalización del control social hace lugar, si las vemos por separado, a normas secundarias.

Éstas constituyen, según Hart<sup>3</sup>, el remedio para los defectos que presenta una estructura social simple<sup>4</sup>. Ellas son: *de reconocimiento* (para la falta de certeza), *de cambio* (para el carácter estático de un régimen de reglas sólo primarias) y *de adjudicación* (para la ineficacia que tiene una presión social difusa ejercida para hacer cumplir las reglas).

Por su parte A. Ross<sup>5</sup>, y dentro de las que llama directivas, distingue entre normas *de conducta* y *de competencia*.

Las primeras prescriben una cierta línea de acción. Las segundas crean una competencia (poder, autoridad); son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento, serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es así una norma de conducta indirectamente expresada.

Pero incluye entre las segundas, tanto a la competencia vinculada al poder (político) como a la competencia privada (de celebrar actos jurídicos). Conviene en cambio que las distingamos.

Porque hay diferencias entre la *autonomía privada* y el *poder de una autoridad jurídica*; importantes, porque permiten dar cuenta de la naturaleza del *privilegio*. Que el mismo Ross señala: mientras que la *autonomía privada* es no calificada, autónoma (obliga, en principio, a la misma persona con capacidad), discrecional (ejercida libremente) y transferible, el *poder de una autoridad jurídica* es calificado, heterónomo, *en interés público* (y, cabe que acotemos, *reglado*), no transferible (tampoco sus beneficios).

Es que parecen haber aquí dos criterios clasificatorios implicados, que recomendamos considerar por separado: la vinculación directa o no con el poder político, y el carácter primario o no de la regulación de la conducta. Siendo que esta regulación puede ser mediata (a través de otras normas) pero sin que se trate del ejercicio de la competencia pública. Así ocurre con los *actos jurídicos*, que son comunicaciones que tienen un efecto determinado por el contenido de la misma declaración, lo que en algún sentido significa creación de nuevo Derecho.

---

<sup>3</sup> Hart, H.L.A.; "El Concepto de Derecho"; A.-Perrot; Argentina, 1968

<sup>4</sup> complementándose con las primarias

<sup>5</sup> Ross, A.; "Sobre el Derecho y la Justicia"; EUDEBA; Argentina; 1963

Ambas categorías son igualmente de interés, porque permiten destacar dos importantes desarrollos, cada uno en cada extremo de la sociedad contemporánea: la institucionalización y la individualización. Y para que advirtamos en ambos la ausencia de responsabilidad social que la realidad hoy exhibe: con privilegios, con ineficacia o abuso de los derechos, en el primer párrafo de este escrito advertidos.

Volviendo a las relaciones entre modalidades, y dentro de las normas que Ross llama *de conducta*, la *facultad* (que llamáramos *derecho*) es correlativa al *deber*<sup>6</sup>. Y se opone a la *no-facultad*. Siendo ésta correlativa a la *libertad*, la cual se opone al *deber*.

Y hay, pues, una segunda clase de normas que con Ross hemos llamado *de competencia*, donde la *sujeción* es correlativa a la *competencia* y opuesta a la *inmunidad*; en tanto que ésta es correlativa a la *incompetencia*, la cual se opone a la *competencia*.

*Competencia equivale, por tanto, al ejercicio reglado del poder en interés público, mientras que libre equivale a comportamiento no regulado.*

Dice Ross que puede ser *libre* el comportamiento y el Derecho referir a él: por ser, para alguien, una excepción a un deber (es a lo que llama *privilegio*); o para todos, una excepción a una regla. Ejemplo del primer caso, es el del propietario a pasearse por su propiedad; del segundo, el de todos a pasearse por la ribera del mar en la propiedad de otro (en algunas legislaciones).

No creemos que al primer caso debamos llamar *privilegio*. Es simplemente *el ejercicio de un derecho*. Siendo el segundo *su limitación*, por alguna razón de utilidad pública. Pero sí importa retengamos, el carácter *excepcional* y por tanto no justificado, que tiene un privilegio.

Puede en cambio ser también libre, y el Derecho referirlo, el espacio privado que la Constitución Nacional garantiza. Se trata de ciertas esferas protegidas; especialmente de la legislación y de actos de gobierno. Es a lo que podemos llamar *inmunidades*. Es el reconocimiento de casos de inmunidad específicos, a ciudadanos respecto de la legislatura y del gobierno principalmente, cuando la Constitución limita la competencia de estos últimos, concediendo recursos extraordinarios a aquéllos, frente a actos que vulneran esas esferas, no habiendo otras defensas efectivas para esos casos.

Por tanto, *libertad*, desde el punto de vista de la regulación, es tan sólo que otro no tiene derechos frente al sujeto. Aunque no se descarta la regulación del conflicto, de

---

<sup>6</sup> si bien el correlativo a un deber absoluto (como sería una acusación pública para una pena) no es facultad (siendo que ésta puede ejercerse o no, y se lo hace en interés privado)

producirse, ni la admisión de recursos particularmente enérgicos para ciertos casos.

La *potestad* por su parte, recordemos a Hohfeld, parece ser lo mismo que la *competencia* (al menos, en tanto que su opuesto es la incompetencia). Sin perjuicio que la potestad admita un alcance mayor que competencia. La tiene quien es capaz de causar ciertos efectos jurídicos a otros y que tanto abarcaría entonces a la *competencia* propiamente dicha como a la *potestad privada*, o participación de los sujetos jurídicos en la creación de normas, sea ello en el ámbito de la vida privada (participación en la creación de normas individuales) o de la política (de normas generales). Con la importante diferencia entre la libertad que puede implicar ejercer una potestad privada, y el deber que por el contrario se tiene de ejercer la competencia de cierta forma, cuando de una autoridad pública se trata. Clasificación que nos recuerda a las *competencias pública y privada* de Ross, habida cuenta de la distinción que dejamos advertida entre ellas.

En su sentido restringido pues, *competencia* es una especie de *potestad*: es la potestad de causar efectos jurídicos a otros mediante el ejercicio del poder político, pero ello de un modo regulado a su vez, en cumplimiento de deberes y en interés público.

En particular, Ross se ocupa del *derecho subjetivo*.

Indicando las condiciones de aplicación de este concepto: a) es el aspecto de una situación jurídica *ventajosa* para una persona (situación desde su perspectiva); b) ventaja que debe surgir como consecuencia de una regulación jurídica (y como ésta tiene siempre un efecto restrictivo, el derecho es siempre el *correlativo de un deber*, sea otro obligado a una acción beneficiosa para el titular, es decir, *in personam*, sea que todos menos el titular, deban abstenerse de realizar ciertos actos, es decir, *in rem*); c) que hace que (el titular) tenga la facultad de que la *maquinaria jurídica* se ponga en movimiento según su voluntad; d) que tenga la potestad exclusiva (privada) para *disponer* del derecho (de que, mediante declaraciones, otro le suceda en el mismo).

Pero no cabe aplicar tal concepto, cuando de protección de intereses *sociales* se trata, según el autor. Ni cabe aplicarlo, agreguemos, cuando es este el caso, de modo que haga surgir un correlativo deber de respeto al mismo, por los demás.

Por consiguiente, un esquema básico de las clasificaciones precedentes, sería: el Derecho, o conjunto de modelos abstractos de conducta<sup>7</sup>, que aplicado a la situación

---

<sup>7</sup> el modelo normativo es la conexión general entre una situación típica y una forma de conducta, que es obligatoria o prohibida (“Sociología Jurídica; J. A. Madile; Abeledo-Perrot; Bs. As.). Ross habla de directivas jurídicas (término que no tiene el mismo significado en V. Wrigh, p. ej.) que define como

resulta el deber, que puede ser correlativo a un derecho subjetivo. Hay este último, cuando ese deber beneficia a otro que puede demandar judicialmente su cumplimiento y disponer del mismo.

En definitiva, y más ampliamente: con miras a la sociedad organizada, hay reglas prescriptivas y de competencia.

Las primeras regulan la conducta privada, ordenando o prohibiendo, y fijando así deberes que restringen su libertad. Estas restricciones son correlativas en muchos casos con ventajas para otros, titulares de las facultades correspondientes, quienes tienen la potestad<sup>8</sup> de accionar judicialmente en caso de incumplimiento y de disponer (si es que reúnen tal capacidad) del derecho, celebrando actos jurídicos, por otra parte.

Las segundas permiten la creación de nuevas reglas (o su aplicación), confirmando atribuciones a las autoridades públicas a ese efecto, determinando su competencia y fijando los procedimientos correspondientes.

Y hay también reglas que asignan potestad a los particulares, decimos, para que por su parte, y con la capacidad suficiente, celebren actos jurídicos que rijan ciertas relaciones entre ellos, dentro de las formas establecidas.

Sin olvido de su participación, directa o indirecta, en la creación de las reglas públicas

Podemos denominar como: *competencia pública* y *potestad privada*, a las que estas reglas de competencia respectivamente conceden.

Es claro que las categorías precedentes no son excluyentes ni cerradas<sup>9</sup>. Pero como decimos al anticipar el interés de las categorías en la página 2, su explicitación sirve para aclarar, por una punta, *que el privilegio no es el derecho*. Porque es éste el que merece ser respetado imponiendo una correlativa restricción de la libertad del otro. Pero también hace ver, por el otro lado, que *no todo derecho es una inmunidad* que deba, fuera de circunstancias extremas en que no quepa otra vía, ser defendido con remedios excepcionales. Porque si se admiten éstos para todo caso, las libertades dejan de hacerse posible para todos.

---

las conexiones entre hechos condicionantes y consecuencias condicionadas. Preferimos, con nuestra definición, enfatizar el aspecto de la regulación del comportamiento humano que la conexión tiene.

<sup>8</sup> También podemos entender a la potestad en este sentido, como aspecto del derecho

<sup>9</sup> así, la potestad privada, cuando de actos jurídicos se trata, puede ser vista simplemente como derecho, ... la potestad de demandar, como un aspecto del derecho, ... la inmunidad, como un derecho con especial garantía constitucional, ...

Mientras que hoy - y por falta del necesario complemento de una cultura cívica -, se participa colectivamente de acuerdo a un cálculo egoísta; se ejerce el poder en beneficio propio; y se adoptan por el otro lado medidas de fuerza, o se ejercen remedios constitucionales extremos. Pero se lo hace en toda cuestión y al solo efecto de obtener la fuerza, el 'poder', que permita presionar. O en razón de que parecen los únicos eficaces. Paradójicamente, pierden así su eficacia. Es que, más que hacer valer un derecho, se está procurando aprovechar una ventaja.

La reversión de lo expuesto, tendrá que depender entonces del buen funcionamiento social, en el proceso de capacitación previo, del ejercicio de la potestad de intervenir en la creación de las normas generales. Es preciso, pues, elevar la *calidad de la participación* política de la población para un Estado de Derecho. Y esto lo consigue la *educación*. Es así como la población podrá asumir como propio un deber social, porque el mismo resultará de su libertad responsable, y se eviten las espasmódicas reacciones frente al privilegio que hoy comprobamos.

Enfatizamos por consiguiente la importancia de una educación entendida como variable independiente. Para lo cual no debe ella reducirse a ser un negocio ni quedar sólo al servicio de los negocios.

Reducción que en cambio ocurre cuando el Estado cesa en su función educativa de capacitación para la participación social responsable, y a ese espacio lo ocupan los grupos económicos, que no sólo que inducen a consumir en una sociedad de masas, sino que han pasado a ser los productores mismos de una cultura vacía y carente de valores espirituales. De manera que el triángulo virtuoso propuesto por el enciclopedismo y la ideología liberal modernos, en que una personalidad ilustrada participa en el sistema mejorando sus instituciones, se ha interrumpido y cesado de alimentar.

Si precisamente surge la *escolarización*<sup>10</sup>, por las necesidades generadas con la *industrialización y expansión de las ciudades*.

*Antes*, el oficio se aprendía en el hogar y leer no era necesario en la vida cotidiana; en tanto que la tradición se transmitía oralmente y la educación académica era para unos

---

<sup>10</sup> *vale decir: la instrucción en ambientes educativos especializados*. A. Giddens, "Sociología", Alianza, 2001.

pocos.

*Pero después*, no sólo que el trabajo especializado y fuera del hogar, así como el desarrollo de las comunicaciones, obligan a esta escolarización. También es que debe formarse la conciencia de pertenencia a una sociedad más compleja y a gran escala, y la conciencia de la propia ubicación geográfica e histórica.

Se trata de la alfabetización (por la palabra escrita) en una educación formal, *pero también* de la extensión de tal sistema a toda la población; de la enseñanza de ideas abstractas asimismo; de enseñar cómo aprender nuevos conocimientos sobre todo.

Educación, pues, que es correlativa a las demandas económicas y laborales, pero que es también necesaria para la debida participación política y para el buen funcionamiento jurídico, en una tal sociedad.

Educación al cuidado del Estado entonces.

Es así que teóricos como Ernest Gellner<sup>11</sup> asocian la Revolución Industrial y la sociedad a gran escala que crea, con una economía de rápido desarrollo y una organización estatal que debe hacerse más eficiente, a la necesidad que el individuo en ella tenga de interactuar permanentemente con desconocidos (siendo que la base social ha dejado de ser el pueblo o la ciudad), en una unidad social mucho más grande. Y a que sea una educación para toda la población, con un “idioma oficial”, la que logre mantener entonces esa unidad mayor.

Para lo cual deba inculcarse con ésta, en el mundo contemporáneo que a la sazón nace, y tras la conformación de las naciones modernas, un sentimiento de pertenencia (comunitaria) que ya no tenga forzosamente que coincidir con la *etnia*.

Unidad colectiva que supera e integra agregados que comparten ideas relativas a antepasados comunes, dejando en pie la necesidad que se tiene de una identidad cultural y del vínculo con ciertos valores.

No ya, pues, pertenencia por lazos de parentesco (reales o ficticios), como en sociedades más simples; tampoco por meros rasgos físicos o raciales comunes.

Precisamente la unidad nacional llega a hacerse posible, cuando la unidad colectiva supera diferencias parentales, físicas, raciales y étnicas (lo que algunos países africanos no han alcanzado hasta hoy, por caso) .

Y a esta pertenencia a un agregado mayor, que implique la participación democrática en él, hay que transmitirla por la educación formal y a escala de la sociedad

---

<sup>11</sup> Ib.

global.

Ahora bien: qué ocurre cuando este sistema se privatiza y transforma en un negocio. Lo que podemos apreciar, dramáticamente, en los países de nuestra región, si consideremos las *reformas universitarias* ocurridas en ella<sup>12</sup>.

Una *primera*, en América Latina, la de 1918 de Córdoba, en que ingresan las clases medias a la universidad y se expande así su cobertura; se superan los modelos de élite; se declara la enseñanza pública, laica y gratuita en ella; el cogobierno y el autonomismo.

Una *segunda* reforma, que resulta de la crisis de industrialización sustitutiva y la caída de los precios de los productos primarios, lo que provoca crisis fiscales y de balanza de pagos y la consecuente incapacidad de mantener el financiamiento de la educación superior pública.

Sin embargo, nuevas demandas sociales surgen, que el Estado no parece poder atender.

Y si se quiere cumplir con el aumento, o siquiera se procura mantener la cobertura pública, una caída en los niveles de calidad se hace inevitable.

Por tanto, y desde los '80, se establecen restricciones al ingreso a las universidades públicas y surge una enseñanza privada paralela, que es paga.

Dado todo ello sin mecanismos de control de calidad, en un principio.

Aumento pues de la cobertura, de esta manera, pero también de la desigualdad social. Y creciente consideración de la educación como un negocio; ello a escala internacional.

Es que – y esto puede constituir una *tercera* fase - con nuevas tecnologías la educación deja de ser un servicio presencial y, por tanto, no transable.

Se internacionaliza así la educación superior, se celebran acuerdos entre universidades, se forman consorcios de ellas, hasta se instalan representaciones de educación superior de los países centrales, directamente o por compra, en países de la región, como ocurre en Chile, en Ecuador, en Panamá, en Costa Rica, en México. Hecho esto posible tras la remoción de regulaciones, lo que ha permitido el ingreso de empresas transnacionales de educación superior en los mismos.

A tal punto que, con la globalización, la OMC llega a calificar los títulos

---

<sup>12</sup> Según las señala C. Rama, reciente ex director de la UNESCO para América Latina y el Caribe.



universitarios como mercancías. Si bien últimamente ello es morigerado en el documento del G8 del 16/07/06 en Moscú, en que se asume el compromiso con la llamada Educación para Todos, meta de la UNESCO, y se exhorta a la inversión en el ‘Triángulo del Conocimiento’ (educación, incluyendo formación continua – investigación – innovación). Y si bien viene surgiendo en esta última organización, una tendencia de ‘mundialización’<sup>13</sup>, que se contrapone a la globalización (y su implícita mercantilización) y quiere proteger la diversidad cultural, en línea con el convenio de la UNESCO.

De manera que la *globalización*, la *tecnología de las comunicaciones* y la *mercantilización*, hacen lugar a un mercado global de la educación superior. Y surge una tendencia que quiere poner a salvo la diversidad y asegurar que la educación llegue a todos

Y no es que se oponga a la introducción de nuevas tecnologías en la enseñanza.

En ésta, es verdad que la actividad universitaria, que era una combinación de interacciones cara a cara, trabajo en común y estudios por cuenta propia<sup>14</sup>, ha venido variando: ya *desde antes* existieron cursos por correspondencia, si bien escasamente interactivos; por TV (como la Open University, británica); sólo que *hoy*, utilizando nuevas tecnologías de las telecomunicaciones (Internet), se llega a prácticas como las de Phoenix, norteamericana, propiedad de una empresa de comunicaciones, que mediante Internet vuelve a distancia (si bien más interactivo, ahora) a todo el proceso de enseñanza.

Cabe por tanto plantearse, como se lo viene haciendo<sup>15</sup>, si es que esto se generaliza y llega a eliminar la actividad universitaria tradicional en lugar de complementarla: ¿redes de estudiantes anónimos, que se conocen sólo por sus nombres electrónicos? ¿pérdida de importancia del pensamiento abstracto y del gusto por aprender? ¿sólo estudios prácticos, para obtener calificaciones? ¿y la formación para una participación comunitaria, entonces?

Preguntarse si con la utilización de esas tecnologías en la enseñanza y sin otras reformas sociales, no se está sobre todo reforzando las desigualdades educativas (y de oportunidades).

¿Puede considerarse fracaso de la educación pública, por lo demás, por un mero

---

<sup>13</sup> Que expone R. Lanz en un documento registrado en la UNESCO para A. Latina y el Caribe.

<sup>14</sup> A. Giddens, op. cit.

<sup>15</sup> Ib.

problema de costos en una enseñanza masiva? ¿Es la alternativa, acaso, una educación en manos de empresarios del entretenimiento, que a lo sumo pueden cumplir con una difusión cultural? ¿no agrava esto los problemas sociales? ¿no urge en cambio atenderlos, en lugar de buscar nuevos mercados?

Operacionalizando los conceptos anteriores, es comprobable el bajo nivel cultural general de la población, que no alcanza ni a un alfabetismo funcional siquiera, constatado aún en los países con una supuesta economía del conocimiento.

Investigación que hemos intentado en un trabajo de otro tiempo<sup>16</sup> y que urge acometer hoy, mediante técnicas precisas de medición, la utilización de indicadores que sean unívocos y de índices, la obtención de muestras suficientemente representativas, la observación directa de ser posible (y la comprensión de sentido que el comportamiento observado tenga), la comparación de paneles en períodos determinados, análisis de contenido de todo ipo de expresiones, ...

Comprobación hecha, ello debe ser revertido, insistimos, con una educación como política de Estado que sea independiente del ánimo de lucro pero que tampoco quede al servicio de alguna ideología.

Sólo así el proceso social, tanto en la interacción como en la formación de las decisiones políticas, dejará de quedar a merced del juego del poder y de los intereses materiales, que la correcta creación y aplicación del Derecho debería en cambio regir.

---

<sup>16</sup> “Investigación sobre la Juventud”, Univ. Nac. De Rosario.