

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CÓRDOBA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRACIÓN
CARRERA DE DOBLE TITULACIÓN

D E R E C H O P Ú B L I C O

UNIDAD II

I N T R O D U C C I Ó N A L D E R E C H O P Ú B L I C O

Profesor Titular: PROF. MGR. JOSE M^a PEREZ CORTI
Profesor Adjunto: PROF. AB. JAVIER FAZIO

**CARRERA DE DOBLE TITULACIÓN
DERECHO PÚBLICO**

UNIDAD II

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PÚBLICO

SUMARIO

Persona, Sociedad y Estado. El Hombre: Concepto. Dignidad de la persona humana. Naturaleza social del hombre. **Las Organizaciones Políticas:** La Polis griega (S. X al IV a.C.). Roma: De la *Civitas* romana al *Imperium* (S. VII a.C. al V d.C.). La organización medieval: Poliarquía o atomización del poder (S. V al XV). El Estado Moderno (A partir del S. XVI). **El Estado:** ¿Qué es el Estado? ¿Cuáles son los supuestos del Estado? Evolución del concepto de soberanía en la historia. **Formas de Estado y de Gobierno:** Las formas de Estado. Las formas de Gobierno. **División y equilibrio de poderes. Constitución y Constitucionalismo.**

Derecho Público: Introducción. Clasificación. Concepto. Caracteres. Ramas del Derecho Público: Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Administrativo, Derecho Financiero y Tributario, Derecho Procesal, Derecho Laboral.

PERSONA, SOCIEDAD Y ESTADO

– Por GUILLERMO E. BARRERA BUTELER – MAGDALENA ÁLVAREZ¹ –

El Hombre

Concepto²

No podemos introducirnos en el tema de las organizaciones políticas sin previamente procurar esbozar un concepto de hombre, ya que éste es en definitiva el sujeto por el cual y para el cual aquellas existen: *la persona humana es el origen y el fin de la sociedad y del estado*. Resulta necesario entonces identificar qué es lo que caracteriza al hombre como tal, diferenciándolo esencialmente de los demás seres animados o inanimados o, en otras palabras, la naturaleza humana.

A fin de aproximarnos a dicho concepto y sin pretender agotar en estos párrafos un tema de tanta trascendencia y que ha preocupado desde antiguo a la humanidad, podemos señalar las siguientes características:

- El hombre posee razón y voluntad libre: A diferencia de otros seres (animales, vegetales o seres inanimados) cuyo comportamiento está predeterminado de manera necesaria por su naturaleza, de manera tal que resultan obligados funcionalmente a actuar de una manera y no de otra, la naturaleza del hombre lo coloca en la necesidad de autodeterminarse, es decir, de escoger en cada caso y en cada momento la conducta que habrá de seguir. Mediante la razón comprende la realidad y conoce cuáles son las posibles conductas que puede seguir en una determinada situación; mediante su voluntad libre escoge una de ellas y actúa en consecuencia.
- El hombre tiene capacidad de superarse y perfeccionarse: La razón y la voluntad libre del hombre le permiten construir, reformar o destruir su propio mundo y ello hace que el hombre, a diferencia de otros seres, al poder autodeterminarse, pueda perfeccionarse a sí mismo y superarse.

¹ Guillermo E. BARRERA BUTELER y Magdalena I. ALVAREZ, *Derecho Constitucional – Cuadernos de Estudio*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004.

² En este punto se sigue a Fernando Martínez Paz, en el Capítulo “De la naturaleza ético social del hombre a la naturaleza ético social del Derecho”, Capítulo 1º de la Tercera Parte de su “Introducción al Derecho”, Editorial Abaco, 1994, págs. 299 y sgtes.

- El obrar del hombre es necesariamente ético: Si a cada paso y en cada momento de su vida, el hombre elige de entre diversas alternativas de obrar, esa elección supone una preferencia que reclama una justificación (ejemplo: ¿Por qué decido usar en mi exclusivo provecho algo que tengo o compartirlo con otro? ¿Por qué decido quedarme una noche estudiando o salir a bailar?). La justificación de una conducta supone dar sentido y valor a la preferencia que implica. Todo acto del hombre, para ser plenamente humano, debe tener una justificación ética.

-El hombre tiende a lograr determinados fines existenciales: Si bien el hombre no se encuentra determinado en su conducta por instintos, como los animales, sí tiene en su naturaleza tendencias que lo inclinan al cumplimiento de determinados *finés existenciales*, que pueden resumirse en los siguientes:

- Conservación y generación de la vida.
- Perfeccionamiento físico y espiritual.
- Participación en el bien común general.

- El hombre necesita de la sociedad para ser plenamente hombre: Tan pronto comenzamos a reflexionar sobre los fines existenciales del hombre, advertimos que éste no puede alcanzarlos plenamente por sí solo, sino que necesita de los demás para ello. El hombre es insuficiente por sí mismo para cumplir sus propios fines y por esa razón no puede ser plenamente humano sino viviendo en sociedad, es decir, “conviviendo”³:

Dignidad de la persona humana

Las características que hemos señalado como distintivas del hombre hacen que éste no pueda ser considerado como *algo*, sino como *alguien*, es decir que todo hombre es *persona* y, en consecuencia, *es un fin en sí mismo* y no un simple medio utilizable para el logro de otros fines.

Esta condición especial del hombre ha hecho que desde antiguo se le adjudique como cualidad el ser titular de una dignidad especial. El concepto de dignidad de la persona humana aparece durante la Edad Media, como aporte del cristianismo, con fundamento en que si todo hombre es imagen y semejanza de Dios, es hijo de Dios y amado por Dios, todo hombre posee por esa razón una particular dignidad que lo diferencia del resto de los seres de la creación. De este principio van a derivar el de unidad de todo el género humano, el de igualdad de todos los hombres y la convicción sobre la existencia de un conjunto de derechos fundamentales que derivan de esa condición natural y por tanto, son anteriores a cualquier ley positiva.

Con el proceso de secularización de la cultura que se inicia a partir del comienzo de la Edad Moderna (siglo XVI) el concepto comenzará a despojarse de su dimensión trascendente, pero mantendrá una fuerte presencia como fundamento de los derechos esenciales del hombre.

Actualmente las constituciones de muchos países invocan expresamente la dignidad de la persona como “fundamento del orden político y la paz social” (Constitución Española, art. 10), como “base de la República” (Constitución Portuguesa, art. 1), o la declaran inviolable (Constitución Alemana, art. 1). La Constitución de

la Provincia de Córdoba también la menciona expresamente y la declara inviolable (art. 4). También hacen expresa referencia a la dignidad de la persona humana muchos tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (O.N.U., 1966) dicen que “estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”.

Ahora bien: ¿Qué significa dignidad de la persona humana?.

La palabra *dignidad* significa una cualidad que tiene alguien, que lo hace merecedor de algo. Así por ejemplo, cuando un alumno estudia mucho decimos que es digno de reconocimiento, o cuando una persona hace una obra de bien, decimos que es digna de elogio.

Cuando hablamos de *dignidad de la persona* estamos diciendo que todo hombre, por el solo hecho de ser tal, es merecedor de algo y ese algo no es otra cosa que los medios y condiciones que necesita para el cumplimiento de sus fines existenciales.

Naturaleza social del hombre

Hemos dicho más arriba que el hombre es insuficiente por sí mismo para cumplir sus propios fines y por esa razón no puede ser plenamente humano sino viviendo en sociedad, es decir, “con-viviedo” con otros hombres. Por eso Aristóteles decía que “*el hombre es por su naturaleza un animal político destinado a vivir en sociedad y el que no forma parte de ninguna polis es una bestia o un dios*”, mientras que Santo Tomás de Aquino nos dice que *el hombre es sociable por naturaleza*.

En este sentido señala Fernando Martínez Paz que “*La facultad única y exclusiva del hombre de comunicarse y expresar sus ideas por medio del lenguaje es una prueba incontrovertible de su naturaleza social*”⁴.

En efecto, a diferencia de los animales que al poco tiempo de haber nacido pueden valerse por sí mismos (desplazarse, alimentarse, defenderse, etc), porque sus comportamientos les vienen ya señalados en sus impulsos instintivos, el ser humano es al nacer, quizás la más indefensa de las criaturas y requiere necesariamente de un prolongado período durante el cual le deben ser provistos los medios necesarios para su subsistencia y le deben ser enseñadas las conductas y comportamientos. De ahí que el hombre nace inserto en la primera y más elemental comunidad natural que es la familia.

Ahora bien, dado que la familia también resulta por si misma insuficiente para alcanzar su propia perfección y proveer a sus miembros de los medios necesarios para cumplir sus fines existenciales, la asociación de ésta con otras irá formando comunidades mayores que, a su vez, se asociarán con otras en procura de la misma finalidad, dando lugar a la formación de la ciudad y de otras organizaciones políticas.

Paralelamente, a medida que cada hombre va desarrollando su vida, se integrará a otro tipo de agrupaciones con finalidades más específicas creadas por un acuerdo deliberado de sus miembros, en función de sus actividades e intereses. Así a un sindicato, a un club deportivo, a un centro de estudiantes, a una entidad de bien público, a un partido político, etc.

³ Véase Bidart Campos, Germán. “Lecciones Elementales de Política”, Ediar, 1998, pág. 58

La sociabilidad natural del hombre trae implícita y simultáneamente otra nota característica de la humanidad que es su politicidad, que nos explica Bidart Campos en estos términos: *“Cuando lógicamente arribamos a la sociedad, podemos preguntarnos si allí se detiene la dimensión del hombre, o si todavía falta algo. Y ya sabemos que la convivencia humana, dentro de un marco territorial, con el fin general y máximo de satisfacer todas las necesidades del grupo así individualizado y localizado, requiere organizarse, exige una coordinación, un orden, una dirección, una jefatura. Es decir, que los hombres no pueden convivir si la convivencia no se organiza”*⁵ y precisamente esa organización de la convivencia es lo que tiene carácter político, expresión que deriva de la expresión griega *“polis”* con la que se designa a la ciudad-estado de la antigua Grecia, o sea, a la organización o estructura de la comunidades que allí existían.

La sociabilidad se nos muestra entonces como algo previo a la politicidad en un sentido lógico, pero en el orden de la realidad ambas son simultáneas, porque ambas son constitutivas del ser del hombre, ya que la politicidad es la única forma de vida humana.

Las Organizaciones Políticas

Hemos visto cómo el hombre, por impulso de su propia naturaleza, vive en comunidades políticamente organizadas. Ahora bien –y también siguiendo a Bidart Campos- podemos observar que ese impulso natural requiere cierta actividad del hombre para satisfacerse. *“Así como el hambre, la sed y el sexo no se satisfacen solos, sino a través de algo que el hombre hace conscientemente, también el instinto social exige que el hombre haga algo. Lo que el hombre hace no es crear la sociedad y el estado, porque sociedad y estado le son dados naturalmente como únicas formas posibles de la vida humana. Pero como no le son dados hechos por la naturaleza, lo que el hombre hace es crear una forma social y política determinada”*

De allí entonces que podemos observar una multiplicidad de formas de organización política, que varían según el lugar y el tiempo, ya que responde a las particularidades de cada sociedad y cada cultura en cada momento.

Si, como hemos dicho más arriba, el hombre tiene por naturaleza la razón y la voluntad libre y éstas le permiten construir, reformar o destruir su propio mundo, y por tanto, perfeccionarse a si mismo y superarse, es lógica que el hombre construya y reforme, según las exigencias del contexto histórico, social y cultural que vive en cada lugar y en cada momento, diversas formas de organización política.

Para observar en concreto de qué manera ha operado este principio en un contexto espacial y temporal determinado, efectuaremos un breve repaso del proceso histórico de construcción de las organizaciones políticas en el mundo jurídico de Occidente y la elección de ese contexto para nuestro examen se justifica por el hecho de que ha sido en él donde se construyó la forma de organización política que se habrá de universalizar luego en el Siglo XX y, fundamentalmente, la que adoptó nuestro país.

⁴ Martínez Paz, Fernando. Ob. Cit. Pág. 306.

⁵ Bidar Campos, Germán. Ob. Cit. Pág. 60

La Polis griega (Siglos X a.C. al IV a.C.)

En la antigüedad, Grecia era un territorio en el cual coexistían un conjunto de comunidades urbanas independientes entre sí, denominadas *polis*, cada una con su propia forma de gobierno, aunque unidas por una cultura común (afinidad de religión, identidad de idioma, de creencias, de valores, de estilo de vida, etc.).

Cada polis era una Ciudad-Estado, es decir era una unidad política y religiosa soberana donde el hombre griego desarrolla la totalidad de su vida comunitaria, se decía por eso que fuera de sus murallas sus miembros carecían de derechos y de deberes, por cuanto eran considerados extranjeros que no pertenecían a ningún ámbito social.

La polis, como unidad política y religiosa, era una comunidad basada en vínculos de tipo personales, en el que el territorio no constituía un factor de identificación de los miembros del grupo. Así, no se pertenecía a la “polis” por habitar en su territorio, sino por que se era miembro de las familias que originariamente constituyeron la polis y porque se tenía como dios al mismo dios, que los protege. En consecuencia, dentro de la zona territorial de influencia de la polis había un conjunto de habitantes que, por estar ligados por esos vínculos personales, eran los ciudadanos; pero junto a ellos habitaban una infinidad de personas que no formaban parte de ella⁷.

La diversificación y riqueza en el proceso de construcción de las organizaciones políticas se pone de manifiesto particularmente en la antigua Grecia, ya que cada polis fue adoptando y modificando según sus particulares circunstancias su forma de gobierno, a punto tal que Aristóteles, en su obra “La Política” estudia las constituciones de ciento cincuenta polis. De entre ellas merece especial mención la polis de Atenas que, en el Siglo V a.C. y con motivo de las reformas de Pericles, nos muestran la primera expresión de la democracia. Con sus principios de *isonomía* (igualdad ante la ley), *isegoría* (libertad de expresión) y *filantropía* (apertura hacia los extranjeros) y su sistema de sanción de leyes por la Ecclesia (Asamblea) integrada por todos los ciudadanos mayores de 20 años, que se reunía cada nueve días, la Atenas de Pericles se muestra como arquetipo de democracia directa, contrastando con la organización de la polis de Esparta que, con las reformas atribuidas a Licurgo, se erige en el arquetipo de organización monárquica y aristocrática.

La decadencia de la polis ocurrirá en el siglo IV a.C. cuando, luego de un período de confrontación entre ellas (guerra del Peloponeso entre otras), el territorio griego fue invadido por los ejércitos de Filipo de Macedonia quien, venciendo a la Liga de las ciudades Helénicas, terminó con las libertades de las ciudades-estado.

Roma: de la *Civitas romana* al *Imperium* (Siglos VII a.C. al V d.C.)

En Roma aparece en primer término, como organización política, la “*civitas romana*”, que se desarrolla sobre bases personales similares a la griega. Sin embargo, cuando Roma comienza la conquista del mundo, la organización política se modifica. Perdura la organización “civitaria” de ciudadanos de base personal, pero

⁶ Bidar Campos, Germán Ob. Cit.

⁷ Martínez Paz, Enrique. Manual de Derecho Político de Enrique. Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen IV Córdoba, 1988 Pág. 189 y 190.

sobre ella se establece una organización superior, que se caracteriza por el ejercicio de un poder (manifestación de dominio) que se impone sobre todos los territorios y pueblos conquistados por los romanos⁸.

La historia de Roma, a lo largo del extenso período que corre entre la fundación de la ciudad (753 a.C.) y la caída del Imperio Romano de Occidente por la invasión de los bárbaros (476 d.C.), nos muestra tres períodos bien diferenciados en los cuales las formas de gobierno se diferencian claramente:

- Período monárquico (753 a.C. al 509 a.C.): En este período el poder estaba en manos de un Rey y del Senado, cuerpo colegiado en el que estaba representada la clase patricia (aristocracia romana). Corre desde la fundación de Roma hasta la caída de Tarquino el Soberbio, último Rey de Roma, quien reinó con la oposición del pueblo y del Senado.

- Período de la República (509 a.C. al 27 a.C.): Se establece una forma de gobierno mixta, reemplazando la figura del Rey por la de dos Cónsules que ejercían una forma conjunta y por un período determinado las funciones militares y ejecutivas propias del monarca. Continúa la institución del Senado, que asume entonces mayor poder y expresa la impronta aristocrática dentro del régimen. El componente democrático está representado por los comicios, principalmente cuando junto a los tradicionales comicios curados y centuriado, se crea el comicio tribado, donde se reunían los ciudadanos sin distinción de clase ni de fortuna.

El extenso período republicano estará signado por las luchas entre la clase de los patricios (Partido Senatorial) y la de los plebeyos (Partido Popular), que desembocará en las guerras civiles, que culminan con el triunfo de este último cuando Julio César derrota a Pompeyo (año 48 d.C.) y se unge como dictador perpetuo.

- Período del Imperium (27 a.C. al 476 d.C.): El 15 de marzo del año 44 a.C. Julio César es asesinado en el Senado por un grupo de Senadores, lo que originó una serie de conflictos que culminan con el triunfo militar de Octavio (sobrino de Julio César), quien entonces consolida su poder y acumula diversos títulos: Príncipe, Emperador, César y Augusto. Es éste el período de auge del dominio de Roma sobre todo el “mundo conocido”, que se extenderá por más de cuatro siglos.

La organización medieval: Poliarquía o atomización del poder (Siglos V al XV)

Luego de la caída del Imperio Romano de Occidente y ante el vacío de poder que esto provoca, se produce un proceso de atomización, ya que el poder pasa a ser ejercido por un sin número de “señores feudales” que, por ser dueños de la tierra (terratenientes), ejercen su autoridad sobre todas las cosas y personas que en ella se encuentran. Así el llamado “siervo de la gleba” no era propiedad del señor sino a través de la tierra de la cual era dueño y a la cual estaba atado por la organización social de su tiempo. Desde

⁸ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 190 y 191.

esta perspectiva, el vínculo que caracteriza al feudalismo es un vínculo territorial, basado en el derecho de propiedad sobre el territorio.

El poder de los Señores Feudales coexistía con el de los Reyes, a los cuales los primeros se encontraban unidos mediante un vínculo personal. El poder real en la Edad Media se encuentra totalmente limitado. En los cánones del Concilio de Toledo del Siglo VII se dice al respecto que *“El rey es llamado rey porque gobierna rectamente, si obra con injusticia lo pierde miserablemente. Nuestros padres decían: Rex eris si recta facis. Si autem non facis non eris”*. A través de este vínculo personal entre señores (y no del señor con los habitantes de un territorio) se conforma y mantiene la estructura piramidal que caracterizó la organización jerárquica medieval.

En los hechos, durante la Edad Media el poder está limitado porque no existen impuestos permanentes, ni ejércitos regulares. Cada feudo es un centro autónomo de poder donde el Señor impone tributos y tiene su propio ejército, a la vez que sirve al Rey por un pacto de fidelidad en virtud del cual acudiría a él cuando sea necesario defender el reino.

La Iglesia también vigila el comportamiento de los reyes ya que el Papa tenía la potestad de desligar a los súbditos de su deber de obediencia a los reyes cuando no gobernaban en función del Bien Común.

Los gremios de artesanos, por su parte, aparecen como un importante factor de poder y en general obedecían más a la autoridad eclesiástica que a la civil.

Durante la Edad Media (año 800) se procuró fugazmente reestablecer la unidad política de Europa, sobre la base de la unidad religiosa, cultural y lingüística de los pueblos mediante la creación del Sacro Imperio romano germánico, con Carlomagno. En realidad, bajo una apariencia de organización similar a la del Imperio Romano, se estructura internamente de manera feudal, ya que la pretendida acción imperial no se ejercía sobre el territorio ni sobre sus habitantes sino de Señor a Señor.

El Estado Moderno (A partir del Siglo XVI)

Al ingresar en la Edad Moderna después de la caída del Imperio Romano de Oriente (Constantinopla) – año 1453- se inicia en Europa un proceso de centralización del poder cuando aparecen los monarcas que unifican –bajo su soberanía- territorios que habían pertenecido a distintos señores feudales. Surge entonces el absolutismo monárquico.

En esta nueva forma de organización política, las personas se encuentran sometidas a un determinado poder por la pertenencia a un ámbito territorial cierto, por lo que si se muda a otro ámbito, cambiará el estatuto de poder al que está sometido. Es a esta forma específica de organización política de base territorial soberana, que se da en occidente a partir del renacimiento, a la que se refiere la noción específica de Estado.

La denominación es utilizada por primera vez para hacer referencia a esta concreta y entonces nueva forma de organización política por el pensador florentino Nicolás Maquiavelo en el primer capítulo de su obra “El Príncipe” (1513).

Los rasgos característicos de esta nueva organización política serán los siguientes:

- El poder se concentra en una sola unidad de decisión y acción política.
- Se organiza un ejército permanente al servicio del poder del Estado (Rey), reemplazando a la convocatoria de las tropas feudales.
- Se establece una burocracia estable, organizada jerárquicamente como apoyo del poder centralizado del Estado
- Se establece un sistema unificado y racionalizado de tributos que percibe el Estado, que le permitirá solventar el ejército y la burocracia.
- El Estado monopoliza la potestad de crear el Derecho, creando un sistema legal unificado, escrito y preciso con vigencia excluyente en todo el territorio.

El Estado⁹

Hemos señalado que el Estado es la forma de organización política adoptada por el mundo jurídico occidental en general y por nuestro país, en particular. Pero ¿qué es el Estado? ¿Cuál es su naturaleza? ¿Qué características presenta que lo diferencian de otras formas de organización?. ¿Acaso esta forma de organización ha permanecido inmutable desde su surgimiento o, por el contrario, ha ido variando a través del tiempo, según las exigencias del contexto histórico, social y cultural?

Para responder a estas preguntas resulta indispensable, en primer lugar, precisar el sentido en que es utilizado el término Estado, toda vez que se trata de una expresión ambigua¹⁰, que tiene su origen en el vocablo latino “status”, utilizado en la Antigüedad y en la Edad Media con significados muy diferentes¹¹ a los que se le atribuyen a partir del siglo XVI, cuando Maquiavelo la emplea, en el primer capítulo de su obra “El Príncipe”, para hacer referencia a un tipo de organización determinada.

A partir de entonces, el uso del vocablo se generaliza, sin que por ello se supere su ambigüedad. Así, comienza a ser utilizada en un sentido específico, para hacer referencia a la organización política, con características propias, que se da en occidente, desde el renacimiento hasta nuestros días¹². Pero también se lo emplea, en un sentido genérico, para hacer referencia a cualquier organización o sociedad política que se haya dado el hombre a través del tiempo¹³. En sentido genérico el término Estado comprende todas las

⁹ En el tema en análisis, se sigue –en general- el punto IV “Instituciones Estatales” del Manual de Derecho Político de Enrique Martínez Paz. Págs 288 a 246. Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen IV Córdoba, 1988

¹⁰ Una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado. Tal ocurre, por ejemplo, con la palabra “gato”, que puede hacer referencia a un animal o al aparato que se utiliza para cambiar la goma del auto.

¹¹ Señala Mario Justo López, en su Introducción a los Estudios Políticos que, en el derecho romano, la expresión designaba la situación jurídica de una persona (conjunto de derechos y obligaciones) en relación a la ciudad (derechos y deberes políticos), a la libertad (derechos y deberes civiles) y a la familia. Posteriormente se empleó como status reipublice, en lugar de la expresión república; así como status romanus. En la Edad Media adquiere nuevos significados, por ejemplo, para hacer referencia a los distingos estamentos sociales (clero, nobleza y burguesía) que conformaban los Estados Generales. En un sentido diferente, también se lo empleó para hacer referencia al asiento territorial de las relaciones de poder. Págs.316 y 317.

¹² Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 188.

¹³ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 188.

organizaciones políticas que hemos analizado en el punto anterior (Polis, Civitas, Imperio, etc). En sentido específico, en cambio, sólo es aplicable al Estado Moderno.

Pero el carácter ambiguo del término no se vincula solamente con la problemática que suscita la extensión de su significado a formas de organización anteriores a su existencia, sino que abarca asimismo otras dimensiones. Así por ejemplo, cabe preguntarse si la expresión hace referencia a la organización política de base territorial soberana o, si por el contrario, sólo se identifica con el gobierno, la autoridad de esa organización.

Al respecto, señala Enrique Martínez Paz que, *“en su origen, la palabra Estado posiblemente estaba referida al gobierno y a la corte establecida, fija y ordenada... y luego, por extensión, se fue comprendiendo dentro de esa palabra las ideas relativas a territorios sobre los cuales se ejerce el gobierno y a las personas que se encontraban ligadas a ese territorio, en virtud de su ubicación con la autoridad de ese gobierno”*¹⁴. Sin embargo, la acepción original del término no se ha abandonado completamente¹⁵.

¿Qué es el Estado?

La pregunta ¿Qué es el Estado? No sólo supone precisar el significado con que utilizaremos el término, sino también una toma de posición respecto de su naturaleza. Desde esta segunda perspectiva, las respuestas que se han dado también son diversas y pueden sistematizarse en dos grandes grupos:¹⁶

- Las teorías afirmativistas o sustancialistas: Son aquellas que asignan al Estado una naturaleza o esencia propia, entre las cuales cabe destacar:

- a) Organicistas: Concibe al Estado como un órgano vivo, como un ser que tiene vida propia. El desarrollo fundamental de esta postura se produce en el siglo XIX, con pensadores positivistas como Darwin y Spencer, que ven en el Estado una estructura orgánica compleja. Señala Enrique Martínez Paz¹⁷ que para los positivistas no hay más que una sola naturaleza en el mundo: todo ser viviente nace, vive y muere de la misma manera. Por ello, las leyes de la naturaleza rigen tanto para el ser humano, como para aquellas creaciones del hombre que llamamos sociedad y Estado. Pero esta naturaleza no es fija, sino que se encuentra sujeta a transformaciones regidas por una razón lógica que se llama orden, en la que cada etapa representa un perfeccionamiento de la anterior. Es la llamada ley del progreso en virtud de la cual las especies naturales comprenden desde las más simples, como los organismos unicelulares, hasta las más complejas, hasta llegar al hombre, a la sociedad y al

¹⁴ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 194.

¹⁵ Maritain (El hombre y el Estado”), por ejemplo, advierte que lo que vulgarmente se conoce con el nombre de Estado no es Estado sino cuerpo político, es decir, una corporación en la cual se materializa o expresa la unión societaria de un grupo de individuos que habitan un determinado territorio bajo una autoridad. El Estado para Maritain es la parte superior (por ubicación jerárquica, no por sustancia o calidad) del cuerpo político que tiene por misión dirigir al cuerpo político. Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 194

¹⁶ Las diferentes teorías sobre la naturaleza del Estado han sido sintetizadas de la obra citada en nota 1, de Enrique Martínez Paz, págs. 197 a 204 y del artículo del mismo autor “La naturaleza del Estado y el problema de su despersonalización”, publicado en Revista Jurídica Córdoba, págs. 2 y ss.

¹⁷ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. pág 198.

Estado. Las teorías organicistas han sido criticadas por considerar que pueden servir de base a regímenes totalitarios, toda vez que al concebir a la sociedad y el estado como órganos vivos con una identidad diferente a la de las personas que lo integran, pueden perseguir sus propios fines, que pueden resultar contradictorios respecto de los derechos y fines de los hombres que conforman ese Estado.

- b) *Personalistas*: Dentro de este segundo grupo, se ubican todas aquellas posturas que atribuyen al Estado una personalidad semejante a la del hombre, a la cual puede adscribirse una voluntad similar a la del hombre, que le permitiera actuar en la vida como una persona de existencia visible. Dentro de este grupo, encontramos autores como Savigny, quien imagina al Estado como una personalidad jurídica, sin llegar al extremo de creer que fuera realmente una persona. Por ello se limitó a afirmar que lo que pasaba era que como el Estado tenía que actuar como persona jurídica, se creaba una ficción, ficción que nacía de la ley, era fruto del derecho positivo.

Otro jurista alemán, Von Ihering, coincide con Savigny al asignar una personalidad jurídica al Estado, pero considera que si esta personalidad le es conferida por la ley, esta circunstancia no es una ficción, porque lo jurídico es real y positivo, y por lo tanto el Estado es realmente una persona jurídica.

Las posturas personalistas se diferencian de las organicistas porque para los primeros, el Estado no es una realidad vital. Los personalistas miran aspectos puramente jurídicos del Estado; los organicistas en cambio sus aspectos sociológicos y reales.

- *Las teorías negativistas*: Son aquellas que niegan que el Estado tenga un carácter, una esencia, o una naturaleza propia y sostienen que no es más que una creación del hombre, un producto del hacer humano. Así por ejemplo

- a) *Duguit*: Para Duguit el Estado no es más que el resultado del juego de relaciones humanas. Esas relaciones humanas producen una diferenciación de grupos: uno reducido que está constituido por los que gobiernan y uno más extenso que está constituido por los gobernados. Lo que une a los hombres que integran estos grupos es una idea de mutua convivencia. De este modo, por mutuo acomodo, por mutuo acuerdo en función de la convivencia, nace el Estado.
- b) *Maritain*: Parte de la distinción del Estado y el cuerpo político. Para el autor, cuerpo político es una ordenación de los hombres con un objetivo determinado. Pero para llegar a ese objetivo se necesita construir una organización que es la que realiza el fin común. En este contexto, el Estado, que se identifica con la parte superior del cuerpo político (el gobierno, la autoridad), no es otra cosa que un instrumento de los hombres asociados para alcanzar el fin común que ellos mismos se han fijado.
- c) *Kelsen*: Dejando de lado todas las posturas que consideran al Estado como realidad social, Kelsen sostiene establece que éste no existe en el reino de la naturaleza sino en el del espíritu, y considera que no es otra cosa que un sistema de normas. Como es imposible admitir junto al orden jurídico

positivo la validez de otro cualquiera, identifica al Estado con el derecho. De ahí la unidad del Estado y el derecho.

De allí, se derivan las siguientes conclusiones:

- El Estado no es la suma de individuos, sino la unión específica de ellos.
- Esa unión se da en función de un orden que regula sus conductas mutuas;
- Solo este orden hace que la comunidad social exista;
- Esta comunidad es política en razón y en la extensión en que los medios específicos con los que cuenta para alcanzar los fines, disponen de medidas de coerción;
- Y este orden, que es el orden jurídico mismo, se confunde con el Estado

d) *Heller*: Para Heller el Estado es un centro real y unitario de acción. Para concebirlo como unidad hay que plantearse el problema en la siguiente forma ¿Cómo hay que concebir al Estado, dado que es producido por muchos y, sin embargo, él actúa unitariamente? Heller responde “como unidad de decisión y acción humana organizada de naturaleza especial”. Pero frente a la pluralidad de hombres que conforman el Estado ¿Cómo es posible que exista una unidad de acción? La unidad es posible sobre la base de una organización de naturaleza especial. Todo grupo capaz de obrar y decidir, es una estructura organizada y ordenada concientemente, a través órganos a la unidad de la decisión y la acción. La naturaleza del Estado es común a la de otras formas de organización. Pero la diferencia radica en su calidad de dominación territorial soberana. En virtud de la soberanía y la referencia al territorio del poder estatal, todos los elementos de la organización estatal reciben su carácter específico.

c) *Enrique Martínez Paz*: Considera que el hombre es un animal político, que nace en sociedad y no puede ser concebido viviendo fuera de la sociedad. Pero esta vida en sociedad requiere ser sometida a ciertas reglas, reglas cuyo sentido es hacer posible la convivencia y la satisfacción del bien común de quienes conviven, y que por lo tanto están contenidas en la naturaleza humana como principios universales. Ser social quiere decir justamente tener necesidad natural de vivir en sociedad. Esto no significa, sin embargo, que las reglas que materializan esta necesidad natural no cambien en el tiempo y el lugar, pero todas ellas tendrán en común su origen y su destino. *“Impulsado el hombre a la vida social por su propia naturaleza y dirigido por las tendencias que en ella existen y las reglas de conducta para la vida en común que van implícitas en la necesidad social de esa naturaleza, reaccionará ante el mundo en sus más diversas manifestaciones, adecuando la forma de convivencia a esa realidad. Lo fundamental o esencial de esa forma de convivencia será la tendencia natural social del hombre, con las consecuencias también naturales que ella implica”*¹⁸.

Para Martínez Paz, entre sociedad y Estado no existen diferencias de naturaleza. Ambos presuponen el elemento humano y el elemento espacial, pues no hay sociedad sino hay hombres que viven en común, y la vida en común se hace siempre sobre un espacio territorial. Pero, además toda sociedad

¹⁸ Martínez Paz, Enrique. La naturaleza del Estado y el problema de su despersonalización”, publicado en Revista Jurídica Córdoba, pág. 22

requiere norma de conducta reguladora de la actividad de los hombres que la forman en el sentido de convivencia, y toda sociedad necesita de una autoridad que dirija y aplica coactivamente las normas.

Para el autor citado *“En lo interno de toda forma de convivencia se descubre que ella no es otra cosa que un sistema de servicios en el que todos los hombres aportan algo y reciben algo, de manera que por ser sistema debe ser reglado y la regla requiere autoridad para que el sistema funcione ordenadamente y de satisfacción al fin de este intercambio, que no es otro que el bien común”*¹⁹.

A través de esta concepción, Martínez Paz procura poner el acento en la destrucción del Estado como valor en sí mismo: Una concepción que reduce la naturaleza del Estado a una forma de convivencia, esto es, a un modo de vivir en común, que constituye a la vez un sistema de servicios entre los hombres que conviven, afirma la destrucción del Estado como un valor en sí mismo, como persona o ente con derechos, poderes y privilegios que pueden resultar contradictorios con los derechos y fines de las personas que lo conforman .

¿Cuáles son los supuestos del Estado?²⁰

De acuerdo con el concepto enunciado arriba, para que exista la organización política que llamamos Estado se requiere que concurren tres supuestos o condiciones de hecho: una población, un territorio y poder.

a) Población: Si el Estado es una sociedad en la que un grupo de hombres han decidido en común buscar objetivos comunes, entonces la población es el elemento esencial para su existencia.

Pero ¿qué se entiende por población?. En primer lugar, parece necesario aclarar que la población tiene como base al “hombre”, destinatario final de toda acción política. No es una “asociación de asociaciones humanas” (familia, clase sociales, grupos de poder, etc.)

Pero ¿Es suficiente para caracterizar a la población como suma de personas que forman un conjunto?. Parecería que no. Resulta necesario que entre esas personas exista alguna clase de factor de unión, una cierta homogeneidad social, que determine los objetivos comunes del grupo que convive.

Pero ¿en qué consiste ese factor de unión? La búsqueda de una respuesta nos obliga a revisar la experiencia de Occidente, en el último siglo, para evitar reiterar equivocaciones, no sólo en orden a las diferentes clases de factor de unión que se han propiciado, sino también en relación con grado de acatamiento que se exija a sus miembros.

¹⁹ Martínez Paz, Enrique. La naturaleza del Estado y el problema de su despersonalización”, publicado en Revista Jurídica Córdoba, pág. 23

²⁰ Señala Enrique Martínez Paz que la mayoría de la doctrina utiliza para referir a los supuestos del Estado la expresión “elementos”. No obstante, dado el concepto de Estado expresado por el autor que se vincula con la noción de sociedad, considera preferible emplear el término supuestos, toda vez que el primero da una idea de partes de algo, y la sociedad no es posible de parcializar. Ob cit. en nota 1, pág 204.

- 1) Así, por ejemplo, en la experiencia histórica del último siglo, principalmente en Alemania con el nazismo, se identificó a la raza como factor de unión. Pero ¿qué es la raza?. ¿Existe un concepto científico que lo explique?. Hace varios años, Alfredo Rossetti²¹ nos enseñaba que “no existe un criterio único de caracterización de la raza y, justamente, los que se usan para tal fin son subjetivos (color de la piel, forma del cráneo, o tipo de cabello, por ejemplo)”. Y agrega “no hay un concepto unívoco de raza, ni base científica para tal concepto, ni criterios uniformes de clasificación”.

Como señala Heller “la teoría racista es completamente insuficiente incluso como ideología de legitimación, ya que viene a dividir el Estado, y a causa de la diversa valoración que hace de los habitantes, no podría legitimar como unidad política del pueblo”²²

- 2) El factor de unión, como base o sustrato del Estado, también se ha identificado con la idea de “nación”. Se trata de una postura que tuvo su origen, probablemente, en el hecho que los primeros Estados modernos se constituyeron sobre la base de una “Nación”, pero cuyos resabios se mantienen cuando se define al Estado como “la nación jurídica o políticamente organizada”.

Resulta indispensable distinguir la noción de Estado y Nación. Señala Enrique Martínez Paz que el Estado es fruto de una acción humana. El Estado es, en consecuencia, una sociedad. En cambio, la noción de “nación” no se vincula con la de sociedad sino con “comunidad”.

¿Qué diferencia existe entre una sociedad y una comunidad? Se trata de dos tipos diferentes de agrupamientos humanos.

- La sociedad es un agrupamiento humano en el que los hombres que lo constituyen han decidido en común buscar objetivos comunes. Es decir: la sociedad se caracteriza por ser fruto de una acción voluntaria del hombre, que como toda acción voluntaria, es finalista, es decir está determinada o movida hacia algo o por algo. El hombre forma una sociedad por que quiere conseguir fines comunes.
- En cambio, la comunidad un agrupamiento humano que se conforma espontáneamente, sobre la base de factores a la voluntad de sus miembros (por ejemplo, de índole biológicos o históricos). En este sentido, la Nación es una comunidad. Así, se pertenece a una Nación, no por que se quiera, sino por que se nace dentro de un determinado grupo humano con una historia compartida, con una cultura común, con principios, valores y creencias comunes, con una lengua común que se aprende, etc.

Caracterizado el Estado como una sociedad y la Nación como una comunidad, cabe preguntarse si la noción de “Nación” tiene –como se ha sostenido en algunas épocas- un significado político propio o si,

²¹ Rossetti, Alfredo. Ob. Cit. pág. 118

²² Heller, Teoría del Estado. Citado por Rossetti, Alfredo, en Ob. Cit. pág. 120, Nota 18

como sostiene Enrique Martínez Paz, se trata de un concepto sociológico sin un significado político²³. Quienes sostienen la primera postura, tienden a vincular la noción de Estado y Nación sobre la base de tres premisas:

- A toda Nación corresponde un Estado;
- Toda Nación tiende a formar un Estado
- El Estado es el realizador de los ideales de la Nación, lo cual implica reconocer a la Nación una personalidad independiente, con objetivos y fines propios, ajenos a los hombres que la conforman, y que pueden entrar en contradicción, siendo el Estado el instrumento de acción para realizarlos, aun a costa de aquellos.

Sin embargo, un Estado puede reunir en su seno a una pluralidad de naciones (Ej.: la ex Unión Soviética o el actual estado de Irak) o una sola nación puede encontrarse políticamente fraccionada en más de un Estado (Ej.: China y Taiwán, Corea del Norte y Corea del Sud, etc.).

Si el factor de unión entre los hombres no esta dado por una raza ni por una la Nación ¿en qué consisten entonces estos lazos de unión? Enrique Martínez Paz señala que son vínculos históricos, políticos, intereses comunes, etc. los que contribuyen a formar una unidad²⁴.

¿Cuál es el grado de homogeneidad social y el nivel de adhesión que se debe exigir a los integrantes de la sociedad? Desde esta perspectiva, la homogeneidad social, como factor de unión de la población del Estado, ha sido interpretada de dos maneras diferentes:

- Como factor máximo, que generalmente deriva en fórmulas totalitarias, ya que para mantener la homogeneidad debemos tratar de exigir del ciudadano una lealtad al elemento formativo del Estado. El principio es que la homogeneidad debe conseguirse al máximo: nada de lo humano que pueda tener trascendencia a lo social puede escapar a la acción del Estado, por que si se le permite que escape, puede comenzar la destrucción de la homogeneidad que es básica²⁵.
- Como factor mínimo: Como señala Germán Bidart Campos²⁶ “los hombres que conviven no pueden estar de acuerdo en todo, pero tampoco pueden estar en desacuerdo en todo”. Tiene que existir un mínimo de acuerdo sobre la base del cual se construya la vida en común. En este contexto, la homogeneidad no requiere de una unidad religiosa, racial, lingüística, de clases, sino sólo la lealtad a determinados principios de convivencia, que son aquellos que hacen posible convivir a un grupo humano en un mismo territorio y colaborar juntos en la acción para obtener objetivos comunes.

²³ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 213.

²⁴ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 216.

²⁵ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 216 y 217

²⁶ Bidart Campos, Germán y Herrendorf F. Daniel “La Constitución como proceso asociativo”, La Ley, año LIII, Nro 118, 21/6/89, citado por Barrera Buteler, Guillermo. “Creencias constitucionales”. Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. Pág. 123. Ed. Advocatus. Córdoba. 1995

b) *Territorio*: El Estado es una sociedad de base territorial. Por ello el territorio es un elemento indispensable: sin territorio no hay Estado. Pero ¿qué tipo de relación hay entre territorio y Estado?. Las respuestas que se han dado a este interrogante han variado con el tiempo. Así se ha sostenido que el Estado ejerce sobre su territorio un derecho de propiedad, un dominio eminente o, finalmente, que ejerce jurisdicción.

- *Propiedad*: Como hemos visto, durante la Edad Media, el fundamento del ejercicio del poder sobre un determinado territorio, estaba dado por la propiedad de la tierra. De allí que durante mucho tiempo se haya pensado que la relación que existe entre Estado y un territorio es la relación de propiedad o dominio, es decir que el Estado es dueño del territorio.
- *Dominio Eminente*: Con el nacimiento de la noción de soberanía desaparece la idea de propiedad de la tierra por parte del Estado: Y es que si bien el soberano ejerce dominio sobre el territorio, ese dominio no es un dominio equivalente al derecho de propiedad. Para explicar esta nueva relación, se recurrió a la expresión “dominio eminente”, es decir, una especie de propiedad que está por encima de las otras propiedades que ejercen los particulares sobre las diversas parte de ese territorio.
- *Jurisdicción*: Pronto se hizo evidente que la explicación que antecede no resulta adecuada, toda vez que la relación entre territorio y poder no se asemeja en nada al derecho de propiedad. Entre territorio y poder del Estado media simplemente una relación de limitación espacial o territorial del poder del Estado. Esta relación recibe el nombre de Jurisdicción que significa el espacio territorial sobre el cual el Estado tiene potestad jurídica, entendiéndose por ésta la potestad de definir la ley y la potestad de imponer la ley, de aplicar, de ejecutar la ley.

Podemos concluir entonces afirmando que el territorio es el ámbito geográfico sobre el cual el Estado ejerce su jurisdicción soberanamente y que comprende:

- *El suelo*: la superficie de tierra encerrada dentro de los límites o fronteras del Estado.
- *El subsuelo*: es la proyección del suelo hacia abajo hasta el centro de la tierra.
- *El espacio aéreo*: es la proyección del suelo hacia arriba y presenta el problema de establecer hasta dónde llega la soberanía estatal (la estratosfera está sin dudas fuera de ella).
- *El mar territorial*: es la porción de mar adyacente a la costa de un Estado, que corre desde la línea de más baja marea, hasta una línea imaginaria que corre paralelamente a cierta distancia. En el Siglo XVIII se sostenía que esa distancia era “el alcance del tiro del cañón”, más adelante se estableció la doctrina de las tres millas náuticas. Los tratados internacionales más recientes fijan el límite en seis millas marinas, pero la actual legislación argentina y la de la mayoría de los países latinoamericanos adhiere a la doctrina de las doscientas millas

c) *Poder*: El Estado es una sociedad por que el hombre se agrupa y se organiza voluntariamente para vivir en común y alcanzar en común objetivos comunes. Pero para caracterizar la noción de Estado debemos recurrir a otro elemento o supuesto de carácter político: El Estado es una sociedad, pero es una sociedad política, concepto este último que implica la noción del poder, como elemento característico, que representa la regulación jurídica de las relaciones humanas. Pero ¿a qué poder estamos haciendo referencia?. Como señala Alfredo Rossetti²⁷, “llegar a un concepto preciso de él implica algunas dificultades, por cuanto el poder es inherente a la existencia de cualquier organización, o dicho con otras palabras, no es posible ningún grupo humano organizado sin poder”.

La nota esencial que diferencia al “poder” como elemento del Estado del de cualquier otro tipo de organización, está dada por la noción de soberanía²⁸.

La soberanía: es una cualidad del poder del Estado, que significa que no reconoce ningún otro poder sobre sí.

Desde una perspectiva histórica, la noción de soberanía nace para justificar los reyes soberanos, y los reyes soberanos eran aquellos que estaban en guerra contra los señores feudales y otros reyes²⁹. Por lo tanto, la noción de soberanía es bélica en un doble sentido:

- a) *Hacia el exterior*: porque es un factor de oposición, de limitación a la acción externa. En este contexto, cada Estado se presenta como una fortaleza cerrada que no admite la ingerencia en sus asuntos de los demás Estados u organismos internacionales.
- b) *Hacia el interior*: porque tiende a la unificación, al total sometimiento de la comunidad a una autoridad fuerte. Frente al Estado, no puede existir más relación que la de sujeción.

La noción de soberanía implica un cierto imperio sobre las personas o las cosas que se encuentran bajo la autoridad del soberano. Aparece para dar sentido jurídico a la organización de los Estados centralizados. En este contexto, la noción en análisis tiene por función unificar y reunir aspectos dispares.

La noción de soberanía aparece recién en los siglos XV y XVI. La idea es ajena al mundo antiguo. La difunde Bodin en su obra “Los seis libros de la República” (1576), quien define a la soberanía como “el poder supremo sobre los ciudadanos y los súbditos, no sometido a las leyes”³⁰.

²⁷ Rossetti, Alfredo. Ob. Cit., pág 127.

²⁸ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 227

²⁹ La noción de soberanía resulta asimismo extraña a las organizaciones políticas anteriores al surgimiento del Estado moderno. Con relación a la diferencia que existe entre “Imperium” y “soberanía” Enrique Martínez Paz señala que si bien la primera noción hace referencia a la dominación sobre todos los territorios sometidos a la autoridad de Roma, a diferencia de la soberanía moderna, carece de un carácter bélico o polémico, ya que no había otras organizaciones similares que pudieran enfrentar a Roma. En cambio, la soberanía es polémica, en tanto coexiste con otras soberanías. Si es única, es simplemente “imperium”. Ob. Cit. en nota 1, pág 229.

³⁰ Natale, Alberto. Derecho Político, Pág. 327. Ed. Depalma. Buenos Aires 1979.

Dentro de la teoría expuesta por Bodin, la soberanía tiene las siguientes características³¹:

- *Es absoluta*: Ello significa que no puede ser condicionada ni limitada. No obstante, el autor reconoce ciertas limitaciones axiológicas, que no pueden ser vulneradas: limitaciones religiosas (el soberano no puede modificar las leyes divinas ni las naturales), limitaciones institucionales (que provienen de las leyes fundamentales que rigen la constitución del Estado) y limitaciones de naturaleza estamental (vinculadas con el derecho de propiedad privada, que no podía ser vulnerado por el Soberano)³²
- *Es perpetua*: Ilimitada en el tiempo (aunque Bodin, quien hace referencia a la soberanía del monarca, aclara que esta ilimitación lo es durante la vida del monarca)³³
- *Es indivisible*: No puede dividirse en potestades de las que sean titulares diferentes soberanos.³⁴
- *Es imprescriptible*: No se pierde por el hecho de que se deje de usar por determinado tiempo.³⁵
- *Es inalienable*: No obstante, si bien presume que la soberanía no puede ser objeto de enajenación, admite la posibilidad de que la pueda enajenar el pueblo cuando la entrega, de una manera total e irrevocable, a un soberano. En la misma línea de pensamiento, Hobbes, en su libro el “Leviatán” sostiene que el origen de la soberanía se encuentra en un contrato entre los hombres, que son los que llevan al poder a un Rey, entregándole ese poder en forma irrevocable: ello significa que se cortan los lazos entre el rey y la comunidad. El poder que se construye queda por sobre la comunidad.

Evolución del concepto de soberanía en la historia

La noción de soberanía, con las características señaladas, es producto de un período histórico político determinado: la etapa de surgimiento del Estado Moderno bajo la consolidación del poder absoluto de los monarcas. Pero el concepto no se ha mantenido inmutable, sino que ha sufrido serias transformaciones.³⁶

¿Qué supone la soberanía? En primer término, supone la indivisibilidad del cuerpo en el cual se asienta ese poder. Esto era perfectamente lógico con relación a la monarquía. Pues ¿quién era el soberano? Un monarca, que es uno e indivisible³⁷.

Con la evolución democrática, particularmente a partir de las grandes revoluciones de fines del Siglo XVIII (Revolución Francesa y Revolución Norteamericana) la soberanía se traslada del rey al pueblo. Se sigue entendiendo que el poder del Estado es soberano, pero el titular de esa soberanía ya no es una persona (el monarca) sino el pueblo en su conjunto. Rousseau imaginó al pueblo como una abstracción: es una unidad política formada por un conjunto de personas absolutamente iguales entre sí, que podía concebirse como una

³¹ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 232.

³² Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 233 y 234. Natale, Alberto. Ob. Cit. pág 327 y 328.

³³ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 234.

³⁴ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 234.

³⁵ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 235.

³⁶ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 239 y 240

³⁷ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 241.

unidad indivisible. Si todos los hombres son iguales, esa homogeneidad daba al grupo la unidad necesaria y la indivisibilidad que requería la noción de soberanía.

Hoy, los profundos cambios ocurridos en la sociedad han provocado un fuerte impacto en el concepto tradicional de soberanía ya que indudablemente no puede ser entendida tal como la concibieron los pensadores en tiempos del absolutismo monárquico, ni tampoco en los tiempos en que se evolucionó hacia el Estado Nacional democrático. Tanto en el orden interno como en el orden externo, las transformaciones habidas en la sociedad hacen inaplicable la concepción tradicional de soberanía y, por tanto, exigen repensarla.

En el orden interno, una de las características más significativas de la sociedad contemporánea es su heterogeneidad, que se manifiesta en la compleja estructura interna de la sociedad, conformada por grupos antagónicos, que detentan y ejercen poder, y que hacen que la noción de soberanía, que se asienta sobre la base de la unidad e indivisibilidad del soberano, resulte inaceptable.³⁸

En el orden externo ha sucedido algo parecido, ya que en la actualidad aparece como inimaginable un Estado sin ningún límite o condicionamiento exterior, fundamentalmente, frente al fenómeno de la globalización, en el que se advierte la formación de grupos de poder transnacionales que operan en dimensiones independientes del territorio estatal; la conformación de estructuras supraestatales, como resultados de procesos de integración, en los que los Estados delegan parte de su competencia en organismos supranacionales (tal como ocurre con la Unión Europea); y la incorporación de los Estados a sistemas regionales y/o universales de protección de Derechos Humanos, en los que se comienza a reconocer a las personas derechos que pueden hacer valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenece (Ej.: En el sistema regional americano, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Formas de Estado y de Gobierno

La preocupación del hombre por distinguir y comparar la forma en que se estructura y organiza el poder es anterior al surgimiento del Estado moderno, habiéndose efectuado, en las distintas épocas, múltiples clasificaciones y tipologías.

Recién en el siglo XX la doctrina construye, como nueva herramientas para abordar el estudio de la evolución estatal, la distinción entre “formas de estado” y “formas de gobierno”.

En este marco, las formas de estado comprenden “las diversas configuraciones que el Estado adopta en relación a sus propios elementos integrativos, esto es, a su estructura”³⁹. En cambio las formas de gobierno se refieren específicamente a la organización y funcionamiento de uno de los elementos del Estado, el poder,

³⁸ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 242

³⁹ Romero, Cesar E. Derecho Constitucional. Tomo I. Ed. Victor P. De Zavalía. Pág 89. Buenos Aires. 1975.

que es ejercido por una serie de órganos que tienen a su cargo la conducción del Estado⁴⁰. Finalmente, cabe señalar que las formas de gobierno no se dan en abstracto sino que siempre suponen una forma de estado que la condiciona.

Las formas de estado

Según cómo se relacionen entre sí el poder y el territorio en un estado, tradicionalmente se distingue entre:

- *Estado unitario*: El Estado es uno en su estructura, en su elemento humano y en sus límites territoriales. Esta es la forma de estado más simple y la primera con la que aparece históricamente el Estado Moderno. Es la adoptada por Gran Bretaña, Uruguay, Paraguay, etc.
- *Estado Federal*: Está basado en la descentralización territorial del poder, de forma tal que coexisten en él un Gobierno federal, que detenta y ejerce el poder sobre todo su territorio y todas las personas que habitan en él, por una parte y por la otra, una pluralidad de estados miembros (en el caso argentino se denominan provincias), cada uno de los cuales ejerce poder dentro del respectivo límite territorial sobre los habitantes de cada uno de ellos. En esta estructura compleja, sólo el Estado Federal es soberano y sujeto del orden internacional. El poder es ejercido entonces por las autoridades centrales o las autoridades del estado miembro, según un sistema de reparto de competencias preestablecido. Los Estados miembros del Estado federal carecen de derecho de secesión (no pueden separarse) y nulificación (no pueden negarse a aplicar las decisiones adoptadas por las autoridades federales) Esta forma de estado ha sido adoptada por Estados Unidos, Alemania, Argentina, Brasil, Méjico, entre otros países.
- *Confederación*: Es una asociación entre Estados soberanos, cada uno de los cuales es sujeto del orden internacional, que se unen por un pacto o tratado, por el que se crea un órgano permanente (dieta) a cargo de las competencias establecidas en el pacto de alianza. Una característica peculiar que diferencia la Confederación del Estado federal, radica en que aquella carece de poder directo sobre los habitantes de los Estados confederados, quienes conservan los derechos de secesión (separarse de la confederación) y nulificación (negarse a aplicar las decisiones emanadas del órgano de la confederación).

Generalmente la confederación representa la primera etapa en la constitución de un nuevo Estado. Así ocurrió por ejemplo con los Estados norteamericanos desde 1777 a 1787 y la confederación suiza de 1815 a 1848⁴¹.

En el siglo XX aparece una nueva forma de Estado, a la que podemos denominar Estado Regional: Supone la descentralización del poder en regiones, esto es, “conjuntos humanos que ofrezcan caracteres

⁴⁰ Biscaretti di Ruffia señala que la forma de estado se relaciona con la posición recíproca en la cual vienen a encontrarse los tres elementos constitutivos del Estado; y la forma de gobierno a la recíproca posición en que se encuentran los diversos órganos constitucionales (Derecho Constitucional, pag.223 Ed. Técnos. Madrid, 1965) citado por Romero, Cesar. Derecho Constitucional. Tomo I. Ed. Victor P de Zavalía, pág 90.

⁴¹ Giuseppe de Vergontini. Derecho Constitucional Comparado. Pág. 273 Ed. Espasa Calpe. Madrid. 1983

comunes en su historia idiosincrasia, necesidades y proyecciones futuras”⁴². El Estado región suele ser considerado como una figura intermedia entre el Estado federal y el Estado unitario. El Estado regional, históricamente, surge en Europa partir de la Segunda Guerra mundial, cuando países que habían adoptado originariamente la forma unitaria, como Italia, Francia y España, comienzan a organizarse internamente en regiones.

Las formas de gobierno

Si ponemos ahora nuestra atención en cómo está organizado uno de los elementos del Estado: el Gobierno, encontraremos también diversas formas y distintos criterios para clasificarlos que se han ido proponiendo a lo largo de la historia.

Aristóteles (La Política) propone una clasificación que será retomada luego, en la Edad Media, por Santo Tomás de Aquino y por la escolástica. Se basa en la combinación de un criterio cuantitativo, que atiende al número de detentadores del poder, con otro de tipo cualitativo, que atiende a la finalidad para la que se ejerce el poder.

Según que el ejercicio del poder se oriente a la consecución del bien común o a otros fines, estaremos en presencia de una “forma pura” o de una “forma impura”.

Ahora bien, dado que la titularidad del poder puede pertenecer a uno, a un grupo o a todos los miembros de la comunidad, la forma de gobierno será diferente también en cada caso.

Sobre la base de esta combinación, Aristóteles define seis formas de gobierno (tres formas puras y tres formas impuras), en la que a cada forma pura de gobierno, le corresponde una impura.

A. Formas puras: *El poder se ejerce para lograr el bien común:*

- *Monarquía:* el poder reside en una persona.
- *Aristocracia:* el poder reside en una minoría caracterizada por algún atributo especial que la califica para ocupar el poder político (gobierno de los mejores).
- *Democracia:* el poder reside en el conjunto del pueblo

B. Formas impuras: *El poder se ejerce para el logro de fines distintos del bien común (Ej.: beneficio particular de una persona, o un grupo):*

- *Tiranía:* forma impura de la monarquía.
- *Oligarquía:* forma impura de la aristocracia
- *Demagogia:* forma impura de la democracia

Posteriormente Polibio asigna a la clasificación aristotélica un dinamismo cíclico y enseña que en la historia la monarquía precede a las otras formas de gobierno. Pero cuando ella se vicia degenera en la tiranía

⁴² Romero, Cesar Enrique. Derecho Constitucional. Tomo I, pág 93. Ed. Victor P. De Zavalía. Buenos Aires. 1975.

que, como reacción, deriva en la aristocracia (gobierno de los mejores). Esta, al corromperse degenera en oligarquía, a la que le sucede la democracia y a ésta la demagogia, que da lugar nuevamente a la monarquía.

En la Edad Moderna, Montesquieu (El Espíritu de las Leyes) abandona la distinción entre formas puras e impuras propuestas por Aristóteles, y centra la clasificación en la observancia del orden jurídico existente, distinguiendo tres formas de gobierno:

- *República*: gobierno del pueblo o de parte de él.
- *Monarquía*: gobierno de uno sólo con arreglo a las leyes fijadas y establecidas.
- *Despotismo*: gobierno de uno solo, sin ley y sin norma.

En el Siglo XX, Kelsen (Teoría General del Estado) clasificó las formas de gobierno tomando como elemento diferenciado la forma de creación de las normas jurídicas:

- *Democracia*: En esta forma de gobierno la norma proviene de la totalidad de los componentes del Estado. Para Kelsen un hombre es libre cuando está sujeto a un orden jurídico de cuya creación participa.
- *Autocracia*: Cuando la norma es impuesta por la voluntad exclusiva y preponderante de quien ejerce el poder público.

Kelsen señala que la autocracia y la democracia no son sino tipos ideales que no se dan así exactamente en la práctica. La realidad no es sino una serie de aproximaciones a cada uno de estos extremos.

Para Lowestein (Teoría del la Constitución) el criterio diferenciador radica en si el poder está distribuido entre varios titulares o si, por el contrario, está concentrado en un solo poseedor que lo monopoliza. En base a este criterio distingue:

- *Estado Constitucional*: Se basa en el principio de división de poderes, principio que existe en la medida que varios órganos diferentes participan en la formación de la voluntad estatal. Estos órganos deben ser independientes entre sí, pero sometidos al control recíproco entre ellos.
- *Estado Autocrático*: Es el sistema opuesto, donde existe un solo detentador de poder, que puede ser una persona, un grupo, un partido político, o una asamblea. Es ilimitado y no está sujeto.

La clasificación de las formas de gobierno que mejor responde a la realidad vigente en la actualidad en los diversos Estados es la que se elabora a partir de la relación que existe entre los distintos órganos que ejercen el poder estatal. Desde esta perspectiva, las formas de gobierno pueden clasificarse en:

- *Formas de gobierno parlamentario*: Son aquellas que se basan en la coordinación y colaboración los órganos que ejercen el poder. Sus notas características son:

- a) Existe un Jefe de Estado, que inviste la representación del Estado, y puede ser un Rey (monarquía) o un Presidente electivo (república)
 - b) Sin embargo la función de gobierno es cumplida por un Gabinete, encabezado por el Jefe de Gobierno (De allí la frase con que se caracteriza al parlamentarismo inglés: “El rey reina, pero no gobierna”).
 - c) La designación del Jefe de Gobierno corresponde, al menos formalmente, al Jefe de Estado, pero requiere siempre de la confianza del Parlamento, la cual puede ser expresa o presunta (como sucede en aquellos Estados en los que el líder del partido mayoritario es nombrado formalmente por el jefe de Estado)
 - d) El Gabinete ejerce sus funciones mientras conserva la confianza del Parlamento, quien tiene que estar de acuerdo con lo que hace el Gabinete. El apoyo del Parlamento se exterioriza a través de un voto de confianza (positivo). Pero también puede establecerse un “voto de censura” (negativo) a través del cual se expresa la pérdida de confianza, que hace caer al Gabinete. En consecuencia, el Gabinete tiene responsabilidad política frente al Parlamento
 - e) El Jefe de Estado (Rey o Presidente) no es responsable políticamente frente al Parlamento, ni requiere de la confianza de éste.
- *Formas de gobierno presidencialistas:* A este grupo corresponde la adoptada por la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la Constitución Argentina de 1853. En esta forma de gobierno se distingue y separa el órgano encargado de legislar (el legislativo), de aquel encargado de la actividad de gobierno (el ejecutivo), sin que medie dependencia entre ambos. Sus notas características son:
- a) Las jefaturas de estado y gobierno son asumidas por el Presidente.
 - b) El mandato presidencial tiene una duración fija.
 - c) El Presidente no necesita del apoyo ni de la confianza del órgano legislativo, que recibe el nombre de “Congreso”
 - d) No existe voto de censura ni de confianza.
 - e) El Presidente y el Congreso son órganos separados que funcionan independientemente, sin rendirse cuentas, lo cual no obsta que existan relaciones y controles recíprocos.

No obstante la caracterización efectuada, en la actualidad se advierte una cierta morigeración de estas formas de gobierno, consecuencia del fortalecimiento del Poder Ejecutivo, que es compensada en los sistemas presidencialistas a través de la incorporación de ciertos órganos y controles propios del Parlamentarismo, dando lugar a formas semi-presidencialistas de gobierno. El Parlamentarismo, por su parte, también se ve morigerado por la presencia que asume en el sistema el Jefe de Gobierno, dando lugar a formas semi-parlamentarias.⁴³

⁴³ Haro, Ricardo. “Tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional”. CEDECU, Colección Conferencias, Nro. 3, Montevideo 2001. Pág. 17.

División y equilibrio de Poderes

Si bien el Poder, como supuesto o elemento del Estado es uno solo, cuando a partir de las Revoluciones de fines del Siglo XVIII se quiebra el régimen absolutista y se procura poner límites al poder, surge la teoría de la “división y equilibrio de poderes”. Ésta no hace referencia a la división del poder, sino en todo caso, a la distribución de las funciones que éste ejerce en diferentes órganos de gobierno o detentadores de poder⁴⁴.

En este contexto, ya Aristóteles en “La Política” había distinguido tres aspectos de lo que se podría denominar la función jurídica (creación del orden jurídico): a) La función de definir el derecho, es decir, establecer las reglas; b) la función de poner en ejecución ese derecho, es decir, transformarlas en reglas prácticas; y c) la función de aplicar ese derecho a los conflictos que se susciten entre partes interesadas por su interpretación⁴⁵.

No obstante, corresponde a Montesquieu, ideólogo francés del siglo XVIII, el haber advertido la importancia de distribuir estas funciones en distintos órganos o detentadores de poder, como técnica destinada a garantizar la libertad. Al respecto afirma “aquellos Estados que quieran asegurar la libertad, que crean que el objetivo fundamental es el de garantizar a todos los hombres el goce de la libertad, tendrán que dividir y equilibrar sus poderes, porque la mejor definición del despotismo es la de un gobierno en donde las tres funciones del Estado están en una sola mano”⁴⁶

Y es que, como enseña Jiménez de Aréchaga, el poder contiene una tentación a abusar de él, con el consiguiente perjuicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. Para contener esa tendencia, no basta con positivizar los derechos y libertades a través de su reconocimiento expreso en textos constitucionales. Es necesario además “construir barreras positivas, medios de resistencia que tengan en si mismos la fuerza efectiva necesaria para contener los desbordes de la autoridad”⁴⁷.

En el contexto reseñado, la teoría enunciada por Montesquieu confiere al Poder Legislativo la atribución de dictar las leyes; al Ejecutivo, la facultad de aplicarlas y al Judicial, el poder de decidir sobre los conflictos entre partes.

Ahora bien ¿el principio de división y equilibrio de poderes supone una división absoluta entre los diferentes órganos o detentadores de poder?. Al respecto, comenta Enrique Martínez Paz que la idea rectora de este principio era, en un comienzo, la existencia de tres órganos absolutamente independientes entre sí. Sin embargo, la práctica demostró que junto a la distribución, resulta indispensable un cierto grado de unión que permita unificar la acción estatal⁴⁸.

Como señala Carlos Tagle “la división no debe ser tal que tienda a erigir dentro del Estado tres potencias independientes, aisladas y sin relaciones recíprocas. Los poderes así organizados no producirán garantías eficaces para la libertad, por lo mismo que no comportarían un régimen de recíprocos contrapesos y

⁴⁴ Barrera Buteler, Guillermo. Manual de Derecho Constitucional. Tomo II, Pág. 148. Editorial Advocatus. Córdoba. 1995

⁴⁵ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. págs. 270

⁴⁶ Citado por Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. Pág. 270

⁴⁷ Jiménez de Aréchaga, Justino. El Poder Legislativo. Citado por Tagle, Carlos en el “Estado de Derecho y equilibrio de poderes en la Constitución Argentina” Pág. 84. Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe. 1944.

⁴⁸ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. pág 273-274.

limitaciones mutuas. Sin relaciones entre sí, encerrados cada uno en el círculo de sus atribuciones propias, no habría medios ni oportunidad legal de contener las extralimitaciones de los otros poderes, y como todos serían independientes y faltos de contrapeso en su esfera, de esa situación sólo resultaría o una funestísima anarquía entre los Poderes Públicos, o el predominio absoluto del que ... consiguiera concentrar en sus manos toda la autoridad.”⁴⁹.

Por ello la teoría de la división de los poderes se complementa con la teoría del equilibrio entre los mismos, que propicia, para conseguir contrapesos recíprocos entre los distintos detentadores del poder, la coordinación entre ellos, por medio de una serie de influencias y relaciones mutuas que aseguren el equilibrio.

Por equilibrio de poderes “debemos entender esa combinación especial de los órganos de gobierno que, a la vez que aleja el peligro de la prepotencia o sumisión entre ellos, asegura por medio de discretas injerencias, de reacciones y contrapesos recíprocos, una relación permanente y una colaboración efectiva, que los solidariza como partes distintas de un engranaje único...”⁵⁰ “Los poderes, entonces, no estarán ni separados hasta la incomunicación, ni vinculados hasta la confusión de sus funciones. Una vez divididos, convendrá establecer entre ellos una coordinación que no ahogue su autonomía ni anule su personalidad; habrá que reunirlos en sociedad, como la que forman los hombres libres.”⁵¹

A modo de síntesis, Tagle señala que para lograr un verdadero sistema de división y equilibrio de poderes se requiere: a) Clasificación de funciones; b) Atribución de estas funciones a centros diversos (separación de poderes), c) Independencia funcional de cada uno de ellos; y d) Equilibrio de los mismos, que —a su vez— comprende: ausencia de supremacía, relaciones y controles recíprocos, y resortes adecuados para la solución de conflictos⁵².

Siguiendo este criterio, el autor clasifica las funciones de gobierno en cuatro categorías, que se vinculan, respectivamente, con la separación de poderes (1); la independencia (2); el equilibrio y el control (3)⁵³.

1. Aquellas que se acuerdan por corresponder específicamente a cada uno de los departamentos gubernativos. Así, la función legislativa se atribuye al Poder Legislativo; la ejecutiva la Poder del mismo nombre; y la judicial al Poder Judicial.
2. Aquellas que, sin corresponder por su naturaleza a los órganos que se le asignan, se otorgan para asegurar su autonomía de funcionamiento y hacer de ellos verdaderos poderes del Estado. Así, por ejemplo, la atribución conferida a las Cámaras Legislativas de darse su reglamento interno, elegir sus autoridades, nombrar a su personal, sancionar a sus miembros. En el ámbito del Poder Judicial, podemos mencionar el ejercicio de ciertas atribuciones reglamentarias, designación de personal, aplicación de sanciones disciplinarias.
3. Aquellos que, sin corresponder a su naturaleza, se confieren con el objeto de coordinar las acciones de los poderes, haciendo participar a éstos en las funciones propias de los demás, a los efectos de asegurar

⁴⁹ Tagle, Carlos, Ob. Cit. pág. 85

⁵⁰ Tagle, Carlos. Ob. Cit. pág. 96

⁵¹ Tagle, Carlos. Ob. Cit. pág. 100.

⁵² Tagle, Carlos. Pb. Cit. pág. 101 y 102.

⁵³ Tagle, Carlos. Ob. Cit. pág. 101 y 102

la colaboración y el control entre los mismos. En esta categoría se ubican, por ejemplo, el veto presidencial a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo; la aprobación por el Congreso del presupuesto y las cuentas de inversión; el acuerdo senatorial para la designación de magistrados judiciales y funcionarios; el juicio político;

4. Aquellos que, sin corresponderles propiamente por su esencia, se asignan mas bien teniendo en cuenta las características del poder al que se atribuyen.

Pero ¿el principio de división y equilibrio de poderes tal como lo enunciara el constitucionalismo clásico se encuentra hoy vigente?. Mucho se ha discutido al respecto frente a la complejidad de la sociedad moderna y la diversificación de funciones asumidas por el Estado contemporáneo.

En este marco, han surgido nuevos órganos constitucionales distintos de la tríada clásica. Por otra parte, la tajante distinción entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo se encuentra relativizada por la presencia en ambos poderes de una misma mayoría, y es reemplazada por la relación dialéctica entre mayorías y minorías. La función judicial, por su parte, no consiste únicamente en la aplicación de la ley al caso concreto, sino que asume progresivamente una función de creación del derecho, dimensión que confiere a los Jueces poder y protagonismo.

No obstante, la finalidad originaria del principio de división y equilibrio de poderes se mantiene tan viva como cuando fuera enunciado por Montesquieu: técnica de distribución de funciones, para garantizar el mayor ámbito posible de libertad para el ciudadano.

Constitución y Constitucionalismo

Si hemos dicho que el Estado es una sociedad política organizada por medio de una ordenación normativa, parece indispensable –al menos- presentar la noción de constitución.

En este contexto, cabe señalar que uno de los sentidos más antiguos que se asigna a la voz “constitución” es el que Aristóteles daba al término POLITEIA, en su obra “La política”, como organización u orden establecido entre los habitantes de la ciudad. Cada ciudad tiene su régimen; su tipo político, como modo de vida propio que la diferencia de otras ciudades y le confiere su ser específico. En esta primera acepción constitución significa “status, orden, conformación, estructura de un ente u organismo en general”. Fue empleada por Cicerón, en su Res Pública, para hacer referencia a la “Forma de la ciudad”, pero luego, en la Edad Media, desaparece todo rastro de esta acepción.

Con el advenimiento de la Edad Moderna, el término “constitución” resurge, pero con un sentido diferente, en el que predomina la idea de constitución como regla, norma, ley, sancionada por la comunidad e impuesta como regla de conducta a los hombres⁵⁴.

Es en este sentido que el término en análisis comienza a ser utilizado por el Constitucionalismo, movimiento que tuvo por finalidad limitar el poder y resguardar los derechos y libertades individuales frente al poder absoluto, con el objeto de allegar dignidad a la persona humana⁵⁵.

Como hemos analizado al estudiar el Estado, cuando termina la Edad Media se inicia un proceso de centralización del poder, que concluye en la formación de una nueva forma de organización política, el Estado (o Estado Moderno), bajo la autoridad de un monarca, que unifica territorios, pero que también ejerce el poder, sin compartirlo con otras fuerzas sociales y políticas. El Estado, en esta primera manifestación, nace sin límites al poder, por lo que recibe el nombre de “Estado absoluto”.

En los siglos XVII y XVIII, comienza a predominar una nueva concepción, que hunde sus raíces en el antropocentrismo que caracterizó el Renacimiento (hombre – centro; la razón fuente de todo saber), pero que surge fundamentalmente por la combinación de las teorías iusnaturalistas y contractualistas, que llevan a concebir al hombre como anterior y superior al Estado, y en cuanto tal, titular de derechos inherentes a su naturaleza, que es necesario preservar.

Para lograr el fin propuesto, el Constitucionalismo adoptó como medio, la Constitución, que entendía como un sistema de normas codificadas, reunidas en un cuerpo único, que se caracteriza por su supremacía respecto del resto del ordenamiento jurídico, producto del poder constituyente, y que no puede ser modificada por los poderes por ella creados, cuyo principal objetivo es limitar el ejercicio del poder, con el fin de resguardar los derechos y libertades individuales. Es en este sentido en el que se utiliza la voz constitución por el artículo 16 de la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando establece “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de los poderes no está definido, no tiene Constitución”.

Pero el análisis que efectuamos no quedaría completo si no señalamos que la noción de constitución con la que operó el constitucionalismo en sus orígenes, no era una noción neutra, sino por el contrario, comprometida con la situación social y económica de la época en la que surgió, en la que uno de los antiguos estamentos, la burguesía, luchaba por convertirse en el estrato dirigente. Para ello, no sólo se valió del concepto normativo de constitución que hemos definido supra, sino también de su contenido, nutrido en la ideología individualista –liberal y en las ideas aportadas por las teorías fisiocrática francesas, que postulaban la existencia de un orden natural en la economía, gobernado por la ley de la oferta y la demanda, en donde no debía intervenir el Estado.

En este contexto, si bien es cierto que los derechos son reconocidos a todos los ciudadanos por el texto constitucional, no lo es menos que lo son sólo desde una perspectiva “formal”, que implica que ante la ley, todos tuvieran iguales derechos, aunque ello no se correspondiera con la realidad. En igual sentido, libertad, propiedad y seguridad, eran los grandes objetivos a proteger

Como señala Cesar Enrique Romero⁵⁶, la primera versión del constitucionalismo dio lugar al denominado “Estado liberal de Derecho”, es decir un Estado en el que se sustituye el manejo personal del poder del monarca, por una mecánica institucional prescripta por normas jurídicas, que reconoce la primacía de los

⁵⁴ Martínez Paz, Enrique. Ob. Cit. pág 290.

⁵⁵ Romero, Cesar E. Introducción al Derecho Constitucional. Pág. 60

⁵⁶ Romero, Cesar Enrique. Ob. Cit. pág. 93

derechos del individuo, pero que supone un constreñimiento extraordinario del poder del Estado, limitado a un papel pasivo, gendarme, cuyo intervención se limita a cuidar que no se interfiera en el libre ejercicio de los derechos⁵⁷..

Esta primera versión del constitucionalismo, sin embargo, entró en crisis en el siglo XIX, cuando surge la denominada “cuestión social”, que se ve acentuada por acontecimientos tecnológicos, como la revolución industrial, pero también por la capacidad de acumular riquezas en forma ilimitada, como consecuencia del libre juego de la oferta y la demanda, que derivó en la marginación de grandes masas de trabajadores y en la explotación de los más débiles, tal como advirtió el Papa León XIII, en la Carta Encíclica *Rerum Novarum* (1891) que trata sobre la "condición" de los obreros⁵⁸

Frente a esta realidad, el constitucionalismo comienza a reaccionar cuando finaliza la primera guerra mundial, momento en que se sancionan los primeros textos que abordan esta problemática (México, 1917; Weimar (1919), Austria (1920), Polonia (1921).

Pero es recién después de la segunda guerra mundial cuando se toma conciencia del papel que había jugado la crisis socioeconómica en la pérdida de la libertad, signada por la lucha de clases sociales y la miseria colectiva⁵⁹. Los nuevos textos constitucionales comienzan entonces a concebir el principio de igualdad en una nueva dimensión, al reclamar una relativa igualdad de hecho (igualdad real de oportunidades), que se suma a la igualdad formal proclamada por el constitucionalismo clásico, y que exige la intervención del Estado en la vida social y económica para alcanzarla. Paralelamente, se dignifica el trabajo y se valoriza a los trabajadores; el derecho de propiedad pierde su carácter absoluto, y se admite su limitación, en aras a la satisfacción de necesidades sociales; y la protección de la dignidad de la persona humana, se transforma en una meta gubernamental.⁶⁰

Producto de esta nueva concepción, surge lo que se ha dado en llamar el “Estado Social de Derecho”, que lejos de renegar de los aportes fundamentales efectuados por el constitucionalismo, los actualiza mirando ya no al individuo, sino al hombre integrado en una realidad social⁶¹. Ejemplos de esta nueva concepción son las Constituciones de Italia (1947), Alemania Occidental (1949), Francia (1947 y 1959), entre muchos otros.

Pero el grado de concreción de los postulados del constitucionalismo social no es uniforme en los diferentes Estados, toda vez que la incorporación de sus principios en textos constitucionales, no siempre se

⁵⁷ Romero, Cesar Enrique. Ob. Cit. pág. 54

⁵⁸ Describiendo la “Cuestión Obrera” la Carta Encíclica *Rerum Novarum* (1891) sostiene “2. Como quiera que sea, vemos claramente, y en esto convienen todos, que es preciso auxiliar, pronta y oportunamente, a los hombres de la ínfima clase, pues la mayoría de ellos se resuelve indignamente en una miserable y calamitosa situación. Pues, destruidos en el pasado siglo los antiguos gremios de obreros, sin ser sustituidos por nada, y al haberse apartado las naciones y las leyes civiles de la religión de nuestros padres, poco a poco ha sucedido que los obreros se han encontrado entregados, solos e indefensos, a la inhumanidad de sus patronos y a la desenfrenada codicia de los competidores. -A aumentar el mal, vino voraz la usura, la cual, más de una vez condenada por sentencia de la Iglesia, sigue siempre, bajo diversas formas, la misma en su ser, ejercida por hombres avaros y codiciosos. Juntase a esto que los contratos de las obras y el comercio de todas las cosas están, casi por completo, en manos de unos pocos, de tal suerte que unos cuantos hombres opulentos y riquísimos han puesto sobre los hombros de la innumerable multitud de proletarios un yugo casi de esclavos”

⁵⁹ Romero, Cesar Enrique. Ob. Cit. pág. 110.

⁶⁰ Sagües, Nestor P. Elementos de Derecho Constitucional. Tomo I, págs 12 a 15. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1995.

ve acompañada de su instrumentación en la realidad tal como ocurre en los Estados menos desarrollados. Como ejemplo de esta situación, basta con mirar a nuestro alrededor, signado por la desigualdad, la pobreza y la desocupación, no obstante haberse “actualizado” la Constitución Argentina en 1949, en 1957 y 1994, recepcionando los principios del constitucionalismo social.

Asimismo debe tenerse presente que, como señala Ricardo Haro⁶², la mutación del contexto socio-cultural es un proceso continuo, que –en los últimos tiempos- se ha visto dinamizado y profundizado por un acelerado progreso científico-tecnológico; progreso que repercute en la mayor movilidad de los flujos financieros, de masas poblacionales, de capitales, etc, y que parece borrar las fronteras de los Estados, afectando su soberanía y su capacidad para definir e instrumentar la acción estatal en estos aspectos.

Es evidente que el contexto socio-cultural contemporáneo no se corresponde con aquel que tuvo en miras el constitucionalismo en sus dos vertientes, liberal y social y ello ha tenido influencia en el constitucionalismo de finales del Siglo XX que comienza a exhibir características particulares que nos permiten hablar de un constitucionalismo “de tercera generación”, que pretende dar respuestas a los requerimientos de protección de la dignidad del hombre en la nueva sociedad globalizada.

⁶¹ Haro, Ricardo. Ob. Cit. pág 30

⁶² Haro, Ricardo. “Tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional”. CEDECU, Colección Conferencias, Nro. 3, Montevideo 2001. Pág. 4.

DERECHO PÚBLICO

Introducción

Las diferencias que justifican la clasificación entre Derecho Público y Derecho Privado, han sido objeto de numerosas y diversas teorías, en las que se fundan las posiciones más diversas al respecto. Incluso, prestigiosos autores como Kelsen, niegan la posibilidad de dicha distinción alegando que el orden jurídico es uno sólo. No obstante ello –y como comenzamos diciendo–, los diferentes criterios utilizados para justificar la distinción, no siempre resultaron suficientes para poder definir de una manera adecuada y completa al Derecho Público. Es por ello que no resulta aconsejable adoptarlos individualmente, puesto que siempre habrá alguna situación que escapa al modelo propuesto; y en consecuencia se estima que en cada caso concreto corresponderá aplicar uno de ellos o todos en conjunto de manera complementaria.

Clasificación

En el centro jurídico por excelencia de la antigüedad, como lo era Roma, las regulaciones comenzaron a resultar demasiado generales para una ciudad que se iba convirtiendo en el eje del mundo antiguo occidental. En consecuencia, el ordenamiento comienza a sentir la exigencia de incluir los diferentes tipo de relaciones que entre los ciudadanos habían comenzado a darse.

Es entonces cuando se especifican dos conceptos fundamentales y definitivos para la construcción, no sólo de orden jurídico romano, sino del de todos los ordenamientos jurídicos posteriores. Estamos refiriéndonos a las nociones de derecho público (*ius publicum*) y de derecho privado (*ius privatum*). El primero de ellos abarca las declaraciones normativas emanadas de los órganos estatales para regular los problemas propios de la comunidad. El segundo de las formuladas por los particulares para sus negocios, contratos y transacciones privadas; éstas sólo son conocidas por los interesados, de allí el nombre de privado. Ambas categorías de declaraciones normativas constituyeron, junto con la costumbre, una fuente del derecho. Y en caso de conflicto, prevalecía el derecho público, ya que ninguna norma particular pudo alterar lo mandado por las leyes de la ciudad⁶³.

Sin perjuicio de lo expresado, a continuación tomaremos razón de estos criterios tenidos en cuenta por la doctrina, como así las objeciones que afectan a algunos de ellos.

a) Criterio Subjetivo o Personal

En esta categoría, el criterio de análisis centra su mirada en las personas intervinientes en la relación jurídica de que se trate. Si una de ellas fuera el Estado –tomada al expresión en el sentido más amplio de la misma–, estaríamos en presencia de un marco regulatorio correspondiente a la esfera del Derecho Público. Por el contrario, la ausencia de persona u órgano estatal resultaría determinante de la pertenencia de dicha relación jurídica al ámbito del Derecho Privado.

⁶³ Vide Fernando MARTÍNEZ PAZ (h), *Introducción al Derecho*, Ábaco, Bs. As., 1994, p. 66.

De esta forma, sería el Estado el sujeto por excelencia del Derecho Público; en tanto que lo sería del Derecho Privado el individuo.

Este criterio ha sido objetado a partir de la existencia de personas públicas no estatales, esto es que no integran el Estado en su sentido orgánico, pero que igual se les habrá de aplicar el Derecho Público. Por otra parte, también es innegable que existen ocasiones en las que ciertas personas de Derecho Público actúan con una orientación nítidamente privada, como cuando lleva adelante actividades estrictamente comerciales.

b) Criterio Objetivo o Material

Aquí lo que se tendrá en cuenta es la materia específicamente regulada por el derecho, y en tanto la misma haga referencia a lo público y al interés general, nos encontraremos frente a normas de Derecho Público. Por el contrario, si la materia objeto de reglamentación concierne al interés particular o individual, estaríamos en presencia de una relación jurídica correspondiente a la esfera del Derecho Privado.

La debilidad que se le atribuye a este criterio, es justamente la dificultad que existe al intentar definir con precisión el interés público o interés general.

c) Criterio Imperativo

Finalmente, este tercer criterio formulado por la doctrina se funda en la existencia misma del poder público que impone su voluntad y autoridad a los particulares. En la medida en que haya acuerdo de voluntades por parte de los contratantes, este criterio identifica a la relación jurídica como perteneciente al ámbito del Derecho Privado.

La crítica que se le formula a este principio clasificatorio, radica en que no toda relación de Derecho Privado se encuentra regida por el principio de igualdad en la contratación, pudiendo citar sólo a mero título ejemplificador el caso de los contratos por adhesión. Por otra parte, tampoco es cierto que a nivel contractual el Estado siempre imponga su voluntad y autoridad emanados de su propio poder público, llegando a existir situaciones extremas en donde el Estado afronta contratos administrativos o públicos en una franca desventaja, como es el caso de los suscriptos con organismos de crédito multinacional en determinadas circunstancias.

d) Criterio Teleológico o Finalista

En este caso la diferencia se basa en el fin perseguido. Así cuando éste fuese el interés del Estado, estaremos ante el campo publicista; mientras que cuando lo es el interés del individuo, corresponde al privatista.

e) Criterio Tipológico Normativo

Aquí los autores explican la diferencia fundamental que da origen a esta clasificación a partir de la tipología normativa, esto es cuando se trata de normas de organización de la sociedad estamos en

presencia de Derecho Público; en tanto que corresponden al Derecho Privado aquellas normas de conducta de los individuos que conforman la sociedad.

Concepto

Hemos expresado ya algunas de las dificultades que interfieren seriamente con el intento de lograr una definición apropiada de Derecho Público; especialmente si tenemos en cuenta que la misma debiera ser una proposición que exponga con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales del mismo.

A ello cabe agregar que además dicha definición sufrirá ciertas variaciones en atención a la particular conformación de la organización de la forma de estado y de gobierno de cada país o nación; atento que parte del contenido de la noción de Derecho Público, necesariamente habrá de surgir ellas. Cabe, por lo tanto, formular esta segunda advertencia en relación a la natural interdependencia que siempre existirá entre estas cuestiones y la definición que se procura.

Algunos autores definen al Derecho Público como la rama del Derecho que se refiere a la organización y funcionamiento del Estado, de las Personas Públicas no estatales, y a la relación de estos sujetos con los particulares, incluidas sus garantías (i.e. amparo, habeas corpus, habeas data)⁶⁴.

Otros, afirman que es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (i.e. jurisdiccionales, administrativas, según la naturaleza del órgano que las detenta) y según el procedimiento legalmente establecido y de las administraciones públicas entre sí⁶⁵.

Caracteres

Cierto es que los autores no han logrado acordar sobre el fundamento de esta diferenciación, como así tampoco sobre un concepto universal y definitivo; pero no caben dudas en cuanto a las características de uno y otro derecho.

Así es doctrina pacífica que el Derecho Público es fundamentalmente irrenunciable e indisponible, en tanto que en su par Privado los sujetos de la relación jurídica pueden, o no, ejercitar las facultades que les corresponden. El Derecho Público es imperativo, en tanto que la autonomía de la voluntad preside al Derecho Privado. En aquel, la interpretación es estricta y las facultades deben estar expresamente establecidas, mientras que en este último, los individuos están facultados para hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la ley.

⁶⁴ Rubén FLORES, "El Derecho Público", obtenido de www.vozalmundo.com, consultado el día 29/07/2007.

⁶⁵ Wikipedia, "Derecho Público", obtenido de http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_p%C3%ABlico, consultado el día 29/07/2007.

Ramas del Derecho Público

Hemos adelantado ya que el Derecho Público se encuentra directamente entrelazado con la forma de gobierno y de estado que adopte una sociedad jurídicamente organizada. Particular relevancia cobra esta situación cuando se hace referencia a las distintas ramas que lo integran, por cuanto parte de las mismas dependerá en gran medida de aquellas formas.

En primer lugar hemos de diferenciar entre Derecho Público interno y Derecho Internacional Público. Este último comprende el conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional (*vide Podestá Costa*).

Por su parte, en general se consideran ramas del Derecho Público Interno al Derecho Político (*Parte de la ciencia del derecho que estudia el origen, funcionamiento y fines del estado*); al Derecho Constitucional (*Regulador de la organización, competencias y funcionamiento de los órganos constitucionales, los derechos constitucionalmente reconocidos y los mecanismos constitucionales frente a las intromisiones de los poderes públicos a las libertades, derechos y garantías individuales*); al Derecho Administrativo (*Complejo de principios y normas que regula la organización y la actividad de la administración público, vide Díez*); y a los derechos Penal (*Conjunto de normas que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles, vide Ricardo C. Núñez*), Financiero y Tributario (*Especialidad que regula la actividad del Estado en cuanto a los órganos encargados de recaudación y aplicación de impuestos, presupuesto, crédito público y, en general, de todo lo relacionado directamente con el patrimonio del Estado y su utilización*), Procesal (*Conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, esto es, los órganos y las formas de aplicación de las leyes*) y hasta algunas materias del Derecho Laboral (*Aquel que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente, vide Cabanellas*), en tanto todos comparten la naturaleza jurídica del Derecho Público porque al menos una de las partes de las relaciones jurídicas surgidas en ellos, ejercita una potestad pública y debe hacerlo precisamente a través del procedimiento legalmente previsto y conforme a los fines y objetivos que prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, cabe destacar que este listado se amplía cuando la forma de estado es federal –como en el caso de nuestro país–, puesto que se incorporan otras ramas específicas de esta arquitectura institucional, como el Derecho Público Provincial y el Derecho Municipal, en tanto conjunto de normas destinadas a organizar institucionalmente el poder y su ejercicio en el ámbito local a partir de la noción de autonomía que preside la relación federal.