

## ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN O PUBLIFICACIÓN?

Por Alberto B. Bianchi

Se habla intensamente en estos tiempos de la constitucionalización del Derecho privado y no es para menos, pues el Código Civil y Comercial, puesto en vigencia hace poco más de un mes, lo ha convertido en uno de sus leitmotifs. Juan Corvalán se ha ocupado con provecho de la cuestión en este mismo espacio en sus Columnas de los días 3 y 10 de agosto y, por mi parte, he trado de sumar un grano de arena en la Columna del 17 de agosto, dedicada en particular a la responsabilidad del Estado.

No puedo ocultar que el tema me preocupa, pues advierto un cierto peligro en que la constitucionalización se convierta en el medio para lograr la amplificación de las prerrogativas de poder público al hilo del siguiente razonamiento: (1) dado que hay un cierto número –cada vez más creciente- de cuestiones en el Derecho privado que son de gran importancia social, las mismas deben ser constitucionalizadas; (2) la constitucionalización de tales cuestiones exige, además, que las mismas sean reguladas y controladas por el Estado con sus prerrogativas de poder público.

Aún siendo válidos los dos pasos de este razonamiento, no debemos olvidar que el fundamento esencial de la Constitución no es favorecer ni ampliar la prerrogativas del poder público sino, por el contrario, ponerles límites como medio de preservar los derechos individuales.

Para que no perdamos la brújula de la historia, tal vez sea oportuno recordar que las prerrogativas del poder estatal siempre han existido y que cronológicamente son anteriores a la Constitución misma, pues son inherentes a la función estatal. Frente a ellas, más especialmente frente a los abusos en los que se incurrió con ocasión de su ejercicio, nació el constitucionalismo cuyo fin esencial ha sido -y sigue siendo- levantar un valladar entre las prerrogativas del poder estatal y los derechos individuales.

Recuerdo que hace un tiempo un periodista entrevistó a Laurence H. Tribe, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Harvard, de cuya filiación ultraliberal (en el sentido norteamericano de la palabra) nadie puede dudar. Al preguntarle el periodista para que sirve la Constitución, Tribe le respondió: “para mantener al Estado fuera de nuestros dormitorios”.

Si bien no coincido con las ideas políticas de Tribe, no puedo negar que su respuesta me gusta, en la medida en que sigue poniendo a la Constitución por encima de las prerrogativas estatales.

Esta supremacía puede hacerse borrosa, sin embargo, si identificamos la constitucionalización con la regulación de una cuestión por el derecho público por medio de la prerrogativa de poder estatal.

Todos sabemos que, en un esquema político ideal, el Derecho público es el ordenamiento que regula la tensión secular entre autoridad y libertad. Pero ese ideal en la Argentina se ha visto quebrado por numerosos factores que han convertido al Derecho público en un instrumento más asociado a la prerrogativa estatal, que a los derechos individuales.

Sería ajeno a esta Columna enumerar tales factores con precisión, pero basta recordar que la doctrina de la emergencia, que en definitiva es la justificación jurídica de las prerrogativas y restricciones estatales más intensas, está en el corazón de nuestro Derecho público y lo alimenta constantemente. Todo ello indica que cuando en la Argentina apelamos al Derecho público, no estamos refugiándonos, precisamene, en el arca sagrada de nuestras libertades, sino más bien en un sistema que se ha encargado de proteger a las prerrogativas del Estado en aras del siempre vago y difuso interés público.

Por ello debemos ser conscientes de que:

1. la constitucionalización no es un fin en sí misma, sino tan sólo un medio para ampliar los derechos que la Constitución reconoce. Dentro de esos medios puede valerse de las prerogativas estatales, pero tan solo en la medida en que se ordenen a ese fin. A modo de ejemplo, si bien se puede expropiar, sólo puede hacerse en pos de un fin de utilidad pública.

2. El Derecho público, que es el sistema jurídico cuyos principios gobiernan la legislación regulatoria de la constitucionalización, tiende a favorecer la prerrogativa estatal

Si no tenemos en claro estas dos cuestiones elementales, la constitucionalización sólo servirá para que sigamos contribuyendo al crecimiento de los poderes del Estado, sin que éste se equilibre con un crecimiento paralelo de los derechos individuales.