

**La teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de gobierno en la República Argentina(\*), Por Cassagne, Juan Carlos - El Derecho 274-575**

1

Estado y Nación: analogías y diferencias

El art. 1º de la Constitución, de gran trascendencia, encierra varios contenidos sustanciales, tanto expresos como implícitos e inherentes(1), los cuales remiten necesariamente a la teoría del Estado, a su historicidad y naturalidad.

Si se repara en el alcance que ambas expresiones tienen en la Constitución argentina, el Estado resulta ser un producto histórico, político y jurídico que, en el plano jurídico constitucional, equivale a la Nación.

La Nación puede también ser concebida, en sentido sociológico, como algo distinto del Estado, es decir, como hecho social constitutivo de un agrupamiento de personas vinculadas por lazos de pertenencia específica (raza, religión, historia, etc.). Sin embargo, no configura una institución ni un sujeto de derecho. Se trata de un agrupamiento de personas carente de organización(2) y de poder(3).

En cambio, el Estado es la institución que constituye la comunidad perfecta y soberana que, en el orden normativo, posee personalidad jurídica(4), susceptible de sancionar el ordenamiento jurídico positivo y de dictar las normas que rigen su organización(5).

El art. 1º se refiere a la forma de gobierno del Estado. El concepto de forma es tomado en su significación de la filosofía clásica aristotélica que se relaciona con el principio real activo que da al Estado su entidad o esencia, sea sustancial o accidental. De ahí que, antes de explicar el significado y sentido de la fórmula constitucional, sea necesario abordar una serie de aspectos de la teoría del Estado y, particularmente, la distinción entre formas de Estado y formas de gobierno.

2

## Estado y sociedad

La lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y el Estado no constituye un nuevo fenómeno sociopolítico, y la historia del mundo demuestra la ocurrencia de esta confrontación en diferentes épocas de la humanidad.

Lo novedoso es que, por primera vez, el poder estatal se infiltró en el siglo XX de ideologías que pretendieron, como objetivo fundamental, la absorción de la sociedad por el Estado, intento este que no había sido preconizado antes, al menos en esa escala, ni siquiera por el absolutismo. Todo ello condujo a un mayor y acentuado intervencionismo estatal.

Resulta necesario recordar que el principio que reconoce y propugna la subsistencia del dualismo "sociedad-Estado" representa uno de los principios jurídico-sociales de mayor relevancia del derecho natural cristiano, el cual, según Messner, permite resaltar un conjunto de consecuencias que combinan una serie de principios sociales y derechos de las personas, a saber: 1) la existencia de derechos originarios propios en cabeza de los individuos y de las sociedades menores o cuerpos sociales intermedios; 2) tales derechos encuentran su fundamento en el orden moral y, como son imprescindibles y necesarios para la propia dignidad humana, resultan inviolables e irrenunciables; 3) al ser tan originarios como los derechos del Estado, no derivan del derecho estatal positivo, es una de las principales misiones del Estado reconocer su existencia y fomentar su desenvolvimiento por parte de los individuos y de las comunidades menores, y 4) sin perjuicio de la competencia del Estado para definir en su ordenamiento la recíproca correlación de las potestades sociales, este carece de aptitud jurídica y moral para intervenir en la esfera de actuación que es privativa de la sociedad(6).

Sin embargo, el fracaso generalizado de las concepciones ideológicas que procuraron la absorción de la sociedad por el Estado ha hecho que las fuerzas de aquella hayan resurgido con una mayor

fortaleza que antes, como se observa en los diferentes movimientos políticos producidos en Europa Oriental. Por lo demás, esa pretensión de diluir la sociedad en el Estado contiene una buena dosis totalitaria en cuanto elimina la espontaneidad(7), que es la base indispensable para el desarrollo de la iniciativa privada, dejando exclusivamente a cargo del Estado la configuración del orden social mediante la inversión del principio de subsidiariedad.

3

## Elementos del Estado

En forma previa al examen de las formas del Estado y de gobierno, la metodología que estimamos correcta impone una síntesis sobre los elementos del Estado. Una postura que trata de amalgamar los elementos de la teoría clásica, quizás abstracta pero precisa en cuanto a su fundamento natural y social (sociabilidad natural y necesidad social), lo concibe como una obra humana y, en definitiva, como un producto histórico, al que cabe adicionarle las notas características dinámicas que marca la realidad del Estado moderno.

El tema de los elementos se mezcla con la cuestión que la doctrina clásica denominaba causas del Estado, refiriendo con ese concepto al fundamento u origen del ente estatal. Así, se partía de la llamada causa eficiente que es el primer principio productivo del efecto por el que se hace algo o por quien se hace algo. De un modo mediato, la causa eficiente es Dios, quien crea al hombre y lo dota de una naturaleza social. El producto de esa sociabilidad natural del hombre es el Estado, cuya causa eficiente inmediata radica en el consentimiento del pueblo (Suárez). Pero la fuente u origen del Estado y del poder estatal no se atribuyen inmediatamente a Dios, como lo proclamaba el absolutismo monárquico al sostener el origen divino del poder, sino a un pacto entre los hombres que atribuyen el poder a los gobernantes.

Esta tesis pactista, desarrollada principalmente por la neoescolástica de la escuela salmantina(8), es la que fundamentalmente adoptó el constitucionalismo norteamericano, habiéndola recibido a través de la influencia que tuvo la obra del filósofo Richard Hooker en Locke(9), la cual, como se verá más adelante, poco tiene que ver con la teoría de la soberanía del pueblo de Rousseau, algo que algunos predicán, sin haber hecho la correspondiente indagación histórico-filosófica.

Al lado de la causa eficiente (que siempre es extrínseca o trascendente) se encuentra la causa final, que constituye la razón de ser o fin del Estado, que no es otra que el bien común, cuyo

objetivo consiste en proporcionar a las personas las condiciones espirituales y materiales que les permitan vivir con dignidad.

La concepción del bien común, como fin del Estado, ha sido objeto de una especial consideración en la Doctrina Social de la Iglesia, volcada en numerosas y sucesivas Encíclicas papales(10), que ha ido adoptando un criterio amplio que comprende a todas las especies de justicia (particular y general) así como a las relaciones estatales fundadas en la solidaridad y caridad social, sin limitar su gestión al Estado, dado que el bien común puede realizarse también por obra de las comunidades intermedias y aun de las personas individuales. El Estado no es único sujeto del bien como ha pretendido la corriente sociologista del mito estatal, de inspiración hegeliana(11).

Completan el cuadro clásico de las causas del Estado aquellas que son consideradas intrínsecas o innatas, que se circunscriben a las causas material y formal. La materia del Estado está integrada por un espacio geográfico y una población(12) que habita en este. Sobre ese espacio geográfico (el territorio), el Estado ejerce su soberanía a través de los representantes del pueblo. La noción de pueblo comprende a todos los habitantes del Estado(13) sin que quepa hacer distinciones fragmentarias que limitan el concepto a una parte del pueblo (los sectores dominados), como las que se advierten a través de la prédica de las corrientes socialistas más radicalizadas que postulan el denominado Estado populista(14) o las llamadas democracias populares. En el modelo del llamado socialismo del siglo XXI ese fragmento del pueblo se identifica con el todo.

Finalmente, la causa material (pueblo y territorio) se integra en una "unión u orden" que es la causa formal que configura esos elementos materiales y humanos y los informa, de ahí surgen las autoridades del gobierno y el ordenamiento positivo. Este orden es la Constitución (sea en sentido positivo formal como material, producto del derecho natural y de las costumbres comunes del pueblo).

Pero la causa formal precisa del poder para que la unidad del orden político pueda subsistir y concretarse, pasando de la potencia a los actos. El poder es energía, capacidad de acción y se resume en el poder de mando y en la soberanía del Estado (supremacía y autodeterminación). En los regímenes políticos en los que impera el Estado de derecho (con sus variantes evolutivas) el poder del Estado tiene límites y los órganos que lo ejercen tienen repartidas sus competencias y funciones para que el control recíproco de los órganos que actúan ese poder impida el despotismo y privilegie la libertad.

Cualquier investigación demuestra que la concepción escolástica sobre las causas del Estado ha proyectado su influencia en las construcciones posteriores sucesivas del iluminismo y del racionalismo y aun del positivismo legalista. La concepción más difundida, seguida hasta mediados

del siglo pasado en nuestras universidades, no hablaba de las causas sino de los elementos del Estado, circunscribiéndolos al territorio, la población y el poder(15).

Esa falencia, corregida en parte por un sector de la doctrina constitucional que incorporó al gobierno como elemento del Estado, requiere una reformulación moderna de los elementos del Estado que introdujo, dentro de la teoría del Estado, al gobierno o administración que ejecuta las leyes y administra el Estado (en sentido amplio, el Poder Legislativo, y la justicia que controla los poderes es también gobierno), a la soberanía como atributo del poder y, fundamentalmente, el aspecto axiológico relacionado con la causa final del Estado, el fin de bien común, en el que se integran todos los principios, derechos y garantías que prescribe la Constitución(16).

En suma, puede admitirse que en la teoría moderna sobre el Estado, sus elementos son tanto el gobierno (en sentido amplio) como el pueblo, el territorio, el poder y la finalidad de bien común que debe perseguir el Estado para preservar la dignidad humana de sus habitantes.

4

Formas de Estado y formas de gobierno. La democracia representativa y republicana

El Estado y el gobierno son instituciones distintas que están, sin embargo, en una relación de dependencia recíproca, ya que no puede haber Estado sin órganos que lo dirijan ni tampoco gobierno donde nadie mande ni conduzca, tal como sucede en la anarquía.

El Estado es la institución de las instituciones y en él residen el poder y la soberanía que se manifiestan mediante los actos de sus funcionarios que componen el gobierno. A primera vista, parecería que el gobierno fuera solo el Ejecutivo (la Administración Pública en sentido lato), pero, en el sistema constitucional argentino, el gobierno está constituido por los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), de un modo similar al esquema constitucional norteamericano.

Ha habido cierta confusión entre las formas del Estado y las formas de gobierno. Si la forma es la esencia de algo, el Estado no puede concebirse en función de sus atributos o caracteres accidentales ni solo por la tradición histórica, aunque esta juega un papel trascendente a la hora de

configurar los llamados contenidos pétreos de una Constitución.

Resulta más acertado, según nuestro juicio, referir las formas de Estado a tres grandes categorías que configuran el modelo de Estado. La primera categoría apunta a la forma de elegir las autoridades ejecutivas del Estado según que la elección sea producto de la voluntad del pueblo (democracia) o bien que se imponga por la fuerza revolucionaria (dictadura).

La segunda forma de Estado implica la configuración de una república democrática o de una monarquía constitucional democrática (en la que el rey no ejerce funciones de gobierno, conforme a la clásica fórmula "reina pero no gobierna").

La tercera de las formas de Estado tiene que ver con la naturaleza descentralizada (confederación y estado federal) o centralizada del poder y de la organización del gobierno, en función del territorio y su división geográfica, forma que algunos han concebido como la de mayor trascendencia para tipificar las formas del Estado(17).

En cuanto a las formas de gobierno, el sistema constitucional argentino adoptó el presidencialismo, que implica que el máximo órgano Ejecutivo de gobierno sea elegido por los votos del pueblo (en la actual Constitución en forma directa), a diferencia del sistema parlamentario, en el que la elección es producto de la voluntad del Parlamento a través del voto de los representantes del pueblo.

La esencia del Estado argentino es la democracia republicana(18) representativa, que implica haber elegido uno de los modelos políticos concretos que subsisten en el mundo moderno (democracias republicanas o monarquías constitucionales europeas con gobiernos democráticos elegidos por el pueblo, monarquías asiáticas, dictaduras comunistas o populistas y hasta fundamentalismos religiosos, etc.).

El modelo republicano lleva consigo la exigencia de publicidad y transparencia de los actos de gobierno, principio del que deriva el derecho que poseen los ciudadanos de acceder a la información pública para proteger sus situaciones jurídicas subjetivas(19).

El sistema republicano democrático, aparte de la separación de poderes y la publicidad de los

actos de gobierno, presenta como rasgos típicos la alternancia de los cargos públicos, la responsabilidad de los funcionarios y la igualdad de todos los ciudadanos ante las leyes(20).

La democracia constituye la forma indirecta en que el pueblo gobierna a través del consentimiento que otorga mediante la elección de sus representantes. Dada la imposibilidad real que plantea la democracia directa, nuestra Constitución prevé que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución" (art. 22, CN). Esta prescripción constitucional excluye la llamada democracia deliberativa(21) y limita el alcance del derecho de participación pública de los ciudadanos que, aun cuando poseen la facultad de expresarse en asuntos públicos, carecen de poder decisorio, el cual está reservado a las autoridades políticas del Estado. Como se verá más adelante, el sistema representativo argentino consagra la forma de gobierno presidencialista, basada en un Poder Ejecutivo fuerte, fórmula que el constituyente originario consideró más afín con nuestras tradiciones, costumbres e idiosincrasia(22).

El modelo de Estado, consustancial a nuestra democracia republicana, es el Estado de derecho basado en la separación de los poderes y en la protección de los derechos fundamentales de las personas. El Estado de derecho se ha mantenido, en lo sustancial, pero ha evolucionado hacia el modelo de Estado social y democrático de derecho(23) o, en línea similar a esta última, el Estado subsidiario(24) o Estado de justicia(25), en el que se pone el acento en la primacía de la dignidad humana y en el papel del Estado como regulador y garante(26) de las prestaciones que satisfacen las necesidades primordiales de los ciudadanos. Estos últimos modelos ponen en práctica la Economía Social de Mercado(27), en contra de las tendencias del socialismo radicalizado del siglo XXI, que encarna la razón populista con fuerte intervención o control estatal de la economía y una política distributiva que prescinde de la productividad y eficiencia, multiplicando, en definitiva, la pobreza de los habitantes. Este modelo de Estado populista, caracterizado por el aniquilamiento de las libertades y de los derechos de propiedad individual (v. gr. Cuba) o la confrontación permanente y la degradación de las libertades, particularmente la de expresión, ha tenido aplicación en Venezuela, Bolivia, la Argentina y Ecuador.

El Estado populista(28) se basa en una construcción colectiva que aglutina y centraliza demandas sociales insatisfechas para acceder y mantenerse en el poder, enmascarándose, en algunos casos, en la forma democrática de elección de los gobernantes que ejercen una hegemonía política acentuada, la cual promueve el antagonismo permanente con los sectores opuestos o independientes de la sociedad, aplicando la lógica amigo-enemigo (Carl Schmitt).

## El principio de la separación de poderes

### 5.1. Acerca del origen de la doctrina

La unidad del poder estatal no fue mayormente debatida en el campo de la filosofía política ni en el de la dogmática constitucional. En la Edad Moderna, apareció en Francia un libro destinado a marcar más tarde el rumbo a todos los Estados democráticos de Europa y América, no obstante que su interpretación y consecuente aplicación en la dogmática constitucional no haya sido siempre la misma por el peso de las singularidades de cada país (historia, tradiciones, ideologías políticas, etc.).

La influencia de ese libro, que lleva por título *El espíritu de las leyes*, publicado en 1748 por Charles-Louis de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu, sigue gravitando aún sobre los Estados modernos, bien que con las adaptaciones que va imponiendo la realidad política y social. Como se verá más adelante, la gravitación de la teoría de la separación de poderes no se ciñe al derecho constitucional, sino que, al abordar la cuestión de las funciones estatales y las relaciones entre la Administración (o el gobierno, según la terminología europea) y los otros poderes, se configura como uno de los principios fundamentales del derecho administrativo contemporáneo. Hasta podría decirse que, junto al principio de la supremacía constitucional, constituye uno de los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo).

La teoría de la separación de los poderes ha sido objeto de múltiples y variados desarrollos volcados en medulosos estudios e investigaciones, tanto en el derecho comparado como en nuestro país(29), y la mayor parte de sus autores han coincidido en afirmar que su paternidad corresponde a Montesquieu(30), sin negar por ello las influencias de otros que abordaron el tema, como Locke. Lo cierto es que la originalidad de su concepción (sobre todo en lo concerniente al equilibrio entre los órganos que ejercen las funciones administrativas y legislativas con el órgano judicial) no puede ponerse en duda.

Sin analizar la totalidad del pensamiento expuesto por Montesquieu en distintos capítulos de esa obra y en las *Lettres persanes* o en las *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*(31), algunos han limitado el examen al Capítulo VI del Título XI, referido a la Constitución de Inglaterra.

Para desentrañar el pensamiento de Montesquieu sobre la separación de los poderes, cabe



advertir que el escaso desarrollo de los conceptos utilizados por la ciencia política de la época provocó una serie de confusiones, muchas de las cuales han llegado hasta la actualidad, acerca de los conceptos de poder, órgano y función cuyo correcto sentido abordaremos en el punto siguiente. En realidad, más que la confusión conceptual que suele atribuirse a Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, parece más lógico sostener que se trata de polisemias propias de la época. Sin embargo, si se reemplaza en cada lugar de la obra el término según el sentido técnico actual es posible descubrir la trama de la verdadera doctrina que expone, aunque muchas veces los conceptos aparecen entrelazados (v. gr. poder y función). De alguna manera, continúan utilizándose, aún hoy, por comodidad del lenguaje, los distintos conceptos que emplea Montesquieu sobre el poder.

Esta trama ha sido desenvuelta en forma notable por Jorge Tristán Bosch, piedra de toque de nuestra vocación por el derecho administrativo, a quien seguimos en la parte medular de sus opiniones sobre esa teoría y las funciones del Estado(32).

¿Cuáles fueron las dos ideas que guiaron al constructor de la teoría de la separación de los poderes? Bielsa, en el "Prólogo" a la obra de su discípulo Bosch, lo explica con claridad meridiana al recordar que las ideas dominantes en la concepción de Montesquieu eran la prevención y defensa de la libertad natural del hombre para protegerlo "contra el despotismo de la autoridad"(33).

Si todo hombre que detenta el poder está tentado a abusar de él (como pensaba de un modo realista Montesquieu siguiendo a David Hume)(34), es necesario que el poder encuentre sus límites y la fórmula más adecuada para ello es le pouvoir arrête le pouvoir. Esta fórmula significa que "la solución del problema que plantea el posible abuso de poder se encuentra" en separar el poder y lograr que las partes separadas "de ese poder se detengan entre sí, recíprocamente"(35).

Resulta indudable que ese freno recíproco conduce al equilibrio entre los distintos poderes del Estado(36), el cual se logra "distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos, constituidos por personas en principio distintas, de manera tal que ninguno de ellos pueda imponer su voluntad a los otros ni quede sometido a una voluntad ajena a la propia. No se trata –agrega Bosch– de que los órganos estén aislados; por el contrario, es preciso que puedan detenerse entre sí y nada obsta a que entre ellos se entablen relaciones de recíproca colaboración"(37).

En prieta síntesis, puede afirmarse que la doctrina de la separación de los poderes constituye uno de los pilares centrales del edificio constitucional que implica varios elementos que deben funcionar en forma armónica y equilibrada para que se realice el Estado de derecho. Además de consagrar el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho (legalidad y justicia), supone una partición de funciones en órganos separados e independientes con especialización funcional relativa y poderes limitados. La separación es tanto orgánica como de las personas(38) y, en nuestro

sistema, no es absoluta(39), en suma, es una separación relativa de poderes limitados y coordinados entre sí(40).

A partir de esas premisas, es posible concluir que el llamado régimen de la separación de poderes comprende no solo la partición del poder del Estado en funciones especializadas adjudicadas en forma predominante a cada órgano conforme a un criterio material(41), sino el cumplimiento de su finalidad básica que radica en consagrar un recíproco freno de atribuciones para evitar el despotismo(42) en beneficio de las libertades.

En definitiva, aunque el principio de la separación de poderes ha sido recogido en la Constitución (escrita o no, rígida o flexible) de todos los Estados(43), sus dos consecuencias primordiales que son la independencia orgánica y la especialización nunca se han interpretado y aplicado en forma absoluta(44). Esta interpretación se ha considerado demasiado simplista y elemental y no tiene en cuenta la complejidad de la estructura y funciones existentes en el Estado moderno, en el que aparecen además, como más adelante veremos, nuevos órganos y entes estatales dotados de independencia funcional.

5.2. La separación de poderes y el Estado de derecho. La evolución del Estado de derecho. El Estado subsidiario

La concreción constitucional del principio de la separación de poderes aparece en el mundo occidental en las primeras cartas y declaraciones del constitucionalismo moderno. En el derecho norteamericano, en la Constitución de Filadelfia de 1787, y en el derecho francés, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano(45), y puede decirse que, en forma deliberada o inconsciente, ella gravitó en la formulación de una categoría fundamental del Estado moderno.

La categorización del Estado de derecho fue utilizada por Robert von Mohl para oponerla al sistema del absolutismo monárquico vigente en el siglo XVIII y en los anteriores, basado en el "Estado policía"(46), período en el que los gobernantes se hallaban desligados de la obediencia a las normas jurídicas.

Sin embargo, tal afirmación, reiterada en la mayoría de las principales obras del derecho constitucional argentino y comparado, sería errónea, como se desprende del lúcido trabajo de Martín Laclau, que no solo esclarece los conceptos sino que apunta a desentrañar la filiación filosófica de las distintas teorizaciones habidas en Alemania acerca del Estado de derecho (algo

indispensable para captar el significado teórico e incluso el sentido práctico de cada una de ellas).

Al respecto, señala que "parece ser que quien primero emplea el término Rechtsstaat es Johann Wilhelm Placidus", en un libro aparecido en Estrasburgo en 1798, al concebir un modelo de Estado basado en los principios jurídicos de la libertad y de la igualdad con el objeto de dar completa validez a las pretensiones del derecho natural(47). Resulta innegable el influjo kantiano en esta concepción y en los juristas que le precedieron (v. gr. Laband) que consideraban al derecho "como el conjunto de las condiciones por medio de las cuales el arbitrio de un individuo puede acordarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad" (48).

A partir de allí, si bien derecho y libertad se presentan como dos nociones inseparables, se abren, en Alemania, dos direcciones distintas sobre el Estado de derecho. Mientras la primera, representada por Rotteck y Welcker, puede calificarse de iusnaturalista en el sentido de que reconoce la existencia de derechos inalienables del hombre fuera del Estado, la otra corriente –que influyó decisivamente en la evolución posterior– adopta la tesis central del positivismo jurídico al propugnar que, como todo el derecho es producto de la creencia estatal, los derechos pertenecen a los ciudadanos de cada Estado determinado y que no es posible, por tanto, que existan derechos fuera del Estado. Esta es la doctrina de Von Mohl que tanto gravitó en el desarrollo posterior del positivismo constitucional(49) cuyas raíces liberales terminaron siendo cortadas con las tesis de Laband (que postuló el reemplazo del derecho subjetivo por el derecho objetivo, algo similar a lo que hizo Duguit) y finalmente Jellinek, que con su teoría de la autolimitación sólo reconocía los derechos de las personas dentro de los límites que establece el poder estatal.

En todas las concepciones positivistas, que luego perfeccionó Kelsen, la ley positiva es el eje del sistema jurídico del Estado de derecho, y el principio democrático se apoya en la separación de poderes, fundamentalmente en la independencia del Poder Judicial. Es común a ellas la pretensión de purificar el derecho mediante la depuración del derecho natural, al que consideran algo metafísico y extraño al derecho, al igual que la moral.

En cuanto al contenido del modelo que configura el Estado de derecho participa de la condición de categoría histórica que cabe atribuir a las principales instituciones del derecho público(50) y tiene, por tanto, carácter evolutivo(51). En tal sentido, el modelo parte de una concepción formal basada en la protección de la libertad y demás derechos individuales para asumir, en la segunda parte del siglo XIX, un contenido material que se proyecta en la realización efectiva de los derechos fundamentales o humanos, como se verá más adelante, y aunque las versiones clásicas del Estado de derecho encierran concepciones personalistas(52) que, en definitiva, procuran la protección del hombre, la filosofía que las preside no es la misma, ya que mientras las teorías de raíz kantiana propugnan que el hombre es un fin en sí mismo, para las de origen cristiano representadas por el pensamiento que fluye de las Encíclicas papales, el fin último está en Dios(53), es decir, es un fin sobrenatural que trasciende al ser humano aunque, al propio tiempo, esté presente en él(54).

Sin profundizar sobre el curso de la evolución, puede decirse que el actual "Estado de derecho" se nutre de un conjunto de principios generales que integran lo que podría llamarse –parafraseando a Hauriou– el bloque de constitucionalidad de los respectivos sistemas jurídicos en los que, no obstante sus diversidades, existe una cierta unidad en torno a las notas comunes que lo caracterizan, sin perjuicio de los subprincipios que derivan de la noción básica.

Entre esas notas del Estado de derecho sobresalen: a) la afirmación de la separación de poderes en órganos estatales distintos y su consecuente limitación recíproca; b) el reconocimiento de los derechos de las personas exigibles frente al poder público con las correspondientes garantías; c) la vinculación positiva de la Administración al principio de legalidad (comprendido de la legalidad en sentido estricto y de la razonabilidad o justicia)(55), y d) el funcionamiento efectivo de un control judicial independiente e imparcial, exigencia esta última que se extiende a los entes o autoridades regulatorias independientes.

En este último sentido resulta del caso destacar que la Ley Fundamental de Bonn prescribe que el Poder Ejecutivo y los tribunales están vinculados con la ley y el derecho (art. 20, párr. 3º), mientras que la Constitución española se ubica también en similar dirección al establecer que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (â€) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"(56). Ambos preceptos reflejan, sin duda, una tendencia ya insinuada por el Consejo de Estado francés al reconocer que los principios generales del derecho son fuente del ordenamiento, que concreta el abandono del positivismo legalista(57), particularmente de origen kelseniano.

En efecto, para Kelsen el sistema era otro. La principal diferencia radicaba en la pretensión kelseniana de identificar al Estado con el derecho y sostener que este es solo un producto normativo de los órganos estatales. Como es sabido, el eje del positivismo kelseniano (también del administrativista Merkl) se apoya en una construcción que concibe al ordenamiento normativo como una pirámide (en la que la validez de la norma inferior está dada por su adecuación y subordinación a la norma superior), considerando que las normas son juicios hipotéticos (esta afirmación fue finalmente desterrada de su teoría en los últimos trabajos)(58) y que las sentencias de los jueces constituyen normas individuales que crean derecho(59).

En definitiva, la identificación kelseniana entre Estado y derecho es la expresión del postulado que sustenta que todo poder es un poder jurídico, lo que equivale a decir que "toda forma histórica de Estado es un Estado de derecho"(60), algo que hoy día (sin necesidad de remontarse al absolutismo, pues basta con recordar lo ocurrido bajo la dictadura nazi y fascista) nadie se atrevería a compartir y sostener por el solo temor de ser calificado como totalitario(61).

Ahora bien, el Estado de derecho encierra, en sí mismo, algunos valores de carácter político-social, como la democracia, el humanismo personalista y la tolerancia(62), que forman parte de su acervo natural, los cuales, a través de diversos principios y normas, resultan derechos exigibles ante el poder de turno.

Al propio tiempo, el Estado de derecho se integra por una serie de principios garantísticos de los derechos de los ciudadanos al frente de los cuales se encuentra el principio de la dignidad de la persona, siguiendo con los principios pro homine, pro libertate y pro actione junto a los que atañen a la tutela judicial y administrativa efectiva, responsabilidad del Estado y de los funcionarios, entre otros(63).

Se ha debatido, quizás demasiado, si cabe identificar al Estado de derecho con el Estado liberal (algunos agregan la connotación ideológica de burgués), y si no corresponde hablar más bien de Estado de bienestar o de Estado social de derecho para incorporar las transformaciones que ha habido en el campo de las políticas sociales y económicas seguidas en la mayor parte de los países en el siglo pasado(64).

Ante todo, calificar al Estado de derecho de liberal o burgués encierra un prejuicio político que no responde a la realidad, ya que, durante ese período, hubo muchos países que utilizaron fórmulas mixtas que incluían un grado de intervencionismo y de socialización de la economía compatible con los postulados del Estado de derecho. Así, para conjurar la crisis de 1929, tanto Estados Unidos (donde se acuñó la fórmula Welfare Estate), bajo la presidencia de Roosevelt, como Brasil y la Argentina(65), en la década del treinta del siglo pasado, fueron países que acudieron a políticas intervencionistas sin modificar, por esa dirección de su política, el sistema de garantías propio del Estado de derecho.

La crisis del Estado benefactor ha develado la incógnita, pues la vuelta a otra política estatal, caracterizada por el abandono creciente del intervencionismo (principalmente del Estado empresario), la defensa de la competencia y los principios de la economía de mercado hacia finales del siglo, en prácticamente la mayoría del mundo europeo y americano, muestra bien a las claras que el Estado de derecho, con sus bases esenciales, se ha mantenido incommovible a pesar de las transformaciones y poco o nada es lo que ha cambiado de su estructura fundamental(66).

Tampoco resulta totalmente correcto hablar de Estado constitucional de derecho, ya que es una categoría, en cierto modo, redundante, cuya formulación representa una contradicción, habida cuenta

de que no se concibe un Estado de derecho contrario a la Constitución ni, en nuestros países americanos, jamás se ha desconocido el principio de supremacía de la Constitución, tomado de la Carta Magna de los Estados Unidos de América.

En rigor, con esa expresión se pretende estratificar de un modo definitivo los principios y criterios de interpretación que propicia el llamado neoconstitucionalismo, no pudiéndose estimar a ciencia cierta cómo evolucionará en el futuro este movimiento jurídico que, además, alberga visiones opuestas sobre la naturaleza del derecho y sus fines.

El Estado de derecho implica la adopción de una forma única que no es susceptible de confundirse con las distintas formas del populismo democrático, ya que, pese a la orientación política que le impriman los gobiernos de turno, con independencia del tipo que rijan en el plano de la experiencia de cada país (representativa, participativa o delegativa) de acuerdo a las circunstancias reales que la conforman, estos regímenes suelen no respetar sus postulados esenciales.

Hace tiempo que venimos propugnando –para la definición política del Estado– el empleo de la fórmula Estado subsidiario(67), que resulta plenamente compatible con los axiomas del sistema jurídico comúnmente denominado "Estado de derecho", cuya utilización con tal objeto, es decir, como sistema jurídico constitucional, hemos seguido sustentando, en línea con un sector de la doctrina española(68).

El principio de subsidiariedad –que está en la raíz de ese tipo de Estado(69)– tiene la ventaja sobre los esquemas intervencionistas del pasado que fomenta la iniciativa individual y colectiva, sin limitar la intervención del Estado como gestor económico ante la insuficiencia de los particulares o el estado de necesidad que justifica una emergencia económica.

El Estado subsidiario condensa y combina las funciones de regulador y garante(70) con las de promotor de la actividad económica y gestor de prestaciones sociales básicas, en términos razonables en cuanto a las disponibilidades presupuestarias y las políticas fiscal y tributaria, y el éxito del accionar de la Administración depende de la colaboración de los ciudadanos(71) y las empresas(72).

### 5.3. La finalidad básica de la teoría de la separación de los poderes

El equilibrio de poderes que se logra contrastando el poder de cada órgano con el poder de otro, mediante un sistema de frenos y contrapesos basado en la independencia y especialización de las funciones estatales (nunca de un modo absoluto), persigue como finalidad esencial garantizar la libertad de los ciudadanos y evitar el despotismo.

Y si bien el objeto de la teoría de Montesquieu parece concentrarse en el abordaje de la separación (mejor dicho, distribución) de las funciones del Estado y en los controles recíprocos que deben operar entre los diferentes órganos que lo componen, el verdadero centro de la concepción radica en la protección de las libertades, en línea con lo que modernamente se engloba en el conjunto de derechos y principios que protegen la dignidad de la persona humana.

En tal sentido, la teoría de la separación bien puede enrolarse en la concepción básica o punto de partida de la defensa de los derechos humanos. Pues, aun cuando no se ocupe de los medios instrumentales para hacerlos efectivos ni de otros elementos interpretativos (ej. prevalencia y operatividad de los principios generales), sienta las bases para el futuro desarrollo teórico y práctico del llamado neoconstitucionalismo que no puede prescindir de sus postulados esenciales.

En efecto, hay que advertir, al respecto, que el pensamiento de Montesquieu se encontraba más orientado a la protección de la libertad(73) que al imperio de la ley positiva.

Para el gran bordelés, la libertad no radica en la voluntad del hombre (como lo sostuvo Rousseau), pues no consiste en hacer lo que uno quiere sino "en poder hacer lo que se debe querer y no estar obligado a hacer lo que no se debe querer (â€!) la libertad –continúa– es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten"(74).

En la concepción de Montesquieu, la preservación de la libertad se presenta como el principio fundamental del sistema político que hace al equilibrio del poder y a la necesidad de evitar el abuso de este último. Por eso sostiene que una Constitución solo "puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley y a no hacer las permitidas"(75).

Al recibir la Declaración de Derechos de 1789 también la influencia de Rousseau, su concepción política, como la de la Constitución francesa de 1791, se torna muchas veces contradictoria. Puede decirse que la teoría rousseauiana fue la causa, en el plano histórico-filosófico, de los excesos en

los que incurrieron los revolucionarios al apartarse del modelo de la separación de poderes de Montesquieu y basarse en la primacía absoluta de la ley positiva emanada de la Asamblea y en la radicación de la soberanía en la Nación (la cual, según Sièyes, solo encarnaba el Tercer Estado).

Pero, en el aspecto relativo a la protección de la libertad, prevaleció, en la dogmática constitucional francesa, la tesis de Montesquieu, quien, por lo demás, tenía un concepto de ley que rechazaba tanto la idea de que esta fuera el producto de una voluntad general soberana e infalible como las concepciones absolutistas fundadas en el origen divino del poder. Estas teorías contradecían la filosofía política de la neoescolástica, particularmente la obra de Suárez, quien basaba la legitimidad del gobernante no en la soberanía de la Nación sino en el consentimiento del pueblo, origen del principio de la soberanía del pueblo que más tarde adoptaron la Constitución norteamericana y la nuestra (expresamente en su art. 33).

En efecto, en la primera parte de su obra, luego de afirmar que "las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas" (Libro I, Cap. I), se refiere tanto a la ley natural (puntualizando algunos principios que hoy día son considerados principios de justicia o de derecho natural, según la concepción que se adopte) como a la ley positiva, en varios pasajes. Puntualiza precisamente que "decir que sólo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es como decir que antes de que se trazara círculo alguno no eran iguales todos sus radios"(76), y tal fue, en líneas generales, la filosofía en la que se basó Alberdi al redactar el Proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853(77).

Esos antecedentes tienen, pues, una importancia capital para desentrañar el correcto sentido que corresponde atribuir al art. 19 de la CN, en el que el concepto de ley ha de interpretarse o integrarse combinando, según las circunstancias, la ley positiva con la ley natural o la justicia. Al respecto, cabe advertir que el Preámbulo de nuestra Constitución, si bien es casi similar al de la Constitución norteamericana, a diferencia de este, contempla el objetivo de afianzar la justicia, "como valor, la justicia como fin" como apunta Vanossi(78), con un sentido que coadyuva y refuerza la posición institucional del juez argentino para controlar la arbitrariedad administrativa que, en una de sus principales acepciones, es todo acto contrario a la razonabilidad o justicia.

Conforme a la hermenéutica histórico-filosófica descrita, para que la norma cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional, resulta evidente que, si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura, así, como un principio general de derecho público que tiene fundamento en otras normas constitucionales que completan la regla contenida en el art. 19 de la CN(79).



La preocupación de Montesquieu por evitar el despotismo constituye otro de los objetivos centrales de la teoría, ya que si la dignidad humana puede afectarse en sistemas de poderes separados o independientes, prácticamente, carece de toda protección en los gobiernos despóticos, en los que la ley, su aplicación y el juzgamiento de las causas civiles, penales y administrativas sean el producto de la voluntad y acción de una sola persona (o de un grupo reducido).

Algunos párrafos de *El espíritu de las leyes* definen el gobierno despótico (que entonces era común en Oriente) con términos que se asemejan a las modernas concepciones hegemónicas (el decisionismo del líder) en las que se apoyaron las dictaduras nacionalsocialista y fascista, concepciones replicadas por los populismos de izquierda en América, bajo fórmulas aparentemente democráticas.

Al trazar los rasgos de los gobiernos, Montesquieu nos enseña que "en el gobierno despótico, el poder también está en uno solo (como en la monarquía) pero sin ley ni regla, pues gobierna el soberano según su voluntad y caprichos"(80) y agrega más adelante que el principio que domina el gobierno despótico es el temor(81) y la obediencia extremada(82).

#### 5.4. Las confusiones terminológicas: los conceptos de poder, órgano y función

No vamos a efectuar aquí la reseña de las confusiones terminológicas que ha generado la utilización de los conceptos empleados por Montesquieu en la construcción teórica de la separación de los poderes, confusión que principalmente se produjo por el uso promiscuo del término "poder", que utilizó tanto en su sentido propio como en el equivalente a órgano, y también a las respectivas funciones estatales en sentido material, conceptos distinguidos con bastante precisión por la doctrina del Estado en los siglos posteriores(83), así como en el campo de la filosofía en general, particularmente, en la filosofía del derecho.

Anota Guardini que, al no ser un fenómeno natural, el poder no se desliga de la persona ni de la responsabilidad. El efecto del poder es siempre una acción voluntaria o cuando menos un dejar hacer(84). Constituye uno de los elementos del Estado —o, como se decía antiguamente, de la soberanía— que debe hallarse al servicio del bien común y no de la persona que lo ejerce. Y si bien el poder "es regido esencialmente por la libertad", solo adquiere sentido cuando respeta la dignidad de la persona humana y sus derechos. Siempre ha de estar limitado porque el peligro de su abuso (como lo advirtió Montesquieu) "crece al aumentar el poder"(85).

Las confusiones terminológicas en las que se ha incurrido al interpretar la teoría de Montesquieu provienen del hecho de que él empleó "las expresiones genéricas "poder legislativo", "poder ejecutivo" y "poder judicial" para denominar con ellas, sucesivamente, cada una de las tres series de poderes, de órganos y de funciones, respectivamente (â€) Estas expresiones se han vuelto tradicionales y han adquirido, como ocurre en muchos casos, sobre todo en materia política, tal vigor y fuerza que hoy valen por sí mismas, desprendidas de la significación que sus palabras constituyentes encierran"(86).

Con todo, la depuración técnica de los conceptos ocurrida en la ciencia política y en el derecho constitucional no afecta a la médula de la tesis central de Montesquieu en cuanto a la independencia orgánica y separación funcional en el complejo escenario de las actuales democracias. Más aún, al haberse ampliado la separación orgánica históricamente concebida (e incorporar al sistema otros órganos o entes independientes) se ha operado la ampliación de las bases de sustanciación de la teoría.

El concepto de órgano traduce siempre la configuración de un centro de competencias o, si se prefiere, de imputación normativa carente de personalidad jurídica, cuyos titulares son personas físicas individuales u organizaciones colectivas o colegiadas (órganos individuos) que encarnan la institución que integran (órganos institucionales). El órgano, dentro de la persona moral o jurídica, traduce algo así como la fusión de dos aptitudes: la propia de la persona física que encarna el órgano y la competencia objetiva que le atribuye la norma constitucional, legal o reglamentaria(87). En principio, no corresponde definir al órgano por la naturaleza de las funciones que él ejerce, lo que se advierte claramente en el modelo norteamericano y aun en Europa y determinados países de Latinoamérica, a raíz del fenómeno de las autoridades regulatorias independientes que llevan a cabo las tres funciones estatales clásicas.

Sin embargo, del hecho de que cada uno de los tres clásicos órganos del poder del Estado cumpla una función predominante, bien que con una especialización funcional relativa, ha derivado la costumbre de designar al órgano con el nombre de la función y decir –vaya el caso– "Ejecutivo", en lugar de "Presidente de la República", o "Legislativo", en vez de "Parlamento" o "Congreso".

Como se verá seguidamente, la cuestión inherente a las funciones del Estado ha producido una serie inagotable de divergencias doctrinarias. Por ahora, nos quedamos con aquella frase de Bosch que refleja el desarrollo de nuestro pensamiento en la materia: "La distinción por naturaleza es propia de las funciones, las cuales pueden calificarse, con toda propiedad, de legislativas, ejecutivas y judiciales"(88); y tal parece haber sido la opinión de Montesquieu, al menos la que surge de algunos párrafos de El espíritu de las leyes(89). Seguimos creyendo que el criterio material para definir las funciones del Estado es, en principio, el que mejor explica la naturaleza y el régimen de los actos que emite cada órgano del poder que ha sido también el adoptado por la

mayoría de nuestros grandes maestros(90), aun cuando no coincida con la distinción de funciones que efectúa cada Constitución, en la que se advierte la combinación de elementos materiales y formales basada en la atribución de una función material predominante(91).

## 5.5. Compendio sobre la interpretación de la separación de los poderes en la Constitución Nacional

Aparte de que en el centro de esta interpretación y otras semejantes se encuentra el equívoco de definir las funciones estatales por los órganos que las ejercen (lo cual solo sería posible en el sistema francés), ello resulta contrario al principio de separación de poderes plasmado en nuestra Constitución, el cual, como es sabido, postula la separación relativa entre órganos y funciones(92).

En efecto, la correcta interpretación del principio en nuestro sistema constitucional es que la idea de equilibrio que la nutre no es incompatible con una relativa separación orgánica ni funcional. Esta regla conduce, en definitiva, a interpretar que la Constitución distribuye funciones predominantes, según un criterio material, entre los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) sin identificar completamente las funciones con los órganos. Así, los tres poderes vienen a ejercer, en forma relativa y con las limitaciones constitucionales establecidas en forma expresa, implícita o inherente, las tres funciones en sentido material, aunque prevalezca la función predominante, en algunos poderes más que en otros (ya que, por ejemplo, el Poder Ejecutivo ejerce funciones materialmente normativas cuando pone en ejercicio su potestad reglamentaria, tanto privativa como delegada, atribución que para el Poder Judicial es implícita). De ese modo, mientras al Poder Ejecutivo se le ha adjudicado, principalmente, la función administrativa, y al Poder Legislativo le corresponde materialmente la función de legislar (actividad normativa), el Poder Judicial tiene atribuido –tal vez, de una manera más absoluta que en los dos casos anteriores– el ejercicio de la función materialmente jurisdiccional (resolver litigios con fuerza de verdad legal)(93). Esta es la explicación que nos parece más lógica y coherente para interpretar el sentido que tiene la separación de poderes en nuestra Constitución, pues, de lo contrario, no se podría aceptar que algunos órganos o entes administrativos pudieran ejercer excepcionalmente funciones jurisdiccionales bajo ciertos requisitos, fundamentalmente, de independencia y especialidad.

Es que el sentido de la interdicción constitucional del art. 109 de la CN, aunque referido al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo, debe interpretarse de manera equilibrada: no de un modo absoluto ni rígido, sino relativo, aunque tampoco en forma tan flexible como para admitir la posibilidad de ejercer cualquier clase de jurisdicción por parte de los órganos de la Administración.

## Sentido de la democracia representativa en la Constitución actual

En la Constitución actual (la de 1853-1860, con las reformas de 1957 y 1994) el modelo de democracia republicana se ha consolidado definitivamente, acentuando los rasgos democráticos, sin caer en las figuras de la democracia deliberativa ni en la llamada democracia delegativa, y aunque en el Estado populista se haya acentuado esta última tendencia, lo cierto es que innovó en el plano normativo de la Constitución.

Si, por una parte, el art. 14 bis, sancionado por la reforma constitucional de 1957, incorporó, por primera vez, el concepto de democracia en la Constitución (al asegurar a los trabajadores una organización libre y democrática), ha sido la reforma constitucional de 1994 la que encuadra, de un modo definitivo, al sistema democrático dentro de la Constitución, lo que ocurre a través de varias prescripciones: 1) en el art. 36, al referirse a la nulidad insanable de los actos que por la fuerza irrumpen contra el sistema democrático y a los funcionarios que cometan actos dolosos que conlleven su enriquecimiento; 2) en el art. 38, al declarar que los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático, garantizándoles su organización y funcionamiento democrático; 3) en el art. 75, inc. 19, en cuanto atribuye al Congreso competencia para dictar leyes de organización y de base que promuevan los valores democráticos, y 4) en el art. 75, inc. 24, que condiciona la aprobación de los tratados de integración a que respeten el orden democrático.

En lo que concierne al sistema representativo, el mismo aparece morigerado(94), en la reforma constitucional de 1994, solo en dos aspectos: a) al incorporar la iniciativa popular para presentar proyectos de leyes (art. 39), y b) mediante la incorporación de la consulta popular (art. 40) con su doble modalidad (vinculante y no vinculante).

### El sistema representativo: los partidos políticos y el régimen electoral

Los partidos políticos son instituciones fundamentales en el sistema representativo democrático en cuanto tienden a mediar entre gobernantes y gobernados. Cumplen el objetivo de organizar la representación de las distintas fuerzas políticas que componen el pluralismo democrático,

hallándose al servicio de la democracia representativa, y no a la inversa(95). En tal sentido, orientan el voto de los ciudadanos que componen el llamado cuerpo electoral, pues, tal como ha dicho la Corte Suprema, "el sufragio es la base de la organización del poder y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de este, constituir directa o indirectamente las autoridades de la Nación"(96).

La Constitución les atribuye tanta trascendencia a los partidos políticos y al régimen electoral que prohíbe que dicha materia sea normada por decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º), exigiéndose ley del Congreso y, por tanto, ley formal y material.

8

## El federalismo como principio fundamental del Estado

La configuración del principio federal en el Congreso de Tucumán de 1816 resulta históricamente discutible debido a la ausencia de una declaración o mención expresa por parte de los diputados, así como a las deficiencias de las actas o constancias oficiales que no registraron los debates, cuya fuente proviene de El Redactor, publicación que dirigía Fray Cayetano Rodríguez(97).

Para captar el nacimiento y evolución del principio federal no puede prescindirse del escenario existente en la nueva entidad que, tras la Revolución de Mayo de 1810, comenzó a llamarse "Provincias Unidas del Río de la Plata".

La Revolución de Mayo implicó un cambio abrupto en el sistema para elegir la máxima autoridad del antiguo Virreinato del Río de la Plata. El Cabildo de Buenos Aires sustituyó al virrey con fundamento en el principio de la soberanía del pueblo, ante la vacancia producida en el reino español por la invasión napoleónica. Algo similar ocurriría en otras ciudades de América española que comenzaron a darse gobiernos propios.

La Primera Junta patria, al deponer al virrey y asumir el poder en todo el territorio del Virreinato, organizó el primer ejército contra los españoles y criollos que seguían fieles a España, que no aceptaron subordinarse al poder de Buenos Aires. Lo curioso es que ambos bandos lucharon en

nombre del rey Fernando VII, que estaba prisionero del ejército francés, luego de abdicar a favor de José Bonaparte. Porque en los comienzos de la Revolución la idea de independencia, aunque latente, no se había exteriorizado políticamente. Solo se hablaba de libertad y de gobierno propio, por lo que, inicialmente, fue similar a una guerra interna en el seno del Virreinato, ante la caducidad del poder real español.

Pronto empezaron a operar las fuerzas de un federalismo incipiente iniciado con la ampliación de los miembros de la Primera Junta de gobierno (la denominada Junta Grande) y la Asamblea de 1813, hasta llegar a la elección de Gervasio Posadas como primer Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de La Plata.

En forma contemporánea, las antiguas intendencias virreinales fueron reemplazadas por provincias cuyos gobernadores pasaron a ser elegidos por los cabildos de cada ciudad capital y se descentralizó la recaudación de impuestos a través de aduanas interiores. En la Banda Oriental, Artigas encabezó la sublevación contra las autoridades españolas y llegó a fundar una suerte de Liga Confederal, con las provincias de Entre Ríos y Corrientes, y puso sitio a la ciudad de Santa Fe que, hasta 1816, dependía de la gobernación de Buenos Aires.

Para colmo de males, en el norte y para la época en que se convocó al Congreso de 1816 en Tucumán, Rondeau, que ejercía la Jefatura del Ejército de las Provincias Unidas, entró en conflicto con Güemes, que gobernaba Salta; mediante gestiones oficiosas, depusieron la actitud de beligerancia acatando la autoridad del Congreso y del Director Supremo elegido en ese mismo momento (Pueyrredón).

Los historiadores coinciden en que la cuestión central que se debatió en el Congreso de Tucumán fue la declaración de la independencia del Reino de España, cuyo trono había recuperado Fernando VII en 1814, a partir de la derrota de Napoleón y la finalización de su influencia en toda Europa. San Martín, a través de Godoy Cruz y de Fray Justo Santamaría de Oro, fue uno de los principales impulsores. Cabe anotar que la declaración de la independencia, en el comienzo de las discusiones habidas en el Congreso de Tucumán, estaba estrechamente asociada a la decisión de adoptar la forma monárquica de gobierno que, apoyada por Belgrano y numerosos congresales, era bien vista en el exterior, sobre todo a partir de lo acordado entre las principales monarquías europeas en el Congreso de Viena de 1814. Gracias a la tenaz oposición de Fray Justo Santamaría de Oro(98), esta decisión, que contaba con mayoría suficiente en el seno del Congreso de Tucumán, no llegó a cristalizar.

## El sistema federal. Antecedentes unitarios y federales

Al convocarse a los diputados de las provincias no se tenía, en general, una idea clara de lo que significaba el sistema federal de gobierno, el cual tendía a confundirse con el que es propio de una Confederación de Estados o Provincias ligadas por un pacto o alianza común (unificado solo el mando militar y la conducción de las relaciones exteriores). Además, las provincias, por una deformación conceptual propia de la época, se consideraban independientes y soberanas.

Mientras el sistema unitario se opone a compartir el poder nacional con gobiernos autónomos de las provincias o estados, el rasgo del federalismo implica la organización de gobiernos propios, elegidos por los pueblos de cada provincia que se unen a través de un vínculo común creando una Unión, como entidad distinta de los estados o provincias miembros, a la que se adjudican poderes privativos y concurrentes, reservándose determinadas facultades. En este sistema, la Constitución Federal es la Ley Suprema de la Nación y posee una superior jerarquía sobre todo el ordenamiento.

En cambio, en el régimen de una Confederación, las provincias están solo ligadas por pactos, conservando el derecho de secesión y de nulificación de las decisiones<sup>(99)</sup> que adopta el gobierno de la Confederación, lo que implica que en cualquier momento se puede separar o repudiar las decisiones que toma ese gobierno a nombre de todas. Por el contrario, el sistema federal, que finalmente se impuso en la Argentina, traduce un federalismo moderado que consiste en una combinación de facultades, unificando fuertemente los poderes nacionales, manteniendo las autonomías de las provincias.

Años más tarde, Alberdi, que tenía un pensamiento muy claro en esta materia, se ocupó de señalar la trascendencia de los antecedentes unitarios precisamente para explicar y fundar la fórmula constitucional de gobierno que adoptó la Constitución de 1853. Como nuestra Carta Magna siguió muy de cerca el proyecto constitucional alberdiano, publicado como Anexo en la segunda edición de las Bases, su pensamiento constituye la principal fuente para la interpretación auténtica de la forma federal de gobierno que finalmente aprobaron los constituyentes, que se reunieron en la ciudad de Santa Fe para sancionar la Constitución definitiva de la República.

Como bien señala Alberdi, durante el Virreinato y en los años posteriores a su disolución, los antecedentes unitarios prevalecían sobre los federales<sup>(100)</sup>, los que se limitaban a los gobiernos locales de las ciudades de mayor importancia de las intendencias y más tarde provincias. En los

cabildos, que eran verdaderas fortalezas democráticas gobernadas por los vecinos(101) sin injerencia del virrey, se encontraba el germen del federalismo a diferencia de los intendentes que estaban bajo la autoridad virreinal.

Entre los antecedentes unitarios se destacan:

a. La unidad política en cabeza del virrey como Gobernante Supremo que ejercía el poder desde la ciudad de Buenos Aires, capital de Virreinato del Río de La Plata y a posteriori, la unidad que implicó la institución del Directorio (no siempre acatado ni obedecido por las Provincias).

b. La unidad de jurisdicción ejercida por la Real Audiencia como Tribunal de Apelaciones con sede en Buenos Aires.

c. La unidad de legislación, pues regían, en todo el Virreinato, las leyes de Indias.

d. La unidad financiera o de rentas, con una única caja central, con la sola excepción de los recursos de los cabildos.

e. La unidad de los símbolos utilizados por las Provincias Unidas (himno, bandera, escarapela).

f. Unidad de los ejércitos nacionales, aunque resquebrajada durante las guerras civiles, en las que se fueron organizando fuerzas militares locales que unas veces colaboraban con las nacionales (el caso de las fuerzas de Güemes en Salta) y otras luchaban contra estas (Artigas, Ramírez, etc.). En estos casos, el gobierno de las Provincias Unidas procuró siempre unir a las provincias que pretendían separarse del tronco común, misión que cumplió en varias oportunidades del Pbro. Dr. Antonio Sáenz(102).



## El federalismo en el Congreso de Tucumán

El Congreso de Tucumán no adoptó resolución alguna acerca de la forma federal o unitaria de gobierno ni tampoco este punto fue objeto de debates en su seno, pues la principal mira que convocó a los congresales era la declaración de la independencia de España de las Provincias Unidas de Sud América y, en segundo lugar, la adopción de la forma monárquica o republicana.

Sin embargo, no se puede negar que en todo el territorio nacional reinaba un federalismo de hecho, por cierto, inorgánico o, si se quiere, una tendencia incipiente hacia el reconocimiento de las autonomías provinciales que presagiaban (aunque entonces no se veía tan claro) que el país iba a terminar adoptando como forma de gobierno un sistema mixto o de federalismo moderado, sobre el que existían algunos ensayos teóricos como el Proyecto de Monteagudo. Porque, como los gobernadores de las provincias eran elegidos por los cabildos de sus ciudades capitales, la convocatoria al Congreso de Tucumán se hizo sobre la base del reconocimiento del derecho de los habitantes de cada provincia a elegir sus representantes.

A esta circunstancia que, en forma implícita, inclinaba la cuestión hacia la forma federal de gobierno, se agregan otras de no menor envergadura: a) los ejércitos que combatieron en la guerra de la independencia estaban integrados, indistintamente, por porteños y provincianos que defendían una única causa (la nacional); b) la designación del Director Supremo de las Provincias Unidas, hecha en la persona del Gral. Pueyrredón, fue efectuada por los representantes de las provincias en el Congreso de Tucumán, y c) en la fórmula del juramento de la Independencia se emplea el término Unión (al igual que en la Constitución de norteamericana) y la propia Acta de la Independencia se refiere a las Provincias Unidas de Sud América, lo que traduce en un paralelismo en las fórmulas constitucionales utilizadas o, al menos, una idea preliminar sobre la adopción del principio federal, el que, por otra parte, resultaba aplicable cualquiera hubiera sido la suerte de la opción entre una monarquía o una república.

Como el curso de la historia es algo sucesivo y no se detiene, la institución del principio federal fue imponiéndose en los años posteriores cuando los argentinos nos vimos envueltos en cruentas guerras civiles que nos hicieron perder el rumbo, debiendo reconocerse que el gran mérito de la consagración del sistema federal que hoy nos rige es la obra no solo de quienes se levantaron en armas contra Rosas, sino de un grupo de jóvenes nucleados bajo el liderazgo de Echeverría en la denominada generación de 1837 (Alberdi, Gutiérrez, López, etc.), cuyas ideas fueron resumidas por Alberdi en el Proyecto de Constitución que acompañó la segunda edición de las Bases. No se puede desconocer que Alberdi supo ver con la visión de un gran estadista cuál era el sistema más conveniente para la idiosincrasia de nuestro país después de la emancipación de España.

El sistema federal de gobierno y la distribución de competencias en la Constitución Nacional entre Nación, Provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios

El sistema federal se compone de un gobierno común a todos los estados o provincias que integran la federación, sin que tengan el derecho de segregarse o invalidar la legislación federal.

Como antes se indicó, el federalismo argentino adoptado por Alberdi ha seguido básicamente el modelo de la Constitución de los EE. UU. y representa una combinación de nuestros antecedentes unitarios y federales. El carácter mixto resultante, que confiere originalidad a nuestra Carta Magna, se revela, fundamentalmente, en la unidad de legislación común, cuya competencia para legislar se atribuye al Congreso Nacional o Federal (art. 75, inc. 12, CN).

Por su parte, la distribución de competencias entre el Estado Nacional o Federal y las provincias, en un régimen federal, debe necesariamente delimitarse en la Constitución, que se reputa norma suprema (art. 30).

Para la distribución de poderes o atribuciones existen tres técnicas constitucionales: a) fijar la competencia del Estado Federal y reservar las facultades no enumeradas taxativamente a las provincias, tal como lo hace el art. 121, CN; b) establecer en forma rígida las competencias de las provincias, atribuyendo al Estado nacional las facultades no asignadas a aquellas, y c) enumerar los poderes de ambos gobiernos(103).

Si nos atenemos al ámbito y al modo como han sido asignadas las atribuciones estatales, ellas pueden clasificarse de la siguiente forma(104).

a) delegadas al Gobierno Federal (arts. 75, 99 y 100, CN);

b) conservadas por las provincias (arts. 5º y 122, CN);

c) concurrentes, atribuidas a ambos gobiernos (arts. 75, inc. 18, y 125, CN).

Un criterio similar puede aplicarse respecto de las prohibiciones que estatuye la ley suprema, clasificándolas del siguiente modo:

a) concernientes al Gobierno Federal (art. 32, CN);

b) relativas a las provincias (arts. 126 y 127, CN, y todas las demás atribuciones delegadas en la Nación);

c) atinentes a ambos gobiernos (arts. 28 y 29, CN).

La competencia que la Constitución atribuye al Gobierno Federal se delimita, en general, teniendo en cuenta la índole de las actividades; es decir, se trata de una competencia asignada en razón de la materia. Pero también se atribuyen al Estado nacional, en determinados supuestos, competencias en razón del territorio y de las personas.

En lo que concierne a la competencia atribuida a la Nación en razón de la materia, ella puede distinguirse<sup>(105)</sup> de esta forma:

a) Poderes de gobierno interior: dicta los códigos de fondo (art. 75, inc. 12); reglamenta la libre navegación de los ríos (art. 75, inc. 10); regla el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13); provee lo conducente a la prosperidad, adelanto y bienestar del país (art. 75, inc. 18); etcétera.

b) Poderes relativos al gobierno exterior: celebra tratados (arts. 75, inc. 22, y 99, inc. 11), arregla definitivamente los límites del territorio de la Nación (art. 75, inc. 15), etcétera.

c) Poderes de guerra: tiene a su cargo la seguridad de las fronteras (art. 75, inc. 16), declara la guerra y hace la paz (arts. 75, inc. 25, y 99, inc. 16), organiza y conduce los ejércitos (arts. 75, incs. 23 y 24, 99, incs. 12, 13 y 14) y permite la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y autoriza la salida de las fuerzas nacionales (art. 75, inc. 28); parece oportuno señalar, en este punto, que las provincias solo han conservado poderes de guerra en caso de invasión exterior o peligro tan inminente que no admita dilación, debiendo dar cuenta luego al Gobierno Federal (art. 126).

d) Poderes concernientes a la hacienda: provee a los gastos de la Nación con el producido de los derechos de importación y exportación, la venta o locación de tierras de propiedad nacional, la renta de correos y con los impuestos, empréstitos y demás operaciones de crédito (arts. 4º y 75, incs. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º). Respecto al poder impositivo debe señalarse que el gobierno nacional sólo puede establecer impuestos directos por tiempo determinado proporcionalmente iguales en todo el territorio nacional y siempre que la defensa, seguridad común y bienestar general lo exijan; la concurrente potestad tributaria ha dado lugar a que la Nación y las provincias hayan llegado a un acuerdo sobre el cobro de los impuestos directos e internos, encomendando a la Nación su percepción y repartiendo el producido conforme a un sistema de índices.

e) Poderes concernientes a la administración de justicia: la Constitución ha organizado un doble sistema de administración de justicia, estableciendo un Poder Judicial en el ámbito nacional (art. 108) y determinando que las provincias deben asegurar la administración local de justicia (art. 5º).

La Nación, para lograr sus objetivos, puede legislar incluso sobre actividades propias de las provincias, en la medida en que sea necesario(106), razón que ha determinado en la práctica un avance del Gobierno Federal, ya que en caso de conflicto entre las normas nacionales y locales debe reconocerse la supremacía de las normas federales(107).

La competencia del Gobierno Federal también se ha atribuido teniendo en cuenta el territorio. Así, sobre la Capital Federal solo la Nación tiene competencia. El art. 75, inc. 30, CN, establece que la Nación ejerce "legislación exclusiva (...) sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros

establecimientos de utilidad nacional". Esta norma fue interpretada por una ley(108) a fin de restringir la competencia federal y permitir en algunos supuestos que las provincias tuvieran atribuciones sobre algunos establecimientos nacionales ubicados en ella. No obstante, esa ley fue declarada al poco tiempo inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, y se consideró que la competencia del Gobierno Federal sobre esos lugares era exclusiva y excluyente(109), doctrina que varió en los fallos posteriores del Alto Tribunal(110) al admitir la subsistencia de los poderes provinciales, en tanto su ejercicio no interfiera en la finalidad del establecimiento de utilidad nacional, fórmula que prescribe la Constitución reformada en 1994 (art. 75, inc. 30).

En cuanto al federalismo tributario, se instituyó en la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 2º) un régimen bastante complejo que se aproxima al sistema de una confederación de Estados más que a un Estado Federal. Esto es así porque, luego de establecer que las contribuciones indirectas y directas son coparticipables (con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica), se deja librada la institución del sistema de coparticipación a "una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias".

El sistema ideado no deja de alterar la arquitectura del federalismo basado en una unión de Estados que legisla para todos los que componen la federación en la que están representadas las provincias en el Senado de la Nación.

Subordinar el régimen de coparticipación a un acuerdo entre el Ejecutivo y los gobernadores provinciales (aprobado por las legislaturas locales) y, finalmente, por una ley convenio, casi además de subvertir el federalismo, implica introducir un esquema constitucional que resulta prácticamente imposible que funcione en la realidad (una prueba de ello es que han pasado más de veinte años sin que se haya podido dictar la ley de coparticipación federal).

Al comentar el art. 75, inc. 2º, volveremos sobre el punto completándolo con el análisis de los criterios de coparticipación.

En cuanto a la distribución de competencias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y los municipios, lo primero que corresponde destacar es que, si bien se trata de entidades autónomas, el régimen jurídico de sus autonomías tiene origen en la Constitución Nacional (art. 123), por esta causa los poderes inherentes de esas entidades (no los exclusivos, que, de por sí, se originan en la Constitución) no pueden contrariar los principios y normas constitucionales, de conformidad con el art. 31 de la CN.

Tradicionalmente, bajo el sistema de la Constitución de 1853, los municipios eran considerados entes autárquicos(111), pero hubo, hacia el final de su vigencia, un fallo de la Corte que sentó la tesis de la autonomía municipal(112).

Esta tesis quedó confirmada por el art. 123 de la Constitución reformada que obliga a las provincias a reglar el contenido de la autonomía de sus respectivos municipios "en un quintuple orden: institucional, político, administrativo, económico y financiero"(113).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el art. 123 de la Constitución no les confiere a los municipios el poder de autodeterminación de su régimen de autonomía, el cual ha quedado en cabeza de las provincias, aunque corresponde otorgar el mayor grado posible de atribuciones en el ámbito de ese precepto constitucional(114), en el marco siempre del principio de razonabilidad(115).

Existen diferentes grados y tipos de autonomía, según el respectivo régimen provincial (constitucional o legal) que regule los municipios reconozca autonormatividad constituyente, autoacefalía (capacidad para la elección de sus propias autoridades), autarcía (capacidad de administrarse económica y financieramente), también llamada impropia autarquía financiera, competencia en materias propias y autodeterminación política (referida principalmente a la posibilidad de su protección frente al poder provincial)(116).

El problema jurídico más difícil de resolver se plantea en torno del contenido de las materias propias que corresponden a los municipios, ya que, en la Constitución Nacional, no existe criterio alguno que pueda traducir las reglas de adjudicación de las competencias locales o municipales, deslindándolas de las provinciales.

En consecuencia, para la determinación de la materia que es propia de los municipios habrá que estar a la tradición histórica de cada provincia y municipio junto a la ecuación económico-financiera de la gestión municipal, e incluso la racionalidad de la atribución de competencias(117).

Por lo general, corresponde a los municipios la gestión de los servicios estrictamente locales, como la limpieza, programación del tránsito, ordenanzas urbanísticas, programación vial, obras de saneamiento; actividades que suelen retribuirse a través del cobro de tasas, cuyo costo ha de ser proporcional al servicio prestado(118).

A similares conclusiones hay que arribar con respecto al estatus de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la que, de acuerdo al art. 129, primera parte, posee "un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción", el cual ha derivado en la sanción de una Constitución para la CABA, no obstante que el precepto constitucional prescribe el dictado de un Estatuto Organizativo que parecería haber caído en desuetudo. En este sentido, la organización constitucional de la CABA la asemeja a una provincia, con excepción del deber específico de garantizar los intereses del Estado Nacional mientras siga teniendo en ella su sede la Capital de la Nación (art. 129, segunda parte).

12

Soberanía y poder. La doble faz de la soberanía: interna e internacional. Crítica de la teoría de la soberanía del pueblo

Las nociones de poder y soberanía plantean relaciones recíprocas que, en ciertas doctrinas, exhiben verdaderas metonimias. De un modo sintético, el poder estatal puede concebirse como la energía o capacidad de acción que despliegan los órganos de la comunidad política constituida como Estado.

La soberanía implica una cualidad(119) de ese poder estatal que se refleja en el orden interno e internacional. En el primero de estos órdenes, la soberanía comprende el poder de supremacía del Estado y de sus órganos en un determinado espacio territorial, en el sentido de que no se concibe otro ente superior(120).

En cambio, en el orden internacional, la soberanía traduce la autodeterminación o independencia del Estado con respecto a otros Estados. Pero cabe reconocer que, actualmente, esta faz de la soberanía ha sufrido un quiebre de trascendencia a raíz del reconocimiento en las propias Constituciones de los Estados, de organizaciones y legislación de carácter supranacional. Este fenómeno implica la pérdida de la soberanía en sectores antes legislados por los ordenamientos nacionales que pasa a ser legislación común comunitaria en todos los Estados. Esto es lo que ha ocurrido en el derecho comunitario europeo, en el cual una jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha declarado la supremacía del derecho comunitario y el consecuente desplazamiento del derecho interno junto a la eficacia directa de las Directivas de la Comisión Europea(121), lo que ha supuesto una relativización de la concepción de la soberanía, que ahora

se explica, entre otros argumentos, bajo la tesis de la cesión o delegación de soberanía por obra de los tratados internacionales(122).

Durante el medioevo, así como en la antigüedad griega(123), al existir una acentuada fragmentación en los ordenamientos y organizaciones que compartían o dividían los poderes en forma descentralizada, no llegó a plantearse la necesidad de una teoría sobre la soberanía, que recién surgió con el absolutismo y los autores de las concepciones de mayor proyección política, que fueron Bodin(124) y Hobbes, cuyas ideas se reflejaron en las doctrinas de los pensadores posteriores, principalmente en Rousseau que, con un enfoque y objetivo distintos, trasladó al pueblo el carácter absoluto e indivisible de la soberanía de aquellos doctrinarios que la habían atribuido al Estado. La nueva construcción se basó en la prevalencia de la voluntad sobre la razón(125) y mantuvo la indivisibilidad y el carácter absoluto en la concepción de la ley como producto de una voluntad general infalible.

En resumidas cuentas, esas teorías, que predicaron la unidad de un poder estatal indivisible y absoluto, eran incompatibles con el Estado democrático de derecho que postula la división y limitación de los poderes (sin afectar la unidad del poder), adoptada primigeniamente por la Constitución norteamericana, basada en la concepción de Suárez, para quien el origen inmediato del poder no se fundaba en el derecho divino absoluto, sino que tenía basamento en un pacto o consentimiento del pueblo(126).

La soberanía constituye una cualidad del poder del Estado limitada por la razón o ley natural que carece de titular(127). La idea de que esta cualidad pertenece a la Nación (tesis francesa de la soberanía nacional), nacida en la Francia revolucionaria, solo puede ser válida en la medida en que se identifique a la Nación con el Estado, como lo hace nuestra Constitución en su art. 1º, pero nunca respecto a la Nación como entidad sociológica y con mera personalidad moral y no jurídica.

Entre las teorías, según nuestro juicio equivocadas, sobre la soberanía, corresponde hacer referencia a las de Rousseau y Kelsen, que tanto han influido en el pensamiento político occidental; asimismo, no puede evitarse la mención a la postura de Heller, el inspirador del Estado social de derecho.

La concepción de Rousseau, inspirada en Hobbes, radica en la soberanía en el pueblo que se expresa a través de una voluntad general infalible y, por ello, absoluta, siendo, por tanto, indivisible. Esta teoría, realizable solo en un sistema de democracia directa, es irreal e impracticable y se contradice con el propio concepto de la indivisibilidad ligado estrechamente al origen absoluto del poder. Además, la soberanía carece de titular, pues "no existe un sujeto de la soberanía, ni siquiera el propio Estado"(128). Adjudicarle soberanía al conjunto del pueblo, que no es en sí mismo una



organización, que no puede actuar al no tener capacidad como persona jurídica, implica afirmar algo fuera de la realidad, sin negar por ello el papel que desempeña el pueblo en el Estado en el sistema representativo a través de la designación de los gobernantes al dar su consentimiento por elección de las mayorías que establece cada Constitución. En definitiva, al atribuirle a una parte del pueblo (la mayoría) una cualidad del Estado, como es la soberanía, se termina confundiendo al Estado con una parte de la sociedad. Algo de esto sucede en la teoría de la "razón populista" de Laclau, producto de la filosofía de la izquierda radicalizada, inspirada en Gramsci(129), entre otros pensadores políticos.

Del hecho de que la Constitución se refiera al principio de "la soberanía del pueblo" en su art. 33, entre los derechos no enumerados, no puede inferirse que haya adoptado la concepción de la soberanía popular de Rousseau ni tampoco que esa idea haya estado presente en la Constitución norteamericana que ni siquiera se menciona en los debates constituyentes. Esa fórmula fue introducida como una suerte de error histórico recién en la reforma de la Constitución de 1860 y, aunque haya respetables doctrinarios que aún hoy sustentan aquel error(130), hay que advertir que el propio autor de las Bases(131) la cuestionó en forma contundente. Para culminar con este punto, es también obvio que todas las consideraciones críticas sobre el mito de la soberanía del pueblo se extienden también al poder constituyente originario o derivado(132).

Desde otro punto de vista, la posición de Kelsen, al identificar el derecho con el Estado(133), sosteniendo, en consecuencia, la soberanía de ese orden supremo del cual no deriva ningún otro orden superior, aparte de sus contradicciones intrínsecas vinculadas en la práctica con la negación del Estado como persona jurídica, vincula al poder con el derecho positivo desechando, así, la ley natural y su principal emanación que encarnan los principios generales del derecho, cuya positividad (en el sentido de eficacia o realidad de un orden de repartos)(134) no depende siempre de su reconocimiento por el legislador positivo, aunque su determinación deba realizarla una autoridad estatal.

En el siglo pasado, uno de los más grandes filósofos del derecho alemán, Hermann Heller, socialdemócrata y contrario tanto al materialismo histórico como al internacionalismo, sostuvo que la soberanía debía jugar como un concepto en el que prevalecía la decisión política (el decisionismo de Carl Schmitt) expresada en la razón de Estado en clave social, para lo cual adjudicó la soberanía a la Nación y al Parlamento, y le atribuyó carácter absoluto. Esta forma de nacionalismo, sin que pueda asimilarse al nacionalsocialismo hitleriano (del que fue uno de sus principales contradictores), lo llevó también a sostener que los jueces carecen de facultades para interpretar la norma y que la justicia constitucional y el control de los actos políticos eran irrealizables en el Estado social de derecho, algo que la propia evolución histórica del modelo terminó consagrando. En su descargo, hay que reconocer que antes de su prematura muerte en España (1934), después de un exilio forzado por el nazismo, llegó a replantear su adhesión a la tesis de la decisión política schmittiana(135).

La responsabilidad del Estado Federal por los actos emanados de los gobiernos de las provincias

La nueva dimensión que, en el plano internacional, ha experimentado el sistema de protección de los derechos humanos junto a las reformas introducidas a nuestra Constitución en 1994 por la Convención Constituyente de Santa Fe, al otorgar jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) a los principales tratados sobre derechos humanos, conduce al reconocimiento pleno de la responsabilidad internacional del Estado Federal o Nacional por los actos de las provincias o Estados locales (según sea el caso).

En primer lugar, cabe acotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (â€œ) Esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas"(136).

En otro caso, la Corte IDH consideró que "el deber general del art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"(137).

Esos principios e interpretaciones jurisprudenciales encuentran apoyatura en la denominada cláusula federal de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH o Pacto de San José de Costa Rica) al prescribir:

"1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención".

Complementa el deber que consagra la cláusula federal de la CIDH el art. 68, en la medida en que prescribe:

"1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

En estas prescripciones de la CIDH ningún órgano o entidad del Estado Federal puede eximirse de responsabilidad alegando que no ha sido parte en el tratado, pues la responsabilidad atañe al Estado, en su conjunto(138), así como "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional"(139).

Asimismo, el art. 29 de la Convención de Viena sobre los Tratados prescribe que "un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo", lo que también ha permitido fundar la opinión consultiva de la Corte IDH en el sentido de que "las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (â€!) deben ser respetadas por los Estados americanos Partes (â€!) independientemente de su estructura federal o unitaria"(140).

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - COMPETENCIA - PROVINCIAS - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - PARTIDOS POLÍTICOS - PODER EJECUTIVO

(\*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Treinta años de democracia en Argentina. El desafío de construir calidad institucional 1983-2013, por Ricardo Gómez Diez, EDCO, 2014-348; Federalismo y garantías de la forma republicana en el campo de los derechos políticos, por Hernán R. Gonçalves Figueiredo, EDCO, 2014-658; El federalismo, la justicia y el bien común, por Juan Carlos Cassagne, EDA, 2015-671; Apuntes sobre el Sistema Federal Argentino, por Pedro A. Caminos, EDCO, 2015-487; La Constitución democrática-republicana: dos imágenes, un espejo (En torno a la política y el poder constituyente), por Pablo Riberi, EDCO, 2016-285; Un desarrollo evolutivo de la división de poderes, por Carlos Ignacio Giuffrè, EDCO, 2016-300; Nuevo constitucionalismo hispanoamericano: ¿Democracia constitucional o populismo?, por Luis María Bandieri, EDCO, 2015-323; Estado federal: ¿un oxímoron?, por Luis María Bandieri, EDCO, 2016-404. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(1) En el plano de la lógica e interpretación jurídica lo implícito está siempre comprendido en lo expreso, mientras que lo inherente tiene vinculación con la sustancia o el fin de la norma. Véase nuestro Curso de derecho administrativo, a partir de la sexta edición (La Ley, Buenos Aires, 1998) lo que decimos en materia de competencia (T. I, págs. 237/238), donde sostenemos que la regla es el principio de la especialidad excepto para los actos de gravamen, postura que hemos mantenido en las posteriores ediciones (Curso de derecho administrativo, 11a ed., Buenos Aires, La Ley, 2016, T. I, pág. 660 y sigs., especialmente pág. 662).

(2) Recasens Siches, Luis, Tratado general de sociología, México, Porrúa, 1956, pág. 390.

(3) Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1968, T. I, págs. 302/303.

(4) *Ibidem*, pág. 295.

(5) Dalla Vía, Alberto R., Teoría del Estado y de la Constitución, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, T. I-A, pág. 75.

(6) Cfr. Messner, Johannes, Ética social, política y económica a la luz del derecho natural, Madrid, Rialp, 1967, págs. 346/347.

(7) En este sentido, desde el campo doctrinario del neoliberalismo económico, Hayek ha señalado que "la primera obligación de la gestión pública no es la de asegurar la satisfacción de las necesidades humanas sino la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar tal tipo de actividades según fórmulas desconocidas por la autoridad" (cfr. Hayek, Friedrich A. von, Derecho, legislación y libertad, Madrid, trad. española, 1978-1979, t. II, pág. 63 y sigs.). Se trata de un punto de vista extremo que no compartimos por las razones que hemos expuesto.

(8) Bidart Campos, Germán J., La historicidad del hombre, del derecho y del Estado, Buenos Aires, Manes, 1965, pág. 134. Señala la marcada tradición que la concepción del pacto o consentimiento del pueblo, como origen del poder, tiene "en las escuelas que han desarrollado el pensamiento aristotélico-tomista".

(9) Migliore, Joaquín, John Locke. Influencias filosóficas y políticas en la formación de su pensamiento, tesis doctoral (inérita), versión de la Biblioteca de la UCA, pág. 69 y sigs.

(10) Las Encíclicas papales han definido el bien común como aquel que "consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los

seres humanos el desarrollo integral de la propia persona" (Encíclica Mater et Magistra y Pacem in Terris, de Juan XXIII y Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral Gaudium et Spes, nro. 74, entre otras). Todas las Encíclicas son coincidentes en el sentido de que la libertad de la persona en el campo económico es "un valor fundamental, un derecho inalienable que hay que promover y tutelar" (cfr. Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Conferencia Episcopal Argentina, Buenos Aires, Oficina del libro, 2005, pág. 218).

**(11)** Ampliar en nuestro Curso, 11a ed., cit., T. I, pág. 6 y sigs.

**(12)** Jellinek, Georg, Teoría general del Estado, Buenos Aires, trad. de la 2a edición alemana por Fernando de los Ríos, BdeF, reproducción de la edición argentina de Editorial Albatros de 1954, 2015, pág. 495 y sigs.

**(13)** Bielsa, Rafael, Reflexiones sobre sistemas políticos, Santa Fe, Universidad del Litoral, 1944, pág. 208. Considera al pueblo como "el conjunto total de las clases".

**(14)** Laclau, Ernesto, La razón populista, 1ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013, 7a reimpresión, pág. 108.

**(15)** Bidart Campos, Germán J., Derecho político, 4ª ed., Buenos Aires, Aguiar, 1972, pág. 332.

**(16)** En el nuevo constitucionalismo se ha operado un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho como consecuencia de la prevalencia de los principios generales del derecho y de los tratados internacionales sobre las leyes; véase nuestra obra: Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo), Buenos Aires, La Ley, 2016, pág. 7 y sigs.

**(17)** Dalla Vía, Alberto R., Teoría del Estado, cit., T. I-A, págs. 76/77.

**(18)** Véase Conte Grand, Julio, El sistema republicano. Reflexiones en tiempos del Bicentenario de la Independencia, en la obra República, federalismo y ciudadanía (Durán, Juan Guillermo - Barreto, Monserrat, coords.), Buenos Aires, EDUCA, 2016, pág. 29 y sigs.; señala dicho jurista que la república democrática y la democracia republicana exhiben semejanzas sustanciales y que presentan sutiles diferencias, pues mientras "en la primera modalidad se acentúa el principio de la soberanía popular y el esquema republicano actúa como apoyo de aquél (en la segunda, se privilegian los aspectos constitutivos de la república, admitiéndose que el poder en última instancia deriva del pueblo" (cit., pág. 27).

**(19)** Conte Grand, Julio, El sistema republicano, cit., pág. 26.

**(20)** Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4a ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, T. I, pág. 22.

**(21)** La teoría de la democracia deliberativa plantea la participación activa de los ciudadanos en la defensa y reclamos por los derechos sociales, a quienes se atribuye, incluso, el poder de auto-regulación. Los problemas que no puede resolver esta teoría se vinculan con el nivel o grado de los derechos sociales entre sí o frente a los derechos individuales que consagraron las democracias liberales del siglo XIX, y también se relacionan con el activismo político de los grupos o masas sociales, incapaces de articular una representación orgánica. Otro problema está representado por el riesgo de caer en una suerte de corporativismo manejado por dirigentes sindicales que asumen, de hecho, la representación popular o de la masa social. En nuestro sistema constitucional, algunas técnicas deliberativas, con adecuados resguardos legales, son compatibles con el Estado democrático o condición de que reserven el poder de decisión a las autoridades que representan la voluntad popular (art. 22, CN). De otra manera, el sistema representativo estaría desprovisto de sentido. El principal exponente de la democracia deliberativa ha sido el filósofo alemán Jürgen Habermas en varios ensayos y libros; véase: Habermas, Jürgen, Facticidad y validez, trad. del alemán, Madrid, Trotta, 1998, pág. 363 y sigs. Una postura favorable a la adopción de la democracia deliberativa ha sostenido Roberto Gargarella en el artículo ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?, publicado en El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario (Alegre, Mariano - Garbarella, Roberto [Coords.]), Buenos Aires, LexisNexis, 2007, págs. 121/144; véase también: Etchichury, Horacio J., Derechos sociales: la democracia deliberativa como clave de justificación, en Democracia. Perspectivas sociales y económicas, Buenos Aires, BdeF, 2016, pág. 123 y sigs. El autor sostiene que nuestra Constitución no reconoce jerarquía alguna entre los diferentes derechos que prescribe y postula la judicialización de los conflictos sociales.

- (22) Alberdi, Juan B., Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, 4a ed., Buenos Aires, Capítulo XXV, Plus Ultra, 1981, pág. 179 y sigs.
- (23) En su faz inicial, el Estado social y democrático de derecho fue un producto de la Constitución de Weimar, cuyo principal ideólogo ha sido Hermann Heller; véase de este autor Europa y el fascismo, en "Escritos políticos", Madrid, Alianza Editorial, 1985. Heller demuestra que el régimen fascista era violatorio de los principios del Estado social y democrático de derecho. Su trabajo resultó anticipatorio de la política nihilista de confrontación llevada a cabo por el fascismo, que culminó en una coalición mundial como parte de un "eje" junto al nazismo hitleriano.
- (24) Cassagne, Juan C., Los grandes principios, cit., pág. 105 y sigs. y El Estado populista, Buenos Aires, BdeF, 2017, pág. 41 y sigs.
- (25) Goldschmidt, Werner, Introducción al derecho, Buenos Aires, Depalma, 1967, pág. 409; más precisamente en Introducción filosófica al derecho, 4a ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, pág. 438.
- (26) Ver Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y de derecho público general, 2a ed., Madrid, Iustel, 2006, T. I, pág. 1193 y sigs.; y T. IV, 1a ed., Madrid, Iustel, 2011, pág. 497 y sigs.
- (27) Erhard, Ludwig - Muller Armak, M., El orden del futuro, trad. del alemán, Buenos Aires, Eudeba, 1981, pág. 26 y sigs.
- (28) Ampliar en Cassagne, Juan C., El Estado populista, cit., pág. 101 y sigs.
- (29) Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944, pág. 35 y sigs.
- (30) Bielsa, Rafael, en el "Prólogo" a la obra de Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación, cit., pág. 9. Algunos han atribuido la paternidad de la teoría de la separación de poderes a Locke, pero este no concibió al poder judicial como un órgano separado e independiente.
- (31) Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación, cit., págs. 35/37, cuyo riguroso trabajo efectuado en 1941, en el Seminario dirigido por el profesor Bielsa, constituye uno de los más completos efectuados sobre la doctrina comparada.
- (32) Ibídem, cit., pág. 45 y sigs.
- (33) Bielsa, Rafael, en el "Prólogo" a la obra de Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación..., cit., pág. 10.
- (34) Ibídem, pág. 50.
- (35) Ibídem, pág. 42. Para una mejor comprensión del pensamiento de Bosch, utilizamos el término "separación o separar", en vez de "división o dividir".
- (36) Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1968, T. I, págs. 698 y 703, nota 31.
- (37) Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?, Buenos Aires, Zavalía, 1951, pág. 37.
- (38) Vile, Maurice J. C., Constitucionalismo y separación de los poderes, trad. del inglés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 17/18.
- (39) Luqui, Roberto E., Revisión judicial de la actividad administrativa, Buenos Aires, Astrea, 2005, T. I, pág. 49.
- (40) Estrada, José M., Curso de derecho constitucional, Buenos Aires, Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, T. II, pág. 37 y sigs., especialmente pág. 52.
- (41) Cassagne, Juan C., Curso de derecho administrativo, 10a ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, T. I, pág. 32 y sigs. Un antecedente valioso de esta interpretación constitucional se encuentra en Estrada, José M., Curso de derecho constitucional, cit., T. II, págs. 45/52.
- (42) Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación, cit., pág. 43, nota 16 bis.
- (43) Biscaretti di Ruffia, Paolo, Derecho constitucional comparado, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 208.
- (44) Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación, cit., pág. 68 y sigs.
- (45) El art. 15 de la DUDH prescribe: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución".
- (46) Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, Droit Administratif, 12a ed., PUF, París, 1992, T. II, apuntan que los antiguos autores oponían el "Estado policía" al "Estado de derecho" en el que el poder no

puede actuar más que según las reglas que se le imponen (cit., pág. 247). La distinción hoy día solo reviste interés histórico, dada la aparición del "Estado de derecho" en la mayor parte de los sistemas comparados de Europa y América. No obstante, algunos autores profundizan la distinción a efectos comparativos, cosa que nos parece sobreabundante hacer en la actualidad.

(47) Laclau, Martín, Soberanía y Estado de derecho, Buenos Aires, Astrea, 2014, pág. 76.

(48) *Ibídem*, pág. 77.

(49) *Ibídem*, págs. 76/81.

(50) Cassagne, Juan C., Curso de derecho..., cit., T. I, págs. 58 y 62.

(51) Laclau, Martín, Soberanía, cit., pág. 96.

(52) Laplacette, Carlos J., Control de constitucionalidad de oficio y Estado constitucional de derecho, La Ley, diario del 27-10-11, pág. 1.

(53) Especialmente en la Encíclica Veritatis Splendor, de Juan Pablo II, se alude al fin último del hombre: VS. 72a - 73b.

(54) En cambio, el eje de la filosofía kantiana se halla en que siendo el hombre un fin en sí mismo tiene plena autonomía personal y libertad sin otras limitaciones que las fijadas por las leyes. No obstante, siendo concepciones opuestas, ambas coinciden en la defensa de las libertades del hombre, aunque la Iglesia católica no concibe la libertad fuera de la verdad y de la moral, que relaciona la libertad con el bien auténtico que es el fin último del hombre.

(55) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho administrativo, 13ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, T. I, pág. 444 y sigs. Señalan la coincidencia entre la fórmula de la Constitución alemana (art. 20, párr. 3º de la Ley Fundamental de Bonn) y la española (art. 103.1, CE).

(56) Art. 103.1 de la CE.

(57) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., T. I, pág. 445.

(58) Kelsen, Hans, Derogación y derecho y lógica, traducidos al castellano por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicados en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nº 21, México, 1974, pág. 258 y sigs.

(59) Véase: Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, 4a ed., Buenos Aires, Depalma, 1974, págs. 28/29.

(60) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., T. I, pág. 437.

(61) El abandono de las tesis centrales de Kelsen tiene que ver con lo que decimos en el texto.

(62) Vid. Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, cit., pág. 439 y sigs.

(63) Gargarella, Roberto, El contenido igualitario del constitucionalismo, en Teoría y crítica del derecho constitucional, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, T. I, págs. 17/18. Desde una visión progresista igualitaria (no populista) reconoce el servicio que ha prestado el constitucionalismo individualista a la causa de la libertad y haber sido una barrera contra el autoritarismo.

(64) Véase: Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, 5a ed., Buenos Aires, FDA, 1998, T. I, pág. III-38 y sigs.

(65) Bianchi, Alberto B., La regulación económica, Buenos Aires, Ábaco, 2001, pág. 205 y sigs.

(66) Véase: Parejo Alfonso, Luciano, Lecciones de derecho administrativo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 34 y sigs. Analiza las notas definitorias de la situación actual, recogiendo la opinión de Schmidt-Asmann en cuanto señala que la crisis del Estado social (en su forma de Estado de bienestar) se proyecta sobre la Administración básicamente en tres formas: "1) la reducción de los medios personales, económicos y materiales disponibles y, paralelamente, la exigencia de productividad, economía y celeridad; 2) el replanteamiento crítico del número y características de las funciones y cometidos de la Administración y 3) el cuestionamiento del concepto básico de dirección de la sociedad, que hasta ahora se reconocía sin problemas a favor del Estado y de la Administración, por entender que las técnicas administrativas clásicas (orden, prohibición, etc.) son insuficientes y emergen técnicas de actuación administrativa de carácter 'informal' o 'cooperativo'" (pág. 36).

(67) Vid. nuestro Curso de derecho administrativo, 10a ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, T. I, págs. 25/28; y Spacarotel, Gustavo D., Aplicación del régimen de contratos administrativos a los contratos

celebrados por los concesionarios de servicios públicos, en Cuestiones de derecho administrativo, Buenos Aires, Jornadas de la Universidad Austral, Rap, 2007, pág. 182.

**(68)** García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho..., cit., T. I, pág. 437 y sigs.

**(69)** Guariglia, Carlos E., El reto de la responsabilidad. Misión y visión del Estado contemporáneo, Montevideo, Polo, 2003, págs. 105/115.

**(70)** Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo y público general, 1a ed., Madrid, Iustel, 2011, T. IV, pág. 497 y sigs.

**(71)** Parejo Alfonso, Luciano, Leccionesâ€¦, cit., pág. 40. Hace un buen análisis de la evolución de las prestaciones sociales de cara a la crisis del Estado social, concluyendo que ello no impedirá que la Administración continúe haciéndose cargo de esas prestaciones. La función del mercado, en cualquier caso, será financiarlas.

**(72)** Muñoz Machado, S., Tratado de derecho administrativo y público general, 2a ed., Madrid, Iustel, 2006, T. I, pág. 1021 y sigs.

**(73)** Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, París, Broccard, 1923, pág. 23.

**(74)** Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro XI, Cap. III.

**(75)** Ibídem, Cap. IV.

**(76)** Ibídem, Cap. II.

**(77)** Alberdi recibió la influencia de Montesquieu al redactar las Bases y el Proyecto que sirvió de fuente para la Constitución de 1853. Sostiene Alberdi que "es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un puebloâ€¦", y se pregunta si "sería ley la voluntad general expresada por un Congreso Constituyente que obligase a todos los argentinos a pensar con sus rodillas y no con su cabeza", para concluir citando una frase de Rivadavia que alude a la falsa ilusión que padece el legislador cuando pretende que por obra de su voluntad pueda cambiar "la naturaleza de las cosas" (Alberdi, Juan B., Bases, 4a ed., San Pablo, Plus Ultra, 1984, Cap. XVII). Más adelante, habla de las leyes naturales que debe observar el constituyente.

**(78)** Vanossi, Jorge R., Teoría constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1976, T. II, pág. 80. Después de recordar que mientras el preámbulo de la Constitución de Filadelfia habla de "constituir la justicia" anota: "En cambio, nosotros decimos 'afianzar la justicia' porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra 'justicia' con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin" (págs. 79/80).

**(79)** Que prescribe que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe".

**(80)** Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro II, Cap. I.

**(81)** Ibídem, Cap. IX.

**(82)** Ibídem, Cap. X.

**(83)** Ver Carré de Malberg, Raymond, Teoría general del Estado, trad. del francés, con prefacio de Héctor Gros Espiell, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, reimpresión de la edición de 1998, pág. 249 y sigs., especialmente pág. 264.

**(84)** Guardini, Romano, El poder, 2ª ed., Madrid, Cristiandad, 1977, págs. 16/17.

**(85)** Ibídem, pág. 19.

**(86)** Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretaciónâ€¦, cit., pág. 49.

**(87)** Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, T. I, pág. 519 y sigs.

**(88)** Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretaciónâ€¦, cit., pág. 50.

**(89)** Montesquieu, El espíritu de las leyes, cit., Libro XI, Cap. VI, especialmente el párrafo en el que dice: "Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares". De la sola lectura de este párrafo se deduce que Montesquieu adoptó un criterio sustancial para definir las funciones del Estado.

**(90)** Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, cit., T. I, pág. 206 y sigs. y T. II, pág. 18, nota 4; Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho..., cit., T. I, pág. 55 y sigs.; Villegas Basavilbaso,



- Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, Tea, 1949, T. I, pág. 34 y sigs.; Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales?, cit., pág. 95 y sigs.; Linares, Juan F., Derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 166 y sigs. y nuestro Curso de derecho, cit., T. I, pág. 35 y sigs.
- (91) Luqui, Roberto E., Revisión judicial, cit., T. I, págs. 20/21. Aclara que no es imposible definir las funciones conforme a un criterio exclusivamente material o formal. Lo que resulta imposible, al menos en nuestro sistema, es realizar una separación material absoluta y exclusiva para cada órgano.
- (92) Cfr. Bosch, Jorge T., Ensayo de interpretación, cit., pág. 39 y sigs.
- (93) Canosa, Armando N., Procedimiento administrativo: recursos y reclamos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 5; Dromi, José R., Introducción al Derecho Administrativo, Madrid, Grouz, 1986, pág. 72, con relación al aspecto sustantivo de la función jurisdiccional; Hutchinson, Tomás, Elementos de derecho administrativo, Buenos Aires, 2003 en el trabajo de López Vergara, Patricia, Función administrativa del Poder Judicial, publicado en el mencionado libro, pág. 20 y sigs. (aunque lo califica como un criterio mixto).
- (94) Cfr. Gelli, María A., Constitución de la Nación, cit., T. I, pág. 20.
- (95) Ibídem, pág. 21.
- (96) En el caso "UCR, CFI, Partido Federal y FREJUPO", del 16 -11-89, Fallos: 312:2192.
- (97) Vid. Durán, Juan G., Fray Justo de Santa María de Oro, Diputado por San Juan (1772-1836), Buenos Aires, Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, 2015, pág. 75.
- (98) Ibídem, págs. 79/82.
- (99) Bidart Campos, Germán J., Lecciones elementales de política, Buenos Aires, Ediar, 1984, págs. 280/281.
- (100) Alberdi, Juan B., Obras completas, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, Vol. 5, pág. 305 y sigs.
- (101) Alberdi, Juan B., Las Bases, 2ª ed., Cap. XXU, septiembre 1852, en Mayer, Jorge M., Bases de Alberdi, Buenos Aires, Sudamericana, 1979, pág. 310 y sigs.
- (102) Véase Pastrone, Pablo N., Pbro. Dr. Antonio Sáenz, Diputado por Buenos Aires al Congreso de Tucumán, Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2015, pág. 47 y sigs.
- (103) Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1968, T. I, pág. 490.
- (104) González Calderón, Juan A., Curso de derecho constitucional, Buenos Aires, 1943, págs. 147/148.
- (105) Diez, Manuel M., Derecho administrativo, 1ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, t. II, pág. 144, quien recoge la clasificación que formulara Alberdi.
- (106) "Giménez Vargas Hnos. Soc. Com. e Ind. c. Provincia de Mendoza", Fallos: 239:343 (1957) y "Compañía Argentina de Teléfonos SA c. Provincia de Mendoza", Fallos: 257:159 (1963).
- (107) Art. 31, CN.
- (108) Ley 18.310.
- (109) Fallos: 127:186, en el caso "Marconeti Ltda. SA", publicado con nota de Bosch, Jorge T., LL, 131-987.
- (110) "SA Vialco c. Nación Argentina", Fallos: 301:1122 (1979); "Montarsa Montajes Argentinos SA c. Provincia de Neuquén", Fallos: 302:1223 (1980); e "Irazú Margarita v. Copetro o quien corresponda s/indemnización de daños y perjuicios", Fallos: 311:75 (1988).
- (111) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, T. I, págs. 550/551.
- (112) In re, "Rivademar", Fallos: 312:326 (1989).
- (113) Sagüés, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 598.
- (114) "Municipalidad de La Plata", Fallos: 325:1249 y "Cadegua", Fallos: 327:4103.
- (115) "Ponce", Fallos: 328:175.
- (116) Rosatti, Horacio D., El federalismo en la reforma, en la obra colectiva La reforma constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pág. 223 y sigs.
- (117) Ibídem, pág. 232.
- (118) Ampliar en Rosatti, Horacio D., El federalismo..., cit., pág. 223 y sigs.
- (119) Badeni, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2010, T. I, pág.

526; Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, cit., pág. 296.

**(120)** Bidart Campos, Germán J., Derecho político, cit., pág. 357 y sigs. Define a la soberanía como "la cualidad de aquel poder que no reconoce dentro del ámbito de relaciones que rige otro orden superior de cuya normación positiva derive lógicamente la propia validez normativa" (pág. 360); definición con resabios kelsenianos que omite consignar que es una cualidad del Estado (como en otras partes sostiene). La definición que da Bidart Campos tiene reflejos kelsenianos que no permiten aplicarla a la potestad supremacía que, en los casos previstos en la Constitución, ejercen otros órganos del Estado como el Congreso o el Poder Judicial.

**(121)** Vid. Gómez Ferrer, Rafael, Deconstrucción del sistema jurídico y reforma de la Constitución, publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, en el acto de su recepción como Académico de Número, Madrid, 2016, pág. 13 y sigs., especialmente págs. 53/73. Sin embargo, los problemas que se plantean en la Unión Europea son de gran complejidad, sobre todo política, y actualmente, se han producido rebrotes nacionalistas tanto en los Estados miembros (v. gr. Inglaterra con el Brexit) como en las comunidades españolas (p.e. el caso de Cataluña).

**(122)** Laclau, Martín, Soberanía..., cit., pág. 1 y sigs. Realiza un acertado análisis del problema que se plantea con la soberanía de los Estados a raíz de la globalización de las relaciones internacionales; concluye en que si bien los Estados, en la actualidad, no ejercen la soberanía de manera directa "en esferas tan amplias como antaño ello no implica que el concepto haya de ser abandonado", ya que es "la mejor garantía de respeto a la igualdad jurídica de todos los Estados" y de "las peculiares características que asume la vida humana en cada uno de ellos" (pág. 26).

**(123)** Véase: Obras completas de Aristóteles, Buenos Aires, Anaconda, 1947, T. I, La política de Aristóteles, Libro Tercero, Capítulo VI. Al tratar de la soberanía sostiene que ella debe pertenecer a las leyes fundadas en la razón (pág. 613).

**(124)** Véase Laclau, Martín, Jean Bodin y la construcción de la moderna idea de soberanía, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, nº 29, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, pág. 3 y sigs. Apunta que elaboró "la teoría que legitimó la nueva realidad política surgida de la concentración del poder" y que "la nota primordial del nuevo Estado Nacional pasó a ser la facultad de legislar" (pág. 21).

**(125)** Vid. Strauss, Leo, La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y génesis, trad. del inglés, Buenos Aires, 2006, págs. 215/217.

**(126)** Suárez, Francisco, Tratado de las leyes y de Dios Legislador, vertido al castellano por Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1918, T. III, págs. 22/24. Sostiene que la potestad de regir políticamente a los hombres corresponde en forma inmediata a la comunidad "por derecho natural en cuanto por especial voluntad o común consentimiento se reúnen en un solo cuerpo político por un vínculo de sociedad para ayudarse mutuamente en orden a un fin político" (págs. 22/23), potestad que no es universal sino de cada comunidad (pág. 24), lo que anticipa el principio de subsidiariedad. La influencia de la escolástica y la neoescolástica en las raíces del constitucionalismo ha sido señalada por la doctrina: Rodríguez Varela, Alberto, La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires del año 2005, pág. 122 y sigs.; Steverlinck Gonnet, Joris, La Universidad de Salamanca y la Constitución de los Estados Unidos, Buenos Aires, EDUCA, 2003, pág. 122 y sigs.; y Stoetzer, Carlos O., Raíces escolásticas de la Constitución Norteamericana, ponencia (inédita) presentada en las XV Jornadas Seminario Internacional de la Asociación Argentina de Estudios Americanos, Buenos Aires, 1981, pág. 11 y sigs.

**(127)** Bidart Campos, Germán J., Derecho político, cit., pág. 360.

**(128)** Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, cit., T. I, pág. 298.

**(129)** Cassagne, Juan C., El Estado populista, cit., pág. 89.

**(130)** Bidart Campos, Germán J., Derecho político, cit., pág. 368. Dice que "la escuela del pueblo soberano en su versión primitiva es de filiación constitucional americana", lo que, como se ha visto, constituye un error, dada su filiación neoescolástica sostenida por un sector del puritanismo, como se indica precedentemente.

**(131)** Véase: Mayer, Jorge M., Las "Bases" de Alberdi, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, págs.

280/282. Si bien Alberdi afirma que nuestra Revolución tomó la definición de Rousseau de la ley como expresión de la voluntad general (hay que tener en cuenta que Alberdi se refiere a la época de la Revolución de Mayo en la que su conspicuo secretario Mariano Moreno había traducido El contrato social y estaba inspirado en las ideas jacobinas), en ningún momento sostiene que la fuente de tal influencia es la Constitución norteamericana. Al contrario, la teoría de Rousseau es criticada fuertemente por Alberdi, quien sigue, en definitiva, las ideas de Montesquieu, partidario de la ley natural (cit., pág. 282). Nuestro admirado historiador Jorge M. Mayer afirma, sin embargo, sin mayor fundamentación, que la influencia de Rousseau en "las revoluciones americanas fue considerable", sin aclarar si esa frase se circunscribe a las revoluciones de Hispanoamérica (como parece deducirse de las citas) o también incluye a la revolución de los Estados Unidos de Norteamérica.

**(132)** Bidart Campos, Germán J., Derecho político, cit., pág. 524. Considera, con acierto, que la soberanía es una cualidad del poder constituido que no tiene relación con el poder constituyente que no es un sujeto político dotado de personalidad jurídica sino una competencia del pueblo para estructurar el poder del Estado.

**(133)** En la crítica de Heller a Kelsen sobre la conversión del Estado en un orden normativo ideal (siguiendo a Gerber y Laband), afirma que la concepción kelseniana produjo "una teoría del Estado sin Estado"; cfr. Heller, Hermann, Teoría del Estado, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, págs. 75/76.

**(134)** Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica, cit., pág. 99.

**(135)** Véase: Spota, Alberto A. (h.), El concepto de soberanía en Hermann Heller, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n° 29, cit., pág. 156 y sigs.

**(136)** Caso "Garrido y Baigorria", sentencia del 27-8-98, Serie C, núm. 39, párrafos 68 y 69.

**(137)** In re "Castillo Petruzzi", sentencia del 30-5-99, Serie C, núm. 52, párrafo 207.

**(138)** Cfr. García Ramírez, Sergio - Del Toro Huerta, Mauricio Iván, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia, en el libro García Ramírez, Sergio (Coord.), La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Universidad Autónoma de México, volumen V, 2009, pág. LXI.

**(139)** Corte IDH en el caso "Garrido y Baigorria", cit., núm. 39, párrafo 46.

**(140)** Corte IDH, OC-16/99, párrafos 139 y 140.