

**VLADIMIRO NARANJO MESA**

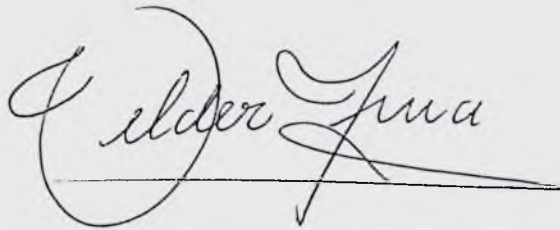


**TEORÍA CONSTITUCIONAL  
E  
INSTITUCIONES POLÍTICAS**

*Novena edición*

**TEMIS**

TEORÍA CONSTITUCIONAL  
E  
INSTITUCIONES POLÍTICAS

A handwritten signature in black ink, reading "Javier Encinas". The signature is written in a cursive style with a long horizontal stroke extending to the right.

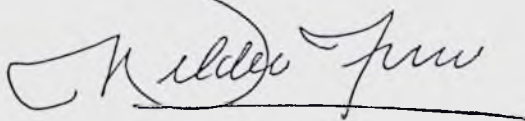
Dr. Javier Mario Aduviri Encinas  
DIRECTOR - ASESOR  
RESPONSABLE TEMAS ADMINISTRATIVOS  
ASESORIA GENERAL DE DESPACHO  
Gobierno Autónomo Dptal. de La Paz

VLADIMIRONARANJOMESA

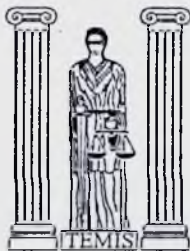
Ex magistrado de la Corte Contitucional

# TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS

*Novena edición*



Dr. Javier Mario Aduviri Encinas  
DIRECTOR - ASESOR  
RESPONSABLE TEMAS ADMINISTRATIVOS  
ASESORÍA GENERAL DE DESPACHO  
Gobierno Autónomo Dptal. de La Paz



EDITORIAL TEMIS S.A.

Bogotá - Colombia

2003



#### ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia. Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Vladimiro Naranjo Mesa, 2003.

© Editorial Temis S. A., 2003.

Calle 17, núm. 68D-46, Santa Fe de Bogotá

e-mail: [editorial@temis.com.co](mailto:editorial@temis.com.co)

[www.editorialtemis.com](http://www.editorialtemis.com)

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Editorial Nomos S. A.

Carrera 39 B, núm. 17-85, Santa Fe de Bogotá.

ISBN 958-35-0432-7

2072 200300048200

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

*A la memoria de mis padres,  
a mis hermanos, a mis alumnos.*

Dr. Javier Miró Aduviri Encinas  
DIRECTOR - ASESOR  
RESPONSABLE TEMAS ADMINISTRATIVOS  
ASESORIA GENERAL DE DESPACHO  
Gobierno Autónomo Deptal de La Paz

## PRÓLOGO

*Vladimiro Naranjo Mesa, catedrático con un meritorio recorrido, contribuye a enriquecer la escasa bibliografía nacional en el campo del derecho público con su Teoría constitucional e instituciones políticas, resultado de su largo trabajo y experiencia en la universidad.*

*Contiene esta obra un planteamiento total, completísimo, de la temática constitucional, es decir, un panorama que comprende el estudio de todos los conceptos y teorías que son de obligado conocimiento en la preparación de un jurista y que, por lo mismo, deben estar comprendidos en la programación de las facultades de derecho.*

*De otra parte, a propósito de cada punto se allegan las tesis y doctrinas de los grandes autores en forma precisa y abundante, lo que permite al estudioso informarse sobre las principales corrientes del pensamiento jurídico y las controversias suscitadas por esta temática y adoptar la orientación más acertada. Las referencias bibliográficas que ilustran este trabajo son indicativas de las amplias y variadas lecturas del autor, de su agudo criterio para exponer y evaluar las ideas de los tratadistas más autorizados, y son una guía para el lector en la frondosa literatura constitucional extranjera, ya que infortunadamente en este campo, como en tantos, somos tributarios de las creaciones foráneas y no hemos logrado hacer florecer nuestro propio pensar.*

*La exposición de cuestiones cardinales como la teoría del Estado, la teoría de la Constitución, la teoría del gobierno del Estado y la teoría de la praxis democrática, satisfacen por su método y claridad. El atinado desarrollo que de los múltiples aspectos de estas teorías hace el doctor Naranjo, permite no solo conocer la concepción clásica de esas materias, sino su evolución y el estado de sus actuales desarrollos teóricos.*

*Ideas, creencias, intereses, han sido y son los generadores de la dinámica constitucional y del proceso de las instituciones políticas; instituciones y fuerzas políticas son los elementos de los sistemas constitucionales, y solo su enfoque global permite la comprensión de su complejo normativo; de ahí surge espontáneamente, el reclamo de que el autor complemente su obra en un inmediato futuro con el gran enfoque político personal en el que despliegue la fuerza de su impulso ideológico y resalte la actualización del contenido doctrinario tan rigurosamente asimilado.*

*Es preciso advertir que en el presente no se puede intentar la comprensión de la realidad del Estado sin estudiar las transformaciones que lo están remodelando, sus estructuras, sus competencias, las técnicas de trabajo, sus relaciones con los gobernantes, la influencia de los factores internacionales, los problemas derivados de la dependencia y el neoimperialismo; el fenómeno de la integración y reintegración de los bloques inter y supranacionales, ha modificado sustancialmente la organización y el funcionamiento del Estado y, obviamente, las nociones de Constitución y gobierno, lo que obliga a reasumir sus teorías, a redefinir sus conceptos.*

*Escribir sobre derecho constitucional es apasionante porque se trata de un derecho que se vive, como ningún otro, que tenemos que vivir todos, pues a todos nos afecta para bien o para mal, en tanto estamos por fuerza inmersos en la realidad política que aquel derecho pretende someter a razón, a normatividad. Ese derecho es una vivencia común, es realidad cotidiana del hombre, tiene un sentido existencial. Y todo libro de derecho constitucional es un trance de confesión, declaración de principios, así se apoye en la terminología técnica y en la objetividad científica. Proclama preferencias, hay una estimación de valores, una axiología, la del autor. Y en ese sentido es una brújula, marca una dirección, escruta rumbos, señala metas.*

*Este libro, no obstante el estricto carácter científico de su desarrollo, no puede ser una excepción a ese insoslayable condicionamiento. La juventud de su autor y el vigor intelectual de su reveladora primicia, garantizan su docencia y sus proyecciones en un futuro fructífero.*

LUIS CARLOS SÁCHICA

Dr. Javier

RESP

AS

Gob

Encinas

SOR

INSTRATIVOS

DESPACHO

de La Paz

## PRESENTACIÓN

Esta obra no tiene la pretensión de ser un tratado completo de derecho constitucional general. Su objetivo esencial es el de darle al estudiante de derecho, y al lector en general, los elementos básicos para una visión global y una mejor comprensión de esta materia, piedra angular del derecho público.

Con esa aspiración se ha intentado sistematizar, de manera didáctica, en las páginas que siguen el pensamiento plasmado en la obra de muchos de los más reputados tratadistas en este apasionante campo de la ciencia jurídica, con miras a adaptar sus enseñanzas a los requerimientos de nuestra formación profesional. Se han consultado para ello autores —tanto nacionales como extranjeros— cuya obra plantea, en mi concepto, con acierto y un criterio moderno, la problemática que implica la organización jurídico-política de los Estados, y contribuye así a la estructuración del moderno derecho constitucional. La exposición de las tesis y aspectos esenciales de cada uno de los temas aquí tratados, así como la observación y análisis de los fenómenos que han ido configurando las instituciones políticas, constituyen los elementos básicos para la elaboración de la teoría constitucional.

Con el ánimo de ofrecer al estudiante y al lector una más fácil comprensión de estos elementos, la obra se ha dividido en cuatro partes: una *Parte Introductoria*, que contiene una serie de conceptos previos sobre la noción del derecho en general y del derecho constitucional en particular, con el objeto de ubicar esta rama del derecho público dentro del contexto de la ciencia jurídica, así como el de señalar su relación estrecha con otras ciencias sociales. Estos conceptos no se estudian exhaustivamente, por cuanto esta tarea incumbe de manera fundamental a otras materias, como son la introducción al derecho, la filosofía del derecho, y la sociología política.

La *Parte Primera* se ocupa de la teoría del Estado, como uno de los objetivos básicos del estudio del derecho constitucional. En ella se examinan los aspectos esenciales para la comprensión del ente estatal, como son su noción, sus elementos, sus atributos jurídicos, las funciones que cumple a través de sus distintos órganos y las formas que reviste. Un capítulo especial se dedica al origen y formación histórico-política de los Estados que, a través de los tiempos, han servido de modelo a este tipo de organizaciones. Asimismo, se estudian los diferentes sistemas de gobierno vigentes en el mundo contemporáneo.

La *Parte Segunda* se ocupa de la teoría de la Constitución. En ella se estudiarán los diferentes conceptos de Constitución, sus variedades, estructura y contenido, la teoría del poder constituyente, los sistemas de establecimiento y reforma de la Constitución, la supremacía de la Constitución y los diversos mecanismos de control de constitucionalidad, que buscan asegurarla, y la crisis constitucional y los poderes de que dispone un Estado de derecho para afrontarla.



La *Parte Tercera* corresponde a la aplicación de la teoría constitucional, bajo el aspecto del ejercicio del poder en el Estado, a través de las instituciones políticas. En ella se reseñan los regímenes políticos que imperan en el mundo contemporáneo: la democracia liberal, el socialismo-marxista y las autocracias tradicionalistas. Dentro del estudio de cada uno de estos regímenes se hace la exposición de las instituciones políticas de los más representativos Estados que practican uno u otro régimen. Nos ubicamos así dentro de la moderna corriente del derecho público que tiende a incorporar en el estudio del derecho constitucional general, el de las instituciones políticas.

Esta nueva edición de la obra ha sido cuidadosamente revisada y ampliada en muchas de sus partes. Temas —como el del poder público, la soberanía, las funciones y órganos del Estado, el poder constituyente, la reforma constitucional, los mecanismos de control de constitucionalidad, etc.—, han sido complementados. Asimismo se amplían temas como el de los derechos fundamentales. En la parte final se ha incluido un cuadro analítico sobre la evolución política de cada uno de los países de América Latina durante los tres últimos decenios, todo ello con la intención de darle al estudiante y al lector una más amplia base para el análisis y comprensión de la materia objeto de esta obra.

Aunque la materia sobre la que versa la obra es el derecho constitucional general, a lo largo de ella se hace referencia específica a su aplicación en el derecho constitucional colombiano y, más concretamente, a la Constitución de 1991. La obra aparece entonces concordada en las partes pertinentes con las modificaciones que esta Constitución introdujo en el ordenamiento jurídico-político de Colombia.

En cada capítulo se encontrará la bibliografía correspondiente, a la cual podrá remitirse el lector a fin de ampliar sus conocimientos sobre el tema de que se trate. En ella aparecen los autores y obras de consulta básica en esta materia, así como otras sin cuyo conocimiento este curso resultaría incompleto. Es aspiración del autor que al concebir así el plan de la obra, que esta cumpla su objetivo esencial cual es, como se dijo al comienzo, el de dotar al estudiante de derecho y al lector de los elementos indispensables para una mejor comprensión del derecho constitucional y del Estado.

Quiero consignar aquí mi perenne gratitud a mi padre, el doctor y maestro Abel Naranjo Villegas, a cuya memoria rindo filial homenaje. De él recibí siempre lecciones perdurables de ética, de respeto hacia el Estado de derecho y de amor a la justicia, derroteros estos que deben guiar el pensamiento y la acción de todos los que elegimos la ciencia jurídica como profesión; en el ejercicio de la cátedra, de la carrera y de la ciudadanía, he tratado de ser fiel a esas lecciones y al ejemplo recibido de él. Mi gratitud también a la Universidad del Rosario, en cuyo claustro culminé los estudios de jurisprudencia, a las demás universidades que me han brindado la oportunidad de exponer desde la cátedra, mis conocimientos en este campo, a los maestros de quienes he recibido valiosas enseñanzas, y a mis alumnos, cuyo estímulo ha sido para mí determinante, y que son los destinatarios principales de esta obra.

# ÍNDICE GENERAL

## PARTE PRELIMINAR

### EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA CIENCIA DEL DERECHO

#### CAPÍTULO I

#### EL DERECHO

PÁG.

1. ¿Qué es el derecho? .....	3
1.1 Diversas definiciones de derecho como ciencia .....	5
1.2 El derecho como regla de conducta .....	6
1.3 Reglas jurídicas y otras reglas de conducta .....	7
2. Derecho natural y derecho positivo .....	8
3. Derecho objetivo y derecho subjetivo .....	10
4. Derecho público y derecho privado .....	12
4.1 Criterios para distinguir el derecho público y el derecho privado .....	14
4.2 Principales ramas del derecho público .....	15
4.3 Derecho constitucional y derecho administrativo .....	16
4.4 Derecho constitucional y derecho internacional público .....	18

#### CAPÍTULO II

#### EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Qué es el derecho constitucional .....	22
1.1 El derecho constitucional es derecho público fundamental .....	23
2. Objeto del derecho constitucional .....	25
2.1 Los fenómenos políticos .....	26
2.2 El encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos .....	27
3. Significado y alcances del derecho constitucional .....	28
3.1 El derecho constitucional como "técnica de la libertad" .....	29
3.2 El derecho constitucional como "técnica de la autoridad" .....	30
4. Origen y desarrollo del derecho constitucional .....	30
4.1 El concepto de Constitución en Grecia .....	31
4.2 El aporte de Roma .....	32

	PÁG.
4.3 El concepto de Constitución en la Edad Media .....	33
4.4 Nacimiento y formación del derecho constitucional moderno .....	35
5. Influencia del pensamiento escolástico e iusnaturalista en el constitucionalismo moderno .....	38
6. El movimiento constitucionalista liberal .....	42
6.1 Un esfuerzo para racionalizar el poder .....	42
6.2 Antecedentes, desarrollos y contribuciones .....	43
6.3 Ideales del constitucionalismo liberal .....	44
6.4 Primeros frutos del constitucionalismo .....	44
6.5 Aportes de Inglaterra. Estados Unidos y Francia al constitucionalismo moderno .....	45
A) Inglaterra .....	45
B) Estados Unidos .....	46
C) Francia .....	47
6.6 El constitucionalismo de postguerra y los postconstitucionalismos .....	47
7. Aportes científicos y doctrinarios al estudio del derecho constitucional .....	51
7.1 El aporte colombiano en el campo constitucional .....	52
8. Derecho constitucional general, derecho constitucional particular o especial y derecho constitucional comparado .....	53
8.1 Derecho constitucional e instituciones políticas .....	54
9. Ciencia política y derecho constitucional .....	55
9.1 El pensamiento político en la historia .....	56
9.2 Aparición de la ciencia política .....	60
A) Noción y contenido de la ciencia política .....	61
B) Política y ciencia política .....	62
C) La ciencia política como auxiliar del derecho constitucional .....	63
10. Relación del derecho constitucional con otras ciencias sociales .....	64
10.1 Derecho constitucional y sociología .....	64
10.2 Derecho constitucional e historia .....	65
10.3 Derecho constitucional y teoría del Estado .....	66
A) ¿La teoría del Estado es ciencia autónoma? .....	66
B) La teoría del Estado en su aspecto jurídico es derecho constitucional .....	67

## PARTE PRIMERA

### TEORÍA DEL ESTADO

#### CAPÍTULO I

#### NOCIÓN DE ESTADO

1. ¿Qué es el Estado? .....	71
1.1 Diversidad de definiciones .....	71
1.2 Estado en su sentido amplio .....	73
1.3 Noción de Estado según su origen .....	74

2. El nombre del Estado como organización política .....	75
2.1 El nombre de la organización política en Grecia .....	76
2.2 El nombre de la organización política en Roma .....	76
2.3 El nombre de la organización política en la Edad Media .....	77
2.4 Origen de la palabra <i>Estado</i> en sentido moderno .....	77
2.5 Distinción entre el término Estado y otros considerados sinónimos .....	79
3. Estado y régimen político .....	81
4. El Estado como estructura de poder .....	83
4.1 Evolución de la noción de poder .....	82
A) La individualización del poder y sus inconvenientes .....	83
B) Aparición del Estado como soporte del poder .....	84
4.2 El Estado como institucionalización del poder .....	85
5. Definición de Estado en sentido amplio .....	86

CAPÍTULO II

LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

1. Determinación de los elementos del Estado .....	88
2. La población o elemento humano del Estado .....	89
2.1 Sociedad, población, pueblo y nación .....	90
2.2 Primeras organizaciones sociales .....	90
A) La familia .....	91
B) La horda .....	91
C) El clan .....	91
D) La tribu .....	92
2.3 Estadios de la evolución humana .....	92
A) Salvajismo .....	92
B) Barbarie .....	93
C) Civilización .....	93
2.4 De dónde surge la idea de nación .....	93
A) Concepto anímico de nación .....	94
B) Patriotismo y nacionalismo .....	96
C) La patria y los símbolos patrios .....	96
2.5 Quiénes conforman la población .....	98
A) Noción de nacionalidad .....	98
B) Quiénes son nacionales .....	99
C) La ciudadanía .....	100
D) Los extranjeros .....	101
2.6 La dialéctica nación-Estado .....	102
A) ¿Toda nación debe convertirse en Estado? .....	103
B) ¿La nación antecede necesariamente al Estado? .....	103
2.7 La dimensión de la población .....	104

3.	El territorio, elemento físico del Estado .....	105
3.1	Necesidad del territorio como elemento del Estado .....	106
3.2	Papel que cumple el territorio para el Estado .....	106
3.3	Funciones del territorio .....	107
3.4	Componentes del territorio del Estado .....	108
	A) El suelo .....	109
	B) El subsuelo .....	111
	C) El espacio aéreo .....	111
	D) El mar territorial y la plataforma submarina .....	113
	E) Otros componentes .....	115
3.5	Relación jurídica entre el Estado y el territorio .....	116
3.6	El territorio como campo de aplicación de la política .....	117
4.	El poder público, elemento formal del Estado .....	119
4.1	Concepto de poder .....	119
4.2	Elementos que conforman el poder público .....	120
4.3	Poder de hecho y poder de derecho .....	121
4.4	El consentimiento al poder .....	122
	A) Diferentes tipos de legitimidad .....	123
	B) Alcances del consentimiento al poder .....	124
	C) El consentimiento y las disciplinas colectivas .....	125
4.5	Teorías sobre el fundamento del poder .....	126
	A) Doctrina sobre el origen divino del poder .....	126
	B) Doctrina sobre el origen popular del poder .....	128
4.6	Características del poder en el Estado de derecho .....	129
	A) Es un poder de superposición y centralización .....	129
	B) Es un poder político .....	130
	C) Es un poder civil .....	131
	D) Es un poder temporal .....	131
	E) Es un poder monopolizador de la coerción material .....	132
	F) Es un poder soberano .....	133
5.	Soberanía reconocida por otros Estados .....	133
5.1	El reconocimiento del Estado .....	134
	A) Teoría del reconocimiento como acto político .....	135
	B) Teoría del reconocimiento como acto jurídico .....	136
	C) Crítica de estas teorías .....	136
5.2	Importancia actual de este elemento .....	137
5.3	Reconocimiento de gobierno y reconocimiento de Estado .....	138
6.	Relación entre el Estado y sus elementos .....	138

## CAPÍTULO III

## LOS ORÍGENES DEL ESTADO

1.	Factores que originan la formación de los Estados .....	140
1.1	La necesidad de protección .....	141
1.2	La necesidad de estabilidad .....	143
1.3	La necesidad de normatividad .....	144

2. Tipos históricos fundamentales de Estado .....	145
2.1 El Estado antiguo oriental .....	146
A) Organización política china .....	147
B) Organización política egipcia .....	149
C) Imperio babilónico .....	152
D) Organización política de los hebreos .....	153
E) Imperio asirio .....	155
F) Imperio persa .....	155
2.2 El Estado-ciudad griego .....	157
A) Orígenes .....	157
B) Organización política de Esparta .....	157
C) Organización política de Atenas .....	158
D) El siglo de Pericles .....	159
E) La democracia ateniense .....	160
F) La "polis" .....	161
G) Democracia y oligarquía .....	162
2.3 El Estado romano .....	163
A) Primitiva organización política .....	164
B) Organización social y militar .....	165
C) Las asambleas populares .....	166
D) Organización política bajo la República .....	167
E) El Senado romano .....	168
F) Las etapas de la República y el Imperio .....	169
2.4 El Estado medieval .....	170
2.4.1 La situación del Imperio antes de la caída de Roma .....	170
A) Organización político-social de los germanos .....	170
B) La división del Imperio .....	171
C) Europa a finales del siglo V .....	171
2.4.2 El Imperio bizantino .....	172
A) El cisma de Oriente (s. XI) .....	172
B) Decadencia del Imperio bizantino .....	173
C) El derecho en Bizancio .....	173
2.4.3 Fundamentos y estructura del feudalismo .....	174
A) El sistema feudal .....	174
B) Los privilegios y el sistema económico .....	177
C) El papel de la Iglesia en la Edad Media .....	178
2.4.4 Formación de Alemania .....	180
2.4.5 Formación del Reino de Inglaterra .....	182
A) Labor unificadora de los sajones .....	183
B) El debilitamiento de la realeza facilita la invasión normanda .....	183
C) Guillermo "El Conquistador" sienta las bases de un gobierno fuerte .....	184
D) La Carta Magna .....	186
2.4.6 Situación peculiar de España durante el medievo .....	187
A) La España musulmana .....	187
B) Lucha por la reconquista .....	187

	PÁG.
C) Los fueros y otras instituciones de gobierno .....	188
D) Labor unificadora de los Reyes Católicos .....	189
2.4.7 Formación de Francia .....	190
A) Los Capeto y la centralización del poder .....	190
B) Consolidación del poder real .....	192
C) Labor unificadora de Felipe "El Hermoso" .....	192
D) Bases del moderno Estado francés .....	193
2.4.8 Italia en la Edad Media .....	195
2.4.9 Las ciudades libres y el Estado moderno .....	196
2.5 El Estado estamental .....	197
A) Pensamiento político de Santo Tomás de Aquino .....	198
B) Concepción tomista de la ley y la autoridad .....	199
2.6 El Estado absolutista y los Estados nacionales .....	200
A) La alianza entre la burguesía y la realeza .....	201
B) Doctrinas políticas absolutistas .....	202
C) Instauración de las monarquías absolutas .....	202
D) Del Estado absolutista al Estado burgués liberal .....	203

#### CAPÍTULO IV

### FUNDAMENTO Y ATRIBUTOS JURÍDICOS DEL ESTADO

1. El fundamento jurídico del Estado .....	205
1.1 Teorías contractualistas de la Edad Media y el siglo XVI .....	205
1.2 El contractualismo absolutista de Hobbes .....	207
1.3 El contractualismo político de Locke .....	209
1.4 El contractualismo social de Rousseau .....	212
1.5 La teoría de la fundación y de la institución .....	216
2. La personalidad jurídica del Estado .....	217
2.1 Maneras de comprender la personalidad del Estado .....	218
2.2 Escuelas que niegan la personalidad del Estado .....	220
2.3 Teorías para legitimar la personalidad jurídica del Estado .....	221
2.4 Conclusiones sobre la personalidad jurídica del Estado .....	222
3. La soberanía del Estado .....	223
3.1 Noción de la soberanía del Estado .....	223
3.2 Desarrollo histórico del concepto de soberanía .....	225
3.2.1 Origen del moderno concepto de soberanía estatal .....	225
3.2.2 Soberanía papal vs. soberanía secular .....	226
3.2.3 Maquiavelo y el absolutismo estatal .....	227
3.2.4 Los conflictos religiosos y el poder temporal .....	229
3.2.5 Teoría del derecho divino de los reyes .....	231
3.2.6 La contribución de Jean Bodin .....	232
3.2.7 De la soberanía monárquica a la soberanía popular .....	234
3.2.8 Soberanía popular y soberanía nacional .....	235

3.3	El concepto de soberanía en la Constitución colombiana .....	236
3.4	Características y consecuencias de la soberanía del Estado .....	238
3.5	Críticas al concepto tradicional de soberanía .....	239
3.6	Conclusión sobre la soberanía del Estado .....	240
4.	Relación entre el Estado y el derecho .....	241
4.1	Teorías de la superioridad del Estado sobre el derecho .....	241
4.2	Teorías de la superioridad del derecho sobre el Estado .....	242
4.3	Teorías que niegan el antagonismo entre las dos soberanías .....	243
4.4	Relación entre Estado y derecho según la forma de gobierno .....	243

## CAPÍTULO V

## LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1.	Determinación de las funciones del Estado .....	245
2.	Antecedentes históricos de la separación de funciones .....	246
2.1	Teoría de Montesquieu .....	247
2.2	La teoría de la separación de funciones en el Estado contemporáneo ..	249
3.	La función legislativa .....	250
3.1	El órgano legislativo: Parlamento o Congreso .....	251
3.2	Origen del Parlamento moderno .....	252
3.3	Organización del Parlamento .....	255
3.3.1	Status de los miembros del Parlamento .....	255
3.3.2	Funcionamiento del Parlamento .....	256
	A) Las sesiones parlamentarias .....	256
	B) Órganos internos del Parlamento .....	257
	C) La iniciativa parlamentaria .....	257
	D) Las votaciones en el Parlamento .....	258
	E) Publicidad de los actos del Parlamento .....	259
3.4	Los poderes del Parlamento .....	259
3.4.1	Poderes de delimitación .....	259
3.4.2	Poder de control político .....	260
3.4.3	Poder de impulsión .....	261
3.4.4	Poder de provisión de ciertos cargos .....	261
3.4.5	Poder constituyente derivado .....	262
3.5	Unicameralismo y bicameralismo .....	262
3.5.1	Clases de segundas cámaras .....	264
4.	La función administrativa o ejecutiva .....	265
4.1	El órgano que cumple la función administrativa: el gobierno .....	266
4.2	El jefe de Estado .....	267
4.3	Elección del presidente de la república .....	268
4.4	Composición de la rama ejecutiva .....	268
4.5	Contenido y objeto de la función ejecutiva o administrativa .....	270
4.6	Cómo actúa el ejecutivo. Los decretos .....	272
4.7	Funciones legislativas del ejecutivo .....	273



4.8	Expansión de la función administrativa en el Estado moderno .....	274
4.9	Actos de gobierno y actos administrativos .....	275
5.	La función judicial .....	276
5.1	El concepto de justicia .....	276
5.2	Objeto de la función judicial .....	279
5.3	Independencia e imparcialidad de los jueces .....	280
5.4	Concepto de jurisdicción .....	281
	A) El poder jurisdiccional propiamente dicho .....	281
	B) Diferentes categorías de jurisdicción .....	283
5.5	Unidad o multiplicidad de jurisdicciones .....	284

## CAPÍTULO VI

### FORMAS DE ESTADO Y SISTEMAS DE GOBIERNO

1.	Clasificación de las formas de Estado y de gobierno en la historia .....	287
2.	Criterios modernos para determinar la forma del Estado .....	289
3.	El Estado simple o unitario .....	290
3.1	Centralización política y descentralización administrativa .....	290
3.2	El Estado unitario en la actualidad .....	292
4.	El Estado compuesto .....	293
4.1	Estados de unión personal .....	294
4.2	Estados de unión real .....	294
4.3	La confederación de Estados .....	295
4.4	El Estado federal .....	296
	A) La participación y la autonomía en los Estados federales .....	296
	B) Estados federales y colectividades descentralizadas .....	296
	C) Situación actual del federalismo .....	297
5.	Sistema de gobierno .....	298
5.1	El sistema de gobierno parlamentario .....	298
	A) Un ejecutivo dualista .....	299
	B) Responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento .....	300
	C) El derecho de disolución del Parlamento .....	300
5.2	Evolución histórica del sistema parlamentario .....	300
	A) Los antecedentes .....	302
	B) La monarquía limitada .....	302
	C) El parlamentarismo "orleanista" .....	303
	D) El parlamentarismo moderno .....	304
5.3	El sistema parlamentario en la actualidad .....	305
5.4	El sistema de gobierno presidencial .....	305
	A) Un ejecutivo monocrático o unipersonal .....	305
	B) Elección popular del presidente .....	306
	C) La responsabilidad política del gobierno es limitada .....	306
	D) No existe el derecho de disolución del Parlamento .....	306
	E) En la práctica no hay un verdadero equilibrio de poderes .....	306

5.5 Sinopsis histórica del sistema presidencial .....	307
5.6 Sistema presidencial y presidencialismo .....	309
5.7 El sistema de gobierno convencional o de asamblea .....	310

PARTE SEGUNDA

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN

1. El concepto de Constitución a través de la historia .....	315
1.1 El concepto moderno de Constitución .....	318
2. La Constitución como compendio de normas para la organización del Estado .....	320
3. Constitución en sentido material y en sentido formal .....	322
4. Variedades de Constitución .....	323
4.1 Constitución rígida y Constitución flexible .....	323
4.2 Constitución escrita y Constitución consuetudinaria .....	324
4.3 Constitución originaria y Constitución derivada .....	325
4.4 Constitución programática y Constitución utilitaria .....	326
4.5 Constitución normativa, Constitución nominal y Constitución semántica .....	328
4.6 Otras variedades de Constitución .....	330
4.7 Valor jurídico de la costumbre constitucional .....	330

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Objeto de la Constitución .....	333
1.1 Organización del ejercicio del poder .....	333
1.2 Señalamiento de los principios que deben inspirar la acción pública .....	334
2. Contenido de la Constitución .....	335
2.1 Normas relativas a la organización del Estado, o parte orgánica .....	336
2.2 Declaraciones de derechos o parte dogmática .....	337
A) El preámbulo .....	338
B) Declaraciones de derechos en el cuerpo constitucional .....	340
C) Valor jurídico de las declaraciones de derechos .....	341
2.3 Normas ajenas a la organización del Estado o "neutras" .....	343
3. Presentación de la Constitución .....	343

## CAPÍTULO III

## EL PODER CONSTITUYENTE

	PÁG.
1. ¿Qué es el poder constituyente? .....	346
2. Teorías sobre el poder constituyente .....	348
2.1 Teoría racional-ideal de Emmanuel Sieyès .....	349
2.2 Teoría fundacional-revolucionaria de Maurice Hauriou .....	351
2.3 Teoría normativista de Hans Kelsen .....	352
2.4 Teoría existencial-decisionista de Carl Schmitt .....	353
2.5 Teoría materialista de Marx, Lenin y Lasalle .....	354
3. Características y limitaciones del poder constituyente .....	356
4. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado .....	359
5. El titular del poder constituyente .....	360
5.1 El pueblo como titular del poder constituyente .....	360
5.2 El individuo como titular del poder constituyente .....	362
6. Poder constituyente y soberanía .....	363

## CAPÍTULO IV

## ESTABLECIMIENTO Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Procedimientos para establecer una Constitución .....	364
1.1 Los procedimientos monárquicos .....	364
A) La Carta otorgada .....	364
B) El pacto .....	365
1.2 Los procedimientos democráticos .....	366
A) La convención .....	367
B) La Asamblea Constituyente .....	367
C) El referéndum constitucional .....	371
D) El plebiscito .....	371
1.3 Procedimiento respecto al ordenamiento preexistente .....	372
2. La reforma de la Constitución .....	374
2.1 La iniciativa de la reforma .....	375
A) Iniciativa restringida .....	375
B) Iniciativa compartida .....	376
C) Iniciativa popular .....	376
2.2 El órgano competente para hacer las reformas .....	377
A) El Parlamento .....	377
B) Un órgano especial .....	377
C) El pueblo .....	378
D) Sistema mixto .....	379
2.3 Los procedimientos de revisión .....	379

## CAPÍTULO V

## LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

	PÁG.
1. Noción de supremacía constitucional .....	381
2. Supremacía material y supremacía formal de la Constitución .....	383
3. Leyes constitucionales y leyes ordinarias .....	384
4. El control de la constitucionalidad de las leyes .....	385
4.1 Control por un cuerpo político .....	386
4.2 Control por un órgano jurisdiccional .....	387
A) Control por vía de acción .....	388
B) Control por vía de excepción .....	388
4.3 La excepción de inconstitucionalidad en los Estados Unidos .....	389
4.4 El control concentrado o "austríaco" .....	391
5. El control de constitucionalidad en Europa .....	392
6. El control de constitucionalidad en América Latina .....	394
7. El control de constitucionalidad en Colombia .....	396
A) Control previo .....	400
B) La acción pública de inexecutableidad .....	400
C) La excepción de inconstitucionalidad .....	401
D) Control automático .....	402
E) Control de constitucionalidad por vía de acción de tutela .....	402
F) Características del sistema colombiano .....	403

## CAPÍTULO VI

## INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Órgano competente para la interpretación constitucional "por vía de autoridad" .....	405
2. Interpretación constitucional e interpretación legal .....	406
3. Principios que sirven de guía a la interpretación constitucional .....	408
3.1 Principio de la unidad constitucional .....	408
3.2 Principio de concordancia práctica .....	408
3.3 Principio de eficacia integradora de la Constitución .....	408
3.4 Principio de la fuerza normativa de la Constitución .....	409
3.5 Principio de adaptación a las circunstancias .....	409
4. Métodos o sistemas de interpretación constitucional .....	410
4.1 Interpretación auténtica .....	410
4.2 Interpretación doctrinaria .....	410
4.3 Interpretación judicial .....	410
4.4 Interpretación literal o gramatical .....	411
4.5 Interpretación sistemática .....	412
4.6 Interpretación restrictiva, extensiva y analógica .....	413
4.7 Interpretación histórica .....	414

	PÁG.
4.8 Interpretación política .....	414
4.9 Interpretación evolutiva .....	415
4.10 Interpretación teleológica o finalista .....	415
5. Argumentos de que se vale el intérprete .....	416
5.1 El argumento "a contrario sensu" .....	416
5.2 El argumento "a fortiori ratione" .....	417
5.3 El argumento "ad absurdum" .....	417
5.4 El argumento "de la naturaleza de las cosas" .....	417
5.5 Argumento "a generali sensu" .....	417
5.6 El argumento "ab auctoritate" .....	417
5.7 El argumento "a rubrica" .....	418

## CAPÍTULO VII

### LA CRISIS CONSTITUCIONAL

1. Las circunstancias de crisis .....	420
1.1 Diversas clases de crisis institucionales .....	421
A) Crisis de origen externo .....	421
B) Crisis de origen interno .....	422
1.2 Consecuencias de las crisis .....	423
1.3 Régimen de crisis y Estado de derecho .....	424
2. Antecedentes jurídicos e históricos de los poderes de crisis .....	424
3. Los poderes de crisis institucionales .....	426
3.1 Alcances de los poderes de crisis institucionales .....	427
3.2 Preeminencia del ejecutivo en tiempos de crisis .....	428
3.3 Cuáles son los poderes de crisis .....	428
3.4 El estado de sitio .....	428
3.5 Los estados de excepción en la Constitución colombiana de 1991 .....	430

## PARTE TERCERA

### LOS RÉGIMENES POLÍTICOS CONTEMPORÁNEOS

Introducción .....	435
--------------------	-----

## CAPÍTULO I

### EL RÉGIMEN DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

1. La democracia antigua .....	438
2. Tránsito hacia la democracia moderna .....	439
2.1 Los grandes cambios que trajo el Renacimiento .....	439
2.2 El conflicto entre la burguesía y la monarquía absoluta .....	441

2.3 Aportes ideológicos a la democracia liberal .....	443
2.4 Instauración política del liberalismo: la era de las revoluciones .....	446
2.5 Democracia formal, restringida o burguesa .....	447
3. Condiciones para la existencia de una democracia liberal .....	448
4. Democracia formal y democracia real .....	449
5. Democracia participativa y democracia representativa .....	450
5.1 Mecanismos de participación democrática .....	451

CAPÍTULO II

SISTEMAS ELECTORALES

1. El principio de la representación popular .....	453
2. Procedimientos electorales de la democracia liberal .....	454
3. El sufragio universal .....	455
3.1 Formas de sufragio restringido .....	456
3.2 Limitaciones al sufragio universal .....	457
A) Limitaciones por sexo .....	457
B) Limitaciones por edad .....	458
C) Limitaciones por indignidad .....	458
D) Limitaciones por raza .....	458
E) Limitaciones por profesión .....	459
F) Limitaciones por nacionalidad .....	459
G) Otras limitaciones .....	459
4. Diversos sistemas de escrutinio electoral .....	459
4.1 Sistema mayoritario .....	460
4.2 Representación proporcional .....	461
5. El proceso electoral .....	462
A) Actividad preparatoria .....	463
B) Convenciones partidistas .....	463
C) Campaña electoral .....	463
D) Votación .....	464
E) Escrutinio y proclamación .....	464
6. Naturaleza jurídica del sufragio .....	465
6.1 El sufragio en el ordenamiento constitucional colombiano .....	467

CAPÍTULO III

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. Qué son los partidos políticos .....	469
2. Origen y formación de los partidos modernos .....	470
3. Origen de los partidos en Colombia .....	472
4. Bipartidismo y multipartidismo .....	475
5. Partido único y partido monopolístico .....	477

	PÁG.
6. Clases de partidos .....	478
A) Partidos de formación abierta, de formación corporativa y de formación cerrada .....	479
B) Partidos declarativos y partidos orgánicos .....	479
C) Partidos de masas y partidos de cuadros .....	479
D) Partidos nacionales, partidos nacionalistas y partidos internaciona- listas .....	480
E) Partidos ortodoxos, partidos heterodoxos y partidos ateos .....	480
F) Partidos democráticos y partidos totalitarios .....	480
7. Institucionalización formal de los partidos .....	481
7.1 Objetivos de la institucionalización de los partidos .....	482
7.2 Institucionalización de los partidos en Colombia .....	483
8. Críticas a los partidos. Apartidismo y antipartidismo .....	484
8.1 La partidocracia .....	487
9. Los movimientos políticos y los grupos de presión .....	488

#### CAPÍTULO IV

### DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

1. Consagración de los derechos individuales y las libertades públicas .....	492
1.1 El aporte del cristianismo .....	492
1.2 Las escuelas del derecho natural y de gentes .....	493
1.3 Los aportes de la historia constitucional inglesa .....	494
1.4 Las declaraciones de derechos y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica .....	495
2. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 .....	497
2.1 Contenido de la declaración .....	497
2.2 Incidencia de la declaración francesa .....	498
3. Evolución de los derechos del hombre en la era moderna .....	499
3.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	500
3.2 Otras declaraciones de derechos contemporáneos .....	501
3.3 Derechos de "segunda generación" y de "tercera generación" .....	501
4. Clasificación de los derechos fundamentales y las libertades públicas .....	502
4.1 Derecho a la personalidad .....	502
A) Derecho a la vida .....	503
B) Derecho a la integridad física .....	504
C) Derecho a la honra .....	504
4.2 Derecho a la libertad .....	506
A) La libertad individual o física .....	507
B) Las libertades intelectuales .....	510
C) Las libertades espirituales .....	514
D) Las libertades sociales .....	516
E) La libertad económica .....	519

4.3	Derecho a la seguridad .....	520
	A) Derecho a la seguridad personal o política .....	521
	B) Derecho a la seguridad económica .....	523
	C) Derecho a la seguridad social .....	524
4.4	Derecho a la propiedad privada .....	525
4.5	Derecho a la participación .....	527
	A) El derecho a la participación propiamente dicho .....	527
	B) El derecho de petición .....	528
4.6	Otros derechos colectivos fundamentales .....	529
	A) Derecho al ambiente sano .....	529
	B) Derecho al espacio público .....	531
5.	Derechos de la mujer y del niño .....	532
5.1	Derechos de la mujer .....	532
5.2	Derechos del niño .....	535

## CAPÍTULO V

ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPALES REGÍMENES  
DEMOCRÁTICOS

1.	La monarquía parlamentaria de Gran Bretaña .....	539
1.1	Antecedentes históricos de la Inglaterra moderna .....	540
	A) Conflictos de los Estuardos con el Parlamento .....	541
	B) La república de Oliverio Cromwell .....	541
	C) Se ahonda la división política .....	542
	D) La Revolución de 1688-1689 .....	542
	E) Se configuran las instituciones políticas modernas .....	542
1.2	El Parlamento .....	543
	A) La Cámara de los Lores .....	544
	B) La Cámara de los Comunes .....	544
1.3	El gabinete .....	545
	A) El primer ministro .....	545
	B) Otros ministros .....	546
1.4	La Corona .....	546
	A) El monarca .....	547
	B) El Consejo Privado .....	547
2.	Régimen semiparlamentario y semipresidencial de Francia .....	548
2.1	Antecedentes históricos de la Francia republicana .....	548
	A) La sociedad francesa bajo el Antiguo Régimen .....	548
	B) Antecedentes de la Revolución .....	549
	C) Los Estados Generales .....	550
	D) La Asamblea Constituyente .....	551
	E) La toma de La Bastilla .....	551
	F) Aprobación de la Declaración de los Derechos del Hombre .....	551
	G) La agitación revolucionaria. Constitución de 1791 .....	552



	PÁG.
H) La Asamblea Legislativa .....	552
I) La Convención .....	553
J) El Directorio .....	554
K) Fin de la Primera República .....	554
L) Las siguientes repúblicas .....	554
2.2 El ejecutivo .....	556
2.3 El Parlamento .....	557
3. Régimen parlamentario de la República Federal de Alemania .....	558
3.1 La reunificación de Alemania .....	558
3.2 El Parlamento .....	559
3.3 El ejecutivo .....	559
3.4 Los Länder .....	560
4. Régimen parlamentario de Italia .....	560
4.1 El Parlamento .....	561
4.2 El ejecutivo .....	561
5. Régimen parlamentario monárquico de España .....	562
5.1 El Parlamento .....	562
5.2 El ejecutivo .....	562
6. Régimen directorial de Suiza .....	563
7. Régimen parlamentario imperial del Japón .....	564
7.1 El ejecutivo .....	565
7.2 El legislativo .....	565
8. Régimen presidencial de Estados Unidos .....	565
8.1 Síntesis del proceso de formación política de Estados Unidos .....	566
A) La etapa de la colonización .....	566
B) La rebelión de las trece colonias y sus causas .....	567
C) La Declaración de Independencia .....	568
D) Los artículos de confederación .....	569
E) La Constitución de Filadelfia .....	570
F) Alcances de la Constitución de Filadelfia .....	571
8.2 La Constitución y sus enmiendas .....	572
8.3 El poder legislativo .....	573
8.4 El poder ejecutivo .....	574

## CAPÍTULO VI

### EL RÉGIMEN SOCIALISTA MARXISTA

1. Contexto ideológico y social del marxismo .....	578
1.1 Aportes ideológicos y doctrinarios al socialismo .....	578
1.2 Materialismo dialéctico y materialismo histórico .....	581
1.3 La base económica del marxismo .....	584
A) La apropiación privada y la explotación económica .....	585
B) La lucha de clases .....	586
C) La socialización de los medios de producción, base de la liberación del hombre .....	587

2.	La teoría del Estado y del poder político .....	587
2.1	El Estado como instrumento de dominación de clase .....	588
2.2	El Estado como medio de construir el socialismo .....	589
2.3	La desaparición del Estado .....	591
3.	Críticas a la doctrina marxista .....	592
4.	La implantación del régimen socialista-marxista en el mundo .....	594
4.1	¿Hacia el ocaso del régimen socialista-marxista? .....	596
5.	El régimen político de la Unión Soviética .....	596
5.1	La instauración del régimen comunista en la URSS .....	597
5.2	Estructura geopolítica de la URSS .....	598
5.3	Estructura gubernamental de la URSS .....	599
A)	El Soviet Supremo .....	599
B)	El Presidium .....	599
C)	El Consejo de Ministros .....	600
5.4	El Partido Comunista de la URSS .....	600
5.5	La perestroika de Mijail Gorbachov .....	601
A)	Qué es la perestroika .....	601
B)	Puesta en marcha de la perestroika .....	603
C)	Incidencia de la perestroika en el mundo socialista .....	603
6.	Régimen político de la República Popular China .....	605
6.1	Reseña histórica de la China moderna .....	605
6.2	Las instituciones políticas de China comunista .....	607
A)	La Asamblea Popular Nacional .....	608
B)	El presidente de la república .....	608
C)	El Consejo de Estado .....	608
D)	La Comisión Militar Central .....	608

## CAPÍTULO VII

## LOS REGÍMENES AUTOCRÁTICOS TRADICIONALISTAS

1.	Características comunes de los regímenes autocráticos .....	609
A)	Se apoyan en la fuerza de las armas .....	609
B)	Buscan mantener el orden social y económico establecido .....	609
C)	Las libertades públicas son restringidas o abolidas .....	610
D)	El ejecutivo absorbe y controla a las demás ramas del poder .....	610
E)	Son de tendencia caudillista .....	610
F)	Se oponen al pluralismo político .....	610
G)	En el plano ideológico se identifican con las ideas y métodos del fascismo .....	610
H)	Hacen del nacionalismo una bandera .....	611
2.	Contexto social e ideológico de las dictaduras tradicionalistas .....	611
2.1	El fascismo: afinidades y diferencias con el comunismo .....	612
2.2	Fuentes ideológicas del fascismo .....	613
3.	El régimen fascista de Mussolini en Italia .....	618

	PÁG.
4. El régimen nacional-socialista de Hitler en Alemania .....	620
5. El régimen del franquismo en España .....	622
6. Las monarquías absolutas contemporáneas .....	623
7. Las dictaduras militares de América Latina .....	624
7.1 Características de las dictaduras militares .....	624
7.2 Las primeras dictaduras .....	625
7.3 Las dictaduras de la primera mitad del siglo XX .....	626
7.4 La excepción democrática a la regla .....	626
7.5 La década de los años cincuenta .....	627
7.6 El sistema del Frente Nacional en Colombia .....	627
7.7 Los regímenes latinoamericanos en las últimas décadas .....	628
7.8 ¿Hacia el afianzamiento de la democracia en América Latina? .....	639
Bibliografía general .....	641
Índice de autores y nombres citados .....	647
Índice de materias .....	657

PARTE PRELIMINAR

**EL DERECHO CONSTITUCIONAL  
EN LA CIENCIA DEL DERECHO**

## CAPÍTULO I

### EL DERECHO

#### 1. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

La primera cuestión que se suscita en la mente del estudiante al abordar el vasto campo de la ciencia jurídica, es la de saber qué es el derecho. Podría afirmarse que este problema es para el jurista, el primero y, a la vez, el más complejo de resolver de manera enteramente satisfactoria.

Lo corriente, sin embargo, es que los autores de tratados de ciencia jurídica comiencen por definir el derecho; pero es difícil encontrar unidad de criterios en torno a la manera de enfocar el concepto y, más aún encontrar unanimidad alrededor de una formulación definitiva sobre el mismo. Creemos, como lo sostiene un autor, que tales definiciones formuladas desde un principio, tienen el inconveniente de ser, por así decirlo, impuestas al estudiante, quien hasta el momento solo tiene ideas muy vagas acerca del tema y, en consecuencia, está obligado a aceptar, más o menos pasivamente, lo que se le dice en forma dogmática. Parece preferible proceder de modo distinto, concluye el mismo autor, y preparar el camino para una definición, reduciendo gradualmente el ámbito de investigación, determinando primero la clase a que pertenece el objeto y señalando, después, las particularidades de la especie que se estudia<sup>1</sup>.

El profesor LEVY-ULLMANN en una obra titulada *La definición del derecho*, hace la crítica de todas las definiciones y afirma que el derecho tiene acepciones muy diversas y aspectos múltiples, pudiendo comprender los hechos divinos y los humanos, el fuero interno y el externo. El derecho —dice este autor— pertenece, quizá, a ese orden de cosas que se comprenden mejor cuando no se definen. No hay, ni aun entre los menos letrados, quien no se dé perfecta cuenta de lo que es el derecho, ni nadie en cuyo espíritu deje de despertar esa palabra la idea de lo que se puede y lo que se debe, no precisamente según las reglas del fuero interno y de la conciencia, sino, sobre todo, conforme a las reglas de acción establecidas por una autoridad a la cual hay que obedecer. El derecho —concluye— es el conjunto de esas reglas de acción y cada una de

<sup>1</sup> PAUL VINOGRADOFF, *Introducción al derecho*, México, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1952, pág. 14.

ellas es una ley<sup>2</sup>. ÉDGAR BODENHEIMER dice que “por su propia naturaleza el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo; trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina derecho público. La función general de ambas ramas del derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder”<sup>3</sup>. Adelante examinaremos con más detalle la distinción entre estos dos conceptos. Por ahora conviene saber que esas restricciones a cuya creación alude BODENHEIMER, no son otras que las reglas de conducta a que se refiere LEVY-ULLMANN en su planteamiento, reglas a las cuales debe sujetarse el hombre, como integrante de una sociedad organizada, al igual que —de modo particular— quienes gobiernan esa sociedad, a los cuales compete no solo cumplir sino hacer cumplir esas reglas a los asociados.

Por su parte el profesor JULIEN BONNECASE, dedica el capítulo primero de su *Introducción al estudio del derecho* al problema de la definición del derecho, poniendo de relieve la complejidad de la misma y las dificultades, tanto de forma como de fondo, que plantea. Pero señala también la necesidad de llegar a una definición, no obstante tales dificultades: “Quiérase o no, y precisamente en razón de las dificultades a que hemos hecho referencia —dice él—, un principiante jamás iniciará con fruto el estudio del derecho si no comienza por recibir a título de viático una buena definición de la disciplina cuyo estudio ha decidido emprender”<sup>4</sup>.

Señala BONNECASE la multiplicidad de significados que el término derecho es susceptible de tener, e indica y explica algunas de ellas, entre otras las siguientes: el derecho como disciplina social; el derecho como conjunto de reglas de derecho y de instituciones jurídicas; el derecho reducido a las fuentes formales de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas; el derecho entendido en el significado de ciencia del derecho. El derecho como símbolo de la justicia; el derecho como sinónimo de equidad<sup>5</sup>.

Para los propósitos de nuestra materia, no resulta pertinente entrar al análisis de fondo de tema tan complejo, pues este corresponde más a otras, como la introducción al derecho y la filosofía del derecho. Por ello, nos limitaremos

<sup>2</sup> Cit. por ALFREDO CONSTAÍN, *Elementos de derecho constitucional*, Popayán, Talleres Editoriales del Departamento, 1942, pág. 34.

<sup>3</sup> ÉDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pág. 26.

<sup>4</sup> Cit. JULIEN BONNECASE, *Introducción al estudio del derecho*, 2ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1991, pág. 2.

<sup>5</sup> Cit. Cfr. ibídem, págs. 2 y ss.

a citar algunas definiciones del derecho como ciencia, expuestas por diversos autores.

### 1.1 *Diversas definiciones del derecho como ciencia*

El derecho se ha fundado siempre, en última instancia, en los tres clásicos preceptos formulados por el jurista ULPIANO: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada cual lo suyo); en ellos se vinculan preceptos morales y jurídicos. El mismo ULPIANO adoptó la definición de CELSO, según la cual el derecho es el arte que determina lo bueno y lo equitativo (*Jus est ars boni et aequi*). Posteriormente muchos pensadores y humanistas definieron el derecho asimilándolo a la ley. Santo TOMÁS DE AQUINO (1227-1274), por ejemplo, definió a esta como “la ordenación de la razón para el bien común, dada y promulgada por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad”<sup>6</sup>.

Los tratadistas modernos, a su turno, han formulado diversas definiciones, en todas las cuales encontraremos un común denominador. Para BAUDRY-LACANTINÈRIE, el derecho es “el conjunto de preceptos que rigen la conducta del hombre en relación con sus semejantes, por cuyo medio es posible, al mismo tiempo que justo y útil, asegurar su cumplimiento por medio de la coacción exterior”. Para PLANIOL, es “el conjunto de reglas a las cuales, bajo la sanción del poder social, está sometido el uso que el hombre hace de su libertad en sus relaciones con sus semejantes”. Para AUBRY y RAU, es “el conjunto de preceptos o reglas de conducta a cuya observancia está permitido sujetar al hombre por una coacción exterior o física”. Para LÉON DUGUIT, en fin, el derecho es “la regla de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, en un momento dado, por una sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación”. EDUARDO J. COUTURE lo define como “sistema de normas que regula la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto [sic] de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad”. Y a la ciencia del derecho la define como la “rama de las ciencias de la cultura, cuyo cometido es el conocimiento sistemático de la naturaleza, extensión y efectos del orden jurídico en su totalidad o de sus componentes en particular”<sup>7</sup>. NORBERTO BOBBIO lo define como “conjunto de normas de conducta y de organización que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y supervivencia del grupo social, como son las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), así como la reglamentación de los modos y de las formas con que el

<sup>6</sup> Santo TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, t. II, i. 90.4.

<sup>7</sup> EDUARDO J. COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, pág. 217.

grupo social reacciona a la violación de las normas de primer grado o institucionalización de la sanción, y que tienen como fin mínimo el impedimento de las sanciones consideradas más destructivas del conjunto social, la solución de los conflictos que amenazan, si no son resueltos, con hacer imposible la propia subsistencia del grupo, la consecución y el mantenimiento, en suma del orden social o de la paz<sup>8</sup>.

Tenemos así que los conceptos transcritos concuerdan en señalar al derecho, como ciencia, un significado preciso: el de *norma, precepto o regla de conducta*. Ese es su común denominador; en ello concluyen, en última instancia, las diversas definiciones dadas por los más renombrados tratadistas. Aunque el problema de la definición del derecho escapa a los límites de nuestra materia, vamos a detenernos por un momento sobre este punto.

## 1.2 *El derecho como regla de conducta*

JEAN DABIN opina, con razón, que el único método de definición al abrigo de la crítica, es el que comienza por colocar, desde un comienzo, la idea de ordenanza, de ley, de norma, de regla de conducta. Es indudable, dice el tratadista belga, que el derecho existe como una cierta regla de conducta que impone acción, omisión, una conducta cualquiera<sup>9</sup>. BOBBIO, por su parte, considera que “el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica, es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas o reglas de conductas”<sup>10</sup>. Tal es la indicación que sugiere la etimología misma de la palabra. Se deriva ella de la expresión latina *directum*, de *dirigere*, dirigir, encauzar, y que significa lo que está conforme a la norma, a la regla. La encontramos traducida de modo idéntico en diversas lenguas indoeuropeas: *droit, diritto, right, recht, derecho*, etc. Todas estas expresiones evocan la idea de rectitud, de regla. Podría entonces concluirse con que derecho es lo que es correcto, es decir, conforme, adecuado, ajustado a la regla, tanto en el orden físico, como el moral.

La palabra derecho, en su sentido de regla de vida social, comprende también otra acepción, a la cual aludimos atrás, que de acuerdo con PAUL ROUBIER, puede definirse así: “llámase también derecho una prerrogativa o una facultad que pertenece a una persona, para obtener un efecto jurídico en virtud de la regla de derecho”. El mismo autor define la regla de derecho como una regla de conducta que se impone a los hombres que viven en sociedad y cuyo respeto es asegurado por la autoridad pública<sup>11</sup>. Se plantea aquí la diferencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo, a la cual nos referiremos adelante.

<sup>8</sup> NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI, *Diccionario de Política*, 4ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1985, pág. 508.

<sup>9</sup> JEAN DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruselas, Établissements Emile Bruylant, 1942, pág. 2.

<sup>10</sup> NORBERTO BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 3.

<sup>11</sup> PAUL ROUBIER, *Teoría general del derecho*, Puebla, México, Editorial José M. Cajica Jr., pág. 11.



### 1.3 Reglas jurídicas y otras reglas de conducta

Cuando hablamos de regla de conducta, nos referimos a la regla de conducta *jurídica* y no a las reglas de conducta moral, o religiosa, o a aquellas impuestas por la costumbre, como son las normas de urbanidad, los usos sociales, etc.

Indudablemente la regla legal está estrechamente ligada —y acaso condicionada— a las concepciones religiosas, éticas o morales del individuo, es decir, a los imperativos de su conciencia. Tan así es que el objetivo fundamental de la regla legal no es otro que el de dar al hombre los principios que deben regir sus relaciones con los demás hombres, dentro del seno de la sociedad, con miras a lograr el imperio de la justicia, la equidad, el orden, la solidaridad y demás valores que aseguran la convivencia social.

Las reglas o normas legales van entonces frecuentemente unidas a las morales o religiosas; muchos actos que quebrantan reglas de esta naturaleza pueden ser enjuiciados como actos jurídicos o injurídicos. Por ejemplo matar o robar son al mismo tiempo actos que violan mandamientos religiosos, normas morales y éticas y reglas jurídicas. Sin embargo, no siempre coinciden: hay ciertas faltas de conciencia que la regla religiosa prohíbe y castiga —como desear la mujer del prójimo o no cumplir con las obligaciones del culto—, que la regla legal difícilmente puede establecer o sancionar. Debe, pues, hacerse una distinción entre estos tipos de reglas, tomando en consideración su objeto específico: el de la religión y la moral es *lo bueno*, en tanto que el del derecho es *lo justo*<sup>12</sup>. La confusión entre los conceptos de moral, religión y derecho existe desde los pueblos más primitivos, en cuya conducta social predominaba la costumbre que presentaba, a la vez, perfiles religiosos, jurídicos y morales. Esa misma confusión se observa en las más antiguas codificaciones, incluyendo la ley mosaica. Entre los griegos, PLATÓN y ARISTÓTELES, concibieron a la justicia como una *virtud* y sostenían que la ley (*ethos*) debía dar consejos para lograr la felicidad verdadera. Luego, en Roma, encontramos la misma confusión en la definición dada por ULPIANO que, citando a CELSO, define el derecho como el *arte de lo bueno y lo equitativo*, así como en la formulación de sus tres preceptos clásicos<sup>13</sup>. Podría decirse que el deslinde entre estos conceptos comienza con el precepto evangélico de “dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César”, y con el postulado de San Pablo: “No todo lo lícito es honesto” (*Non omne quod licet honestum est*). La distinción entre moral y derecho fue más tarde profundizada por diversos filósofos y teólogos, como TOMASIO, FICHTE y KANT. Este último señala que la moral se refiere al fuero interno, y el derecho al aspecto externo del obrar humano, y agrega como carácter tí-

<sup>12</sup> ABEL NARANJO VILLEGAS, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Bogotá, Colección Jurídica Bedout, 1975, pág. 101.

<sup>13</sup> V. *supra*, pág. 5.

pico del derecho la coercibilidad. Muchos juristas y filósofos contemporáneos han seguido ocupándose de esta diferenciación<sup>14</sup>.

BOBBIO explica que son morales aquellas normas “cuya sanción es puramente interior”. Por sanción, dice él, se entiende siempre una consecuencia desagradable de la violación, cuyo fin es el de prevenir esta o, en el caso en que se produzca, eliminar sus consecuencias nocivas. La única consecuencia desagradable de la violación de una norma es el sentimiento de culpa, un estado de incomodidad, de turbación, a veces de angustia, que en el lenguaje de la ética se denomina “remordimiento” o “arrepentimiento”. Así, el legislador moral también apela, para obtener la obediencia, a un estado que el destinatario desea evitar, en cuanto le sea posible. Se dice que la norma moral obliga en conciencia: uno de los significados de esta expresión se aclara teniendo presente el tipo de sanción puramente interior que acompaña a la norma moral. “Que la norma moral obligue en conciencia puede significar entre otras cosas, que yo responda solamente frente a mi conciencia, es decir, en el sentido de que si la trasgredo, no hay nadie diferente a mi conciencia en capacidad de castigar. Se dice que en el cumplimiento de la norma moral soy el único responsable frente a mí mismo. En el caso de responder también frente a los demás, intervendría un elemento nuevo, o sea, la relación con otros, la relación denominada externa, intersubjetiva, bilateral, que me hace entrar en una esfera normativa, social o jurídica. Hasta tanto responda solamente frente a mí mismo, la respuesta a la violación eventual depende solamente de mí”<sup>15</sup>. El profesor LUIS RECASÉNS SICHES, dice que la moral mira la bondad o maldad de un comportamiento en cuanto a la significación que este tiene para la vida del individuo; “a diferencia de esto, el derecho enjuicia la conducta, no desde el punto de vista de la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza, ni mira el alcance de ese acto para la vida del individuo, sino que pondera el valor relativo que ese acto tenga para otro u otros sujetos, o para la sociedad, en cuanto pueda constituir una condición positiva o una condición negativa para la vida de esos otros sujetos”<sup>16</sup>.

## 2. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

Se entiende por derecho natural aquel conjunto de principios fundamentales que tutelan la vida del individuo y que tienen un carácter universal, permanente e inalienable. No son creados por el hombre ni por instituciones humanas, sino por la propia naturaleza; de ahí que sean reconocidos por la razón.

<sup>14</sup> MARCO GERARDO MONROY, *Introducción al derecho*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1980, págs. 89 y ss.

<sup>15</sup> N. BOBBIO, ob. cit., pág. 106.

<sup>16</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, 3ª ed., México, Edit. Porrúa Hnos., 1974, pág. 39.

La teoría del derecho natural afirma que existe un derecho anterior a la formación del Estado, un cuerpo de reglas que la razón puede descubrir analizando la naturaleza del hombre, tal como Dios la ha creado. Sus principios no necesitan ser consagrados expresamente por el gobernante; se imponen a él y están vigentes para todos los seres y pueblos del mundo, cualesquiera sea su nivel de desarrollo o civilización. Entre estos derechos figuran, por ejemplo, el derecho a la vida y a la libertad, el derecho a formar familia, el de la tutela de los padres sobre sus hijos menores, el de la defensa de la integridad personal, el de buscar por medios honestos la subsistencia, el de recibir reparación por el daño injusto. En última instancia, el derecho natural se inspira en la noción de *justicia*, que es, como él, universal, permanente e inalienable.

Las teorías sobre el derecho natural fueron de inmenso beneficio para la humanidad. Tuvieron su origen en el *jus gentium* que los romanos invocaron para darle un tratamiento más humanitario a los pueblos conquistados y que reemplazó con normas jurídicas lo que hasta entonces era solo la fuerza del dominador. En realidad el *jus gentium* respondía a la noción de un derecho natural reconocido como obligatorio para todos los hombres, tal como había sido planteado en el pensamiento griego por algunos filósofos como HERÁCLITO, PLATÓN, ARISTÓTELES y los estoicos que siguieron a ZENÓN. Entre los filósofos y jurisconsultos romanos que siguieron en esa línea de pensamiento, cabe citar a CICERÓN, quien afirmó: "El verdadero derecho es la recta razón conforme a la naturaleza. Es de aplicación universal, inmutable y eterna; con sus mandatos llama al hombre al bien, y le aleja del mal mediante sus prohibiciones"<sup>17</sup>.

Durante la Edad Media la idea del derecho natural fue sostenida y defendida, entre otros, por algunos de los más altos exponentes del pensamiento cristiano como San AGUSTÍN (s. IV-V), San ISIDORO DE SEVILLA (s. VII) y Santo TOMÁS DE AQUINO, quienes la consideraban básica para la organización de la sociedad y de la defensa de la personalidad humana frente a los abusos cometidos por el sistema feudal imperante y los regímenes tiránicos; para ellos, esa idea se deriva de la razón de que Dios dotó al hombre y servía al elevamiento espiritual del individuo. Para Santo TOMÁS las reglas del derecho natural tienen una base racional; lejos de pensar que la razón se opone a la fe, el doctor DE AQUINO dice que esta es la expresión más importante de aquella. También sostiene que, en caso de contradicción, las normas del derecho natural deben prevalecer sobre las del derecho positivo.

Luego, en el siglo XVI, la teoría del derecho natural se prolonga con los españoles FRANCISCO SUÁREZ y FRANCISCO DE VITORIA, hasta adquirir nuevos perfiles en el siglo XVII con la contribución del holandés HUGO GROCIO (1583-1643), considerado como el pensador que formuló el concepto de derecho natural de manera más completa y el primero que lo aplicó a las relaciones internacionales, a través de su obra *De jure belli ac pacis*, publicada en 1624. Con

<sup>17</sup> CICERÓN, *De la república*.

GROCIO, el derecho natural se separa de su fundamento religioso; es concebible por fuera de toda referencia a un principio sobrenatural. Este *racionalismo*, muy próximo al de RENÉ DESCARTES, tendrá una marcada influencia en los espíritus liberales de la época. También el alemán SAMUEL PUFENDORF contribuyó, un poco más tarde, a la difusión del concepto remozado, con su obra *Derecho de la naturaleza y de gentes* (1672). Las diversas declaraciones de derechos promulgadas en circunstancias diversas —que más adelante señalaremos—, a lo largo de los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, principalmente, no son otra cosa que la formulación solemne de los principios sostenidos por los *iusnaturalistas*<sup>18</sup>.

Al contrario del derecho natural, las normas del derecho positivo son elaboradas por los hombres e impuestas por ellos. Son todos aquellos mandatos expresamente aprobados y promulgados por el legislador y que están contenidos en las leyes y demás reglas jurídicas. Se trata, entonces, de disposiciones concretas, elaboradas y dictadas por el gobernante con carácter general y obligatorio. Puede decirse que el derecho positivo es la expresión jurídica del principio de la soberanía. Sus normas, producto del hombre y de sus instituciones, pueden ser modificadas, sustituidas o derogadas a voluntad suya.

### 3. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

Con objeto de precisar mejor la dualidad de sentido de la palabra derecho, se emplean, en la terminología clásica de los juristas, las denominaciones *derecho subjetivo*, para designar la prerrogativa a que se refiere la primera definición<sup>19</sup>, y *derecho objetivo*, para designar el derecho como regla de conducta.

Para entender el problema que se plantea con este enunciado, el profesor argentino CARLOS COSSIO da una amplia y nítida explicación. No ha de creerse, dice él, que se trata de comprender dos nociones que se definen por su oposición. Derecho, en sentido *objetivo*, es sinónimo de *norma jurídica*; es, así, lo establecido en un ordenamiento jurídico como forma válida de conducta. Derecho, en sentido *subjetivo*, en cambio, en su acepción más estricta y restringida, es sinónimo de *facultad jurídica*, es decir, la pretensión jurídica que alguien puede interponer frente a la conducta ajena.

De esto resulta que el derecho subjetivo no se opone al derecho objetivo, como si se tratara de diferenciar dos especies dentro de un género común; no hay tal género común en el caso, porque la palabra derecho está tomada en dos sentidos: como facultad y como norma. El derecho como facultad no se opone a la norma, sino al deber jurídico. Haber tratado de definirlo en oposición al

<sup>18</sup> Véase *infra*, págs. 37 y ss.

<sup>19</sup> Citada por P. ROUBIER (v. *supra*, pág. 6).

derecho objetivo, anota COSSIO, originó un gran número de falsos problemas, como por ejemplo el de cuál de ambas especies es la originaria, cuál tiene prelación sobre la otra, colocarlas en conflicto excluyéndose recíprocamente, etc. Además, dio origen a las teorías explicativas del interés y de la voluntad, hoy totalmente abandonadas por la ciencia jurídica<sup>20</sup>.

La principal contribución para colocar este problema en su verdadero lugar, se debe, como afirma COSSIO, al jurista austríaco HANS KELSEN. Este autor, al esclarecer que la noción de facultad jurídica cobra su sentido en correlación con la del deber jurídico, pone de manifiesto que la expresión derecho subjetivo quiere decir, en rigor, derecho *en sentido* subjetivo, porque no se alude a una especie particular dentro del derecho, sino que se trata del derecho a secas, del único y simple derecho que es el derecho objetivo, solo que considerado desde el punto de vista del sujeto referido en la norma: subjetivo es el adjetivo que corresponde al sujeto, y no alude directamente a lo íntimo ni a lo discrecional ni a lo innato. La teoría de KELSEN ha sido criticada. Conforme a EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, "sostener que el subjetivo es el mismo objetivo en determinada relación con un sujeto, equivale a confundir las nociones de norma y facultad. La circunstancia de que todo derecho derive de una norma, no demuestra que norma y facultad sean lo mismo. El derecho subjetivo es una posibilidad de acción de acuerdo con un precepto, o, en otras palabras, una autorización concedida a una persona. La regla normativa es, en cambio, el fundamento de tal facultad"<sup>21</sup>.

Respecto del sujeto —continúa COSSIO— la norma puede significar dos cosas: por de pronto la norma es siempre un deber jurídico, porque implica una conducta debida para eludir la sanción. De ahí que para KELSEN, el aspecto primordial del derecho en sentido subjetivo, sea el deber jurídico porque no hay norma sin un deber correlativo. Pero, además del deber jurídico, la norma puede contener una facultad que se puede ejercer respecto de otro sujeto. En esta segunda manera de considerar la norma con relación al sujeto, es decir, en el derecho como facultad jurídica, la voluntad del sujeto puede ser uno de los elementos integrantes del supuesto de la consecuencia normativa<sup>22</sup>.

Aceptando, pues, la definición de derecho objetivo como sinónimo de norma o regla jurídica, tenemos que el conjunto de reglas jurídicas que se aplican al Estado y dentro de las cuales este debe desarrollar sus funciones, constituye el llamado derecho público, que es el *derecho objetivo del Estado*<sup>23</sup>, el cual se distingue del llamado derecho privado, constituido, a su turno, por el

<sup>20</sup> CARLOS COSSIO, *La teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Edit. Losada, s. d.

<sup>21</sup> EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, 4ª ed., México, Edit. Porrúa, S. A., 1951, pág. 192.

<sup>22</sup> JUAN D. RAMÍREZ G., *Diccionario jurídico*, 6ª ed., Buenos Aires, Edit. Claridad, pág. 119.

<sup>23</sup> EUSTORGIO SARRIA, *Derecho administrativo*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1968, pág. 13.

conjunto de reglas jurídicas que se aplican a los particulares, siendo, por lo tanto, *derecho objetivo de los particulares*.

#### 4. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La distinción entre derecho público y derecho privado, ha sido uno de los aspectos más controvertidos por los tratadistas de la ciencia jurídica. Para algunos autores dichos conceptos son categorías apriorísticas de la ciencia del derecho; para otros, se trata de una distinción de índole política, en tanto que para algunos más no existe un criterio válido de diferenciación. LÉON DUGUIT, por ejemplo, considera que la distinción es fundamental si se admite la noción de la soberanía del Estado<sup>24</sup>, ya que, como explica el eminente tratadista, el derecho público se aplica a una persona soberana, en tanto que el derecho privado se aplica a personas no soberanas<sup>25</sup>. Para DUGUIT esta distinción tiene ante todo un interés práctico, opinión que comparte el profesor GARCÍA MÁYNEZ<sup>26</sup>. KELSEN, por su parte, sostiene que todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por lo tanto, derecho público<sup>27</sup>. JORGE XIFRA HERAS sostiene que el derecho público y el derecho privado son dos especies de un mismo género; suponen una unidad de sustancias perfectamente compatible con la variedad funcional de las normas jurídicas<sup>28</sup>.

La división de las normas jurídicas en las dos grandes ramas del derecho público y el derecho privado es obra de los juristas romanos. La doctrina clásica se encuentra sintetizada en la sentencia de ULPIANO: *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat. Jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat* ("derecho público es el que atañe a la organización de la cosa pública; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares"). De esta manera las normas del derecho público corresponderán al interés colectivo, en tanto que las del privado se refieren a intereses particulares. Esta teoría clásica ha sido objeto de crítica, entre otras razones, porque desconoce el hecho de que los intereses privados y públicos no se hallan desvinculados, sino, por el contrario, fusionados de tal manera que es difícil, y a veces imposible, señalar en cada situación hasta dónde llega el interés individual y dónde comienza el interés colectivo.

<sup>24</sup> Noción que será objeto de estudio en el capítulo IV de la Parte primera.

<sup>25</sup> LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 2<sup>me</sup> éd., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., Editeurs, 1921, pág. 522.

<sup>26</sup> E. GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., pág. 127.

<sup>27</sup> HANS KELSEN, *Teoría general del Estado*, cit. por E. GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., pág. 127.

<sup>28</sup> JORGE XIFRA HERAS, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1967, pág. 93.

Uno de los más acerbos críticos de la clásica distinción ha sido Kelsen en su *Teoría general del Estado*. Desde el momento, dice, que una norma de derecho protege un interés particular, esa protección constituye ya un interés colectivo. Si, por ejemplo, el orden jurídico contiene normas reguladoras del préstamo a interés (derecho privado), demuestra que hay un interés público en la existencia de tales normas. A la inversa, con referencia a cada norma de derecho administrativo o penal (derecho público) se puede determinar la existencia de un interés particular, cuya protección es el objeto de la norma. Toda norma jurídica, pues, es expresión de un interés público y protege un interés particular. Lo único que cabe preguntarse es si una norma determinada atiende más a uno de estos intereses que al otro; pero la tendencia favorable a uno u otro puede no coincidir con la división del derecho en público y privado<sup>29</sup>.

La doctrina más generalmente aceptada es la que sostiene que el criterio para diferenciar el derecho público del derecho privado, no debe ser el de buscar la índole de los intereses protegidos, sino la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establecen. Los preceptos del derecho —explica GARCÍA MÁYNEZ— pueden crear entre las personas a quienes se aplican, relaciones de *coordinación* o de *subordinación*. Una relación jurídica es de *coordinación*, cuando los sujetos que en ella figuran se encuentran colocados en un plano de igualdad, como ocurre, por ejemplo, cuando dos particulares celebran un contrato de compraventa o de arrendamiento. Los preceptos de derecho dan origen a relaciones de *subordinación* cuando, por el contrario, las personas a quienes se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación interviene el Estado, en su calidad de *entidad soberana*, y un particular. Las relaciones de coordinación no solo pueden existir entre particulares, sino entre un particular y el Estado, o entre dos órganos del Estado, cuando este no interviene en su carácter de soberano. La relación es entonces de derecho privado, si los sujetos de la misma se encuentran colocados por la norma en un pie de igualdad y ninguno interviene como entidad soberana. Es de derecho público si se establece entre un particular y el Estado, existiendo subordinación del primero al segundo, o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos<sup>30</sup>.

La tesis anterior ha sido objetada por el tratadista español LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, aduciendo que no faltan en el derecho privado algunas relaciones de subordinación, como la que surge entre el empleado y su patrón; y que, por el contrario, en el derecho público no faltan relaciones de igualdad o de coordinación bajo la forma contractual (contratos de derecho público). “Aparte, dice él, de que si el poder es una función de servicio al bien común y el orden público un sistema de protecciones y garantías de la persona, no es posible, como se ha dicho, contraponer rígidamente lo público a lo privado”. Pero reconoce

<sup>29</sup> Cfr. HANS Kelsen, *Teoría general del Estado*, págs. 106 y ss.

<sup>30</sup> E. GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit., pág. 130.

este autor que "a pesar de estos inconvenientes, este criterio diferenciador es el más aprovechable", y que "las objeciones que se le dirigen son, en parte, infundadas"<sup>31</sup>.

A lo anterior habría que anotar, sin embargo, que, en nuestro concepto, todas las relaciones que surgen en el campo del derecho privado son necesariamente de coordinación, si se tiene en cuenta que lo que en ellas predomina es el principio de la libre determinación de las partes. Así, en el ejemplo puesto por LEGAZ Y LACAMBRA, de la relación entre empleado y patrono, si bien es cierto aquel queda subordinado a la autoridad de este, dicha relación no puede surgir sino mediante el mutuo acuerdo de voluntades, tal como sucede en cualquier otro tipo de contratos entre particulares. En cambio, los que se celebran entre entidades públicas están sujetos a un régimen especial, que ha de regirse por normas de derecho público, en especial de derecho administrativo. Si bien es cierto estas entidades están, en principio, en pie de igualdad, también lo es el que ellas actúan en su carácter de tales, es decir, de entidades *públicas*.

Para distinguir el derecho público y el derecho privado, puede apelarse, por lo demás, a algunos criterios, como enseguida pasa a explicarse.

#### 4.1 Criterios para distinguir el derecho público y el derecho privado

Varios criterios pueden utilizarse para comprender la distinción entre derecho público y derecho privado. Entre ellos figuran un criterio orgánico, un criterio material y un criterio formal. a) El *criterio orgánico* mira a la estructura de la organización social y distingue las dos vertientes jurídicas, según se trate de gobernantes o de gobernados. Según este criterio, si en la relación intervienen los gobernantes, entonces será una relación de derecho público; si esta es solo entre gobernados, será de derecho privado. Ya se ha visto cómo ello no siempre es así. b) El *criterio material* se fundamenta en la naturaleza de las reglas que contiene cada derecho, en razón del interés que protege; atrás vimos la crítica que se hace a este criterio; c) el *criterio formal* se basa en la diferencia de procedimientos utilizados para la elaboración de las reglas de derecho: en el derecho público esas reglas se imponen mediante la fuerza o coacción, recurriendo a menudo al acto unilateral, o sea aquel que impone obligaciones a los gobernados sin su consentimiento; el derecho privado, en cambio, se caracteriza por el principio de la *autonomía de la voluntad*, según el cual nadie puede crear obligaciones para otro sin su consentimiento<sup>32</sup>.

El criterio que parece más acertado, pues, es aquel que toma en consideración la naturaleza de las actividades o situaciones reguladas por las normas, en cuanto al tipo de relación que de ellas puede surgir y a los procedimientos

<sup>31</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1943, pág. 313.

<sup>32</sup> MAURICE DUVERGER, *Éléments de droit public*, 7<sup>me</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1974, pág. 6.



para adoptarlas y hacerlas efectivas. Es indudable que ciertas actividades o situaciones afectan principalmente o inmediatamente los intereses generales, mientras que otras tienen una trascendencia más particular, relacionada directamente con las personas o entidades privadas. Por lo mismo, aquellas requieren una regulación jurídica especial, que se logra mediante normas con características peculiares, las cuales constituyen el derecho público. Entre estas características figuran las que ya mencionamos al hablar del llamado criterio formal, es decir, el que en derecho público las relaciones jurídicas surgen predominantemente por la vía unilateral, mientras que en derecho privado prevalece el procedimiento convencional. Para fijar, pues, el campo del derecho público, dice ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, es imprescindible determinar cuáles actividades o situaciones afectan principal e inmediatamente los intereses generales; su regulación, por lo tanto, es, o debe ser, de derecho público<sup>33</sup>. La distinción entre derecho público y derecho privado, como lo señalamos al comienzo, ha sido objeto de diversas teorías, cuyo estudio más detenido corresponde a la introducción al derecho<sup>34</sup>.

#### 4.2 Principales ramas del derecho público

Como puede deducirse de lo anterior, el campo de aplicación del derecho público es muy extenso; se suele dividir en dos grandes ramas: derecho público *interno* y derecho público *externo*. La primera comprende el derecho *constitucional*, el *administrativo*, el *penal*, el *procesal* y, para muchos autores, el *laboral* y el *financiero*, entre otros. La segunda comprende el derecho *internacional público* y el *internacional privado*.

A propósito de esta última se pregunta LEGAZ Y LACAMBRA: ¿Tiene aplicación al campo internacional la división del derecho en público y privado? Él mismo se responde: "Ya hemos dicho que son posibles relaciones 'privadas' entre los Estados; pero obsérvese que estas relaciones se efectúan cabalmente por normas de derecho público; así por ejemplo, lo que entre dos individuos es una relación de tipo jurídico privado, por ejemplo la relación entre comprador y comerciante o entre dos comerciantes, las relaciones comerciales entre los Estados son objeto de 'tratados' internacionales, los cuales, aun cuando se relegasen, por su estructura coordinativa, al campo del derecho privado, tendrían que ser ratificados por los respectivos Estados"<sup>35</sup>.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que la anterior clasificación no obedece a criterios fijos o exactos ya que, como anota el profesor RECASÉNS SICHES, dentro del campo de las normas reputadas típicamente de derecho privado, como son las del derecho civil, encontramos muchas que revisten un ca-

<sup>33</sup> ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Martín Bianchi Altuna, 1953, pág. 90.

<sup>34</sup> Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, ob. cit., págs. 307 y ss.

<sup>35</sup> L. LEGAZ Y LACAMBRA, ob. cit., pág. 329.

rácter público, como las que protegen la familia, que son amparadas de oficio por agentes del Estado. Asimismo, existen ramas jurídicas que pueden agruparse en una *categoría intermedia*, en la que encontramos entremezcladas características de derecho público y de derecho privado. RECASÉNS cita entre estas, al derecho laboral, al agrario y al económico<sup>36</sup> y dice que esa clasificación transcribe solamente distinciones que se han desarrollado en el curso de la historia y que sufren modificaciones y presentan variedades en cada uno de los derechos nacionales.

Por su parte, el profesor PAUL ROUBIER planteó en su *Théorie général du droit*, la existencia de un *derecho mixto*, que participa de los caracteres del derecho público y del privado. Dentro de ese derecho mixto, ROUBIER incluye el comercial, el obrero, el rural, así como el penal, el procesal y el internacional privado.

De lo que sí no puede caber duda es de que el derecho constitucional es, ante todo, derecho público y de que es, además, la más importante de sus ramas. De ella nos corresponde ocuparnos primordialmente, sin dejar de lado su relación estrecha con otras ramas del derecho, principalmente con el administrativo y el internacional público, así como con otras de las llamadas ciencias sociales.

El derecho constitucional, por su parte, estudia en términos generales, la organización y funcionamiento del Estado, es decir su estructura jurídica, los órganos del poder público, sus funciones y atribuciones, en sus aspectos principales, el establecimiento de las bases de la estructura política, los derechos y libertades de que son titulares los asociados, ya sea individual o colectivamente, frente al Estado, y la manera de garantizarlos por parte de este, etc. Comprende, dentro de su campo de estudio, el análisis de la teoría del Estado y de la teoría de la Constitución, así como el examen de las instituciones políticas. Pero para entender mejor su campo de aplicación conviene, antes de entrar a definir y describir el derecho constitucional, señalar los límites que lo separan de otras ramas del derecho público, singularmente del derecho administrativo, que es la rama con la cual está más estrechamente vinculado.

### 4.3 *Derecho constitucional y derecho administrativo*

El derecho administrativo —al igual que todas las demás ramas del derecho— encuentra su fundamento en el derecho constitucional. Como dice EUSTORGIO SARRIA<sup>37</sup> si este es el derecho objetivo del Estado, y los gobernantes en ejercicio de sus funciones deben conformar sus actos a ese derecho —regla o norma general—, el derecho administrativo, regulador de la función ejecutiva o administrativa, no es otra cosa que su secuela. De ahí que la mayoría de

<sup>36</sup> L. RECASÉNS SICHES, ob. cit., pág. 180.

<sup>37</sup> EUSTORGIO SARRIA y MAURICIO SARRIA BARRAGÁN, *Derecho administrativo colombiano*, 9ª ed., Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1984, pág. 35.

los tratadistas concluyen afirmando que las diferencias entre uno y otro son solamente cuantitativas y no cualitativas.

El derecho administrativo es, de acuerdo con la definición de SAYAGUÉS LASO, la parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y ejercicio de la función administrativa<sup>38</sup>. RENÉ CAPITANT señala el objeto del derecho administrativo diciendo que consiste en “reglamentar el funcionamiento de los servicios públicos sobre el territorio y organizar la vigilancia de los servicios de utilidad pública prestados por asociaciones de personas privadas”<sup>39</sup>. DROMI define el derecho administrativo como “el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo”<sup>40</sup>.

La conexión de esta rama del derecho público con el derecho constitucional es, como se ha dicho, muy estrecha. No puede ser de otra manera, por cuanto la estructuración del Estado y de sus órganos fundamentales, incluso los que ejercen funciones administrativas, es materia típicamente constitucional; de ahí que no sea fácil establecer límites precisos entre las materias que son competencia de una u otra rama del derecho público. De hecho, encontramos que los distintos órganos del Estado cumplen funciones de una u otra especie. Por ello los tratadistas, en su esfuerzo por establecer límites al ámbito de competencia de ambos derechos, distinguen entre *función política* y *función administrativa*. Algunos afirman que el derecho constitucional estudia lo que el Estado es y que el administrativo, lo que el Estado hace. Para proceder a su distinción, señala XIFRA HERAS, es preciso considerar al derecho constitucional, como disciplina que se refiere al Estado, como entidad trascendente a los individuos que en un momento histórico dado lo componen, y el derecho administrativo como regulador de los intereses públicos *singulares*. La delimitación entre una y otra rama jurídica se halla, pues —concluye él— en esa singularidad de los intereses a que se refiere el derecho administrativo, frente a la característica del derecho constitucional, que recae sobre la institución y permanencia del Estado como unidad trascendente a los elementos que lo integran<sup>41</sup>.

Por su parte DROMI explica al respecto: “El derecho constitucional es la parte general y fundamental del derecho público, el tronco del cual derivan las distintas ramas. Comprende las normas que regulan la estructura del Estado, determinan sus funciones y definen sus atribuciones y límites, constituyendo la base de todo el sistema de derecho público nacional. El derecho adminis-

<sup>38</sup> E. SAYAGUÉS LASO, ob. cit., pág. 21.

<sup>39</sup> Cit. por E. SARRIA, ob. cit., pág. 16.

<sup>40</sup> JOSÉ ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992, pág. 46.

<sup>41</sup> J. XIFRA HERAS, ob. cit., pág. 101.

trativo tiene con el derecho constitucional mayor vinculación que con cualquiera otra rama del derecho, porque sus normas son corolario de los principios fundamentales establecidos por la Constitución. Se puede decir que el derecho administrativo tiene el encabezamiento de sus capítulos en el derecho constitucional; este es la espina dorsal del derecho administrativo, ya que la actividad jurídica de la administración encuentra sus limitaciones en la Constitución<sup>42</sup>. GARCÍA DE ENTERRÍA, a su turno, explica así la relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional: "El derecho administrativo está íntimamente interrelacionado con el derecho constitucional, en su sentido estricto de derecho de la Constitución en cuanto norma jurídica. Sin embargo, este enuncia los principios básicos del ordenamiento, por la propia superioridad que dentro de este presenta la Constitución misma, de modo que su superioridad sobre el derecho administrativo, como sobre cualquier otra rama del ordenamiento es indiscutible; por otra parte, su ámbito material es también más extenso, puesto que abarca a los aspectos del Estado que exceden de los propiamente administrativos. Ahora bien, esas diferencias materiales no concluyen en separación de ambas ramas, antes bien postulan una relación permanente entre ambas, como se manifiesta en el tratamiento conjunto de las dos por los mismos especialistas, que es común en todo el mundo occidental. La superioridad normativa de la Constitución no es un postulado abstracto, como habremos de ver en el capítulo siguiente, sino que penetra todas y cada una de las demás normas, y específicamente de las administrativas, pauta de la actividad ordinaria y más extensa del Estado, que expresan, por ello, un 'derecho constitucional concretizado' (WERNER); todas las instituciones del derecho administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución"<sup>43</sup>.

#### 4.4 *Derecho constitucional y derecho internacional público*

Tanto por su contenido como por su objeto, el estudio del derecho constitucional es fundamental para la comprensión del derecho internacional público. El solo hecho de que el primero tenga como objeto principal de su investigación la organización jurídico-política de la sociedad en forma de Estado y que el segundo se ocupe fundamentalmente de las relaciones entre los Estados en sus diferentes modalidades, basta para explicar la estrecha relación que existe entre ambas ramas del derecho público, y hasta dónde el derecho internacional debe tener en cuenta los principios y normas del derecho constitucional, tanto general como particular. Sin embargo, el problema de situar al derecho internacional en el campo de lo jurídico plantea la cuestión, muy debatida, sobre si debe aceptarse la supremacía de este sobre el derecho público

<sup>42</sup> JOSÉ ROBERTO DROMI, ob. cit., págs. 117-118.

<sup>43</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Edit. Civitas S. A., 1993, pág. 39.

interno, o viceversa. Esta cuestión ha dado origen a dos teorías: la dualista y la monista.

A) La *teoría dualista* considera el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y totalmente separados, que nunca se confunden porque el valor propio del derecho interno es independiente de su conformidad con el derecho internacional. Los partidarios de la concepción dualista fundan su doctrina no solo en razones de principio, como la diversidad de las fuentes y de los sujetos de derecho, sino también en razones de hecho, como la diferencia de estructura de los órdenes jurídicos y la validez de las reglas internas, que internacionalmente puedan considerarse irregulares<sup>44</sup>.

B) La *teoría monista*, sostenida entre otros por KELSEN, toma como punto de partida la unidad de todas las normas jurídicas, por lo que también se la llama *teoría unitaria*. Al contrario de lo que ocurre en la interpretación dualista, en esta ya no se habla de la existencia de dos órdenes jurídicos coordinados, sino de dos órdenes jurídicos en los cuales uno, el derecho público interno, está subordinado a otro, el derecho internacional. De esta manera la teoría monista sostiene la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

La cuestión no es, sin embargo, tan simple. De un lado hay quienes sostienen que el derecho internacional es una rama del derecho aún en proceso de formación y que, por tanto, no podría prevalecer sobre las normas de un derecho ya estructurado, como lo es el derecho público interno. Si ello fuera así, no habría manera práctica de hacer efectiva esa presunta superioridad, pues ningún Estado en particular ni ningún organismo o entidad de carácter internacional, tienen instrumentos legales que les permitan imponer las normas de derecho internacional sobre las del derecho interno a un Estado determinado. Como lo reconoce el internacionalista CHARLES ROUSSEAU, la única sanción que actualmente puede derivarse del principio de la primacía del derecho de gentes, no consiste en la abrogación automática de las reglas internas contrarias al derecho internacional, sino en la afirmación de la responsabilidad internacional del Estado interesado. Sea como fuere, en la generalidad de los Estados se acepta, bien sea expresa o tácitamente, la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho público interno. Pero se debe tener en cuenta que un tratado no entra en vigor mientras no se haya cumplido con los requerimientos que para ese efecto establece cada Constitución.

Entre quienes refutan tanto a la teoría dualista como a la monista, figura también el notable internacionalista ALFRED VERDROSS. Respecto de la primera, anota que hoy no se puede dudar que un tratado internacional, lejos de ser exclusivamente una fuente del derecho internacional, puede obligar también

<sup>44</sup> CHARLES ROUSSEAU, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1957.

en el ámbito interno del Estado y que incluso determinadas normas del derecho internacional consuetudinario son directamente obligatorias para los individuos. Reconoce, al mismo tiempo, que una norma estatal opuesta al derecho internacional común o a un tratado internacional no carece de suyo de fuerza obligatoria, ya que los tribunales estatales tienen en principio el deber de aplicar las leyes, aun las que infringen el derecho internacional, ya que estos tribunales son órganos de un determinado ordenamiento jurídico y como tales han de aplicar las normas que el derecho propio les prescribe. Para VERDROSS la teoría del monismo radical, que afirma que toda norma estatal contraria al derecho internacional es nula, tampoco resulta sostenible, por las razones antes expuestas.

Por su parte el internacionalista colombiano ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO fija así su posición al respecto: "Es muy difícil afirmar la existencia de órdenes jurídicos separados e independientes. El derecho interno y el internacional son interdependientes. La práctica demuestra que hay una relación muy estrecha entre ambos sistemas. Un Estado no puede establecer un ordenamiento jurídico interno violando las normas internacionales. No puede un Estado, por ejemplo, despojar de todo derecho a los extranjeros, ni derogar el paso inocente por aguas territoriales. Estas instituciones aparecen como limitaciones internacionales a la actuación del Estado en el ámbito interno. Fenómeno que demuestra la interferencia del orden internacional en el orden interno, y que no existiría de haber una separación absoluta entre uno y otro sistema.

"Pero, a su vez, el derecho interno puede tener efectos internacionales. Si un Estado viola en cualquier forma las normas de derecho interno de otros Estados, se hace internacionalmente responsable. Al violar las normas sobre seguridad en el mar territorial de otro, se considera que su responsabilidad internacional está comprometida y que ella nace de la violación de una norma de derecho interno, hay una relación muy íntima entre el derecho internacional y el derecho interno.

"Desde otro punto de vista, el problema de la supremacía entre el derecho interno y el internacional, o viceversa, es también muy relativo. Porque de acuerdo con lo expuesto anteriormente el derecho puede crear obligaciones internacionales, lo cual no ocurriría si el derecho interno estuviera subordinado al internacional. El derecho internacional puede establecer por su lado limitaciones al derecho interno. Por lo tanto, tampoco se podrá considerar al derecho internacional como inferior al interno"<sup>45</sup>.

\* \* \*

Más adelante<sup>46</sup>, se examinarán la delimitación y relaciones del derecho constitucional con otras ciencias, particularmente con las llamadas disciplinas

<sup>45</sup> ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO, *Derecho internacional público*, 4ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1994.

<sup>46</sup> V. *infra*, págs. 52 y ss.

político-sociales. Para comprender mejor esas relaciones, conviene estudiarlas en el marco del derecho constitucional. Veremos cómo, a menudo, esta rama del derecho desborda los cauces de lo jurídico para adentrarse en los terrenos de otras ciencias que le servirán de auxiliar o complemento, como es el caso de la ciencia política, la sociología política, la historia o la teoría general del Estado. A ellas habremos de referirnos frecuentemente, ya que sin sus luces y enseñanzas, es difícil comprender el desenvolvimiento y contenido de las instituciones políticas que son materia del estudio, y elaboración del derecho constitucional. Empero, no debe perderse de vista el carácter eminentemente jurídico que posee esta ciencia.

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO CONSTITUCIONAL

#### 1. QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es, como antes se señaló, la principal rama del derecho público. En cuanto tal, le corresponde primordialmente el estudio de la Constitución del Estado; y siendo así, en ella encuentran su fundamento —como también se dijo— todas las demás ramas del derecho. Su posición es, pues, central, dentro de todo el ordenamiento jurídico-político de una sociedad organizada. A la normatividad de que se ocupa, debe remitirse necesariamente todo el resto de la normatividad institucionalizada, es decir, aquella que ha sido formalmente consagrada como derecho positivo.

El derecho constitucional participa, por consiguiente, de todas las características propias de lo jurídico; aunque, como lo anota XIFRA HERAS, el derecho es el género, del cual el derecho constitucional es una de sus especies<sup>1</sup>. Como consecuencia de lo anterior, y siguiendo el planteamiento del tratadista español, tenemos que: a) el derecho constitucional es, como todo derecho, *un punto de vista sobre la justicia*, pues esta es el principio constitutivo del derecho, al mismo tiempo que este es la realización de aquella en la vida social; b) el derecho es, por naturaleza, *un orden*; el derecho constitucional comprende un sector de ese orden: el orden jurídico-constitucional; c) si el derecho estriba fundamentalmente —como observa BODENHEIMER<sup>2</sup>— en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder por parte de la autoridad o de los particulares, el derecho constitucional tiene como misión específica la *limitación de determinados poderes* que corresponden al Estado y a sus órganos derivados o auxiliares; d) una de las características del derecho es, como se ha mencionado, *subilateralidad*, es decir, que constituye un orden rector de las relaciones entre sujetos. El derecho constitucional, como modalidad jurídica, posee así mismo esta característica: rige las relaciones entre sujetos, con la particularidad de que, como parte del derecho público que es, uno de esos sujetos es necesariamente el Estado o alguno de sus órganos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> J. XIFRA HERAS, ob. cit., pág. 91.

<sup>2</sup> E. BODENHEIMER, ob. cit., pág. 26.

<sup>3</sup> J. XIFRA HERAS, ob. cit., pág. 91.



Pero, además, en el derecho constitucional, como integrante esencial del derecho público, concurren todas las características de este. Por ello en principio no deben considerarse como normas constitucionales aquellas disposiciones que tutelan intereses *secundarios*, aunque de manera eventual se refieran directamente al Estado o a sus entes auxiliares. Empero, como más adelante habrá de explicarse, se suelen encontrar en las constituciones escritas normas que tutelan este tipo de intereses, las cuales, al haber sido consagradas formalmente como constitucionales, adquieren este carácter dentro del ordenamiento jurídico, lo cual no deja de producir traumatismos en el interior de este.

Pero, por otra parte, no obstante participar el derecho constitucional de todas las notas características de lo jurídico, debe admitirse que esta rama del derecho está también impregnada de contenido *político*, por la incidencia directa que su normatividad tiene sobre el conjunto de la sociedad organizada; al fin de cuentas, el objeto primordial de una Constitución —sobre la cual se centra su estudio—, no es otro que el de organizar *políticamente* a una determinada sociedad. Esto significa no solo consagrar las instituciones que la han de gobernar, sino también adoptar el régimen político que la ha de regir y sentar las pautas de comportamiento que políticamente deberán observar gobernantes y gobernados. Así, puede decirse que si bien es cierto la normatividad constitucional es por esencia jurídica, sus efectos son —también por esencia— políticos.

De todo lo anterior se deduce que el derecho constitucional es derecho público fundamental, en el exacto sentido de esta expresión.

### 1.1 *El derecho constitucional es derecho público fundamental*

El derecho constitucional se ocupa, pues, directamente de la organización y funcionamiento del Estado, de la estructuración jurídica de sus órganos en sus aspectos fundamentales y del establecimiento de las bases de la estructura política. Siendo ello así, se configura como derecho público *fundamental*<sup>4</sup>. Sus normas constituyen un orden en el que —dice SÁNCHEZ AGESTA— reposa la armonía y vida del grupo, porque establece un equilibrio entre sus elementos, y en el que todas las demás disciplinas jurídicas centran su punto de apoyo<sup>5</sup>.

El orden jurídico constitucional —como señala este autor— contiene no solo la organización de los poderes públicos o de las instituciones de gobierno, sino todos los principios que regulan la posición del individuo, de la familia, de la sociedad y, en general, de todos los elementos que definen un orden de vida en razón del *bien común*. Pero únicamente con este carácter de principios del orden, da cimientos cuyo desarrollo corresponde ya a otras ramas del derecho<sup>6</sup>; es por esta razón, que se le considera como rama fundamental de derecho público.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 95.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 96.

<sup>6</sup> *Ídem*, pág. 95.

Con relación a las demás disciplinas jurídicas, particularmente a aquellas encuadradas dentro del campo del derecho público, el derecho constitucional ocupa una posición central y, como expresa XIFRA HERAS, demuestra más que cualquiera otra la unidad esencial del derecho al agrupar, en coordinadora síntesis, los fundamentos básicos de todas las manifestaciones del ordenamiento jurídico estatal. Así en el derecho penal el principio de legalidad —*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*— especifica un postulado del Estado de derecho, cuyos fundamentos son constitucionales. Lo mismo ocurre en el derecho procesal con las garantías jurídicas de los procesados, o en el derecho administrativo, en el cual las bases de la administración pública y otros principios están insertos en la Constitución, o en el derecho tributario, que se rige por el principio de *no taxation without representation*, consagrado constitucionalmente. Pero esa posición central del derecho constitucional se extiende también al campo del derecho privado, por cuanto sus normas deben apoyarse, en última instancia, en preceptos consagrados en la Constitución.

El derecho constitucional puede definirse, pues, como *la rama del derecho público que estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal*.

De la anterior definición se desprende el contenido de la materia, así:

— *La estructura del Estado en el marco de la Constitución*. Esta rama del derecho supone, para empezar, el que exista una Constitución, bajo cualquiera de las modalidades que más adelante se explicarán. La estructura del Estado, en sus diversos componentes, cuales son, el humano —la población—, el físico o material —el territorio— y el jurídico-político, —el poder público o poder soberano—<sup>6 bis</sup> debe estar descrito, en sus aspectos fundamentales, en la Constitución del Estado. Es así como esta debe ocuparse de definir, por ejemplo, quiénes son nacionales y extranjeros, qué derechos y deberes tienen estos y aquellos, cómo se adquiere la nacionalidad, quiénes son ciudadanos, etc. De igual manera, debe ella determinar lo relativo a la organización territorial según se adopte la forma de Estado unitaria, o la federal, o una mixta; así mismo lo relativo a la distribución de competencias entre los entes territoriales y la organización administrativa de estos. Es decir, la Constitución no solo debe ocuparse de la organización del tercero de los elementos mencionados, es decir el poder público, sino que también debe hacerlo de los dos primeros, en sus aspectos esenciales.

— *La situación del individuo frente al poder del Estado*. De particular importancia para el estudio del derecho constitucional y el contenido de una Constitución, es lo atinente a la relación individuo-autoridad. Es por ello que las constituciones consagran un catálogo de derechos fundamentales, tanto

<sup>6 bis</sup> V. *infra*, Parte primera, cap. II.

individuales como colectivos, y la forma de hacerlos efectivos, es decir, de garantizarlos y protegerlos por parte de los gobernantes. De ahí que, de la forma como esos derechos estén consagrados y garantizados en el marco de una Carta Política, dependerá la situación del individuo, y en general de la sociedad civil, frente al poder que la rige.

— *La organización y funcionamiento del poder en sus aspectos fundamentales.* La llamada parte orgánica de una Constitución, es decir aquella que se ocupa de la organización y el funcionamiento del poder, es también tema sustancial del derecho constitucional, por cuanto de ella dependerá la clase de régimen político que impere en una sociedad. Esta parte se refiere, en concreto, al tercero de los elementos antes mencionados, al cual se le da particular relevancia por cuanto sistematiza lo correspondiente al ejercicio del poder por parte de los gobernantes. Esta parte se ocupa así del sistema de gobierno, de la organización y funcionamiento de las ramas del poder, y del funcionamiento de los órganos titulares de ellas, de su modo de integración, atribuciones, período, limitaciones, etc.

— *Las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal.* El tema de las instituciones políticas, que son todas aquellas que dan vida e impulso al Estado, y que sobrepasa el mero examen esquemático de los titulares del poder, es también objeto del moderno estudio del derecho constitucional. Por instituciones políticas debe entenderse, pues, no solo los titulares de las ramas del poder y demás órganos autónomos que puedan estar previstos en las constituciones, sino también otras entidades u organismos que juegan papel protagónico en la vida del Estado. Es así, por ejemplo, como los sistemas electorales, las fuerzas armadas institucionales, en ciertos casos las iglesias y, como se ha admitido en muchas de las constituciones contemporáneas, los partidos tienen también el carácter de instituciones políticas y por ello deben ser estudiados por esta rama del derecho público.

El tratadista español PABLO LUCAS VERDÚ por su parte, define el derecho constitucional como “la rama del derecho público interno que estudia las normas e instituciones relativas a la organización y ejercicio del poder del Estado y a los derechos y libertades básicos del individuo y de sus grupos en una estructura social”<sup>7</sup>.

## 2. OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El profesor ANDRÉ HAURIUO define el objeto del derecho constitucional, como “el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos”<sup>8</sup>, encuadramien-

<sup>7</sup> PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político*, vol. I, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1976, pág. 355.

<sup>8</sup> ANDRÉ HAURIUO, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1971, pág. 17.

to que se realiza, agregamos nosotros, dentro del marco de una Constitución. Esta fórmula, bastante certera exige, para ser bien comprendida, la explicación de dos cuestiones: qué son los *fenómenos políticos* y en qué consiste el *encuadramiento jurídico* de estos fenómenos.

El término *político* es, como anota HAURIU, de difícil definición. Proviene de la palabra griega *polis*, que significa ciudad; por consiguiente, su origen nos indica que se trata de relaciones humanas dentro del marco de una sociedad organizada. La ciudad antigua era, en efecto, pese a su escaso desarrollo material y a la existencia de la institución de la esclavitud, una organización política que, en cierta forma, prefiguraba el Estado moderno. Pero esta primera indicación resulta insuficiente, debido a que en el marco de una sociedad organizada también se inscriben otros tipos de relaciones humanas, como son las de tipo familiar, comercial, social o religioso.

Sin embargo, a diferencia de estos tipos de relaciones, las de carácter político no se circunscriben a dos partes —por ejemplo el individuo y la familia a la cual pertenece, o este y la persona natural o jurídica para la cual labora, o él y el sindicato, agremiación, institución cultural o social, o religión a la cual pertenece—, sino que son de carácter genérico, multilateral, respecto de la sociedad a la cual pertenece. Por ello, los llamados fenómenos políticos afectan al individuo como tal, indistintamente de cual sea su relación con otros grupos de los que conforman la sociedad. En este caso, tales fenómenos se enmarcan dentro del amplio contexto del Estado, como conglomerado social, política y jurídicamente constituido, y por ello tienen incidencia sobre todos los individuos, sea cual fuere su condición personal o su situación social.

### 2.1 *Los fenómenos políticos*

Los fenómenos *políticos* son todos aquellos hechos que se presentan en la vida social y que tienen incidencia más o menos directa sobre toda la comunidad. En ellos siempre está implícita la noción del poder; es la lucha por el poder público lo que en última instancia los suscita. Pueden abordarse, señala HAURIU, a partir de tres planos diferentes:

a) El del *reconocimiento total del hombre por el hombre*: ello significa que en las relaciones políticas, al contrario de lo que ocurre con otro tipo de relaciones, el hombre es considerado con la totalidad de sus atributos como ser humano; no se hace distinción por razones de parentesco, como en las relaciones de familia; o de fortuna, como en las relaciones económicas; o de credo, como en las espirituales; o de profesión, como en las de trabajo. Se toma al hombre como tal, y se le reconoce como a un sujeto protagónico de fenómenos políticos.

b) El de la *determinación de lo que es bueno para la sociedad*: la actividad política consiste en la búsqueda de lo que es bueno y útil para la sociedad. Su finalidad es el logro del *bien común*. Es en los medios para lograr ese

fin, y en la idea misma que se tiene sobre lo que ese fin significa, en lo que se apartan las diversas concepciones políticas. Pero lo que suscita los fenómenos políticos, es siempre esa búsqueda.

c) *El de las relaciones entre gobernantes y gobernados*: la determinación del bien común no puede ser obra de todos los hombres; ella se confía a una parte de ellos: los gobernantes. Son estos quienes señalan los caminos y la manera de lograr aquel objetivo, lo cual desencadena el fenómeno político.

Ahora bien, la organización social que es objeto primordial del estudio del derecho constitucional es el Estado. Tan es así que los fenómenos políticos que se consideran en este campo son, ante todo, los que se refieren a él. En la primera parte estudiaremos en detalle este ente; por ahora, digamos que el Estado es una sociedad organizada, fijada en un territorio determinado y que posee la facultad exclusiva de emitir y sancionar reglas de derecho. Es preciso recordar que el Estado no es la única sociedad en la que los hombres se hallan integrados: existen muchas otras, como las asociaciones de tipo económico, o religioso, o social, o cultural, o partidista, en las cuales se producen, en menor escala, los fenómenos que configuran las relaciones políticas, particularmente las de mando y obediencia.

En todas las sociedades se establece, pues, una distinción entre los que dirigen la sociedad —los gobernantes— y quienes son dirigidos —los gobernados—. Los actos políticos normalmente emanan de los primeros. Ello no significa que los gobernados no participen activamente en la vida política de la sociedad, especialmente en los países de sistema democrático, por ejemplo mediante el ejercicio del sufragio. Pero lo más usual es que sean los gobernantes quienes realicen los actos políticos. Por eso se ha afirmado que los fenómenos políticos son los que se refieren a la conducción de los hombres que viven en sociedad. Esa conducción corresponde a los gobernantes; son ellos quienes impulsan a los demás hombres a adoptar determinada actitud o a abstenerse de hacerlo. Se dice que son titulares del *poder*, fenómeno este que será analizado más adelante, dentro del marco del Estado. Por ahora interesa saber en qué consiste el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos.

## 2.2 *El encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos*

HAURIQU define el derecho como el “conjunto de preceptos de conducta obligatorios, establecidos por los hombres que viven en sociedad y destinados a hacer reinar el orden y la justicia en las relaciones sociales”. El tratadista francés parte de esta definición, para demostrar cómo las diversas ramas del derecho son sistemas de encuadramiento de las relaciones humanas, para introducir en ellas el orden y la justicia. Así, por ejemplo, el derecho civil es un sistema de encuadramiento de los comportamientos humanos en el ámbito de la familia y de las relaciones patrimoniales, para introducir en el mismo seguridad, orden, equidad; de la misma manera el derecho comercial es un sistema de encuadramiento de las actividades de los comerciantes y el derecho la-

boral lo es de las relaciones entre patronos y trabajadores, siempre buscando que imperen el orden, la justicia y la seguridad en todas ellas.

Sin embargo, este fenómeno de encuadramiento, que ha tenido lugar de manera temprana para los fenómenos de relación entre los individuos, ha sido emprendido también, aunque tardíamente, dice HAURIUO, para las manifestaciones de la vida política. El encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos no ha sido tarea sencilla, principalmente por tres razones: a) Por la violencia inherente a las relaciones políticas, que las hace particularmente difíciles y a menudo incontrolables; no se trata solamente de la violencia física o material que a menudo acompaña este tipo de fenómenos y que de hecho ha predominado en los grandes cambios de las estructuras políticas a lo largo de la historia, sino también de la violencia moral e intelectual que es característica de la lucha política, aun en las sociedades más civilizadas; b) porque la vida política está en constante evolución y sus manifestaciones son frecuentemente imprevisibles y cambiantes; c) porque las normas jurídicas —en particular las del derecho constitucional— obligan a actores particularmente poderosos, como son los gobernantes, quienes no siempre están dispuestos a someterse a las normas establecidas y a menudo buscan desconocerlas.

Por estas razones el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, a través del derecho constitucional, se ha producido apenas en la época moderna, al contrario de lo sucedido en otros fenómenos como los familiares, los económicos o los penales, cuyo encuadramiento jurídico se produjo desde las más antiguas legislaciones.

### 3. SIGNIFICADO Y ALCANCES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El significado del derecho constitucional, su sentido más profundo y, por así decirlo, su misión, es —de acuerdo con la definición de HAURIUO—, “organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”<sup>9</sup>.

El derecho constitucional aparece ligado, en sus características más profundas —afirma este autor— a esa contradicción fundamental de la condición humana de ser, a la vez, individual y colectiva. Por una parte, desde las primeras agrupaciones humanas, el hombre ha estado sujeto a vínculos sociales con los demás hombres, que lo obligan a convivir con ellos en el seno de la sociedad; así lo demuestran la historia y la prehistoria. Pero, por otra parte, el destino del hombre se ha considerado como individual. FUSTEL DE COULANGES en su obra *La ciudad antigua*, nos ilustra sobre la importancia que las más remotas civilizaciones concedían a la sepultura individual, como medio de asegurar la conservación de la identidad de la persona el mayor tiempo posible, considerando la muerte no como una disolución del ser, sino como un mero

<sup>9</sup> A. HAURIUO, ob. cit., pág. 36.

cambio de vida individual<sup>10</sup>. De igual manera, el conjunto de tradiciones religiosas y filosóficas pertenecientes a todas las civilizaciones, especialmente a la occidental, afirman que la salvación del alma es individual, de la misma forma que las instituciones políticas, sociales, jurídicas, consideran a cada individuo como centro de responsabilidad. Así, los hombres tienen el derecho y el deber de realizar su propio destino individual, en la medida en que su logro no constituya un obstáculo para el interés colectivo. De tal manera el progreso material o moral está sometido tanto a la iniciativa y creatividad personales, como a la organización política de la sociedad.

De ello surge la necesidad de conciliar los intereses individuales y los colectivos, de lograr que coexistan, dentro del seno de la organización social, la libertad y la autoridad. Este es uno de los problemas fundamentales que se presentan a la solución del derecho constitucional, y, en general, a las demás ramas del derecho. Teniendo en cuenta esta cuestión, algunos autores han definido al derecho constitucional como *técnica de la autoridad*, en tanto que otros lo han considerado como *técnica de la libertad*.

### 3.1 *El derecho constitucional como "técnica de la libertad"*

Por influencia del llamado movimiento constitucionalista liberal, que se originó en Inglaterra a finales del siglo XVII y se extendió por Europa y América a lo largo del siglo XVIII<sup>10 bis</sup>, en el mundo occidental se experimentó una profunda aspiración al reconocimiento formal, dentro del marco de las constituciones, de los derechos y libertades individuales que, hasta entonces, habían sido desconocidos o conculcados por los regímenes absolutistas. Surgió, entonces, la idea de que el derecho constitucional debía ocuparse fundamentalmente de la consagración y de la garantía de esos derechos y libertades, y se lo vio así como "técnica de la libertad". La idea de la Constitución fue concebida ante todo como la de un "pacto social" en el cual los asociados acordaran el reconocimiento de sus derechos y se obtuviera por parte de los gobernantes el respeto a ellos. Fue así, entonces, como en las primeras constituciones escritas del mundo moderno —las de algunas de las antiguas colonias inglesas de Norteamérica, primero, las francesas de la era revolucionaria, después y posteriormente las de varias de las nacientes repúblicas hispanoamericanas—, se consagraran "declaraciones de derechos" como punto fundamental de las mismas. Es decir, se hacía hincapié en lo que se ha llamado parte dogmática de la Constitución.

Una vez afianzada esa idea y generalizada la consagración de las declaraciones de derechos y los catálogos de libertades en las constituciones —particularmente en las occidentales—, a lo largo del siglo XIX, otras corrientes de publicistas han hecho énfasis en la función que para ellas tiene también el

<sup>10</sup> FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1942, pág. 22.

<sup>10 bis</sup> V. *infra*, págs. 41 y 42.

derecho constitucional, como igualmente prioritaria, de organizar y disponer las reglas para el ejercicio del poder público; es decir, lo han enfocado bajo el e “técnica de la autoridad”.

### 3.2. *El derecho constitucional como “técnica de la autoridad”*

Como antes se dijo, admitida en el constitucionalismo moderno la necesidad de incorporar en el texto de las constituciones los derechos, tanto individuales como colectivos, y las libertades públicas y sus correspondientes garantías, muchos autores han relevado la importancia de que el derecho constitucional se ocupe, fundamentalmente, de la organización del ejercicio del poder en el Estado. En otras palabras, lo han considerado como “técnica de la autoridad”.

Entre los tratadistas que han enfocado en este sentido el derecho constitucional figura MARCEL PRELOT, quien sostiene que “es el fenómeno de la autoridad pública en sí, lo que en sus aspectos jurídicos constituye el objeto del derecho constitucional”, del cual propone la siguiente definición: “ciencia de las reglas jurídicas, según las cuales se establece, ejerce y transmite el poder político”. En el mismo sentido se pronuncia GEORGES VEDEL en su *Curso de derecho constitucional*<sup>12</sup>.

HAURIUO critica esta concepción del derecho constitucional, afirmando que ella tiende a hacer creer que el ejercicio de la autoridad puede concebirse como un fin en sí, que encuentra su justificación en el solo interés de los gobernantes, siendo que se debe mantener la regla de que el ejercicio de la autoridad no encuentra su justificación más que en el interés de los gobernados<sup>13</sup>.

### 3.3. *El derecho constitucional es técnica de la libertad y técnica de la autoridad*

A juicio de HAURIUO, que nosotros compartimos, ninguno de los enfoques citados, por muy vigorosos y sugestivos que sean, pueden confirmarse satisfactorio, ya que en ambos se omite una parte de la realidad política y jurídica. Técnica de autoridad en ciertos aspectos, técnica de la libertad en otros, el derecho constitucional, concluye el tratadista, es esencialmente la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado<sup>14</sup>.

El hecho cierto es que hoy en día todas las constituciones consagran tanto lo relativo a derechos y libertades como al ejercicio del poder público o autoridad en el Estado, de tal manera que se puede concluir que el derecho constitucional es, a la vez, técnica de la libertad y técnica de la autoridad.

\* \* \*

Este esfuerzo de conciliación, este encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos que atrás describíamos, cuyo resultado es el derecho constitu-

<sup>11</sup> MARCEL PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Précis Dalloz, 1969, pág. 32.

<sup>12</sup> GEORGES VEDEL, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, Les Cours de Droit, 1961, pág. 8.

<sup>13</sup> A. HAURIUO, ob. cit., pág. 40.

<sup>14</sup> Ibídem, pág. 42.



cional, ha tenido origen en Occidente. Podría afirmarse, con HAURIUO, que el derecho constitucional es “un producto de Occidente que ha sido adoptado en el mundo entero”.

#### 4. ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Ya se señaló cómo el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos, cuyo resultado es el derecho constitucional, es fenómeno relativamente reciente. En efecto, el derecho constitucional, como disciplina autónoma y sistemática, nace entrado ya el siglo XIX. Pero esto no quiere decir —como observa MANUEL GARCÍA-PELAYO— ni que antes del siglo XIX no hubieran existido en el seno del ordenamiento jurídico y de la organización política normas constitucionales, ni tampoco que los juristas y tratadistas políticos no hubieran estudiado esas normas<sup>15</sup>.

##### 4.1 *El concepto de Constitución en Grecia*

Remontándonos a sus orígenes, los tratadistas ubican la cuna del derecho constitucional en el Mediterráneo oriental, más concretamente en Grecia; posteriormente comenzó a desenvolverse en Roma. ARISTÓTELES (384-322 a. C.) se refiere en una de sus obras a más de un centenar de constituciones de ciudades griegas de su época o anteriores a ella, lo que demuestra la existencia ya, desde entonces, de un conjunto apreciable de leyes de tipo constitucional. Sin embargo, debe aclararse que de lo que este filósofo se ocupó fue propiamente de la organización política de esas *polis*, antes que de “constituciones” en sentido moderno. Ello no significa que no existieran por entonces o antes, organizaciones políticas más vigorosas que las ciudades griegas, con civilizaciones tan avanzadas como las de estas y dotadas incluso de administraciones más perfeccionadas, como fue el caso de Egipto. Pero se trataba de organizaciones políticas autocráticas, donde no se planteaba, como en Grecia, el conflicto entre el poder y la libertad.

En Grecia se presentaban dos criterios acerca de la Constitución: uno, el criterio *material*, generalmente preconizado por los distintos autores de la época. El pensamiento griego comprendía la contextura de Estado en sus aspectos político, económico, social y jurídico y denominaba a esa unión armónica politela. Consideraban ellos la Constitución, ante todo, como la organización básica del Estado, asimilándola al organismo del ser humano: por ello se habla de criterio o concepto material, el que en otras épocas fue llamado sustantivo u orgánico.

ARISTÓTELES, por su parte, da algunas definiciones de Constitución, en cierta forma confusas. En *La política*, por ejemplo, afirma que “la Constitución de un Estado es la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la magistratura que es dueña y soberana de todo. En todas partes el gobierno de la ciudad es la autoridad soberana; la Constitución misma es el gobierno”<sup>16</sup>. Como puede verse, el gran filósofo confunde Constitución con go-

<sup>15</sup> MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1950, pág. 19.

<sup>16</sup> ARISTÓTELES, *La política*. Libro III, cap. IV.

bierno, criterio que en nuestro tiempo resulta erróneo. ARISTÓTELES Utiliza el término *politeia* para designar el orden u organización total de la *polis*, compuesto, no solo de sus leyes, sino de los elementos sociales, económicos y políticos que la integran (*Política*, IV, 174).

Fueron PLATÓN (429-347 a. C.) y ARISTÓTELES quienes, apartándose del criterio material de Constitución, dieron las pautas iniciales para el constitucionalismo moderno, al sostener que todo gobierno debe estar sujeto a la ley y toda ley a un principio superior. Este segundo criterio presenta a la Constitución como *un orden superior*. Para PLATÓN, la forma política ideal sería la creada por personas capaces de gobernar con un arte y una fuerza superiores a la ley. Pero ese gobernante ideal no existe. El PLATÓN idealista de *La república*, se vuelve más realista en otros escritos —particularmente en *El político*—. Si no puede darse un hombre así, concluye él, un Estado gobernado por uno solo sería el peor de los regímenes. Entonces, pese a sus muchos vacíos, hay necesidad de recurrir a la ley superior. PLATÓN aparece aquí como precursor del constitucionalismo.

Por su parte, ARISTÓTELES también distingue las leyes comunes del principio que les sirve de base y que les imprime validez. Ese principio que para PLATÓN es la justicia, para Aristóteles es la Constitución. Las leyes deben estar de acuerdo con las dos partes del alma: aquella que “posee por sí misma la razón” y la que “no la posee por sí misma”<sup>17</sup>. Además, las leyes deben estar supeditadas a la Constitución (*politeia*), solo así serán justas.

#### 4.2 El aporte de Roma

En Roma desaparece el concepto de Constitución como fue concebido por los griegos, como una realidad general, totalizadora, para convertirse, durante el imperio, en una ley titular emanada del emperador. Los romanos identificaban así la Constitución con la *lex*, el *edictum* o, en general, con las disposiciones o mandatos imperiales. Sin embargo, CICERÓN (106-43 a. C.) y CATÓN se apartaron en alguna medida de este criterio. En su obra *De Re publica*, CICERÓN, quien acuñó para el caso la expresión *Constitutio*, identifica *Constitución conforma de Estado* y afirma que “la Constitución de la República no es obra de un solo hombre ni de una sola época”<sup>18</sup>. CICERÓN habla de la *Constitutio populi* como forma de ser de la *civitas*, derivada de la posición de poder que en la misma ostenta el pueblo. La Constitución es obra de la República romana, declara CATÓN; sin embargo, no todos los romanos podrán intervenir en la formación de la Constitución: es necesario excluir a la plebe, a los revoltosos, a los enemigos de la República.

Por su parte, POLIBIO identifica el concepto de Constitución con la Constitución de Roma, única que para él merece serlo. Las sociedades, según POLIBIO, están sometidas a diversas etapas del ciclo histórico: la primera etapa es aquella en la cual los hombres adhieren voluntariamente al más fuerte, quien se torna rey justo y moral en un principio, pero luego se dejará llevar por sus pasiones. Se inicia una segunda etapa en la cual los mejores destruyen esa

<sup>17</sup> ARISTÓTELES, ob. cit. Libro IV, cap. XIII.

<sup>18</sup> CICERÓN, *De Republica*, I, 45.

tiranía y el pueblo, en recompensa, les confía el mando. Los abusos de estos aristócratas hacen que el gobierno degenera en una oligarquía, tal como lo planteara ARISTÓTELES, contra la cual es preciso reaccionar. Entonces vendrá una tercera etapa, cuando el pueblo se rebela e instaura la democracia. Pero esta se convierte luego en demagogia y como resultado de la anarquía, el desorden y la violencia, el más fuerte será proclamado rey, con lo cual el ciclo se reinicia.

POLIBIO busca, con esta teoría, demostrar que ninguna de las formas de "Constitución" —monárquica, aristocrática o democrática— tomada en forma aislada, puede ser buena ni duradera. Solo la de Roma es buena porque es una Constitución mixta, en que los *poderes* tienen sus funciones muy bien definidas y limitadas entre sí. La monarquía, la aristocracia y la democracia, débiles de suyo, encuentran su fortaleza en la unión de las tres: la primera, representada por la realeza, la segunda por el Senado y la tercera por el pueblo. Las ideas de POLIBIO sirvieron de base a CICERÓN, quien funda su tesis constitucional en un juicio de valor: la Constitución existe porque debe *ser*; y debe ser *siempre*, no solo en un momento determinado. De ahí que un solo hombre no pueda elaborarla como si fuera un objeto cualquiera.

Las teorías de CICERÓN, CATÓN y POLIBIO tuvieron vigencia durante la República. Con el Imperio, esa trilogía —príncipe-Senado-pueblo— fue perdiendo valor real, hasta fusionarse en la idea de poder en torno al primero. Fue entonces cuando surgió el concepto de Constitución como *regla particular*, asimilada a la decisión del emperador.

El derecho público debe además a Roma dos conceptos muy importantes, que jugarán a partir de la Edad Media, un papel capital en la formación de los Estados modernos y, también, en el desarrollo del constitucionalismo: son ellos el concepto de *superanitas* y el concepto de *imperium*.

Durante el imperio, los jefes locales se sabían sometidos, de manera natural, a un poder por encima de ellos, de igual forma que las poblaciones sometidas al poder local sentían que, a su turno, este poder estaba subordinado a una autoridad superior. Así, el poder del emperador se presentaba como "aquel por encima del cual no existe nada más". La autoridad del emperador era suprema; el término latino *superanitas* traduce esta cualidad en un poder sobre el cual no existe ningún otro; de él se deriva el término *soberanía*, noción que encontramos nuevamente al final de la Edad Media<sup>19</sup>. Por *imperium* debe entenderse un poder específicamente político, independiente de los medios de acción económicos o religiosos, ejercido sobre hombres libres, con el apoyo de las instituciones políticas. La noción del *imperium*, desmembrada de sus aspectos económicos y religiosos, puede considerarse como la raíz del poder político moderno, al menos, del que opera en el marco del Estado de tipo occidental.

#### 4.3 El concepto de Constitución en la Edad Media

Dos hechos históricos influyeron considerablemente el pensamiento medieval en el aspecto político: el imperio romano y el nacimiento y evolución

<sup>19</sup> V. Parte primera, cap. IV, pág. 164.

del Cristianismo. La Edad Media comenzó y se extendió bajo el signo de la caída del Imperio, la atomización del poder, las invasiones de los bárbaros y el dominio espiritual de la Iglesia. Esta fue la única institución, como se verá más adelante<sup>20</sup>, cuya unidad se mantuvo en medio de la dispersión que caracterizó a esa época, lo que permitió que la Constitución tuviera, incluso después de Carlomagno, la forma que la Iglesia le diera. Siguiendo el criterio que predominó durante el Imperio, en la Edad Media se consideró a la Constitución como una regla particular, como un edicto u orden, expedido ahora por la autoridad eclesiástica, particularmente por el Papa. La Iglesia tomó así prestado el término del derecho romano y lo aplicó a todas sus regulaciones.

Durante el siglo XII el concepto varió: ya no se trata de una orden papal o episcopal, sino de un acuerdo que había de regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado. En el siglo XIII reapareció la idea de Constitución como edicto real, incluso diversos autores de la época denominan *constitutio* a las órdenes o decisiones reales, tanto en Francia como en Inglaterra. MARSILIO DE PADUA, por su parte, empleó los términos *constitutio* y *fundamentum republicae* con un sentido muy próximo al de *politeia* en ARISTÓTELES. Luego, durante los siglos XV y XVI, la palabra constitución fue reemplazada por otros términos o eliminada. Autores como JEAN BODIN escriben sus teorías políticas sin hablar de Constitución; él dice que el Estado mejor es el que realiza la esencia estatal en la República *ordenada*. Este término debe entenderse como “constitucional”.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que durante la Edad Media se dio el fenómeno de la expansión material y social de las ciudades en diversas partes de Europa, y, en el seno de ellas, la formación del estamento burgués, conformado principalmente por artesanos, comerciantes, profesionales, funcionarios y, en general los ciudadanos que desarrollaban distintas actividades. Por tanto, estas ciudades se erigieron en centros de poder económico y en ocasiones político, que por fuerza o por conveniencia tuvo que ser tenido en cuenta por los reyes, a quienes esta nueva fuerza serviría para sostener su lucha incesante contra el estamento feudal, el cual, a su turno, entorpecía la expansión económica y comercial de las ciudades y por ende de los burgueses. Ello llevó a que a muchas de estas ciudades —en Francia, en Inglaterra, en España y en otras partes— se les concediera por parte de los príncipes bajo cuya soberanía estaban, *fueros*, o *cartas pueblas*, o *cartas de ciudad libre*, documentos mediante los cuales se les otorgaba un amplio margen de autonomía tanto en la conformación de su propio gobierno —ayuntamientos o cabildos, alcaldes o burgomaestres— como en el manejo de sus recursos, la administración de justicia, el reclutamiento de tropas, el cuidado de los bienes públicos, etc.<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> V. *infra*, pág. 177.

<sup>21</sup> V. *infra*, pág. 183.

Aunque a esos instrumentos no se les dio el nombre de Constitución, es evidente que tenían el carácter de tal, aunque localmente; su naturaleza era la de una verdadera Constitución.

Sin embargo, ya en 1578 PIERRE GREGOIRE usa el término casi en su sentido moderno en su obra *De República*. Pero el primer ejemplo que se da en el *Oxford Dictionary* del empleo de la palabra “constitución” como conjunto de la estructura jurídica del Estado es la frase del obispo de Hall en 1610, cuando se refiere a la “Constitución de la comunidad de Israel”<sup>22</sup>.

#### 4.4 Nacimiento y formación del derecho constitucional moderno

Sin embargo, ni en Grecia, ni en Roma, ni posteriormente en la Edad Media, se había producido una clara diferenciación entre derecho público y derecho privado, ni mucho menos una autonomía del derecho constitucional. Lo que puede llamarse propiamente *derecho constitucional clásico* comienza con la era moderna.

Para Gran Bretaña este momento coincide con el final de la Edad Media, para Francia y los Estados Unidos, con el final del siglo XVIII. En Inglaterra el término *fundamental law*, comenzó a ser utilizado —al parecer tomado de Francia—, con motivo de las fricciones entre el rey y el Parlamento. Sin embargo, las referencias son escasas: Enrique VIII lo utilizó para afirmar sus derechos como rey absoluto, y posteriormente es usado de modo casi exclusivo en procesos políticos. Cromwell intentó llevar a la práctica una distinción entre leyes *fundamentales* y leyes *circunstanciales*, dotando a Inglaterra de una Constitución rígida. Sin embargo, no existía una concepción jurídica precisa sobre el alcance de estas “leyes fundamentales”; era más bien una expresión política. No obstante, durante la época de los Tudor, la tendencia era considerar el *Common Law*, como una especie de derecho fundamental, con primacía sobre las normas emanadas del rey o del Parlamento<sup>23</sup>.

La elaboración de las leyes fundamentales (*legis imperii*) como concepto jurídico, tuvo lugar en Francia. Ellas vinieron a constituir un cuerpo específico de derecho tanto por su objeto, pues se referían exclusivamente a las prerrogativas reales, como por su carácter formal, pues a diferencia de las demás leyes, eran inmutables y no podrían ser abolidas por decisión real. El reconocimiento de unas leyes fundamentales con estas características, llevó también a la despersonalización de la función real, de modo que no se concebía la autoridad del monarca como un derecho personal, sino como una dignidad que se ejercía en virtud de un orden objetivo. Para los juristas de la monarquía absoluta, con BODIN a la cabeza, existen, pues, unas normas diferenciadas del resto del orden jurídico, por su objeto, su carácter inmutable y su significado, como principio unitario de la comunidad política: las normas de índole constitucional<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. CHARLES HOWARD MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 41 y ss.

<sup>23</sup> M. GARCÍA-PELAYO, ob. cit., pág. 21.

<sup>24</sup> Ibídem, pág. 22.

El derecho constitucional moderno nace, para GARCÍA-PELAYO, con la teoría clásica de la ley fundamental, así como con la aparición de varios tratados sobre constituciones estatales, publicados en Francia, Alemania, Inglaterra y Holanda, principalmente. Pero como hecho histórico que dio origen al moderno estudio del derecho constitucional, debe señalarse la Constitución inglesa del siglo XVIII. De ella partió el barón de MONTESQUIEU para exponer sus tesis sobre el funcionamiento de una Constitución tendente a buscar principios de validez general. La obra de MONTESQUIEU en sí, no puede considerarse como un tratado de derecho constitucional, pero sí como un punto de partida del mismo, en cuanto a que redujo a un sistema general el funcionamiento de los poderes del Estado y creó uno de los esquemas fundamentales para el desarrollo posterior de la materia. La obra de MONTESQUIEU tiene un carácter polémico dirigido contra el absolutismo de la época: la misma característica tienen las demás obras que se produjeron por entonces sobre la materia, tanto en Europa como en Norteamérica, tales como las de ALEXANDER HAMILTON, el abate SIEYÈS, BENJAMÍN CONSTANT y otros<sup>25</sup>.

Para HAURIUO, el derecho constitucional de la época moderna se organiza a partir del fenómeno de la representación y en torno al mismo. En la época moderna —explica él— la base normal de las instituciones políticas es la Nación, es decir, un conglomerado humano mucho más extenso que la antigua ciudad, implantado sobre un vasto territorio, pero dotado, pese a su dimensión, de indiscutible unidad social. El fenómeno de la representación era desconocido o casi desconocido para las sociedades antiguas. Lo reducido de la ciudad permitía reunir al conjunto de los ciudadanos en el *ágora* o en el *forum* y organizar la democracia directa, sin intermediación de representantes. Por el contrario, las dimensiones y características de la sociedad moderna han tendido hacia el sistema representativo estableciendo, al lado de los monarcas, súbditos o ciudadanos encargados de presentar reclamaciones, votar impuestos y más tarde leyes, e incluso, controlar al ejecutivo<sup>26</sup>.

Todo ese proceso, junto con otros hechos históricos que en adelante vamos a registrar, condujo a lo que se ha denominado el *movimiento constitucionalista* o, también, la *era del constitucionalismo*, que sin duda fue la contribución definitiva a la formación del moderno derecho constitucional. Pero debe tenerse en cuenta que lo que originó la elaboración de un derecho constitucional fue, básicamente, el estudio de la estructura política y jurídica del Estado y, de modo particular, el del problema de la sujeción de los gobernantes a unas reglas de carácter superior y, por ende, el de su relación con los gobernados. De ahí que esta rama del derecho comenzara a formarse, y a cobrar fuerza, en aquellas sociedades de Occidente en las que se iba planteando el

<sup>25</sup> M. GARCÍA-PELAYO, ob. cit., pág. 23.

<sup>26</sup> LUIS CARLOS SÁCHICA, *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, págs. 5 y ss.

conflicto entre el poder y la libertad individual, a medida que en su seno se iba tomando conciencia de la necesidad de establecer reglas fijas, que determinaron un régimen jurídico-político al cual ajustaran su conducta tanto gobernantes como gobernados, en la forma de un *pacto social*, más adelante llamado Constitución<sup>27</sup>.

En la primera fase de desarrollo de la disciplina —como acota ALESSANDRO PIZZORUSSO<sup>28</sup>—, se admitió pacíficamente el vínculo entre la enseñanza del derecho constitucional y la obra divulgadora de la ideología del *constitucionalismo*. Ello se advertía, dice él, en la misma terminología empleada, de manera que, por ejemplo, se entendía por “Constitución” solo aquella ley fundamental de un Estado que se identificase con los nuevos principios expresamente canonizados en el célebre artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, según el cual “*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”. “En este sentido —con el que el término fue preferentemente empleado a lo largo del siglo XIX, explica PIZZORUSSO—, la Constitución no designaba solo a un texto dotado de ciertas características jurídico-formales sino también, y sobretodo, a un documento cuyas disposiciones acogiesen en alguna medida, al menos, lo que era entonces el programa político del movimiento liberal. Así se explica el empleo del adjetivo ‘constitucional’ para calificar a regímenes, asociaciones, partidos, círculos, etc., en tanto sostuviesen aquel programa. De este modo, en la fase de más agudo conflicto entre liberalismo y absolutismo, pareció afirmarse una contraposición de significados entre el término ‘Constitución’, usualmente empleado por referencia a documentos adoptados por asambleas electas y aprobados, en ocasiones, mediante referéndum popular, y el de ‘estatuto’, con el que se designaban textos unilateralmente adoptados—y ‘otorgados’ a los súbditos por un soberano absoluto”<sup>29</sup>.

\* \* \*

En el proceso de formación del derecho constitucional moderno, es indispensable valorar la influencia que en él tuvieron las doctrinas iusnaturalistas y escolásticas de la Edad Media y comienzos de la época moderna, las cuales plantearon los principios básicos sobre los cuales se aceptaría sustancialmente el llamado constitucionalismo liberal, a saber: la soberanía popular, el origen contractual del poder, la supremacía de la ley, la supremacía del derecho natu-

<sup>27</sup>Sobre los orígenes y evolución del constitucionalismo, consultar el ensayo *Constitucionalismo antiguo y moderno* de CHARLES HOWARD MCILWAIN, cit.

<sup>28</sup> ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 1.

<sup>29</sup>Ibidem. pág. 2.

ral sobre el derecho positivo, la legitimación de la resistencia contra el poder despótico e, incluso, el derecho de rebelión contra la tiranía.

##### 5. INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO ESCOLÁSTICO E IUSNATURALISTA EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

En efecto, las ideas esenciales que se plasmaron en las primeras constituciones de la época moderna, en Occidente, provenían directa o indirectamente del pensamiento político escolástico e iusnaturalista de la Edad Media y de los siglos XVI y XVII. Ideas como la de la soberanía popular, el contrato social, la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, la sujeción del gobernante a la ley o el derecho de resistencia a la ley injusta, habían sido ya expuestas por grandes pensadores y teólogos de la Edad Media como JUAN DE SALISBURY, Santo TOMÁS DE AQUINO, HENRY DE BRACON, GUILLERMO DE OCCAM o MARSILIO DE PADUA y luego, a finales del siglo xv y durante los siglos XVI y XVII por los jesuitas españoles ROBERTO BELARMINO, FRANCISCO SUÁREZ y JUAN DE MARIANA, por el dominico español FRANCISCO DE VITORIA, por el jurista alemán JOHANNES ALTHUSIUS, por el teólogo escocés GEORGE BUCHANAN y por el jurista anglicano RICHARD HOOKER, entre otros, todos ellos exponentes destacados del iusnaturalismo cristiano.

Para la doctrina escolástica todo poder viene de Dios, pero reside originariamente en el cuerpo social, que lo transmite al gobernante a través de un convenio: *Omnis potestas a Deo per populum*. Ahí se encuentra el planteamiento original de las teorías del contrato social y de la soberanía popular. En el siglo XII el sacerdote inglés JUAN DE SALISBURY en su obra *Policraticus* afirmaba: “Entre un tirano y un príncipe existe esta diferencia única y principal: que el último obedece a la ley y gobierna al pueblo de acuerdo con sus dictados, considerándose como mero servidor suyo. Por virtud de la ley hace bueno su título a ocupar el puesto más importante y principal en la dirección de los asuntos de la comunidad”. Y luego agregaba: “Ahora bien, hay ciertos preceptos de la ley que tienen necesidad perpetua y que tienen fuerza de ley en todas las naciones y no pueden en manera alguna ser infringidos con impunidad...”<sup>30</sup>.

En el siglo XIII surge la figura de Santo TOMÁS DE AQUINO, el más alto exponente del pensamiento escolástico, cuya doctrina política tiene un hondo contenido democrático, no obstante haberse inclinado hacia una monarquía unificada, aunque bajo la forma de un régimen mixto. Reconoció que el titular del poder político es, por derecho natural, la comunidad; al gobernante (*princeps*) lo llamó “el que hace las veces de toda la multitud”. “Ordenar algo para el bien común —escribió— es propio de todo el pueblo o de alguno que hace

<sup>30</sup> GEORGE H. SABINE, *Historia de la teoría política*, México-Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1976, pág. 188.



las veces de todo el pueblo. Y por eso la ley pertenece a todo el pueblo o pertenece a la persona pública que tiene a su cuidado la dirección de toda la comunidad”<sup>31</sup>. TOMÁS DE AQUINO reconoció también el derecho a la rebelión contra la autoridad despótica, porque el tirano “desligó a sus súbditos de la obediencia debida, al no cumplir con los deberes del rey, rompiendo el pacto establecido entre él y sus súbditos”<sup>32</sup>.

En el siglo XIV el franciscano inglés GUILLERMO DE OCCAM y el sacerdote italiano MARSILIO DE PADUA, aunque distanciados de la Iglesia en su tiempo<sup>33</sup>, continuaron con sus teorías políticas la tradición escolástica, afirmando el primero que “el pueblo está por encima del príncipe” y el segundo que el poder legislativo reside en el pueblo y no puede ser delegado por él. MARSILIO agregaba que el monarca, que debe ser elegido, no puede sino ejercer el poder ejecutivo “de acuerdo con la voluntad y el consentimiento de sus súbditos”, pudiendo ser depuesto si excede sus poderes. En el siglo XV el cardenal NICOLÁS DE CUSA, considerado como el mayor pensador de su tiempo, afirmó que el consentimiento popular es el fundamento de todo poder político, por ser los hombres libres e iguales por naturaleza; para él los gobernantes no son sino meros administradores que el pueblo puede cambiar<sup>34</sup>. Sobre la limitación del poder del gobernante se pronunció igualmente BEAUMANOIR, considerado como el más destacado jurista francés de la Edad Media: “Todos los pleitos están determinados por las costumbres... El rey está obligado a guardar y hacer que se guarden las costumbres de su país”<sup>35</sup>. Y HENRY DE BRACON, el más notable jurista inglés de la época, afirmaba que el rey debe vivir conforme a la ley y que las leyes las hace con el consejo de los grandes.

Uno de los más renombrados estudiosos del pensamiento político medioeval, A. J. CARLYLE, refuta la idea de que en la Edad Media el derecho fuera creado a voluntad del monarca. En su obra *La libertad política*<sup>36</sup> afirma: “En tanto que las formas de la sociedad política de la Edad Media eran muy diferentes de las actuales, los principios de la libertad política estaban altamente desarrollados. ¿Qué era, pues, la concepción medieval de la libertad política? Significaba ante todo la supremacía de la justicia, es decir, de la justicia encarnada en el derecho natural y en las leyes positivas de la comunidad; es decir, significaba el imperio del derecho frente al dominio del mero capricho o la

<sup>31</sup> *Summa theologica*, III, q. 90, a. 3.

<sup>32</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Bogotá, Edit. Universidad Santo Tomás, 1984, pág. 6.

<sup>33</sup> V. *infra*, pág. 226.

<sup>34</sup> LEOPOLDO UPRIMNY, “Capitalismo calvinista o romanticismo semiescolástico en los próceres de la independencia colombiana”, en *Revista Universitas*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1953, pág. 153.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 154.

<sup>36</sup> *Id.*, *ibid.*

autoridad arbitraria del gobernante... Para el pueblo de la Edad Media el príncipe estaba bajo el derecho como cualquier otro miembro de la comunidad”.

Y en el siglo XVI FRANCISCO SUÁREZ proclamaba el derecho de rebelión contra el régimen tiránico: “La potestad civil, por ser y naturaleza, está en la misma comunidad... Dondequiera que el régimen no es democrático, el pueblo ha transferido al príncipe la suprema potestad... Y por la misma razón, si el rey cambiase en tiranía su potestad justa, abusando de ella para daño manifiesto del Estado, podría el pueblo usar de su potestad natural para defenderse, porque de esta nunca se ha privado... y así puede el Estado todo, por acuerdo público y general de las ciudades y de los próceres, deponer al rey”<sup>37</sup>. El padre MARIANA, por su parte, consideraba el origen y evolución del gobierno como un proceso natural que se produce bajo el impulso de las necesidades humanas, y afirmaba que una comunidad tiene el poder de controlar y deponer a los gobernantes que han sido establecidos por su necesidad, llegando hasta aceptar el tiranicidio como remedio a la opresión política<sup>38</sup>. Y el jesuita LUIS DE MOLINA, clásico del pensamiento político español del “Siglo de Oro”, explicaba cómo la potestad que “la república” concedía al rey, podía ser abolida por el mal uso que hiciere de ella y recuperada por la república, pudiendo esta “usar de la suya íntegramente”<sup>39</sup>.

Por su parte el dominico FRANCISCO DE VITORIA expresaba: “Si hubiese una ley humana que sin motivo alguno fuese contra el derecho natural y divino, sería inhumana y contraria a la razón y no tendría, por tanto, fuerza de ley”. Y enseñaba: “Es manifiesto que el poder público viene de Dios y que no está contenido en ninguna condición humana ni en algún derecho positivo... La causa material en la que dicho poder reside es por derecho natural y divino la misma república, a la que compete gobernarse por sí misma, administrarse y dirigir al bien común todos sus poderes... Si la república puede entregar el poder a un mandatario y esto por la utilidad de la misma república... no obsta la discrepancia de uno o de pocos para que los demás puedan proveer al bien común... Basta, pues, que la mayor parte convenga en una cosa para que con derecho se realice”. Y en otro pasaje afirma que “las leyes dadas por la república obligan a todos. Luego, aunque estén dadas por el rey, obligan al mismo rey”<sup>40</sup>. Debe destacarse que el pensamiento del padre VITORIA, al igual que el de otros dominicos como BARTOLOMÉ DE LAS CASAS y DOMINGO DE SOTO, exponentes del “humanismo cristiano”, fue determinante para que en el código de Las Leyes de Indias se consagraran principios iusnaturalistas, gracias a los cuales se aseguró la supervivencia de la raza indígena en la América hispana.

<sup>37</sup> Cit. por L. UPRIMNY, *ibídem*, pág. 101.

<sup>38</sup> *V. infra*, pág. 230.

<sup>39</sup> L. UPRIMNY, *ibídem*, pág. 102.

<sup>40</sup> *Ibídem*, pág. 163.

Fue posteriormente, durante las monarquías absolutas de los siglos XVI, XVII y XVIII que estos principios fueron desconocidos y combatidos por los sostenedores de ese régimen y de la teoría del “derecho divino de los reyes”, comenzando por NICOLÁS MAQUIAVELO, siguiendo con JEAN BODIN y THOMAS HOBBS, y pasando por los padres de la Reforma protestante MARTÍN LUTERO y JUAN CALVINO y sus seguidores. MAQUIAVELO, apartándose de la doctrina escolástica que concibe al Estado como un medio para alcanzar el bien común, lo concibió como un fin en sí mismo, aun por encima del derecho natural<sup>41</sup>. BODIN, por su parte, hizo la justificación jurídica del absolutismo monárquico, reforzada más tarde por HOBBS<sup>42</sup>. LUTERO y CALVINO se mostraron partidarios incondicionales del poder regio, a través de la teoría de la “obediencia pasiva”<sup>43</sup>. Debe señalarse que algunas de estas doctrinas perduraron incluso en la mente de algunas de los “enciclopedistas”, muchos de los cuales simpatizaban con el régimen monárquico bajo la forma de un “despotismo ilustrado”.

Pero las doctrinas escolásticas e iusnaturalistas volvieron a cobrar vigencia, por medio de la obra de uno de los más destacados precursores del constitucionalismo liberal, JOHN LOCKE. En efecto, este recibió la influencia de HOOKER, quien había escrito, a su turno, en el espíritu del escolasticismo medieval, haciéndose eco de las doctrinas políticas fundamentales de TOMÁS DE AQUINO, y también la de JOHN FORTESCUE, jurista inglés del siglo XV, igualmente influenciado por el aquinate, y quien sostuvo que el rey “está nombrado para proteger a sus súbditos en sus vidas, propiedades y leyes” y que para este preciso fin tiene la delegación del poder por parte del pueblo y no puede reclamar otro poder que este”<sup>45</sup>. Esto le permite decir a CARLYLE que la obra fundamental de LOCKE, su *Ensayo sobre el gobierno civil*, es “en primer lugar, una reafirmación de las tradiciones fundamentales de la cultura política de la Edad Media”, y que “la verdad es que aunque LOCKE establece, sin duda, los principios de gobierno que habían de ser desarrollados en Inglaterra y en Estados Unidos en el siglo XVIII y en Francia y en los países más civilizados de Europa en el XIX, es también cierto que retuvo los principios generales de los grandes pensadores políticos de la Edad Media, tales como JUAN DE SALISBURY, BRAC-TON, TOMÁS DE AQUINO y MARSILIO DE PADUA, a la vez que los de GEORGE BUCHANAN, MARIANA, HOOKER y ALTHUSIUS en el siglo XVI”<sup>46</sup>.

En lo que se refiere a la América hispana, cabe destacar que todas esas doctrinas habían sido enseñadas a las clases letradas durante el período colonial, en colegios y universidades, inculcándolas en la mente de quienes ha-

<sup>41</sup> V. *infra*, pág. 227.

<sup>42</sup> V. *infra*, pág. 207.

<sup>43</sup> V. *infra*, pág. 229.

<sup>44</sup> G. SAVINE, ob. cit., pág. 325.

<sup>45</sup> Cit. por UPRIMNY, *ibídem*.

<sup>46</sup> *Ibídem*, pág. 162.

brían de ser los próceres de la emancipación. Si bien es cierto que dejaron de divulgarse bajo el despotismo borbónico, a raíz de la expulsión de los jesuitas por Carlos III en 1767, nunca perdieron vigencia y se plasmaron luego en las constituciones republicanas, promulgadas al amanecer de la independencia, bajo el influjo del movimiento constitucionalista que había cobrado especial fuerza en Occidente, a partir de la Constitución de Filadelfia de 1787.

## 6. EL MOVIMIENTO CONSTITUCIONALISTA LIBERAL

Con el nombre de movimiento constitucionalista —o de constitucionalismo liberal— se suele denominar a una corriente de pensamiento y de acción, tanto política como filosófica, que surgió en Inglaterra a finales del siglo XVII, se propagó en Francia y otros países europeos en el siglo XVIII, y cobró especial fuerza a partir de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, extendiéndose luego a los países hispanoamericanos. Este movimiento buscaba, ante todo, que los Estados estuvieran regidos por una Constitución, en la que se plasmaran los principios básicos de la democracia liberal: separación de poderes, soberanía nacional, consagración de derechos individuales y libertades públicas, etc. Su objetivo, en suma, era acabar con el régimen del absolutismo monárquico, reemplazándolo por uno en el que tanto gobernantes como gobernados estuvieran sometidos a un ordenamiento jurídico superior, que trazara límites precisos a la acción de unos y otros. SÁCHICA define el constitucionalismo como un esfuerzo humano por racionalizar jurídicamente el ejercicio del poder político, sometiendo su organización, legitimando su origen y asignándole sus fines según un ordenamiento normativo<sup>47</sup>.

### 6.1 *Un esfuerzo por racionalizar el poder*

Si por constitucionalismo entendemos el deseo de los pueblos de vivir bajo leyes estables que obliguen también a los gobernantes, tendríamos que ese movimiento se habría hecho sentir desde mucho tiempo antes, a lo largo de la historia; desde los hebreos que concibieron un sistema político en el cual los súbditos vivían bajo el imperio de una autoridad sobrenatural, y desde las *polis* griegas que se dieron un sistema de gobierno democrático, sometido a leyes aprobadas directamente por los ciudadanos, pasando por la República romana, por las tribus germánicas, por muchas de las organizaciones políticas medievales e, incluso, por las monarquías absolutas en las que la necesidad de limitar el poder de los gobernantes fue sentida, así no se hubiera cristalizado en constituciones en el moderno sentido de la palabra.

Ya se vio cómo, de manera especial, influyó en el movimiento constitucionalista, el pensamiento político escolástico e iusnaturalista de la Edad Media y de los siglos XVI y XVII, particularmente en lo que hace al plantea-

<sup>47</sup> L. C. SÁCHICA, ob. cit., pág. 17.

miento de algunas de las más importantes bases que sirvieron de soporte a este movimiento, como son el principio de la soberanía popular, el del origen contractual del poder, el de la sujeción de la ley positiva al derecho natural y el del derecho de resistencia contra el gobernante despótico. Todos estos principios buscaban, esencialmente, la racionalización del poder.

El constitucionalismo ha sido, pues, un esfuerzo incesante por legitimar y racionalizar la organización, la titularidad y el ejercicio del poder político, que ha tendido a lo largo de la historia —como lo señala SÁCHICA— un claro sentido dialéctico de antítesis del poder personal, absoluto y arbitrario.

## 6.2 Antecedentes, desarrollos y contribuciones

Como se dijo, el movimiento constitucionalista cobró especial fuerza a partir de la Constitución norteamericana de 1787, que puede considerarse como el primero de sus frutos tangibles. Con ella se abrió paso la idea de la necesidad de consignar en un documento escrito, y solemnemente adoptado, las normas fundamentales de un Estado, con lo cual, por así decirlo, el constitucionalismo moderno recibió su carta de naturaleza.

Sin embargo, es principalmente en Inglaterra donde encontramos sus antecedentes directos, con la expedición de una serie de leyes fundamentales. Este proceso comenzó con la Carta Magna de 1215; pero fue más tarde, a lo largo del siglo XVII, que el parlamento inglés fue aprobando sucesivamente leyes, o actas, que en la mayoría de los casos fueron resultado de las revoluciones políticas que sacudieron a este país durante esa centuria, y que cimentaron allí los ideales del constitucionalismo. Tales leyes fueron, principalmente, la *Petition of Rights* de 1628, el *Agreement of the People* de 1647, el *Instrument of Government* de 1653 —que JELLINEK considera “la primera y única carta constitucional que ha tenido Inglaterra”—, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689.

En cuanto a la contribución doctrinaria al movimiento constitucionalista, se destaca la de JOHN LOCKE, con su *Ensayo sobre el gobierno civil*, seguido de cerca por el barón de MONTESQUIEU y luego por JUAN JACOBO ROUSSEAU, DENISE DIDEROT, THOMAS PAINE y algunos otros de los llamados filósofos del enciclopedismo, quienes a través de sus escritos desarrollaron, con un claro sentido político, ideas como la de la soberanía popular, la separación de los poderes, la garantía de los derechos individuales y las libertades públicas, la necesidad de abolir el régimen absolutista y cambiarlo por el democrático, etc. Ya en los inicios de la Revolución francesa (1789) la obra del abate EMMANUEL SIEYÈS dio un vigoroso impulso al constitucionalismo con la difusión de su ensayo *¿Qué es el tercer Estado?*, verdadero alegato contra el absolutismo del *Ancien régime*, en el que pone en tela de juicio la legitimidad del poder monárquico<sup>48</sup>. Luego aparecen otras obras como la del irlandés EDMUND BURKE, *Reflexiones*

<sup>48</sup> V: *infra*, pág. 348.

*sobre la revolución en Francia*, que contribuyó también, desde un ángulo considerado conservador, al fortalecimiento del ideal constitucionalista. Así mismo, en Estados Unidos, en desarrollo del proceso de consolidación de la independencia y de la federalización, aparecieron en este mismo sentido escritos de autores como THOMAS JEFFERSON, BENJAMIN FRANKLIN, JAMES MADISON y JOHN JAY, entre otros.

El ideal constitucionalista aparece, por lo demás, plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, y más concretamente en su artículo 16: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución". En esta cláusula terminante se señalaba, en pocas palabras, el doble objeto de la Constitución: Garantizar los derechos de los asociados y organizar el ejercicio del poder de manera separada, tal como lo había planteado MONTESQUIEU.

Es la contrapartida del Estado de poder, basado en la imposición o el dominio, buscando implantar el Estado de derecho, basado en el consentimiento de los gobernados y en la limitación del poder de los gobernantes.

### 6.3 *Ideales del constitucionalismo liberal*

Entendido como una reacción política y filosófica contra los regímenes absolutistas que secularmente habían imperado en el mundo, particularmente en Europa, el movimiento constitucionalista liberal propugnaba una serie de ideales básicos, que podrían resumirse en los siguientes:

— Dotar a los Estados de una Constitución, de preferencia escrita, en la cual se determinarían los límites a los cuales debía someterse el ejercicio del poder público y a la cual estuvieran sometidos tanto los gobernados como los gobernantes.

— Separar el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en diferentes titulares, para evitar la concentración de estos poderes en unas solas manos, generalmente las del ejecutivo.

— Consagrar y garantizar, a través de la Constitución, los derechos individuales y las libertades públicas, de forma tal que unos y otras fueran respetados por los gobernantes.

— Otorgarle al pueblo la titularidad de la soberanía, evitando que siguiera siendo ostentada por una sola persona: el monarca.

— Establecer limitaciones y controles precisos al ejercicio del poder por parte de los gobernantes.

— Consagrar, de modo particular, el derecho de propiedad como un derecho natural de la persona, no sujeto a limitaciones por el gobernante.

### 6.4 *Primeros frutos del constitucionalismo*

Los primeros frutos perdurables del constitucionalismo liberal vinieron a darse en América, concretamente en Estados Unidos, con las primeras cons-

tituciones escritas del mundo moderno, como fueron las de los Estados que conformaron la confederación norteamericana y, de manera especial, con la Constitución nacional expedida en Filadelfia en 1787. Luego esos frutos se dieron en la Europa continental, particularmente en Francia con la Constitución de 1791 —seguida de las de 1793, 1795 y 1799—, en Polonia y en otros Estados que por la época adoptaron la vía del constitucionalismo. Poco después, a comienzos del siglo XIX, el constitucionalismo siguió dando sus frutos en América. Esta vez ya en la América hispana, donde los países que proclamaron por la época su independencia de la corona española, fueron adoptando constituciones escritas, inspiradas todas ellas, en mayor o menor medida, en los ideales del constitucionalismo liberal. Tal fue el caso, en particular, de Colombia: al declararse la independencia el 20 de julio de 1810, la primera preocupación manifestada por los representantes de las provincias que comprendían el hasta entonces Virreinato de la Nueva Granada, fue la de darse una Constitución, y así lo expresaron en el acta suscrita ese día. Luego, entre 1811 y 1815, las diferentes provincias neogranadinas se dieron sus propias constituciones, siendo la primera de ellas la de Cundinamarca de 1811.

Los regímenes democrático-liberales implantados en América y Europa a lo largo del siglo XIX, al plasmar en sus constituciones los ideales antes señalados, pueden afirmarse, pues, como el gran resultado del movimiento constitucionalista. Pero, de otro lado, a lo largo del siglo XIX, sobre todo en la segunda mitad, afloraron en Europa y también en América, aunque en menor medida, los ideales socialistas que cuestionaron seriamente los ideales del liberalismo individualista, sobre todo en materia económica y social, distinguiendo los regímenes constitucionalistas a los cuales califican peyorativamente de *democracias formales*, de los regímenes por los cuales ellos abogan y que buscan implantar la *democracia real*, basada más en la igualdad económica que en la política<sup>49</sup>.

### 6.5 *Aportes de Inglaterra, Estados Unidos y Francia al constitucionalismo moderno*

El constitucionalismo y, en general, el derecho público moderno, se enriquecieron de manera sustancial, gracias, principalmente, a los aportes de tres países: Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica. y Francia. Sin que ello signifique que otros países occidentales no hayan contribuido también, de manera notable, al desarrollo del ideal constitucionalista; de esos tres países vienen sin duda, los más valiosos aportes a la configuración de las instituciones políticas del mundo moderno y contemporáneo.

A) *Inglaterra*.—A los ingleses se deben en el campo del derecho público, trascendentales instituciones moldeadas a través del tiempo, las cuales en su momento habremos de examinar más detenidamente. Son ellas, principal-

<sup>49</sup> V. *infra*, pág. 449.

mente, tres: a) La cristalización de la teoría de la representación, a través de la puesta en marcha de una institución esencial para el funcionamiento del régimen democrático: el *Parlamento*. Aunque formas de representación se habían instituido en antiguas civilizaciones —en Grecia y Roma, principalmente— fue el Parlamento inglés, cuya conformación se remonta al siglo XIII, el que sirvió de modelo a los demás cuerpos legislativos establecidos posteriormente en el mundo. b) La formalización de las garantías para la seguridad individual, a través de la institucionalización del *habeas corpus*, adoptada mediante ley constitucional en el siglo XVII, con la cual se buscó impedir la arbitrariedad a que estaban sometidas las personas, al ser privadas de su libertad indefinidamente, sin fórmula de juicio y sin recursos de defensa. e) La implantación del *sistema de gobierno parlamentario* o de gabinete, proceso que se cumplió a lo largo del siglo XVIII, buscando establecer un equilibrio de poderes entre el ejecutivo (la corona) y el legislativo (el Parlamento), mediante mecanismos como el de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento y el derecho de disolución de que goza aquel sobre estelo.

B) *Estados Unidos*.—Los aportes de Estados Unidos de Norteamérica al derecho público moderno también son de trascendental importancia. Podemos sintetizarlos en cuatro aspectos principales: a) El haberse dado la *primera Constitución escrita*, de carácter nacional, en el mundo, a través de la Constitución de Filadelfia de 1787. Ese documento, que resumía en cláusulas severas y concisas, los principios políticos y filosóficos de carácter liberal por los cuales venían luchando los hombres desde tiempos remotos, tuvo directa y marcada influencia sobre la conformación de las instituciones políticas de los nacientes Estados americanos y de muchos europeos a lo largo de todo el siglo XIX. b) La adopción de la *forma de Estado federal* para una vasta extensión territorial, experimento realizado por primera vez, y con resultados positivos, en el mundo, y luego imitado por otras muchas naciones<sup>51</sup>. e) La implantación del *sistema de gobierno presidencial*, en esa misma Constitución, sistema basado en un ejecutivo monocrático, dotado de amplios poderes políticos y administrativos, pero sometido, a su vez, a un sistema de frenos y contrapesos por parte de los otros poderes públicos, y que luego sería adoptado por la casi totalidad de los Estados de América y por muchos otros en el mundo<sup>52</sup>. d) La formalización de la *independencia de los jueces*, respecto del ejecutivo y del legislativo, mediante la creación de una Corte Suprema colocada en pie de igualdad con los titulares de esos poderes, y de tribunales y jueces con funciones determinadas por la propia Constitución<sup>53</sup>. Además fue en Estados Unidos donde

<sup>50</sup> V. *infra*, págs. 297 y ss.

<sup>51</sup> V. *infra*, pág. 296.

<sup>52</sup> V. *infra* pág. 305.

<sup>53</sup> V. *infra*, págs. 276 y ss.



se asignó por primera vez a un órgano jurisdiccional la función de control de la constitucionalidad de las leyes<sup>54</sup>.

C) *Francia*.—Los aportes de Francia al constitucionalismo y al derecho público moderno, se proyectan sobre todo en el campo intelectual e ideológico. Los más importantes fueron: a) El esfuerzo por racionalizar y sistematizar el ordenamiento político del Estado, plasmado en la obra del barón de MONTESQUIEU, particularmente con su formulación de la teoría de la tridivisión de los poderes públicos en *Del espíritu de las leyes*. b) La influencia del pensamiento político de los filósofos del enciclopedismo en la *propagación de los ideales liberales* en Europa y América. c) La revaluación y formulación de la *teoría de la soberanía popular* por parte, principalmente, de JUAN JACOBO ROUSSEAU y la posterior proclamación de la *soberanía nacional* en la Revolución francesa, a fin de darle a la democracia su fundamento lógico y su base de legitimidad. d) La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, proclamada formalmente el 26 de agosto de 1789, al comienzo de la Revolución francesa, afirmación doctrinal solemne de los derechos y libertades individuales, hasta entonces jamás formulada con un alcance universal, en la cual se inspirarían fundamentalmente las demás declaraciones de derechos proclamadas en el mundo moderno. e) El sistema de gobierno convencional o de asamblea, instaurado por primera vez en el mundo en la Constitución revolucionaria de 1793.

Cada uno de estos aportes, como se ha dicho, será objeto de análisis más detallado en la parte correspondiente de esta obra. Lo expuesto hasta aquí confirma que el derecho constitucional moderno es una contribución definitiva de Occidente a la instauración del Estado de derecho en el mundo. Su normatividad fue aplicada primero en este hemisferio, y cabe destacar que el espíritu del constitucionalismo se propagó con mayor rapidez y facilidad en las jóvenes repúblicas americanas que en la Europa de los siglos XVIII y XIX, aunque en la mayoría de estas repúblicas el afianzamiento de ese ideal no tardaría en tropezar con toda suerte de dificultades.

### 6.6 *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social*

El constitucionalismo liberal que se fue expandiendo en Occidente a lo largo del siglo XIX, a través de las constituciones de los diferentes países europeos y americanos, y que hacía énfasis en los derechos individuales y sus garantías, chocó contra otras concepciones, bien de inspiración socialista o bien de inspiración totalitaria, que lo habrían de cuestionar severamente. En efecto, por una parte fuertes corrientes de opinión se dieron cuenta de que no bastaba con darles a los Estados constituciones meramente formales, cuando sus postulados en la práctica no tenían aplicación o esta era muy relativa. Por otra parte, el orden económico y social establecido por ellas tan solo beneficiaba

<sup>54</sup> V. *infra*, págs. 388 y ss.

a ciertos sectores privilegiados de la sociedad —a la mediana y alta burguesía principalmente— mientras la gran masa permanecía ajena a la vigencia de la Constitución. En efecto, el énfasis que ellas hacían principalmente en la protección del derecho de propiedad, como un derecho seguro e intangible —así considerado por la filosofía liberal individualista—, reduciendo al Estado en este campo al papel de mero gendarmé e impidiéndole cualquier tipo de intervención en la materia, beneficiaba desde luego a los sectores pudientes y de cierta manera estratificaba la sociedad, al no plasmar instrumentos o medios que facilitarían el acceso a la propiedad y, en general, la igualdad de oportunidades para todos. Ello trajo como consecuencia una situación generalizada de injusticia social y de concentración de riqueza en unas pocas manos, contra lo cual se produciría la explicable reacción de los socialistas en sus distintas manifestaciones.

Así mismo, el orden político instaurado por el constitucionalismo liberal llevaba no a una democracia plena sino a una democracia restringida. Por más que se hubieran abolido los privilegios de casta y los títulos de nobleza y se hubiera proclamado el principio de igualdad, el régimen electoral concebido en la casi totalidad de las constituciones decimonónicas imponía restricciones por razón de la capacidad intelectual y económica del ciudadano, que en la práctica marginaban del proceso político a vastos sectores de la ciudadanía. El sufragio universal durante esta etapa fue apenas excepcional; se implantó en la Constitución francesa de 1848 y, por influencia de esta, en las colombianas de 1853 y 1858 y en algunas otras, pero se llevó a la práctica en muy contadas excepciones<sup>55</sup>. Siendo ello así, el acceso a los órganos de representación popular estuvo generalmente circunscrito a individuos de la burguesía.

En materia de derechos, aunque se consagraban en los textos muchos de los que actualmente se conocen, otros de carácter social no eran reconocidos en esas constituciones, como era el caso de la libertad sindical, del derecho de huelga, del derecho a la asistencia pública y a la seguridad social o la protección a la estabilidad laboral.

Las modificaciones al esquema clásico del constitucionalismo liberal comenzaron a ser planteadas desde mediados del siglo XIX, sobre todo en la Constitución francesa de 1848 —resultado de la llamada tercera revolución—, que fue la primera que tuvo un carácter socialista. Más adelante recibieron nuevo impulso con la Constitución mexicana de 1917, expedida en Querétaro, consecuencia de la revolución de 1910, y enseguida con la Constitución de Weimar de 1919. Estas constituciones fueron consideradas como modelos del nuevo “constitucionalismo social”. Este constitucionalismo ya policlasista, se inspiró en posiciones neoliberales, socialistas modernas, solidaristas y social cristianas. Estas últimas inspiradas, a su turno, en el pensamiento social de la

<sup>55</sup> En Colombia, el único presidente de la república elegido por sufragio universal en el siglo XIX fue el doctor Mariano Ospina Rodríguez, en 1857.

Iglesia planteado en la célebre encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII, primera en cuestionar severamente desde el pontificado romano las formas de injusticia y de miseria a que estaba sometida la clase obrera.

La revolución bolchevique en Rusia en 1917 y la fundación de la Unión Soviética, como primer Estado comunista del mundo, seguidas de la Constitución de 1918, implicaron un nuevo remezón en el campo del constitucionalismo. Se erigía un Estado uniclasista, regido por un partido único y sometido a un régimen totalitario de "dictadura del proletariado" como antítesis del Estado absolutista monárquico del antiguo régimen, pero se colocaba también a gran distancia del Estado demoliberal, que representaba para los comunistas, un régimen de explotación de la clase proletaria por las minorías privilegiadas de la burguesía. Rompía, además, con el tradicional esquema de la tridivisión equilibrada del poder concediéndole la mayor injerencia al parlamento, como cuerpo de representación popular y adoptando el sistema de gobierno convencional o de asamblea<sup>56</sup>. Con posterioridad al final de la primera guerra mundial (1914-1918) y en buena parte como reacción al régimen comunista, implantado en Rusia, a las doctrinas socialistas marxistas y también al liberalismo individualista, se planteó un nuevo tipo de constitucionalismo, que podría denominarse "corporativo", primero en Italia, por parte del movimiento fascista de Benito Mussolini (a partir de 1922), luego en Alemania por el nacionalsocialismo de ADOLFO HITLER (a partir de 1933), en Portugal con la dictadura de Oliveira Salazar (a partir de 1932) y en España con la implantación de la dictadura caudillista de Francisco Franco (a partir de 1939). En estos regímenes se expiden leyes constitucionales inorgánicas, que consagran parlamentos de tipo corporativo, sistemas de partido único —o como el caso de España sin partidos—, que se suplantán por "movimientos nacionales" ejecutivos, autoritarios de tipo caudillista, que reconocen derechos y libertades con ejercicio muy limitado y, teóricamente, hacen énfasis en lo social.

Ante la acometida de los regímenes totalitarios tanto de extrema izquierda, como el soviético, como de extrema derecha, como el italiano, el alemán, el portugués o el español, el constitucionalismo liberal experimentó una seria crisis en el período de entreguerras (1919 a 1939). Para subsistir se hizo necesario amoldarlo a las nuevas exigencias de un mundo en desarrollo, que ya había superado la etapa de la llamada revolución industrial, en el cual las masas trabajadoras eran cada vez más conscientes de sus derechos y en el cual las concepciones económicas del liberalismo decimonónico estaban en buena parte revaluadas. Se hizo imperativo acoger en los textos constitucionales nuevos principios, como el de la función social de la propiedad, como el del intervencionismo del Estado en la economía, o como el del predominio del interés general sobre el interés particular, y nuevos derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la libertad sindical, el derecho de huelga o el derecho a la

<sup>56</sup> V. *infra*, pág. 310

seguridad social<sup>57</sup>. Es decir, que se introducen en los textos constitucionales los llamados derechos sociales o “de segunda generación”. Así mismo, se vio la necesidad de reconocer las realidades de sociedades pluralistas en lo político y en lo religioso, a través de normas que tendían a institucionalizar los partidos y reglamentar su actividad, y al reconocimiento de los derechos a la libertad de conciencia, de cultos y religión.

Los cambios ocurridos en la comunidad internacional después de 1945 no fueron ajenos y, por el contrario, tuvieron honda repercusión en la marcha del constitucionalismo de postguerra la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1946, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y otras declaraciones, convenios y tratados Internacionales posteriores, así como las normas acordadas por los Estados contemporáneos, en organismos de carácter supranacional, han determinado, tarde o temprano, su institucionalización dentro del ordenamiento constitucional interno en un número cada vez mayor de países.

Por otra parte, teniendo en cuenta que, como anota LUCAS VERDÚ<sup>58</sup>, el constitucionalismo liberal precedió, acompañó y justificó las revoluciones burguesas contra el absolutismo del Antiguo Régimen<sup>59</sup>, se puede hablar entonces, como lo hace el tratadista español, de un postconstitucionalismo, que surge, según explica, tras hechos revolucionarios o cambios políticos importantes, pacíficos o violentos, que suelen coincidir con transformaciones ideológicas y socioeconómicas profundas. El posconstitucionalismo —agrega—, pretende justificar, en sus formas jurídicas, los cambios. Ahora bien, en la medida que las transformaciones sociales se consolidan, la tarea justificadora se desvanece y los textos constitucionales se convierten en meras disposiciones técnicas. Así, el postconstitucionalismo —posterior al movimiento constitucionalista liberal— recoge contenidos democráticos y socialistas, con espíritu de conciliación. “Para nosotros —dice LUCAS VERDÚ— más que de postconstitucionalismo, en singular, habrá que referirse a los postconstitucionalismos correspondientes a largas ondas constitucionales de significativos períodos históricos que arrancan de 1919 a nuestros días. Habrá que distinguir entre el postconstitucionalismo occidental, el socialista y el de los países afroasiáticos”<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> En Colombia estos principios y derechos fueron introducidos en la Constitución, en la reforma constitucional de 1936.

<sup>58</sup> Ob cit., pág. 404.

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, el *Ensayo sobre el gobierno civil* de LOCKE buscó legitimar la “gloriosa revolución” inglesa de 1688-1689; la Declaración de independencia” de EE. UU. de 1776 justificó la revolución americana contra la corona inglesa; la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” justificó la Revolución francesa; las constituciones hispanoamericanas de comienzos del siglo XIX justificaron las revoluciones de las antiauas colonias contra la corona española, y la “Declaración de los derechos del pueblo trabajador explotado” de 1918 justificó la Revolución rusa.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 404.

## 7. APORTES CIENTÍFICOS Y DOCTRINARIOS AL ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Tanto el origen del derecho constitucional como disciplina autónoma, como la propia denominación *derecho constitucional*, coinciden, pues, con la adopción de las primeras constituciones escritas en el mundo occidental. Sin embargo, a mediados del siglo XVIII, el inglés WILLIAM BLACKSTONE había inaugurado en la Universidad de Oxford, en 1758, una cátedra sobre la Constitución y leyes de Inglaterra; luego, en 1765, publicó su obra *Comentarios on the laws of England*. Pero la cátedra de BLACKSTONE en Oxford no utilizó la denominación *derecho constitucional*, pues el *constitutional law* anglosajón no correspondía en su contenido al derecho constitucional latino. Fue entonces en el norte de Italia donde se crearon las primeras cátedras sobre la materia, con el rótulo de *diritto costituzionale*: en 1797 se estableció una en Ferrara y luego otras en Pavía y en Bolonia, que no sobrevivieron más de dos años<sup>61</sup>. Uno de los primeros autores que se ocuparon de la materia fue el profesor GIUSEPPE COMPAGNONI DI LUZZO, de la Universidad de Ferrara, con su obra *Elementi di diritto costituzionale democratico* (1797). Más tarde en España la Constitución de Cádiz de 1812 promovió la creación de las primeras cátedras españolas de derecho constitucional, establecidas en 1813 y 1814. En Francia, la Asamblea Constituyente de 1791 decidió que “a partir del 10 de octubre próximo las facultades de derecho deberán enseñar a los jóvenes estudiantes la Constitución francesa”, lo cual no se cumplió de momento, sino mucho más tarde, a partir de la revolución de 1830, cuando se oficializó la cátedra con diversos rótulos. La primera fue instituida en París en 1834 y fue confiada a PELLEGRINO ROSSI. Empero, la denominación de *derecho constitucional* a la materia solo se vino a imponer a partir de 1878 en Francia y en otros países, incluyendo los americanos.

Muy grande y valioso ha sido el acervo doctrinario que, a partir del siglo XIX, ha venido a enriquecer el estudio del derecho constitucional. Muchos países y muchos tratadistas —sobre todo europeos y americanos— han contribuido con sus obras a la divulgación y profundización de esta rama fundamental del derecho público. Resultaría muy extenso hacer una enumeración completa de estos autores, por lo cual, a título de ejemplo, nos limitaremos a mencionar algunos de los más destacados.

Entre los de la escuela francesa figuran LÉON DUGUIT, MAURICE HAURIUO, R. CARRÉ DE MALBERG, JOSEPH BARTHÉLEMY, ADHEMAR ESMEIN y, en la época contemporánea, GEORGES BURDEAU, BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH, ANDRÉ HAURIUO, MAURICE DUVERGER, MARCEL PRELOT, GEORGES VEDEL y BENOIT JEANNEAU.

Entre los alemanes se destacan GEORG JELLINEK, HERMANN HELLER, CARL SCHMITT y OSKAR GEORG FISCHBACH; contribución importantísima ha sido la del austríaco HANS KELSEN.

<sup>61</sup> S. V. LINARES QUINTANA, ob. cit., pág. 161.

Entre los italianos tenemos a VITTORIO EMMANUEL ORLANDO, fundador de la escuela italiana de derecho público, a PELLEGRINO ROSSI, FERRUCIO PERGOLESI, SANTI ROMANO, LUIGI ROSSI, ALESSANDRO GROPPALI, NORBERTO BOBBIO, ALESSANDRO PIZZORUSSO y PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA entre otros.

Los españoles han contribuido con figuras como MANUEL GARCÍA-PELAYO, ADOLFO POSADA, LUIS SÁNCHEZ AGESTA, JORGE XIFRA HERAS, MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL FRAGA IRIBARNE, PABLO LUCAS VERDÚ y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Entre los ingleses se destacan las figuras de HAROLD J. LASKI y JAMES BRYCE seguidos de muchos otros que sería prolijo enumerar. Entre los norteamericanos, partiendo de los famosos artículos de *El Federalista*, cabe destacar a THOMAS JEFFERSON, ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON y JOHN HAY, a finales del siglo XVIII. Entre los numerosos constitucionalistas que, a lo largo del siglo XIX y del actual, han enriquecido con sus obras el estudio de esta materia, merecen mención JAMES KENT, WOODROW WILSON, DAVID WATSON, WESTEL W. WILLOUGHBY y su hermano WILLIAM, ARTHUR BENTLY, DAVID EASTON y más recientemente a CARL J. FRIEDRICH, KARL LOEWENSTEIN y ROBERT MACIVER, entre otros.

El aporte de América Latina a este campo también ha sido considerable, sobre todo en la época contemporánea, destacándose la obra de argentinos como SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, GERMÁN BIDART CAMPOS, JORGE REYNALDO VANOSI y NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS; la de los mexicanos FRANCISCO PORRÚA PÉREZ, EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ y HÉCTOR FIX ZAMUDIO; y también la de importantes tratadistas colombianos, brasileños, chilenos, peruanos, venezolanos y de otras nacionalidades.

### 7.1 *El aporte colombiano en el campo constitucional*

En Colombia, a lo largo de la historia republicana se han destacado numerosos autores y maestros en el campo constitucional, comenzando por los fundadores mismos de la nacionalidad, el Libertador SIMÓN BOLIVAR, el precursor de la independencia ANTONIO NARIÑO, el general FRANCISCO DE PAULA SANTANDER y el prócer CAMILO TORRES, conocedores y estudiosos todos ellos de la obra de los más destacados exponentes del movimiento constitucionalista europeo y norteamericano, y autores de importantes estudios, ensayos y documentos sobre esta materia. En el siglo XIX se destacan, además, por sus valiosos aportes al estudio de nuestra evolución constitucional, las figuras de JOSÉ MANUEL RESTREPO, FLORENTINO GONZÁLEZ, EZEQUIEL ROJAS, SERGIO ARBOLEDA, MARIANO OSPINA RODRÍGUEZ, MIGUEL ANTONIO CARO, JOSÉ MARÍA SAMPER, RAFAEL NÚÑEZ, CARLOS MARTÍNEZ SILVA, MANUEL ANTONIO POMBO y JOSÉ JOAQUÍN GUERRA, entre otros.

A lo largo del siglo XX son muchos los colombianos que han dedicado sus esfuerzos al estudio del derecho constitucional, aunque en su gran mayoría lo han hecho circunscribiéndose al ámbito nacional, es decir, al del análisis

de la historia constitucional y de la Constitución de Colombia. Pero sin duda el contenido y profundidad de sus obras trasciende al ámbito del derecho constitucional general y por ello pueden considerarse como aporte valioso al estudio de esta materia. Entre los más importantes autores y estudiosos constitucionalistas de la primera mitad del siglo XX se destacan JOSÉ VICENTE CONCHA, TULIO ENRIQUE TASCÓN, FRANCISCO DE PAULA PÉREZ, ALFREDO CONSTAÍN, LUIS LÓPEZ DE MESA, DARÍO ECHANDÍA y, en la época contemporánea, CARLOS RESTREPO PIEDRAHÍTA, ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN, ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA, LUIS CARLOS SÁCHICA, ÁLVARO COPETE LIZARRALDE, JAIME VIDAL PERDOMO, MANUEL GAONA CRUZ, DIEGO URIBE VARGAS, JACOBO PÉREZ ESCOBAR, JAVIER HENAO HIDRÓN, ERNESTO SAA VELASCO, FERNANDO HINESTROSA, CARLOS ALBERTO OLANO, JAIME CASTRO, GABRIEL MELO GUEVARA, MANUEL JOSÉ CEPEDA, EDUARDO ROZO ACUÑA, entre otros.

Cabe anotar que el proceso constituyente de 1991 ha generado en los últimos años una abundante literatura constitucional, que no se ha circunscrito al análisis de las normas contenidas en la Carta expedida ese año, sino que se ha extendido a otros temas de la teoría constitucional, en especial al de los derechos fundamentales y sus garantías.

#### 8. DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL, DERECHO CONSTITUCIONAL PARTICULAR O ESPECIAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

El estudio del derecho constitucional da lugar hoy a tres disciplinas concretas: el derecho constitucional *general*, el derecho constitucional *especial* o *particular*, y el derecho constitucional *comparado*.

A) El *derecho constitucional general* —base de todo el derecho público y objeto de nuestro curso—, estudia el proceso político-jurídico que lleva a una sociedad a organizarse en Estado, la estructura fundamental sobre la cual descansa esta organización, las instituciones que forman parte de esta estructura, el objeto y funcionamiento de las mismas, el fundamento del poder público y su ejercicio, la posición del individuo frente a ese poder y frente a los demás asociados y, en general, los aspectos más relevantes del ordenamiento jurídico-político superior de un Estado, que es la Constitución. Aunque toma como puntos de referencia a organizaciones políticas concretas en el curso de la historia, no profundiza en detalle sobre ellas, sino que las estudia en un contexto global buscando explicar, a través de ellas, la evolución de las sociedades hacia el logro de un ideal: la plena vigencia del Estado de derecho. Como dice XIFRA HERAS<sup>62</sup> es una disciplina que delinea una serie de principios básicos, de conceptos y de instituciones que se hallan en los varios derechos positivos o en grupos de ellos, para clasificarlos en una visión unitaria. Su estudio va indisolublemente ligado —como más adelante se explica— a otras de las llamadas ciencias sociales, principalmente a la historia y a la ciencia política. Su

<sup>62</sup> J. XIFRA HERAS, ob. cit., pág. 99.

campo de investigación es, pues, muy amplio, y sirve para comprender mejor la esencia de las demás ramas del derecho, incluyendo al derecho privado.

B) El *derecho constitucional especial o particular* se ocupa de la organización jurídico-política fundamental de un Estado determinado. Estudia, interpreta, analiza y, en ocasiones, critica las normas constitucionales vigentes en ese Estado y se extiende también a la historia constitucional del mismo. Se habla así de un derecho constitucional colombiano, o de un derecho constitucional francés, o de un derecho constitucional argentino.

C) El *derecho constitucional comparado* por su parte, como su nombre lo indica, analiza comparativamente instituciones o regímenes políticos de dos o más Estados, así como normas constitucionales respectivas sobre materias afines, buscando destacar las particularidades o contrastes que puede haber, en aspectos concretos, entre organizaciones estatales determinadas.

Además de las tres materias anteriores, hay otras dentro del campo del derecho constitucional que son objeto de estudio en muchas facultades de derecho, como es el caso de la *Historia constitucional*, o que en los últimos tiempos vienen implantándose como ramificaciones o especialidades de aquel, como el *Derecho procesal constitucional* —que está adquiriendo entidad propia a medida que se desarrollan y amplían los mecanismos de defensa de la Constitución— y el *Derecho constitucional internacional*, que se ocupa de las relaciones jurídicas de esta naturaleza que surgen en el seno de organismos internacionales o transnacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) o la Comunidad Europea (CE).

### 8.1 *Derecho constitucional e instituciones políticas*

Desde hace ya muchos años el estudio del derecho constitucional general se viene haciendo, en Francia y otros países, conjuntamente con el de las instituciones políticas. Los principales tratadistas de la materia consideran que así debe ser. Este cambio implica un notable ensanchamiento del campo de estudio del derecho constitucional. Significa que esta disciplina no tiene como objeto único estudiar las formas y expresiones jurídicas del poder, sino que, como dice BENOIT JEANNEAU, se propone igualmente analizar la realidad política en sí misma y tomada en su totalidad<sup>63</sup>.

De esta manera el derecho constitucional unido al estudio de las instituciones políticas, comprende no solo el estudio de las reglas según las cuales se establece, se ejerce y se transmite el poder político, de acuerdo con la definición de PRELOT, sino también el examen del fenómeno político en sí, es decir, de la organización concreta de la sociedad política, sea que sus hechos estén o no cobijados por el derecho.

<sup>63</sup> BENOIT JEANNEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3<sup>me</sup> éd., Paris, Librairie Dalloz, 1972, pág. 1.



Es necesario detenerse en el término *instituciones políticas* para comprender mejor su alcance. Según el diccionario, las instituciones son “cosas establecidas por los hombres”. Así, las instituciones políticas son cosas establecidas por los hombres en el campo de la vida política. Por ello las instituciones políticas comprenden las reglas del derecho constitucional, que una vez establecidas por los hombres adquieren una especie de existencia autónoma, ya que los preceptos de derecho sobreviven a sus autores. Por lo demás, todo el mundo admite que el término *instituciones políticas* designa esencialmente las instituciones políticas del Estado<sup>64</sup>.

El análisis de las instituciones políticas desborda, pues el enfoque estrictamente jurídico que —erróneamente— se ha pretendido hacer del derecho constitucional, como si este pudiera aislarse del fenómeno político, del cual deriva su razón de ser y su estructuración. Ese análisis conduce así forzosamente, a la extensión de esta rama del derecho al campo de la ciencia política y al de la historia, hasta el punto de que lejos de considerarse como ciencias separadas, o aun como auxiliares o complementarias unas de otras, en lo que hace a la explicación de la organización social, política y jurídicamente organizada se entremezclan casi como un todo. Cualquier explicación que se dé de las instituciones políticas de un Estado, prescindiendo de la historia, o de la teoría política, resultaría incompleta y estéril. Al fin de cuentas se trata de instituciones que son obra de los hombres y producto de una evolución social. No sería exagerado decir que la historia política de los pueblos no ha sido otra cosa que la descripción del proceso, protagonizado por estos, para darse una organización institucional; que la ciencia política no hace otra cosa que interpretar los fenómenos que son motor de ese proceso, y que el derecho constitucional estudia los resultados de ese mismo proceso, a través de las instituciones establecidas como fruto de él.

## 9. CIENCIA POLÍTICA Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La ciencia política —o politología— es una ciencia relativamente nueva, para algunos todavía en proceso de estructuración. Ello es verdad, si entendemos por tal a una rama específica del saber que tiene como objeto preciso de su investigación el fenómeno político o, como dicen otros, el análisis de las condiciones del poder político, de sus formas concretas de manifestación, así como de sus tendencias evolutivas<sup>65</sup>. Apenas se comenzó a hablar de “ciencia política”, en términos muy vagos, en el siglo pasado; y solo a partir de 1945 se logró hacer una delimitación de su campo de estudio. Solo, en fin, en la épo-

<sup>64</sup> MAURICE DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1970, pág. 16.

<sup>65</sup> ABENDROTH y LENK, *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Edit, Anagrama, 1971, pág. 14.

ca contemporánea, se la ha hecho objeto de estudios especializados, con la pretensión —errónea a nuestro juicio— de convertirla en ciencia autónoma. Pero si bien es cierto el fenómeno político apenas ha venido a ser estudiado científicamente en nuestro tiempo, ese fenómeno ha suscitado desde la Antigüedad el interés de los hombres. Y es así como la historia del pensamiento político se remonta muy lejos, y ha ido evolucionando a lo largo de todos los tiempos, a través de la obra de los más grandes pensadores de la humanidad, cuya atención se ha centrado en la organización política de la sociedad y en los conflictos de poder que ella ha suscitado siempre.

### 9.1 *El pensamiento político a través de la historia*

Si hemos de convenir en que la ciencia política es a grandes rasgos, la ciencia que estudia los fenómenos políticos y, más concretamente, el fenómeno del poder, tenemos que sus orígenes se remontan a la Antigüedad clásica, particularmente a Grecia: PLATÓN con *La república* y *El político* y, sobre todo, ARISTÓTELES con la *Política*, aparecen como los iniciadores del análisis filosófico del fenómeno político, como los precursores de esa ciencia. En Roma el pensamiento político tuvo su máxima expresión en los escritos de CICERÓN, POLIBIO y SÉNECA. Posteriormente, de hondo contenido político es el pensamiento de los padres de la Iglesia, comenzando con el de San Pablo en sus epístolas y siguiendo con San Ambrosio, San Agustín y San Gregorio. *La ciudad de Dios* de San AGUSTÍN fue la obra, a la vez teológica y política, más influyente de su tiempo en el pensamiento cristiano.

Con la implantación del feudalismo sobrevino una tendencia a reemplazar el concepto de autoridad pública por un complejo sistema de relaciones privadas, pero sin lograr que desapareciera por entero la antigua noción de *res publica*, es decir, que un pueblo constituye una comunidad política organizada por leyes, y capaz de ejercer, por medio de sus gobernantes, una autoridad pública. Esa concepción se mantuvo entre los siglos IX y XII a través de los pensadores cristianos. En el siglo XII JUAN DE SALISBURY publicó su obra *Policraticus*, considerada como el primer tratado medieval de ciencia política<sup>66</sup>. Esta obra, al igual que todos los escritos políticos de la época, estuvo centrada alrededor de las disputas entre el papa y los emperadores, acerca de los límites entre la potestad eclesiástica y la potestad civil o temporal, disputas que se prolongarían por el resto de la Edad Media y los comienzos de la época moderna.

El estudio de la jurisprudencia adelantado por aquella misma época en el sur de Francia y en las ciudades italianas de Ravena y Bolonia, comenzó a restaurar el conocimiento del derecho romano y a aplicarlo a los problemas políticos y jurídicos contemporáneos, produciendo un gran volumen de literatura politológica, hasta conseguir que en el siglo XIV los tratados de filosofía política fueran comunes. Ya en el siglo XIII BRUNETTO LATINI en el *Libro de todas*

<sup>66</sup> GEORGE H. SABINE, *Historia de la teoría política*, pág. 169.

*las cosas* —tal vez el primer ensayo enciclopédico del mundo—, definía la política como el gobierno de las ciudades y decía que “es la ciencia más alta y más noble y comprende los más nobles oficios del mundo, de modo que la política comprende generalmente todas las artes que ocupan a la comunidad humana”<sup>67</sup>.

A comienzos del siglo XIII llegaron a la Europa cristiana, a través de fuentes árabigas y judías, las obras de ARISTÓTELES, que en un principio fueron prohibidas por la Iglesia, con el estigma de la infidelidad. Poco después la Iglesia recapacitó y el pensamiento aristotélico no solo fue admitido, sino convertido en piedra angular de la filosofía católica, por obra de dos grandes maestros dominicos: San ALBERTO MAGNO y su discípulo Santo TOMÁS DE AQUINO, quien, como se ha, dicho, fue el más alto exponente del pensamiento cristiano de la Edad Media. Sus obras, principalmente la *Summa theologica* y el *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes* constituyen no solamente tratados teológicos y filosóficos, sino obras de hondo contenido político. Fueron la exposición de la filosofía política cristiana, cuyo influjo se ha proyectado a través del tiempo, hasta nuestros días. Obras políticas de la baja Edad Media fueron también el tratado *De Monarchia* de DANTE ALIGHIERI, *De ecclesiastica potestate* de EGIDIO COLONNA, *De potestate regia et papali* de JUAN PARÍS, *Defensor pacis* de MARSILIO DE PADUA y los escritos de GUILLERMO DE OCCAM, todas ellas referidas al conflicto entre las dos potestades, y que suscitaron hondas polémicas en torno a la organización del gobierno secular.

En el siglo XV esas polémicas se agudizaron y produjeron nuevos aportes al pensamiento político, a través de las obras del cardenal NICOLÁS DE CUSA, y de las teorías surgidas de los concilios de Basilea y de Constanza, que buscaron reforzar el absolutismo papal frente a los reinos cristianos, y de la obra de HENRY DE BRACTON en Inglaterra. A comienzos del siglo XVI surge la figura de NICOLÁS DE MAQUIAVELO, con cuyas obras, particularmente *El príncipe*, se inicia, en opinión de muchos, la politología moderna<sup>68</sup>. Por la misma época aparece la *Utopía* de TOMÁS MORO, en que aboga por una comunidad política cooperativa. Más adelante la Reforma protestante daría origen a una extensa literatura política, comenzando con los escritos de MARTÍN LUTERO y de JUAN CALVINO, destinados a realzar la autoridad de los príncipes sobre la del papa, y siguiendo con los de JOHN KNOX, TEODORO BEZA con su obra *Vindiciae contra tyrannos* y GEORGE BUCHANAN, quienes, apartándose de los primeros reformadores, desarrollaron una filosofía política contraria al absolutismo monárquico.

El movimiento de la Contrarreforma católica produjo nuevos e importantes planteamientos políticos, algunos de contenido verdaderamente innovador, principalmente con la obra de los jesuitas ROBERTO BELARMINO y JUAN DE MARIANA, cuya doctrina está impregnada de consideraciones de tipo consti-

<sup>67</sup> MARCEL PRELOT, *La ciencia política*, Bogotá, Edit. Tupac Amaru, 1976, pág. 7.

<sup>68</sup> Id., *ibíd.*

tucional, y de FRANCISCO SUÁREZ. Obras políticas fueron también las de quienes asumieron la contrarréplica a los iusnaturalistas y revivieron la teoría del derecho divino de los reyes. Entre la literatura político-jurídica del siglo XVI se destaca la obra *Los seis libros de la república* de JEAN BODIN<sup>69</sup>, quien alejado del partidismo religioso, trató de formular un sistema filosófico de ideas políticas. Esta obra constituyó el principal aporte intelectual de un grupo de pensadores moderados, conocidos con el nombre de “políticos” (*politiques*), que veían en el poder regio el soporte fundamental de la paz y el orden y que, en consecuencia, trataban de elevar al rey como centro de la unidad nacional. Los “políticos” figuran entre los primeros que admitieron la posibilidad de tolerar diversas religiones dentro de un mismo Estado<sup>70</sup>.

Los conflictos religiosos del siglo XVII llevaron a que se pensara en reevaluar la concepción del derecho natural estrechamente ligada a la teología, y a plantearla en términos más racionalistas. En ese sentido aparece la obra de JOHANNES ALTHUSIUS, *Política metódicamente compuesta e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, un tratado sistemático sobre las diversas formas de asociación humana, en el que el autor se esforzó, aunque sin lograrlo, en separar la política de la jurisprudencia. Luego HUGO GROCIO, partiendo de análisis políticos y jurídicos, sienta, a través de su concepto de soberanía estatal, las bases del moderno derecho internacional, como regulador de las relaciones entre Estados soberanos. El nuevo enfoque del derecho natural, aunque seguía los lineamientos de los pensadores medievales, produjo en la literatura política del siglo XVII expresiones de tendencia diversa, a través, entre otros, del *Tratado político* de BENEDICT SPINOZA y de los escritos de SAMUEL PUFENDORF.

En la Inglaterra de finales del siglo XVI y la primera mitad del XVII, la literatura política se enriquece en torno a la polémica entre los defensores de los fueros de la corona, frente a los defensores de los fueros del Parlamento. De esta época datan *The Laws of Ecclesiastical Polity* de RICHARD HOOKER; *De republica Anglorum* de sir THOMAS SMITH, probablemente la obra que mejor describe la teoría constitucional inglesa del siglo XVI; las obras de FRANCIS BACON, tendientes a realzar el poder regio en cabeza de los Tudor; las de sir EDWARD COKE, paladín de la limitación de las prerrogativas reales y firme sostenedor del *common law*; y, muy especialmente, las de THOMAS HOBBS, cuya filosofía política, expuesta sobre todo en el *Leviatán*, es considerada como “la estructura más imponente producida en el período de las guerras civiles inglesas”<sup>71</sup>.

En la segunda mitad del siglo XVII se siguió enriqueciendo la literatura política inglesa con figuras como GERARD WINSTANLEY y su obra *Law of Freedom*, en la que expone teorías comunistas, únicas en la filosofía política de su

<sup>69</sup> V. *infra*, págs. 232 y ss.

<sup>70</sup> G. SABINE, ob. cit., pág. 297.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 351.

tiempo, JAMES HARRINGTON y su *Oceana*, JOHN MILTON y sus ensayos políticos, ALGERNON SIDNEY y sus *Discursos sobre el gobierno* y el marqués de HALIFAX. Pero es a finales del siglo XVII cuando surge la figura más influyente del pensamiento político inglés, JOHN LOCKE, con sus *Two treatises of Government*, cuyo segundo libro, el *Ensayo sobre el gobierno civil* marcará el inicio del llamado constitucionalismo liberal.

En Francia, en cambio, no fue muy abundante la literatura política durante el siglo XVII. Ello es explicable: mientras Inglaterra vivía el “siglo de las revoluciones políticas” y los profundos cambios que ellas acarrearón en la estructura del poder, Francia, por la misma época, vivía bajo el más absolutista de los regímenes, el de Luis XIV. Entre las obras políticas de la época figura la *Política según las propias palabras de las Sagradas Escrituras* de JACQUES BOSSUET, ferviente sostenedor de la teoría del derecho divino de los reyes. El siglo XVIII es, al contrario, para Francia, el siglo del renacimiento del pensamiento político. Tras el largo reinado de Luis XIV afloraron en Francia las ideas racionalistas y liberales. La crítica de la monarquía absoluta necesitaba con urgencia de una filosofía política, y el pensamiento de la revolución inglesa estaba al alcance de la mano; y así, con la residencia en Inglaterra primero de VOLTAIRE y luego de MONTESQUIEU, la filosofía de LOCKE se convirtió en fundamento político de la Ilustración francesa, y la admiración hacia el gobierno inglés en rasgo fundamental del liberalismo francés<sup>72</sup>. MONTESQUIEU se convierte en el gran propagador de estas ideas, a través, principalmente de *Del espíritu de las leyes*, y luego ellas se plasmarán en la obra de *La Enciclopedia*, impulsada por DENIS DIDEROT y JEAN D’ALEMBERT, en la que participan los más renombrados científicos, economistas, literatos y políticos de la época, cobijados con el rótulo genérico de “filósofos”. La obra de los enciclopedistas, particularmente de VOLTAIRE, ROUSSEAU, HOLBACH, DIDEROT, D’ALEMBERT y CONDORCET, es fundamentalmente política y su influencia determinante en los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII y el siglo XIX tanto en Europa como en América. Particularmente ROUSSEAU con *El contrato social* y el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, se convertirá en el inspirador de los demócratas radicales de la Revolución francesa y, en buena parte, de los socialistas del siglo XIX.

Y mientras en Francia el pensamiento político del siglo XVIII es marcadamente liberal, e incluso, con ROUSSEAU, radical, en Inglaterra su tendencia es conservadora. Así se refleja en las obras de DAVID HUME, de EDMUND BURKE o de JEREMÍAS BENTHAM, para quien las reformas legales por las que abogaba, se realizarían más pronto mediante un despotismo ilustrado que mediante el liberalismo político<sup>73</sup>. El pensamiento conservador del siglo XIX recibió, así mismo, el aporte doctrinario de grandes filósofos alemanes como IMMANUEL

<sup>72</sup> *Ibíd.*, pág. 403.

<sup>73</sup> Cfr. G. SABINE, *ibíd.*, pág. 492.

KANT con su *Crítica de la razón pura*, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL con varias de sus obras más importantes, y FRIEDRICH NIETZSCHE, con *La voluntad de poder* y *Así hablaba Zaratustra*; de escritores y pensadores franceses como FRANÇOIS-RENÉ DE CHATEAUBRIAND con su *Ensayo histórico, político y moral sobre las revoluciones* o *El genio del cristianismo*, JOSEPH DE MAISTRE y LOUIS DE BONALD; y del escritor y político español JUAN DONOSO CORTÉS con su *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, entre otros.

Por otro lado, el pensamiento liberal del siglo XIX recibió nuevo aliento y una concepción más moderna y acorde con la realidad social de su tiempo, a través de autores como JOHN STUART MILL, HERBERT SPENCER o ALEXIS DE TOCQUEVILLE. Pero sin duda el mayor avance en el desarrollo del pensamiento político del siglo XIX, con hondas repercusiones en el siglo XX, se debió a KARL MARX, cuya obra, fundamentalmente económica, plantea toda una filosofía política y social que serviría de base a una nueva escuela de pensamiento político: el socialismo marxista.

## 9.2 Aparición de la ciencia política

Pero no obstante todo este denso y prolongado aporte doctrinario al pensamiento político universal, la política apenas comenzó a ser considerada como objeto de una ciencia específica hace poco más de un siglo, en Inglaterra. Esta concepción se extendió a Francia en la segunda mitad del siglo XIX, cuando PAUL JANET utilizó por primera vez el término "ciencia política" en su obra *Historia de la ciencia política en sus relaciones con la moral*. Por esa misma época J. C. BLUNTSCHLI publicó su obra *Derecho público universal*, considerada por algunos como el primer tratado sistemático de ciencia política escrito desde ARISTÓTELES<sup>74</sup>. Posteriormente aparecen otras como la del norteamericano J. W. BURGESS, *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, que van a enriquecer este campo de estudio y a ampliar sus horizontes. El siglo XIX constituye, como dice LINARES QUINTANA, un período intermedio en la historia de la ciencia política y constitucional, signado por la aparición de quienes pueden considerarse verdaderamente los fundadores de esta disciplina<sup>75</sup>. DUVERGER incluye entre estos fundadores a TOCQUEVILLE, a COMTE y a MARX. Sobre este último dice DUVERGER: "Hasta él se vivió una imagen del Estado y del poder más o menos derivada de ARISTÓTELES y de MONTESQUIEU en el plano teórico, y de las recetas de MAQUIAVELO, en el plano político. MARX la sustituye por una imagen totalmente nueva. Considerarlo como el NEWTON de la ciencia política, no sería muy exagerado"<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> S. V. LINARES QUINTANA, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 75.

<sup>75</sup> S. V. LINARES QUINTANA, ob. cit., pág. 157.

<sup>76</sup> M. DUVERGER, *Método de las ciencias sociales*, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 555.

Desde entonces la política, como ciencia, ha venido siendo aceptada en todo el mundo. Pero fue sobre todo, después de la segunda guerra mundial cuando se dio un impulso decisivo al renacimiento de la ciencia política, después de haber atravesado por una larga época de postración, en la cual fue relegada por otras ciencias sociales como la economía política, la sociología, y la teoría general del Estado. En un mundo extremadamente politizado como el de la postguerra, surgió la convicción de que la politología no podía ser ignorada oficialmente por más tiempo, y el interés por su estudio se extendió rápidamente tanto en Norteamérica como en Europa occidental<sup>77</sup>. En nuestra época esta ciencia es ya objeto de estudios específicos en el medio universitario y también de especialización. Muchas de las más importantes universidades del mundo poseen hoy facultades de ciencia política: entre las más reputadas figura la Escuela de Ciencias Políticas de París. Algunos autores contemporáneos prefieren la expresión *politología* a la de ciencia política y la designación de *politólogo* a la de científico de la política<sup>78</sup>.

Entre los más connotados politólogos de la época moderna figuran los franceses, ANDRÉ SLEGFRIED, JEAN MAYNAUD, BERTHRAND DE JOUVENEL, RAYMOND ARON, GEORGES BURDEAU, MAURICE DUVERGER, MARCEL PRELOT y MARCEL WALINE, estos últimos también constitucionalistas; es de anotar que con la mayor frecuencia quienes más sobresalen en el campo de la ciencia política son los especialistas en este campo del derecho público. Se destacan también los ingleses HAROLD J. LASKI y JAMES BRYCE; los italianos VILFREDO PARETO, GAETANO MOSCA, GIOVANNI SARTORI y NORBERTO BOBBIO; los españoles LUIS SÁNCHEZ AGESTA y JORGE XIFRA HERAS, entre otros muchos; los alemanes WOLFGANG ABENDROTH, KARL DOEHRING, THEO STAMMEN. Asimismo habría que mencionar una pléyade de politólogos norteamericanos que han enriquecido este campo, del siglo pasado para acá, comenzando por el ex presidente WOODROW WILSON y siguiendo con DAVID EASTON, JAMES W. GARNER, RAYMOND GETTELL, LESLIE LIPSON y ROBERT MACIVER, para no mencionar sino unos pocos, entre los que habría que incluir también numerosos politólogos ingleses, italianos, alemanes y de otras nacionalidades, y a algunos latinoamericanos de la época contemporánea, aunque no muchos, pues la ciencia política apenas está cobrando impulso en esta parte del mundo.

A) *Noción y contenido de la ciencia política.*—Según el profesor GEORGES BURDEAU, por ciencia política se entiende “la ciencia que se propone estudiar las relaciones de autoridad y obediencia y los efectos de estas sobre el comportamiento de los hombres para llegar a una explicación coherente e inteligente de la estructura y el dinamismo de las sociedades políticas”<sup>79</sup>. Otros au-

<sup>77</sup> M. PRELOT, *ibídem*, pág. 53.

<sup>78</sup> *Ibídem*, pág. 13.

<sup>79</sup> GEORGES BURDEAU, *Método de la ciencia política*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1964, pág. 29.

tores la definen, simplemente, como la *ciencia del poder*. MARCEL PRELOT define la politología, término que él adopta, como “el conocimiento sistemático y ordenado del Estado”<sup>80</sup>. Pero el ilustre tratadista confunde en este concepto la ciencia política con la teoría general del Estado, a la cual corresponde abocar ese conocimiento. Para CROSSMAN, politólogo inglés, la ciencia política —o teoría política como la llama él—, constituye “un modo arriesgado de pensar”, puesto que, como explica, no se trata de una ciencia que pretenda entender, prever y controlar los movimientos de la naturaleza, ni de una filosofía pura que busque definir el carácter del pensamiento y de la realidad misma<sup>81</sup>.

Es una ciencia que trata de interpretar los hechos que se producen en el acontecer histórico de las sociedades, buscando extraer de ellos su contenido ideológico y sentar supuestos de conducta en la vida de los pueblos, según su naturaleza y circunstancias. No creemos, pues, que pueda hablarse con mucha certeza de *conocimiento ordenado* del Estado, ni enfocar esta ciencia simplemente como relación de autoridad y obediencia. Nos parece que la ciencia política tiene un campo de aplicación más amplio y, a la vez, más complejo que el que señalan los enunciados de los eminentes tratadistas franceses arriba citados. Más amplio, porque no solo se ocupa de las relaciones de autoridad-obediencia, sino de la interrelación entre los gobernantes, por una parte, y los gobernados, por la otra. Más complejo por cuanto no pretende ni puede lograr, a nuestro juicio, un conocimiento ordenado de la vida estatal, ya que es de su esencia prever los incesantes cambios a que está sujeta ella en su desenvolvimiento. Es, por tanto, una ciencia relativa en su contenido y en su metodología; preferimos afirmar, con CROSSMAN, que se trata de “un modo arriesgado de pensar”. La ciencia política implica, en efecto, un esfuerzo mental para intentar resolver, del modo más apropiado, los problemas que plantea la organización de la sociedad dentro de un ciclo histórico determinado. Esta ciencia no puede formular soluciones definitivas ni llegar a conclusiones finales, por cuanto las circunstancias de la vida política están en permanente estado de cambio, por un proceso que es incontrolable y natural. Puede decirse que es una ciencia más de carácter descriptivo e interpretativo que de carácter normativo.

B) *Política y ciencia política*.—Es preciso distinguir entre política y ciencia política. Tenemos que considerar a la política —dice CROSSMAN— solo como un aspecto de la vida en una época determinada, y la teoría política como un aspecto del pensamiento en esa época. Estudiar la historia de las ideas políticas —añade— es estudiar nuestras propias ideas, y ver cómo hemos llegado a adquirirlas<sup>82</sup>. En sentido restringido, podemos afirmar que la misión de la

<sup>80</sup> M. PRELOT, ob. cit., pág. 17.

<sup>81</sup> R. H. S. CROSSMAN, *Biografía del Estado moderno*, 2ª ed., México, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 9.

<sup>82</sup> R. H. S. CROSSMAN, ob. cit., pág. 13.



política es la de investigar las formas de convivencia humana, aplicables dentro de un marco determinado que se denomina el Estado, a tiempo que la ciencia política es el conocimiento logrado, mediante el examen y la investigación de las instituciones que son producto y sostén de la estructura estatal, de cómo es posible influir en la vida política<sup>83</sup>. Puede igualmente considerarse a la política desde dos puntos de vista: como ciencia y como arte. Así lo hacen las definiciones que dan de este vocablo, respectivamente, dos diccionarios de la lengua francesa, el *Littré*, en edición de hace un siglo y el *Robert*, en edición reciente, transcritas por DUVERGER en su *Introducción a la política*; el primero, define la política como “la ciencia del gobierno de los Estados”, en tanto que el segundo como “arte y práctica del gobierno de las sociedades”. Sintetizando, podríamos decir que la política, como ciencia, es la teoría y como arte es su aplicación práctica, es decir, el ejercicio de la actividad política que, por lo demás, no necesariamente es aplicación de la teoría.

C) *La ciencia política como auxiliar del derecho constitucional.*—La enseñanza del derecho constitucional indiscutiblemente supone el estudio de la ciencia política, como lo afirma HAURIU<sup>84</sup>, sobre todo si se le involucra el estudio de las instituciones políticas. Anota el tratadista que aquella ayuda a dar su verdadero alcance a las normas de derecho constitucional y, al mismo tiempo, a precisar la fisonomía de las instituciones políticas. Pero, como él advierte, instituciones políticas y ciencia política no son términos idénticos y no se enfrentan exactamente a los mismos objetos. Esta se ocupa de todos los fenómenos políticos, tanto los de mínima como los de máxima importancia, tanto los pasajeros como los perdurables, en tanto que las instituciones políticas se ocupan de los fenómenos *establecidos*, revestidos de cierta importancia y de permanencia, susceptibles, por tanto, de aportar un complemento, una modificación, una interpretación de las reglas constitucionales. En cuanto a la política en sí misma, es decir en su sentido práctico, podría sostenerse que es ella, en su actividad, la que da vida e impulso al derecho constitucional, como productora de fenómenos que, a menudo, tienen como consecuencia la creación de nuevas normas jurídico-constitucionales o la modificación o extinción de las ya existentes. Sin embargo, como advierte BURDEAU, el objeto del derecho constitucional, en cuanto ciencia, está circunscrito evidentemente por las reglas jurídicas relativas a las instituciones políticas. Es indiscutible que su estudio exige vastas incursiones en el ámbito de los hechos. Pero, por lo demás, se realiza a partir y en función de un sistema normativo. La ciencia política, en cambio, no está ligada por las normas jurídicas: sus investigaciones comprenden todos los fenómenos políticos, hayan sido o no objeto de reglamentación<sup>85</sup>. BURDEAU sostiene que la idea de una concurrencia entre estas dos

<sup>83</sup> OSKAR GEORG FISCHBACH, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, pág. 11.

<sup>84</sup> A. HAURIU, ob. cit., pág. 33.

<sup>85</sup> G. BURDEAU, *Método de la ciencia política*, pág. 139.

ciencias debe ser resueltamente descartada. Ni el constitucionalista está autorizado a sostener los regímenes cuyas reglas analiza, dice él, ni el politólogo está llamado a conmooverlos. También descarta BURDEAU la idea de que la ciencia política sea una prolongación del derecho constitucional<sup>86</sup>.

## 10. RELACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON OTRAS CIENCIAS SOCIALES

Además de la ciencia política, el derecho constitucional tiene estrecha relación con otras de las llamadas ciencias sociales, especialmente con tres de ellas: la sociología, la historia y la teoría general del Estado. Como adelante se verá, con esta última llega a identificarse casi totalmente, en cuanto ambas tienen como objeto primordial de su estudio al ente estatal, analizado —en el caso del derecho constitucional— sobre todo en sus aspectos jurídicos y políticos.

### 10.1 *Derecho constitucional y sociología*

La sociología, como ciencia, se ocupa del conjunto de las relaciones sociales de la humanidad; su campo de estudio son los fenómenos de la vida social, la costumbre, la moral, las creencias, la economía, la creación artística, el derecho. El término *sociología* fue implantado por AUGUSTO COMTE (1798-1857), fundador del positivismo, para designar en su *Curso de filosofía positiva* (1839), la ciencia de la sociedad. El significado de la expresión ha variado un tanto desde la época de COMTE. No obstante, para la mayoría de los sociólogos, el término sociología designa el conjunto de las ciencias sociales<sup>87</sup>. Cada ciencia social en particular puede, entonces, ser designada por la adición de un calificativo a la palabra sociología; tenemos así una sociología *política*, una sociología *religiosa*, una sociología *económica*, etc.

Como ciencia que se ocupa entonces de los fenómenos sociales, la sociología y en especial la sociología política, tiene también una estrecha relación con el derecho constitucional. Definido el objetivo de este como el del encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos y tomados estos como resultantes de la relación entre los hombres como integrantes de la sociedad, es fácil deducir que la sociología aporta elementos básicos para la estructuración del derecho constitucional.

En efecto, la normatividad jurídico-constitucional, encuadrada dentro del marco de una Constitución, busca regular, como ya se dijo, la organización de los diversos órganos del poder público, así como las relaciones entre el Estado

<sup>86</sup> *Ibíd.*, pág. 141.

<sup>87</sup> MAURICE DUVERGER, *Sociologie politique*, 3<sup>me</sup> éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1966, pág. 2.

y los integrantes de la sociedad, en sus aspectos fundamentales. Naturalmente este ordenamiento no es el producto de una abstracción, sino del conocimiento de una realidad concreta: la vida de la sociedad a la cual ha de aplicarse. Debe ser, en todo caso, la respuesta a los requerimientos de esa sociedad, según su propia naturaleza y las circunstancias de todo orden en las cuales ella se desenvuelve. Una Constitución, más que ningún otro precepto, se elabora y mantiene según la realidad y la vivencia del conjunto de individuos que comprenden la sociedad a la cual ha de aplicarse. Si bien está llamada a consagrar principios de validez permanente y universal, al menos en lo que se refiere a la regulación de los órganos destinados a cumplir las funciones del Estado, debe amoldarse al medio y circunstancias que esos órganos han de regir. A la sociología corresponde estudiar y comprender tanto al medio social, como las circunstancias imperantes en él, y por lo tanto, está llamada a aportar al constituyente y al constitucionalista los datos a partir de los cuales podrá elaborar el andamiaje jurídico-constitucional.

### 10.2 *Derecho constitucional e historia*

“La historia —decía CICERÓN— es testimonio del tiempo, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida, reflejo de la antigüedad”. Para CERVANTES la historia es “émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir”. Para ERICH FROMM, “el hombre se debe a la historia y la historia es obra del hombre”.

La historia es, indiscutiblemente, uno de los grandes auxiliares de toda la ciencia jurídica y particularmente del derecho constitucional. Se dice, con razón, que ella es el fundamento descriptivo de todas las ciencias sociales. La historia no se limita a la recopilación y enunciado de los hechos que se han sucedido a través de los tiempos, sino que a ella corresponde, en buena parte, describir e interpretar esos hechos, sobre todo en cuanto impliquen fenómenos de cambio en la vida social y política de los pueblos. Debe señalar su evolución y explicar, a un mismo tiempo, la vinculación interna o externa entre los mismos. Además, la historia política tiene como uno de sus cometidos esenciales, registrar y analizar objetivamente el desenvolvimiento de las civilizaciones y de los Estados que son producto de ellas. ¿No es, acaso, el Estado uno de los objetivos primordiales del estudio del derecho constitucional? Es, pues, fácil deducir el papel fundamental que el conocimiento de la historia tiene frente al derecho constitucional. A ella habremos de remitirnos constantemente a lo largo de este curso. Sin su contribución y sin la comprensión de los fenómenos históricos que constituyen hitos en la elaboración del mundo jurídico y, en particular, de la normatividad jurídico-constitucional, será muy difícil comprender a cabalidad aspectos esenciales de esta normatividad.

Por otra parte, la historia misma se constituye como una parte importante del estudio del derecho constitucional, a través de la *historia constitucional*, materia adoptada ya oficialmente en muchas facultades de jurisprudencia, al igual que la llamada *historia de las ideas políticas*.

### 10.3 *Derecho constitucional y teoría del Estado*

Todo estudio del derecho público en general y del derecho constitucional en particular —dice CARRÉ DE MALBERG— encierra y presupone la noción del Estado. En efecto, según la definición más difundida, agrega, se debe entender por derecho público, el derecho del Estado, es decir, el derecho aplicable a todas las relaciones humanas o sociales en las cuales el Estado entra directamente en juego. En cuanto al derecho constitucional, es —como su nombre lo indica— la parte del derecho público que trata de las reglas o instituciones cuyo conjunto forma en cada medio estatal la Constitución del Estado. No se puede, pues, prosigue CARRÉ DE MALBERG, abordar el estudio del derecho público, o sea de la Constitución del Estado, sin caer inmediatamente en la pregunta de cuál es la idea que conviene formarse del Estado mismo. Precisar esta idea es también el fin, el objeto propio de la teoría general del Estado. Todos los problemas que remueve esta teoría se resumen esencialmente en la siguiente pregunta: ¿Qué es un Estado?, o mejor aún: ¿Qué es el Estado?<sup>88</sup>. Más adelante habremos de examinar estos conceptos.

A) *¿La teoría del Estado es ciencia autónoma?*—En el anterior concepto del gran tratadista francés podría resumirse la relación existente entre la teoría general del Estado y el derecho constitucional. Pero, acaso, nos preguntamos, ¿la teoría del Estado es una ciencia separada del derecho público y más concretamente del derecho constitucional? Lo cierto es que como tal se le ha venido estudiando desde que fue concebida en Alemania hace más de un siglo. Sin embargo, no ha sido considerada como una ciencia autónoma. Su estrecha relación con las ciencias sociales, en especial con la ciencia política y la sociología, ha sido reconocida por todos los autores. Incluso una corriente muy importante del pensamiento moderno considera que el Estado constituye el objeto de la ciencia política; CARRÉ DE MALBERG opina que el Estado “es la culminación de la ciencia política”<sup>89</sup>. FISCHBACH, por su parte, afirma que la aplicación práctica de la teoría general del Estado corresponde a la política en general, más exactamente a la ciencia política, la cual busca una comprensión mayor de la estructura interna del Estado y una convivencia en el interior de este y de los Estados entre sí. Este mismo autor compara la política como ciencia y la teoría general del Estado, con lo que son la fisiología y la anatomía en la medicina. Del mismo modo que la fisiología tiene por objeto la vida y desarrollo del cuerpo humano, y la anatomía, en cambio, el cuerpo en su estado actual —es decir, prescindiendo de la idea de evolución—, así la política se ocupa del Estado en formación y, en cambio, la teoría general del Estado, del Estado concreto y estable, es decir, del Estado en situación de permanencia<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> RENÉ CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pág. 21.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, pág. 28.

O. G. FISCHBACH, *ob. cit.*, pág. 12.

**B) La teoría del Estado en su aspecto jurídico es derecho constitucional.**

En cuanto a sus relaciones con el derecho, el tratadista alemán GEORG JELLINEK en su *Teoría general del Estado* sostiene que toda la ciencia del derecho cae bajo el dominio de las ciencias del Estado, en cuanto el derecho solo puede ser el producto de una asociación humana. La antigua ciencia del Estado no diferenció suficientemente la doctrina del derecho de la del Estado, porque para ella toda la vida humana en común era un modo de la vida del Estado. La especialización y perfeccionamiento del derecho por los romanos, explica JELLINEK, hicieron de esta una disciplina independiente. De aquí que deba distinguirse entre ciencia del Estado en su sentido amplio, que comprende la ciencia del derecho, y ciencia del Estado en sentido estricto, que es la llamada teoría general del Estado<sup>91</sup>. Por consiguiente, concluye este autor, las ciencias del Estado y las del derecho se encuentran en una íntima conexión y hay disciplinas que necesitan ocuparse de ambas. Son estas, singularmente, aquellas que se ocupan de los caracteres o notas jurídicas del Estado y de las relaciones del mismo. Tal es el caso, principalmente, del derecho constitucional y las otras ramas del derecho público que, como afirma JELLINEK, son tanto ciencias del Estado como del derecho.

Resumiendo, podríamos decir que la teoría del Estado, en un amplio sentido, comprende el estudio de este ente en todos sus aspectos: sociológicos, políticos, históricos, filosóficos, jurídicos. Tal es el objeto de su investigación. Pero el estudio del Estado en el último de los aspectos mencionados, es decir, el jurídico, cae directamente dentro de la órbita del derecho constitucional. Desde este punto de vista puede considerarse la teoría del Estado como ciencia jurídica. Es fundamentalmente en este aspecto que vamos a estudiar al Estado, sin dejar de hacer mención, cuando ello sea necesario, de otros aspectos tales como los históricos o políticos, para una mejor comprensión del tema, teniendo en cuenta que el Estado es, como lo reconocen los diferentes tratadistas, parte sustancial del estudio del derecho constitucional y del derecho público, en general. Al estudio del Estado dedicaremos, pues, la primera parte de esta obra.

<sup>91</sup> GEORG JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1943, pág. 7.

PARTE PRIMERA

TEORÍA DEL ESTADO

## CAPÍTULO I

### NOCIÓN DE ESTADO

#### 1. ¿QUÉ ES EL ESTADO?

En el mundo de hoy es difícil encontrar, aun entre personas de escasa cultura, quién no tenga en mente una noción, así sea muy vaga, de lo que es el Estado, de lo que representa este ente en su vida, de lo que de él puede esperar o puede temer cada cual. Su presencia en el mundo real es un hecho evidente, que se hace saentir en todas las actividades y en todos los momentos de la existencia, desde antes del nacimiento hasta más allá de la muerte; puede decirse que todas las acciones del hombre como ser social, aun las más íntimas o individuales, están en una u otra forma, directa o indirectamente, sometidas a regulaciones y controles estatales o, en última instancia, a la vigilancia imperceptible del Estado. Su realidad resulta, pues, evidente; lo sentimos gravitar sobre nosotros, a la vez que lo estimamos necesario para el desarrollo de nuestra existencia. Sin embargo, la idea que el común de las gentes tiene acerca de lo que es el Estado, es más bien producto de la propia intuición que de una comprensión exacta de lo que significa este ente. En efecto, la mayoría de las personas identifican al Estado con alguno de los elementos que lo constituyen: lo más corriente es que se lo identifique con el poder público y más concretamente con uno de sus titulares: el gobierno. En ello se piensa, cuando se dice, por ejemplo, “el Estado manda”, “el Estado prohíbe”, “el Estado cobra impuestos”. También se lo suele confundir con el territorio, con el *país*, o con su componente humano, con la *nación*.

#### 1.1 *Diversidad de definiciones*

La dificultad surge, pues, al tratar de definir esta realidad, al pretender encuadrar el Estado, como dice XIFRA HERAS, en un sector concreto de la realidad, al intentar establecer las notas que lo individualizan<sup>1</sup>. Definir el Estado no es, pues, en modo alguno, tarea sencilla. A este respecto podría repetirse lo que se dijo atrás al tratar el tema de la definición del derecho.

En efecto, del Estado podrían citarse tantas definiciones cuantos autores han estudiado este ente. En la mayor parte de ellas se encontrarán coincidencias en cuanto se refiere a los elementos que lo constituyen. Por el contrario,

<sup>1</sup> J. XIFRA HERAS, ob. cit., pág. 2.

la diversidad de enfoques sobre su naturaleza o finalidad, es notoria. PLATÓN lo concibió como un ente ideal; ARISTÓTELES como una sociedad perfecta; HEGEL, SAVIGNY y los románticos como un ser espiritual<sup>2</sup>; ROUSSEAU, como la asociación política libremente fundada por los partícipes del contrato social; KANT, como “reunión de hombres que viven bajo leyes jurídicas”<sup>3</sup>; Kelsen lo identifica como una “ordenación de la conducta humana”<sup>4</sup>; CARRÉ DE MALBERG como un conjunto de elementos heterogéneos<sup>5</sup>; DUGUIT lo define como “una agrupación humana fijada sobre un territorio determinado, donde los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles”<sup>6</sup>; BURDEAU, como “titular abstracto y permanente del poder, cuyos gobernantes no son sino agentes de ejercicio esencialmente pasajeros”<sup>7</sup>; ESMEIN como “la personificación jurídica de la Nación”<sup>8</sup>; FISCHBACH como “una situación de convivencia humana en la forma más elevada”<sup>9</sup>. Para HAROLD J. LASKI, el Estado constituye una sociedad de hombres unidos por el deseo de enriquecer la vida colectiva<sup>10</sup>. DEL VECCHIO lo define como “la unidad de un sistema jurídico que tiene en sí mismo el propio centro autónomo y que está, en consecuencia, provisto de la suprema cualidad de persona en sentido jurídico”<sup>11</sup>. BISCARETTI DI RUFFIA, por su parte, lo define como “ente social que se forma cuando en un territorio determinado se organiza jurídicamente en un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno”. Para MARX es un instrumento de dominación de clases; para los anarquistas, en fin, es un obstáculo para la vida y la libertad del hombre. BAKUNIN decía que “el Estado es un inmenso cementerio donde vienen a enterrarse todas las manifestaciones de la vida individual”. LENIN, por su parte, sostuvo que “ahí donde comienza el Estado termina la libertad”. Mussolini, por el contrario, en el otro extremo, afirmaba que “el Estado es el absoluto delante del cual los individuos y los grupos no son sino lo relativo”.

De tal diversidad de definiciones y de enfoques, puede deducirse la extrema complejidad de la tarea de definir de manera certera la naturaleza de este ente. No pareciera, pues, en principio, aconsejable adoptar como definitiva alguna definición en particular, no obstante la precisión y vigor del conte-

<sup>2</sup> J. XIFRA HERAS, *ibídem*.

<sup>3</sup> J. D. RAMÍREZ GRONDA, *ob. cit.*, pág. 142.

<sup>4</sup> H. Kelsen, *ob. cit.*, pág. 107.

<sup>5</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *ob. cit.*, pág. 26.

<sup>6</sup> L. DUGUIT, *ob. cit.*, pág. 346.

<sup>7</sup> G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, pág. 13.

<sup>8</sup> ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, pág. 1.

<sup>9</sup> O. G. FISCHBACH, *ob. cit.*, pág. 9.

<sup>10</sup> H. J. LASKI, *El Estado moderno. Sus instituciones políticas y económicas*, t. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1932, pág. 29.

<sup>11</sup> G. DEL VECCHIO, *Teoría del Estado*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1956, pág. 95.



nido de muchas de ellas, pues todas, sin duda, encierran al menos una parte de verdad: Es evidente que el Estado aparece como un ser espiritual a la vez que como agrupación humana; que él es tanto un ente ordenador de la conducta, como un titular abstracto y permanente del poder; que puede ser, en ciertas circunstancias, un instrumento de dominación de clase o un obstáculo para la libertad individual, como puede y debe ser también una situación de convivencia en la forma más elevada.

De todas maneras nótese que en varias de estas definiciones que, a título de ejemplo, hemos citado, sobre todo en las de contenido más jurídico, se hace referencia a uno o a varios de los elementos constitutivos del Estado, que más adelante habrán de estudiarse.

### 1.2 *Estado en sentido amplio*

En su acepción gramatical amplia *Estado* equivale, entre otros conceptos, a "situación en que está una persona o cosa"<sup>12</sup>. En su acepción político-jurídica, el *Estado* también expresa la idea de una situación, algo que permanece dentro del cambio: la manera de ser o de estar políticamente. En un sentido amplio podríamos decir, entonces, con PORRÚA PÉREZ, que Estado es la manera de ser o de estar construida políticamente una comunidad humana. Pero si examinamos la sociedad humana, como anota el tratadista mexicano<sup>13</sup>, encontramos que dentro del Estado existen otros grupos sociales; que el hombre se relaciona con sus semejantes en asociaciones de distinto orden como son la familia, la Iglesia, las corporaciones, los sindicatos, los partidos políticos, las empresas privadas, etc. Todas estas instituciones son grupos de hombres asociados. Pero el hombre, además de pertenecer, con un fin específico, a una de estas agrupaciones, forma parte también de varias de ellas a la vez: simultáneamente puede ser miembro de una familia, seguidor de un credo religioso, afiliado a un partido político, socio de una empresa o miembro de un sindicato. Pero además, en vista de otro fin específico más elevado, el hombre se asocia con sus semejantes y las diversas agrupaciones de una misma sociedad se asocian entre sí, para constituir un grupo social más amplio, cuyos objetivos son más elevados y permanentes, al cual denominamos Estado.

Las funciones de esta agrupación, su naturaleza y sus fines tienen, como se verá, características diferentes de los otros grupos. Para formar esta asociación humana más amplia, las relaciones que se establecen entre los hombres no son ya exclusivamente de tipo personal o afectivo, económico, cultural, científico, social o religioso, sino de tipo esencialmente *político*. Desde luego, no es posible descartar el complejo de relaciones que entran en juego en la estructuración del ente estatal. Consciente o inconscientemente, los hombres

<sup>12</sup> Diccionario de la Lengua Española, pág. 578.

<sup>13</sup> FRANCISCO PORRÚA PÉREZ, *Teoría del Estado*, 3ª ed., México, Edit. Porrúa Hnos., 1962, pág. 158.

agrupados bajo la forma estatal perciben que esa relación no obedece exclusivamente a una situación política, sino que ella implica, en alto grado, una comunidad de intereses económicos, sociales, culturales y de otros órdenes. Por ejemplo religiosos, cuando se trata de un Estado *confesional*; ideológico, cuando se trata de Estados que profesan oficialmente determinado credo político. Pero la relación por excelencia, de la cual surge el Estado, es la relación política en su sentido más amplio.

Consecuentemente, el Estado puede ser comprendido, en un sentido amplio mediante dos acepciones: como una *estructura social* y como una *estructura de poder*. En el primer sentido se toman en consideración los hechos que están en la base de su organización, primordialmente los hechos sociales, las relaciones humanas. En este sentido el Estado es objeto particular del estudio de la sociología y de la teoría general del Estado; JELLINEK hace en su obra el análisis profundo de la cuestión<sup>14</sup>. En el segundo sentido, es decir como *estructura de poder*, se toman las relaciones de mando y obediencia existentes entre gobernantes y gobernados dentro del Estado, así como el vínculo jurídico que liga a todos sus componentes. Su estudio en este último sentido, aunque también es objeto de la teoría general del Estado, cae directamente dentro de la órbita de nuestro curso, ya que, como dijimos atrás, el derecho constitucional se ocupa fundamentalmente de los aspectos jurídicos y políticos del ente estatal.

### 1.3 Noción de Estado según su origen

Una noción completa de lo que el Estado es en la realidad, debe resultar, pues del conocimiento sistemático de sus diversos aspectos, tanto los jurídicos como los históricos, tanto los políticos como los sociológicos. Para comenzar, es preciso distinguir el concepto de Estado del de *sociedad*. Esta representa el género del cual el Estado constituye una de sus muchas especies posibles. Podríamos avanzar afirmando que es la sociedad política y jurídicamente organizada, ya que la sociedad que llamamos Estado se funda, esencialmente, en el vínculo jurídico entre sus componentes<sup>15</sup>. ¿De dónde surge ese vínculo jurídico? Esta cuestión nos conduce a otra: ¿de dónde surge el Estado? La respuesta a este interrogante será objeto de capítulo posterior<sup>16</sup>. Por ahora veamos qué dicen al respecto, algunos tratadistas de la materia.

PRELOT señala que “hay Estado desde el mismo momento en que aparece la diferencia elemental entre hombres que gobiernan y hombres que obedecen; desde cuando los primeros por fuerza o convicción, son capaces de imponer su voluntad sobre los otros”<sup>17</sup>. Para DUGUIT, puede decirse que “hay Estado

<sup>14</sup> G. JELLINEK, ob. cit., págs. 67 y ss.

<sup>15</sup> J. M. DELGADO OCANDO, *Lecciones de introducción al derecho*, Maracaibo, Ed. Universidad del Zulia, 1974, pág. 399.

<sup>16</sup> V. *infra*, capítulo III de la Parte primera.

<sup>17</sup> Cit. Por JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 48.

cuando quiera que exista en una sociedad determinada una diferenciación política, todo lo rudimentaria o todo lo complicada y desarrollada que sea". La palabra Estado designa, para DUGUIT, sea los gobernantes o el poder político, sea la sociedad en sí misma, donde exista esta diferenciación entre gobernantes y gobernados y donde exista, por lo mismo, una potencia política<sup>18</sup>. M. HAURIUO, por su parte, reserva el nombre de Estado al "conjunto de la población, de civilización ya avanzada, donde el poder político separado de todo elemento extraño, especialmente de toda *patrimonialidad*, toma el aspecto de una autoridad soberana que se ejerce sobre hombres libres"<sup>19</sup>.

No compartimos en este punto los planteamientos de los eminentes tratadistas, por varias razones: a nuestro juicio la tesis de PRELOT sería aplicable solamente al Estado absolutista, el cual se conforma —como se verá luego— sobre la base de la imposición de voluntad de los más fuertes: tal vez el ilustre profesor quiso referirse, en todo caso, a la *organización política*, que más tarde prefiguraría el Estado, y no a este ente en su sentido moderno. M. HAURIUO y DUGUIT, por su parte, también insisten en señalar la diferenciación entre gobernantes y gobernados, la autoridad *soberana*, como el factor que da origen al Estado. Indudablemente es este uno de los factores que van a contribuir para su conformación, pero no es el único. No podría, entonces, señalarse con precisión como único fenómeno que da origen al Estado el que un grupo o una clase hayan asumido, frente a los demás, el poder decisorio dentro de la sociedad, ya que la formación del Estado es "un fenómeno sociológico por antonomasia que obedece a una dialéctica, es decir, es multicausal y no unicausal"<sup>20</sup>. No obstante, la definición de M. HAURIUO es, de las tres, la más acertada, por cuanto habla de "civilización ya avanzada", y pone énfasis en una "autoridad soberana", ejercida sobre "hombres libres".

Los anteriores planteamientos nos llevan a asociar el fenómeno del Estado con el ejercicio del poder en la sociedad política. O, en otras palabras, a considerar al Estado como *estructura de poder*, que es, como atrás se explicó, de las acepciones amplias del término la que nos indica con mayor precisión, en la órbita del derecho, cómo y por qué se ha formado el vínculo jurídico que es de la esencia del ente estatal.

Pero antes de examinar este aspecto del Estado, conviene conocer el origen de su propia denominación, lo cual contribuirá a esclarecer mejor algunos de los rasgos propios de su naturaleza.

## 2. EL NOMBRE DEL ESTADO COMO ORGANIZACIÓN POLÍTICA

El término "Estado", aplicado a la organización política de la sociedad, es decir a ese conjunto que conforma una población, asentada sobre un terri-

<sup>18</sup> L. DUGUIT, ob. cit., pág. 395.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 48.

<sup>20</sup> A. NARANJO VILLEGAS, ob. cit., pág. 135.

torio determinado y sometida a un poder público soberano, apenas empezó a ser utilizada en la época del Renacimiento y generalizada en Europa entre los siglos XVI y XVII, coincidiendo con el proceso de afianzamiento de los Estados-nación de la época moderna. La expresión viene del latín *status* (situación) y fue referida, en este caso, a la situación política en que se encontraba una determinada sociedad organizada. A la utilización de ese término se llegó, entonces, tras un largo proceso de evolución de las organizaciones políticas, que hasta los inicios de la época moderna habían recibido diferentes nombres genéricos: *reinos, imperios, principados, repúblicas, ciudades*.

Para comprender mejor el proceso de conformación del Estado moderno, es importante, entonces, conocer la evolución que tuvo, a través del tiempo, el nombre de las organizaciones políticas.

### 2.1 El nombre de la organización política en Grecia

Fue en Grecia donde se desarrolló, por primera vez, una organización política que, en cierta forma, prefiguraba al Estado moderno dentro del marco de la ciudad, a la cual se denominó *polis*. El vocablo correspondía a la realidad política existente en esa época. El hecho político griego tenía un ámbito territorial correspondiente a los límites de la ciudad, de ahí que se emplee la palabra *política* para denominar lo concerniente a esa comunidad social que es la *polis*. "Todas las tendencias, todos los esfuerzos comunes de los helenos en la religión y el derecho, las costumbres y la sociabilidad, el arte y la ciencia, la propiedad y la agricultura, el comercio y la industria, convergen a la noción de ciudad. Es en la ciudad solamente donde el hombre es un ser jurídico; fuera de ella no hay ni seguridad, ni libertad, ni aun humanidad. Él es un bárbaro y está sometido a una sumisión incompatible con la idea del hombre"<sup>21</sup>.

La ciencia del Estado entre los griegos se construyó, pues, sobre el Estado-ciudad, o la ciudad-Estado, y nunca pudo llegar a comprender el Estado como dotado de una grande extensión territorial. Un nombre que exprese aquella relación en que se encuentra el territorio respecto a los habitantes, no tuvo jamás significación entre los griegos<sup>22</sup>. Empero, más tarde, aparece un fenómeno político más amplio, equivalente al concepto de *comunidad*, al cual llamaron *to-koinón*, que literalmente significa comunidad.

### 2.2 El nombre de la organización política en Roma

En Roma, heredera directa de la teoría política griega, el fenómeno político estuvo restringido, en los primeros tiempos, a la extensión territorial de la ciudad. Se denomina *civitas* a la comunidad organizada socialmente, término que también significa *ciudad*. Además, existió entre los romanos un término para señalar la comunidad de intereses: *res publica*, que significa *cosa común a*

<sup>21</sup> V. BLUNTSCHLI, *Teoría general del Estado*, cit. por M. PRELOT, ob. cit., 1877, pág. 4.

<sup>22</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 103.

*todo el pueblo*, comunidad de los ciudadanos. Este vocablo *república* se siguió utilizando durante muchos siglos para denominar la comunidad política en sentido general.

Con la expansión del imperio romano, esas expresiones no se modificaron; se siguió utilizando el término *civitas*, siendo así que solamente era titular de derechos plenos el *cives romanos*, el ciudadano romano. Posteriormente, con la conquista del mundo conocido entonces, surgió otra expresión para calificar la nueva situación de dominio político sobre el extenso territorio conquistado: la de *imperium*, noción a la cual nos referimos atrás<sup>23</sup>. Después del Edicto de Caracalla, que hizo ciudadanos a los habitantes de la campiña, desplazando hacia todo el territorio adyacente a las ciudades el concepto de Estado, con fines militares, comenzó a transformarse el término tomando otro sentido más amplio<sup>24</sup>.

### 2.3 El nombre de la organización política en la Edad Media

Ya hemos mencionado cómo las invasiones bárbaras, durante la alta Edad Media, acarrearón la disolución de la institución estatal, encarnada en el Imperio. Sin embargo, la idea de Estado subsistió, particularmente en la mente de la clerecía, conocedora de los autores de la Antigüedad clásica, y en la de los príncipes y gobernantes. Poco a poco, especialmente, entre los siglos XIII y XVI, fueron emergiendo del seno del feudalismo los trazos fundamentales del Estado moderno. Más adelante habremos de referirnos a ese proceso. Durante la Edad Media el vocablo latino *imperium* es traducido a diversas lenguas indoeuropeas: *empire* en francés, *imperio* en castellano, *empire* en inglés, etc. Igualmente la palabra *regnum* se traduce al alemán como *reich*, al francés como *royaume*, al castellano como *reino*. Todas estas expresiones dan la idea común de dominación, de imperio, por parte de un príncipe. Pero no hay una clara diferenciación, o mejor, una identificación entre comunidad política y unidad territorial. En Alemania se reservó la expresión *reich* al poder imperial, distinguiéndola de *land*, aplicada a los distintos territorios del reino, con lo cual se identificaba el elemento territorial con el Estado mismo.

### 2.4 Origen de la palabra Estado en sentido moderno

En el Renacimiento se planteó en Italia el problema de distinguir la totalidad del territorio de las diversas comunidades políticas particulares en que se encontraba dividida la península itálica. Cada reino constituía una *ciudad*. Surgió entonces, en el lenguaje jurídico italiano, el término *Stato* (de *status*), sinónimo de situación, que fue unido primero al nombre de la ciudad, v. gr.: *Stato Firenze*. De esta manera, se encontró un término que podría aplicarse a cualquier fenómeno político, sin consideración a la forma que revistiera —monarquía o

<sup>23</sup> V. *supra*, pág. 32.

<sup>24</sup> *Constituto Antoniniana de Civitate*, del año 212.

república—, o a su tamaño —Estado grande o pequeño—. La primera utilización del término en su sentido moderno se atribuye a MAQUIAVELO, al introducir en la literatura política de la época, a través de *El Príncipe* (1515) la expresión “*lo stato*”, para designar el nuevo *status* político.

MAQUIAVELO comienza su obra capital con estas palabras: “*Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados*”<sup>25</sup>. Él analiza también en su obra y de manera bastante precisa, lo que llamó *ragione di stato* de la Edad Moderna. El tratadista G. SABINE comenta: “Más que ningún otro pensador político, fue MAQUIAVELO el creador del significado que se ha atribuido al Estado en el pensamiento político moderno. Aun la propia palabra “Estado”, empleada para designar al cuerpo político soberano, parece haberse difundido en los idiomas modernos en gran parte debido a sus escritos. El Estado como una fuerza organizada, suprema en su propio territorio y que persigue una política consciente de engrandecimiento en sus relaciones con otros Estados, se convirtió no solo en la típica institución política moderna, sino en la institución cada vez más poderosa de la sociedad moderna”<sup>26</sup>.

En efecto, el término *stato* se tradujo luego en el sentido utilizado por MAQUIAVELO, al alemán (*Staat*), al francés (*État*), al español (*Estado*), al inglés (*State*), al portugués (*Estado*) y a las demás lenguas romances. La expresión en el lenguaje político sirvió para designar un fenómeno totalmente nuevo, como lo explica HERMANN HELLER: “A partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era débil e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era además permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política —fenómeno que se produce primeramente en el norte de Italia debido al más temprano desarrollo que alcanza allí la economía monetaria— surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia, de manera característica al Estado de la Edad Moderna del territorio medieval”<sup>27</sup>.

En la anterior explicación, HELLER describe de manera concisa lo que representó, durante el período comprendido entre el final de la Edad Media y la época del Renacimiento, el tránsito del feudalismo al Estado moderno, como fenómeno de desplazamiento de ciertas funciones o actividades fundamentales para la vida de la comunidad, de las manos de los señores a las de un poder

<sup>25</sup> NICOLÁS MAQUIAVELO, *El Príncipe*, 2ª ed., Madrid, Edit. Aguilar, 1951, pág. 25.

<sup>26</sup> G. SABINE, ob. cit., pág. 263.

<sup>27</sup> HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pág. 149.

unificado<sup>28</sup>. El jurista alemán anota cómo los grupos políticos de la Edad Media eran defendidos, dominados y administrados por personas a las que pertenecían, como propiedad, los medios administrativos, ya fuesen de carácter militar, judicial o de otra clase, tales como los armamentos, los medios de transporte, las grandes edificaciones, etc. Gracias a que la base de su poder era la propiedad feudal hereditaria, les fue posible a los feudatarios llevar a cabo la gestión privada de la administración militar y civil, y también alcanzar la independencia económica respecto de su señor feudal. La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizativo, hacia el Estado moderno, consistió —como anota HELLER— en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública, y en que el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto se expropia primero en beneficio del príncipe absoluto, y luego del Estado.

Durante los siglos XVI y XVII la expresión penetró en el lenguaje político alemán y francés. BODIN emplea en *Los seis libros de la república* (1576) por primera vez la palabra *república* como sinónimo de Estado, reservando esta para designar formas concretas de organización, tales como el Estado aristocrático, que llama, utilizando un vocablo arcaico, *état aristocratique*, en contraposición al Estado popular o democrático, *état populaire*. Años después, LOYSEAU habla de *état* en el mismo sentido amplio de MAQUIAVELO. En el siglo XVI se habla de *Estado* para distinguir esta forma de organización de los demás fenómenos particulares como la Iglesia, el ejército, la nobleza. Es, más tarde, en el siglo XVIII, cuando se aplicó para designar la comunidad política aunque en un doble sentido: general, por comunidad política en sí misma y, particular, para designar una demarcación territorial dentro del Estado.

Esta dualidad de significado aún subsiste en nuestro tiempo en los Estados federales, en los cuales se designa de igual manera los territorios miembros del Estado central. En sentido científico estricto, como dice PORRÚA PÉREZ, no debería usarse esta denominación sino la de entidades federativas, pues la palabra Estado debe reservarse para denominar a la organización política a la que corresponde la soberanía plena, que es el Estado federal<sup>29</sup>. Pero esta impropiedad en el uso de la palabra Estado no se limita al caso que acabamos de comentar, sino que es generalizada, al confundirla, en el lenguaje ordinario, con otras expresiones que, equivocadamente, se consideran sinónimos.

### 2.5 Distinción entre el término Estado y otros considerados sinónimos

Aún en la actualidad no se emplea una terminología precisa para diferenciar el fenómeno político que representa el Estado, de otros fenómenos o situaciones similares. Es así que, como ya lo anotamos, frecuentemente se utilizan las palabras *nación*, *páís*, *patria* o *república* como sinónimos de Esta-

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 150.

<sup>29</sup> F. PORRÚA PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 89.

do. Ello puede constatarse, al menos en nuestro medio, en el lenguaje de gobernantes, parlamentarios, políticos, periodistas, e incluso abogados y tratadistas, personas estas que por razón de su profesión, actividad y vocación, deberían ser particularmente cuidadosas en el uso de la terminología. Por ejemplo, al referirse a Colombia, utilizan indistintamente cualquiera, o varios, de los términos mencionados, incurriendo en notoria impropiedad, cuando la diferencia de significado entre ellos es grande.

A) *Nación*.—El término *Nación* se refiere, ante todo, al elemento humano. Puede asimilarse a población o a pueblo, aunque desde el punto de vista sociológico y del derecho público, también hay diferencias entre estos conceptos, como más adelante se explicará<sup>30</sup>. Aunque se habla corrientemente, v. gr., de la nación colombiana o de la nación francesa, no necesariamente como también se verá<sup>31</sup>, ha de vincularse la nación a un territorio determinado. El concepto de *nación* implica una serie de factores que van más allá del simple concepto de población o del vínculo político o jurídico con un Estado. A la formación de las naciones contribuyen una serie de factores ante todo de orden histórico, cultural y sociológico, tales como el haber compartido durante largo tiempo, unas mismas tradiciones, costumbres, historia, y en muchos casos, lengua o religión. Así, existen naciones sin un territorio que les sirva de asiento fijo, como ocurrió durante siglos con la nación judía, o con la nación palestina. Pero también, en el territorio de un Estado pueden convivir diferentes naciones, como ocurrió en el caso de la Unión Soviética, o como ocurre aún en Estados Unidos.

B) *País*.—Este término se refiere ante todo a una porción geográfica; hace relación a un espacio físico, a un territorio o región determinado. Especialmente en Europa se emplea el término en el sentido de región, aunque también en relación con un Estado; dentro de un mismo Estado se habla entonces de diferentes países: así, por ejemplo, en Francia se habla del país bretón o del país alsaciano, como en España del país vasco o como en Inglaterra del país de Gales. Puede decirse, en general, que el país es el territorio que comprende un Estado o, dentro de él, una región.

C) *Patria*.—Esta expresión tiene ante todo un sentido anímico. Es la encarnación de un ideal en el cual se conjugan una serie de sentimientos, una "suma de cosas materiales e inmateriales, pasadas, presentes y futuras que cautivan la amorosa adhesión de los patriotas"<sup>32</sup>. La patria se representa a través de símbolos —una bandera, un escudo, un himno—, y por ello estos símbolos se consideran sagrados, objeto del respeto y la veneración de los

<sup>30</sup> V. *infra*, pág. 99.

<sup>31</sup> V. *infra*, págs. 102 y ss.

<sup>32</sup> Diccionario de la Lengua Española, pág. 31.



habitantes de Estado. La patria concita un sentimiento: el del patriotismo, al cual nos referiremos más adelante<sup>33</sup>.

D) *República*.—En su moderno significado, el término república es una expresión político-jurídica referente a una forma determinada de organización de Estado y de gobierno. En el mundo de hoy los Estados son o repúblicas, en su mayoría, o monarquías. Así mismo, en un contexto histórico, se refiere a la forma que asume un Estado en determinado período; por ejemplo, se dice que Francia vive hoy bajo el régimen de la “Quinta República”, tras haber pasado, en diferentes épocas, después de 1789, por dos imperios, una restauración monárquica y cuatro repúblicas. En Colombia el período de la mal llamada “Patria Boba” (1811-1816) corresponde en realidad a lo que se debería denominar la “Primera República”, puesto que a su caída, tras la reconquista española, se restauró el virreinato, hasta la independencia definitiva lograda en la batalla de Boyacá el 7 de agosto de 1819. Más recientemente, durante algún tiempo se llamó “Segunda República” a la etapa histórica que siguió con la restauración democrática, tras la caída de la dictadura militar el 10 de mayo de 1957.

La expresión Estado, cuya significación estamos dilucidando, tiene alcances diferentes de los arriba mencionados. En cierto sentido los comprendería a todos, pues en el Estado concurren los elementos humano, territorial, anímico, político y jurídico a que se refiere, respectivamente cada uno de ellos<sup>34</sup>. Por otra parte, conviene también hacer la distinción en términos generales entre Estado y régimen político.

### 3. ESTADO Y RÉGIMEN POLÍTICO

El Estado no debe identificarse, pues, con el régimen político que ha adoptado una nación en un momento determinado. El concepto de *régimen político* hace referencia a una vida política más amplia que la vida estatal. Sin embargo, algunos autores, entre los cuales se cuenta DABIN, han sostenido que el Estado abarca la totalidad de la política que se desarrolla en un pueblo, que él “comprende todas las formas de agrupación política y, en el seno de esta especie de organización, todas las formas de poder que revela la historia”<sup>35</sup>. Otros estiman que el Estado es tan antiguo como la primera organización política. Si se admite que Estado y régimen político son una misma cosa, dice MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, el origen del Estado se remontaría, entonces, a tiempos muy lejanos. Entre la organización política griega, la romana, la medieval, la de los pueblos europeos del siglo XVIII y las organizaciones contemporáneas, solo mediaría una diferencia accidental. Tanto en una como en otras se

<sup>33</sup> V. *infra*, pág. 96.

<sup>34</sup> V. *infra*, cap. II, págs. 79 y ss.

<sup>35</sup> Cit. por MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, Edit. Tecnos, 1960, pág. 34.

registrarían los mismos hechos: un poder ejercido sobre un territorio; unos hombres que obedecen ese poder; un grupo de personas con una cierta idea del derecho. Ningún cambio esencial, solo matices particulares.

“Y el Estado sería la anchurosa forma omnicomprendiva de todas esas particularidades históricas”, concluye el tratadista español<sup>36</sup>.

Lo cierto es que, como se explicó anteriormente, ni en la Edad Media ni antes, hubo Estado tal como lo comprendemos hoy. Es patente —dice HELLER— el hecho de que durante medio milenio, en la Edad Media, no existió el Estado en el sentido de una unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actuara de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitada en lo personal y territorial<sup>37</sup>. “El poder, el territorio, el factor humano, el derecho, cambiaron de sentido —afirma JIMÉNEZ DE PARGA— en el marco de la nueva organización política que nace en los comienzos del mundo moderno. La soberanía, como *modo* nuevo del poder; el territorio y el pueblo del Estado, unificados desde arriba, explica él, en cuanto ámbito espacial donde se ejerce un poder y en cuanto conjunto de personas sometidas a un poder intenso, respectivamente; el derecho estatal positivo, o sea con una manera propia de vigencia y con motivos de validez distintos a la bondad intrínseca y a la antigüedad medievales: he ahí los componentes fundamentales de la nueva *ciudad*, del Estado”<sup>38</sup>.

Aclarados los anteriores conceptos, nos encontramos nuevamente ante el hecho de que el fenómeno estatal va estrechamente asociado al del ejercicio del poder en la sociedad política o, más exactamente, como atrás se mencionó, que el Estado en un sentido amplio ha de ser considerado como una estructura de poder, aspecto del cual debemos ocuparnos a continuación.

#### 4. EL ESTADO COMO ESTRUCTURA DE PODER

Toda sociedad —explica BURDEAU—, se ordena en torno a un cierto ideal de vida común, se expande en un estado de conciencia nacido de la solidaridad por la cual sus miembros se sienten unidos. Pero ella no puede vivir y convertirse en una realidad histórica, si no es estimulada por una fuerza impulsora que desencadene y controle los movimientos por los cuales es agenciado el organismo social. Esta fuerza es el poder político. Poder y sociedad nacen juntos; no hay, pues, lugar a oponerlos como un aspecto de la antítesis libertad-autoridad. “El poder, dice BURDEAU, es una condición del orden, y la libertad no es posible sino dentro del orden. De ahí que el poder sea el fenómeno social por excelencia, puesto que, de una parte, él no se concibe fuera de la sociedad y, de otra parte, sin un poder actuante, una sociedad es un cuerpo inerte, próximo a su decadencia”<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> M. JIMÉNEZ DE PARGA, ob. cit., pág. 36.

<sup>37</sup> H. HELLER, ob. cit., pág. 146.

<sup>38</sup> M. JIMÉNEZ DE PARGA, ob. cit., pág. 38.

<sup>39</sup> G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, Paris, 1972, pág. 11.

La distinción entre *gobernantes* y *gobernados* es, pues, característica de toda sociedad. DUGUIT señala cómo en todo grupo humano, desde el más pequeño hasta el más grande, existen aquellos que mandan y aquellos que obedecen, los que dan órdenes y los que las cumplen, los que toman las decisiones y los que las aplican. En consecuencia, en cada grupo social, el poder estará constituido por los gobernantes así definidos<sup>40</sup>.

#### 4.1 Evolución de la noción de poder

Es importante examinar la evolución de la noción de poder, puesto que mediante ese proceso se explica, en buena parte, cómo y por qué llegó a concebirse al Estado como ente ordenador de la conducta humana, con la forma de soporte del poder institucional. BURDEAU lo describe muy acertadamente. Sigamos, a este respecto, los planteamientos del eminente tratadista.

De hecho, dice él, todas las sociedades que el mundo ha conocido, partiendo de las más primitivas, han estado dirigidas por un poder a cargo del cual ha estado la satisfacción de los intereses colectivos del grupo. Pero este poder no ha revestido siempre las mismas formas. En las tribus arcaicas, el poder se confunde con la masa sumisa al conformismo riguroso que imponen las costumbres y las creencias. Luego, a medida que las sociedades van avanzando en su evolución y que las necesidades materiales o las disputas con otros grupos humanos fueron exigiéndolo, apareció una concentración del poder en manos de un jefe a cuyo cargo quedaba la conducción de ese grupo. El poder se encarna, entonces, en una persona, generalmente la más fuerte o la más astuta o la más vieja del grupo. El elegido ejerce así el poder como una prerrogativa personal que a nadie debe, sino a su propia fuerza o prestigio. A este fenómeno se le denomina la *individualización del poder*. Tenía este sistema primitivo la ventaja de asegurar, mediante esa individualización, la cohesión del grupo social y su autonomía frente a los demás grupos. Pero, de otro lado, adolecía de graves inconvenientes.

A) *La individualización del poder y sus inconvenientes.*—A medida que los gobernados fueron teniendo conciencia política, que fueron percatándose de sus propios derechos frente a los gobernantes, se hicieron, al propio tiempo, más exigentes respecto de los gobernantes, con lo cual el poder individualizado fue perdiendo consistencia. Encarnado en un solo hombre, el poder desaparecía al mismo tiempo que él y sobrevenía a menudo la lucha, cada vez más áspera, por su sucesión. El poder individualizado no podía justificarse sino por la fuerza, material o espiritual, de quien lo ejercía. Pero esta fuente de legitimidad no bastaba para garantizar el orden y la paz en el grupo, puesto que no excluía la posibilidad de la arbitrariedad por parte de quienes habían conquistado el poder político. El poder individualizado se vio, pues, condenado por la ausencia de una legitimidad mejor fundada, y por otros factores como la falta

<sup>40</sup> L. DUGUIT, ob. cit., pág. 396.

de continuidad y, por consecuencia, de soberanía, puesto que, como dice BURDEAU, el soberano no es tal si no goza de un título que coloque su autoridad al abrigo de las potencias rivales<sup>41</sup>.

Ciertamente se sabe quien manda —prosigue el jurista francés— pero se ignora de dónde surge el derecho de mandar. Este derecho era conquistado en abierta lucha, generalmente, salvo en los casos en que era reconocido expresamente por todos los miembros del grupo; pero el hecho mismo de originarse en la lucha, desacreditaba ya el fundamento de ese poder. Si el jefe debía imponer su autoridad con las armas en la mano, si un fracaso o una derrota podían eliminarlo o una victoria consagrarlo, entonces el derecho de mandar residía en su persona, estrechamente vinculado a su propia fuerza o suerte. Surgía, así, una situación artificial y difícil de sostener, tanto para el gobernante, cuya autoridad era inestable, como para los gobernados, cuya suerte estaba en suspenso, a la espera de los resultados de los conflictos suscitados por los problemas de legitimidad<sup>42</sup>.

B) *Aparición del Estado como soporte del poder.*—Sin que sea fácil precisar cuándo, llega un momento en las sociedades políticas en el cual las cualidades personales del jefe son insuficientes para explicar la autoridad que él ejerce. La conciencia política que se ha despertado entre los gobernados se resiste a admitir que toda la organización social repose sobre la voluntad exclusiva e incondicional de un solo individuo. Por otra parte, el grupo y los gobernantes mismos se preocupan por diseñar formas de continuidad más durables en la gestión de los intereses colectivos, un sistema de sucesión de la autoridad que evite traumatismos cada vez que el jefe falta, una organización política que garantice, en la medida de lo posible, la conformidad entre las decisiones de los gobernantes y las aspiraciones de los gobernados. Al adoptar un principio de legitimidad aceptado por todos, el jefe regularmente investido se encontraría revestido de una autoridad que a todos se impondría.

La idea de una separación posible entre el poder y los individuos que lo ejercen se abre paso. Empero, si el poder deja de estar incorporado en la persona del jefe, no podrá, sin embargo, quedar sin titular; necesitará un soporte. Ese soporte será el Estado, concebido como asiento de la autoridad política. El Estado es, así, para BURDEAU, una explicación, una justificación y una utilización del fenómeno social que es el poder<sup>43</sup>.

“Sin duda alrededor de esta idea —explica BURDEAU— vienen a agruparse un aparato de servicios públicos, mecanismos constitucionales y administrativos, un personal de gobernantes y de agentes. Pero sería un error —anota él— confundir este agenciamiento de medios y de procedimientos con el Estado mismo. Instituciones, servicios y personal, no son sino medios desti-

<sup>41</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 12.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, pág. 13.

<sup>43</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 13.

nados a hacer posible el cumplimiento de ciertas funciones del poder: ellos no constituyen el Estado y la prueba es que existen aún donde la noción de Estado está descartada". Podríamos decir que son tan solo un aspecto del Estado, uno de sus elementos constitutivos: el encargado de ejercer las funciones que a él corresponden. Así, el hombre concibe al Estado para tener una explicación satisfactoria de todos los fenómenos que caracterizan la existencia y la acción del poder. "Al disociar a la persona del gobernante del derecho de gobernar, dice BURDEAU, la idea del Estado permite subordinar la acción del gobierno a condiciones preestablecidas, y así restituye a la obediencia una dignidad que la sumisión a un solo hombre comprometería seriamente". Los gobernantes no ejercen, entonces, un poder que les pertenece personalmente, sino que pertenece al Estado, y la colectividad puede imponerle a su actividad, a través de los propios mecanismos del Estado, los límites que considere necesarios<sup>44</sup>.

Todo este proceso mediante el cual desaparece la individualización del poder y se transfiere su fundamento al Estado, como soporte más duradero, elevado y seguro, tiene como resultado el que ese soporte, el Estado, aparezca como una institución soberana, esto es, por encima de los hombres y los grupos. De ahí que el Estado se configure entonces como la *institucionalización del poder*.

#### 4.2 *El Estado como institucionalización del poder*

DUVERGER hace una distinción entre potencia material y poder, que conviene tener en consideración. Advierte él que si se habla de *poder* cada vez que una relación humana es desigual, cada vez que un individuo puede obligar a otro a someterse, el poder está en todas partes y todas las situaciones tendrán un carácter político. Por consiguiente, debe hacerse esa distinción. La potencia material, que se manifiesta de diversas maneras —fuerza física propiamente dicha, dominación económica o psicológica— consiste en obligar a obedecer por la simple presión material, muchas veces, quizá las más, contra la voluntad del obligado. El poder propiamente dicho, o más concretamente el *poder político*, aparece cuando aquellos que obedecen creen, además, que es normal para ellos obedecer y que ello es bueno, justo y legítimo. Así, para DUVERGER, el poder comprende dos elementos: la obligatoriedad material, esto es el disponer de los elementos necesarios para hacer cumplir las decisiones, y la creencia en el fundamento legítimo de esa obligatoriedad.

La creencia en la necesidad del poder es un fenómeno que puede considerarse natural y generalizado en toda sociedad humana. La realidad social trae consigo la idea de un jefe, de una autoridad, de un poder, y este factor juega un papel decisivo en su organización. DUVERGER afirma que el poder en la sociedad aparece como un fenómeno tan natural como el agua, el fuego, el granizo o la lluvia en el universo físico. Y añade que la idea de que se pueda

<sup>44</sup> *Ibíd.*, pág. 14.

vivir sin jefes aparece absurda —al menos a primera vista— porque en todas partes se vive bajo alguna autoridad. La existencia del poder es un supuesto de la conciencia que la formación intelectual viene a reforzar. No hay poder legítimo en sí, dice DUVERGER, sino poderes que se juzgan legítimos. Y define la legitimidad como “la cualidad que presenta un poder de estar conforme a la imagen del poder que se juzga valedera en la sociedad considerada”<sup>45</sup>. Así, para quienes creen en la legitimidad de la monarquía, el poder será legítimo si reposa en las manos de un rey, heredero de la dinastía reinante; para quienes creen en la legitimidad democrática, el poder debe provenir de elecciones populares y libres; los gobernantes serán legítimos, si han surgido de esas elecciones.

Al poder que se fundamenta en la convicción del gobernado de que es justo y legítimo para él obedecer, es decir, aquel que emana del Estado concebido como soporte, se le denomina *poder institucional*, para diferenciarlo del simple poder material. BURDEAU define la institucionalización del poder como “el acto por el cual el fundamento del poder es transferido de la persona de los gobernantes a una entidad”<sup>46</sup>. Como ya se vio, ese acto no se cumple de un momento a otro, sino que es el resultado de una larga evolución, mediante la cual se cumple un proceso de adaptación de las estructuras jurídicas a las aspiraciones colectivas. Sea como fuere el ritmo de esta evolución, su resultado es el mismo: por una parte, la separación entre el poder y quienes de hecho ejercen sus atributos y, por otra parte, la aparición del Estado como institución titular del poder jurídico. Pero, como advierte el mismo BURDEAU, no es un poder cualquiera el que puede ser incorporado a la institución estatal, sino tan solo aquel que encuentre en el medio social la atmósfera favorable a su institucionalización. No puede decirse, pues, que el Estado sea únicamente el resultado de una voluntad conciente aplicada a su realización; su formación está subordinada a la existencia de condiciones espirituales y materiales tales, que la institucionalización se convierte en una necesidad inevitable.

## 5. DEFINICIÓN DE ESTADO EN SENTIDO AMPLIO

Estudiada la noción de Estado partiendo de los diversos enfoques que sobre su naturaleza se han dado, examinado el origen del nombre de la organización política y el alcance de su significado moderno, y analizado su aspecto jurídico-político predominante como institucionalización del poder, podemos señalar, en conclusión, que el término *Estado* puede ser comprendido en tres sentidos diversos, cuya distinción es útil establecer.

A) En sentido *amplio*, puede entenderse por Estado *un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio*

<sup>45</sup> M. DUVERGER, ob. cit., pág. 10.

<sup>46</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 15.

*determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados.* En este sentido decimos, por ejemplo, que Colombia es un Estado, o que Francia es un Estado.

En la anterior definición encontramos los elementos constitutivos del Estado: a) Un “conglomerado social, política y jurídicamente constituido”, esto es la *población*; b) un *territorio* determinado, elemento físico; c) una “autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos”, es decir, el *poder público soberano*; y d) el *reconocimiento de la soberanía por otros Estados*. En el capítulo siguiente se estudiarán por separado cada uno de estos elementos.

Esta definición es la que nos servirá en lo sucesivo para determinar claramente el ente de cuyo estudio nos ocupamos en esta primera parte. De ella puede deducirse que el Estado es un todo, una unidad que comprende diversos *elementos* que concurren por igual en la conformación de ese ente.

B) En sentido *restringido*, la expresión Estado equivale, dentro de esa sociedad políticamente organizada, a los órganos que ejercen el poder público, esto es los *gobernantes* en sentido amplio, o sea quienes están investidos de autoridad sobre el conglomerado que forma la Nación. En este sentido se habla, por ejemplo, de un *Estado intervencionista* o de un *Estado absolutista*.

C) En sentido *más restringido*, la palabra Estado se asimila dentro de la organización general de los poderes públicos, al *poder central*, del cual emanan los demás, directa o indirectamente. Se habla, entonces, de Estado central por oposición a las comunidades locales, a los departamentos, provincias, regiones, organismos descentralizados, etc.

A lo largo de esta obra, el término *Estado* se utilizará fundamentalmente como ya dijimos, en su primer sentido, es decir, en su sentido amplio, conforme lo hemos definido. La expresión en sus otros dos sentidos, será tangencialmente empleada, cuando la naturaleza del tema tratado lo exija para su mejor comprensión. Para que la definición que hemos dado del Estado en su sentido amplio sea mejor comprendida, es preciso examinar en seguida los elementos que constituyen este ente, los cuales han quedado incluidos en ésa definición.

## CAPÍTULO II

### LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

Para determinar la naturaleza de los elementos del Estado ha habido entre los tratadistas, clásicos y contemporáneos, diversidad de criterios. Para la mayor parte de los autores se trata de elementos *constitutivos*: sin embargo, para algunos, como DABIN, son elementos *determinantes*, en tanto que para otros, como HAURIU, son elementos *sociales*; FISCHBACH los denomina *elementos particulares*; para KELSEN son *esferas de validez*, mientras que para HELLER son *condiciones naturales y culturales de la unidad estatal*; BURDEAU los denomina *condiciones de existencia* del Estado; muchos otros autores, en fin, los consideran elementos *previos* o *presupuestos sociológicos* del Estado. Todas estas calificaciones pueden considerarse como valederas, de acuerdo con el enfoque que se haga de la naturaleza de ellas. Desde luego, es importante tomar en cuenta los criterios de diferenciación, particularmente en lo que respecta a elementos *previos* y elementos *determinantes*; sin embargo, todas esas expresiones tienden a un mismo objetivo: señalar los elementos que conforman el Estado, o sea aquellos sin los cuales este o no llega a configurarse o dejaría de existir como tal. Preferimos, entonces, examinarlos con la denominación genérica de *elementos del Estado*, abarcando así ampliamente este campo de investigación.

#### 1. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

La doctrina tradicional ha considerado que los elementos del Estado son tres: la *población*, el *territorio* y el *poder público* o *autoridad*. Se debe anotar que a este respecto ha habido también discrepancia entre los autores, según el modo de considerarlos. En cuanto a los dos primeros —población y territorio— puede decirse que hay unanimidad en señalarlos como elementos básicos, aunque hay diferenciación en la terminología empleada: algunos, por ejemplo, hablan de “pueblo” y otros de “Nación”, en lugar de “población”. En ambos casos, como más adelante se explicará, esos términos son inapropiados, ya que tanto la palabra “pueblo” como la palabra “Nación” tienen significados muy precisos en el derecho constitucional, que no corresponden al de *población* como elemento del Estado. En cuanto al tercero, la diferenciación va un poco más lejos: para algunos tratadistas, como CARRÉ DE MALBERG, ese elemento es la *potestad pública*; para BURDEAU es el *consentimiento al poder*;



XIFRA lo denomina *poder autónomo*; DUGUIT, *distinción entre gobernantes y gobernados*; otros muchos lo denominan *gobierno*. A nuestro juicio el término *poder* encierra la esencia de lo que se quiere considerar como tercer elemento del Estado, por lo cual creemos adecuado adoptarlo.

Además, es necesario tener en consideración otra diferenciación de conceptos, en cuanto a que para muchos autores hay que agregar un cuarto elemento a los tres de la doctrina tradicional. Así, para A. HAURIUO, ese cuarto elemento sería el *orden económico, social, político y jurídico a cuya realización se dedica el poder*<sup>1</sup>. Para algunos tratadistas italianos, como GROPPALI, seguidos por PORRÚA PÉREZ, ese elemento sería el *fin que persigue el Estado*. Ambos conceptos coinciden, pues, en señalar el fin del Estado, como elemento del mismo, lo cual consideramos un tanto impreciso, ya que, a nuestro juicio, no deben confundirse los elementos que componen un ser con el fin que persigue. Por nuestra parte, estimamos que, en efecto, es necesario incluir un cuarto elemento del Estado, sin el cual este ente no llega a configurarse con la plenitud de sus atributos: *el reconocimiento de su soberanía por otros Estados*. A él dedicaremos una parte de este capítulo.

Vamos, pues, a examinar cada uno de estos elementos, los cuales han quedado involucrados en la definición que de Estado en sentido amplio hemos dado.

## 2. LA POBLACIÓN O ELEMENTO HUMANO DEL ESTADO

Hemos comenzado nuestra definición de Estado, en su sentido amplio, diciendo que es un *conglomerado social, política y jurídicamente constituido*. Ese conglomerado humano es lo que constituye, en términos genéricos, la *población* del Estado. La existencia de un Estado supone necesariamente, como elemento previo, una población. Este elemento está en la base misma de la organización estatal; constituye su sustrato. La población está compuesta por un conjunto de personas, de seres racionales que cumplen un ciclo vital determinado, durante el cual persiguen a la vez fines individuales y colectivos. Así, la población puede ser considerada a la vez, como elemento humano y como elemento sociológico; este resulta de la voluntad de ese conglomerado de convivir en busca de la realización de sus fines colectivos y aun individuales. Esta solidaridad del grupo se manifiesta desde las primeras organizaciones sociales, la familia, la horda, el clan, la tribu; luego se traspa al marco de la ciudad y, en un estado más evolucionado, al de la provincia o país bajo la autoridad de un príncipe o señor. Ya en la época moderna, ese sentimiento se cristaliza alrededor de la idea de *Nación*, suscitándose en torno a ella un *sentimiento nacional*, en el cual se resumen hoy las afinidades que aproximan a

<sup>1</sup> A. HAURIUO, ob. cit., pág. 114.

los miembros de toda comunidad política<sup>2</sup>. La población, como elemento del Estado moderno, se concibe entonces en la forma de una Nación. El proceso de formación de este concepto ha sido en extremo complejo como se verá más adelante.

Para comenzar, es preciso distinguir los conceptos de *sociedad*, *población*, *pueblo* y *nación*.

### 2.1 *Sociedad, población, pueblo y nación*

El término *sociedad* tiene una connotación muy amplia; representa el género, del cual pueden darse muchas especies. Comprende a cualquier conglomerado humano, no importa su forma, modalidad, extensión o grado de desarrollo. En términos generales puede definirse, pues, como una reunión de hombres que llevan una vida en común. La sociedad resulta de la propia naturaleza humana: el hombre, por naturaleza, es un ser social.

Por *población* entendemos también a un conjunto de personas, pero ya ubicadas dentro de un marco concreto: el Estado. Como se verá, la población del Estado la constituyen todas las personas que en él se encuentren, ya sea en calidad de nacionales o de extranjeros, ya sea como residentes o transeúntes. Lo que los define como población es su común sometimiento a la Constitución y a las leyes de ese Estado. El concepto de *pueblo* es más restringido: se usa en derecho constitucional y en ciencia política para designar a aquella parte de la población que tiene derechos políticos, que puede participar en la elección de los gobernantes. De esta manera, todos aquellos que constituyen el pueblo de un Estado son calificados como ciudadanos suyos, y normas legislativas concretas suelen regular las diversas modalidades relativas a la adquisición, pérdida y eventual recuperación de la *ciudadanía*, concepto que estudiaremos más adelante<sup>3</sup>. En cuanto al concepto de *Nación*, podemos decir que es una especie de sociedad humana caracterizada por su alto grado de evolución sociológica e histórica, y por tener en común diversos elementos que, con el transcurso del tiempo, llegan a generar un sentimiento común de solidaridad y destino<sup>3 bis</sup>. Antes de examinar cómo surge el concepto de Nación, conviene conocer cuáles fueron las primeras organizaciones sociales, a través de las cuales se llegó a la formación de las naciones y de los Estados.

### 2.2 *Primeras organizaciones sociales*

Mucho antes de configurarse las organizaciones políticas, el hombre había concebido otro tipo de organizaciones de carácter social, y durante milenios vivió sujeto a las costumbres y condicionamientos impuestos por ellas.

<sup>2</sup> B. JEANNEAU, ob. cit., pág. 3.

<sup>3</sup> V. *infra*, pág. 99.

<sup>3 bis</sup> Cfr. P. LUIS IZAGA, *Elementos de derecho político*, t. I, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1951, pág. 55.

Esas organizaciones partieron, naturalmente, de *la familia*, y pasaron, en el transcurso de largos siglos, por las etapas de *la horda*, *el clan* y *la tribu*, correspondientes cada una a un mayor grado de civilización social, hasta llegar a transformarse, en las últimas centurias en la forma de organización política que es el Estado.

A) *La familia*.—La primera organización social concebida por el hombre —a la vez impuesta por la naturaleza misma— es la familia. Ella es y seguirá siendo la célula de la sociedad. Del núcleo familiar va a partir, desde la aparición del *homo sapiens* sobre la tierra, la evolución incesante, aunque muy lenta, de la sociedad humana. En el interior del núcleo familiar se yergue también, como fenómeno natural, la autoridad de los padres, y particularmente la del padre, quien es no solo la persona más fuerte y de mayor experiencia del grupo, sino generalmente la de más edad. El padre era considerado protector y suma autoridad del núcleo familiar. En casos excepcionales —los matriarcados— ese papel correspondía a la madre. Las leyes de Manú, por ejemplo, establecían que “la mujer, durante la infancia, depende del padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de su hijo, y a falta de estos, de los parientes de su marido”. El padre era, pues, jefe supremo del hogar —*lar familiar*—, juez y sacerdote, al cual correspondía mantener el culto a los *dioses tutelares*.

B) *La horda*.—La necesidad de protección contra los enemigos externos<sup>4</sup> hizo que las familias se agruparan en hordas. Estas consistían en grupos de familias reunidas sin reglas fijas establecidas, y que vivían en un régimen de promiscuidad. El sentimiento prevaleciente en la horda era el de la defensa común, el de la búsqueda de la subsistencia para el grupo; para ello contaba sobre todo el factor de la fuerza física o la habilidad de los más fuertes. En torno a ese elemento se congregaba la horda. Otra característica de esta forma de organización social primitiva, era el *nomadismo*: eran grupos trashumantes, cuyo asentamiento sobre un territorio era apenas transitorio. Esta forma se mantendría hasta cuando se configurara un nuevo tipo de organización social: el clan.

C) *El clan*.—Tras una larga evolución en los hábitos y costumbres del grupo social y como producto del sentimiento de solidaridad nacido en el seno de la horda, surge el clan como nueva forma de asociación. Con esta nueva forma el grupo deja ya de ser nómada para volverse *sedentario*; es decir, que se asienta sobre un territorio fijo, cuya explotación acomete de manera permanente. Es el comienzo de la agricultura primitiva. El clan, o *gens* latino, posee un *tótem*, considerado progenitor del grupo —podía estar representado por un ser animado o inanimado, animal o vegetal— del cual el grupo toma su nombre, y se personifica en el jefe del clan.

<sup>4</sup> V. *infra*, cap. III, págs. 140 y ss.

D) *La tribu*.—A medida que el clan va evolucionando en su organización social y se introducen en él nuevos factores de solidaridad, se va configurando la tribu. Esta forma de organización social posee ya un carácter más definido y permanente. Se asienta sobre un territorio determinado, concibe una división de la tierra y del trabajo; pero, sobre todo, está dotada de una organización política más estructurada y jerarquizada, que cuenta con órganos de gobierno e incluso con una organización militar o guerrera estable. Son estas formas de organización social —las tribus— las que dan origen, en última instancia a la formación de la ciudad y, más adelante, a la concepción de la idea de Nación.

### 2.3 Estadios de la evolución humana

El antropólogo inglés LEWIS H. MORGAN hizo en su obra *La sociedad antigua* (1877), una descripción de la evolución de la sociedad humana, que ha servido de base a muchos de los estudios hechos posteriormente sobre este tema, incluyendo la obra de FRIEDRICH ENGELS, *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Para MORGAN, la cultura humana se desarrolló en el último período de la era cuaternaria, en tres etapas: *salvajismo*, *barbarie* y *civilización*. Siguiendo el resumen hecho por MANUEL GAONA CRUZ<sup>5</sup> de los planteamientos de MORGAN, estas etapas se pueden sintetizar así:

A) *Salvajismo*.—Comprende los estadios inferior, medio y superior. El *estadio inferior* es la infancia del género humano; los hombres permanecían predominantemente en los bosques y vivían en los árboles para protegerse de las fieras; el hombre era impotente ante la naturaleza. Se alimentaba de frutas, bayas y raíces; se valía de la naturaleza pero sin explotarla. Utilizaba un lenguaje articulado, en un estado de transición entre la naturaleza prehumana y la humana. Es este el estadio previo al *homo sapiens*, que va entre el millón de años y los 900 mil años anteriores a este.

El *estadio medio* corresponde a la *edad de piedra* sin pulimentar, o *Paleolítico*. En sus comienzos el hombre deja los árboles y se vuelve nómada y más independiente del clima y del lugar donde había permanecido, para extenderse sobre la tierra. Comenzó a utilizar toscos instrumentos de piedra sin pulir, el mazo y la lanza de madera, de los cuales se servía para pescar y cazar. Además descubre el fuego por la fricción de piedras o de palos, el cual utiliza para cocinar los alimentos y para calentarse. En esta etapa el hombre es antropófago.

El *estadio superior* corresponde a la edad de piedra pulida, llamado *Neolítico*. Comienza, según MORGAN, con la invención del arco, la cuerda, la flecha y el hacha, que permiten que la caza y la pesca se hicieran de manera más racional. Ya en este estadio el hombre domina en gran medida la naturaleza y se convierte en sedentario. Comienza a construir viviendas de arcilla, piedra o madera en las cuales fija su residencia, y produce rudimentarios me-

<sup>5</sup> MANUEL GAONA CRUZ, *Estudios constitucionales*, Bogotá, Ed. Ministerio de Justicia, Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, págs. 11 y ss.

dios de subsistencia como vasijas y objetos de madera pulida, tejidos manuales, cestos trenzados con juncos, etc. Fabrica además piraguas con troncos de árboles y con ellas inicia la navegación. Utiliza las pieles para vestirse y cubrir sus viviendas.

**B) Barbarie.**—Comprende también tres estadios. El *estadio inferior* nace de la costumbre de recubrir con arcilla las vasijas de cestería o madera, para hacerlas resistentes al fuego, con lo cual se llega a la alfarería, y con ella al arte manual, o artesanía. En este estadio se logra la domesticación de los animales y el gran descubrimiento de la agricultura. El *estadio medio* de la barbarie corresponde a la sistematización de la vida pastoril y agrícola del hombre. Se perfeccionan las técnicas de domesticación, cría y alimentación de los animales y de cultivo de plantas y cereales. La antropofagia empieza a desaparecer y los hombres, unidos en clanes y tribus, comienzan a emigrar e invadir otros territorios poblados. Es una etapa de cruces raciales. El *estadio superior* corresponde a la *Edad de Hierro*, llamada así porque el hombre ya puede fundir el mineral de hierro y transformar los utensilios de labranza y cacería, y fabrica armas de guerra más resistentes. Este estadio constituye, según MORGAN, la antesala de la civilización, que comenzará con la invención de la escritura.

**C) Civilización.**—Este estadio implicó una verdadera revolución para el hombre y superó a todos los anteriores juntos. Comienza con la invención del arado tirado por animales, que hizo posible la roturación sistemática de la tierra en gran escala, con el cual aumentó considerablemente la producción agrícola. Ello va unido a la tala de los bosques y su transformación en tierras de cultivo. La población se concentró en centros urbanos: la humanidad se “urbaniza”, haciendo posible el progreso en el arte, la técnica, la ciencia y también en la política. Los conocimientos y descubrimientos se propagan: molino de brazo, fragua de fuelles, rucas, carretas, embarcaciones hechas de tablones y vigas, producción de aceite y de vino, productos de decoración, tejidos en telares, etc. También en este estadio se inició verdaderamente la arquitectura. En esta época encontramos las primeras ciudades en Sumeria, los griegos de la época heroica, las tribus itálicas anteriores a la fundación de Roma, los germanos de Tácito, los vikingos, etc.

La civilización, con sus avances en todos los campos, permitió a los pueblos, con el transcurso de siglos de vida en común, llegar a convertirse en *naciones*.

#### 2.4 De dónde surge la idea de Nación

Las naciones modernas, dice DUGUIT, son formaciones sociales de una infinita complejidad, compuestas por diversidad de elementos concomitantes. Surgieron del mundo antiguo, del régimen feudal que durante siglos imperó en Europa, cuyos elementos, amalgamados y organizados bajo el influjo de causas diversas, dieron nacimiento, tarde o temprano, al país, a la Nación moderna<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> L. DUGUIT, ob. cit., pág. 4.

La Nación moderna es pues resultante de una serie de factores de orden histórico, sociológico, cultural, político, económico y otros muchos que se conjugan en la formación de ese concepto. De manera que el *sentimiento nacional*, es decir, la idea de formar parte de una Nación, no es algo que surja espontáneamente ni que pueda imponerse de manera artificial: es el resultado de la toma de conciencia de todo un conglomerado de las cosas materiales e inmateriales que le han sido, le son y le serán comunes; es el sentimiento de haber vivido por generaciones sobre un mismo suelo, de haber compartido una misma historia, de tener, por consiguiente, tradiciones y glorias comunes. Es tener en el presente intereses colectivos y fe en unos mismos valores; implica, además, forjarse para el porvenir ideales, objetivos y metas cuyo logro beneficiará a la colectividad entera. En una palabra, el sentimiento nacional consiste en considerar a la Nación como el símbolo unitario de intereses, aspiraciones, sentimientos y glorias comunes.

A) *Concepto anímico de Nación*.—Muchos son los conceptos que han sido expuestos sobre la esencia del ente nacional, no solo por parte de juristas, sino de literatos y políticos. Hay entre ellos algunos de gran belleza lírica, que llenan a la vez los requerimientos científicos para comprender la idea. ERNEST RENAN, por ejemplo, describe así a la Nación: “Tener glorias comunes en el pasado, una voluntad común en el presente; haber hecho juntos grandes cosas, querer hacer muchas más; he ahí las condiciones esenciales para ser un pueblo... En el pasado, una herencia de glorias y remordimientos; en el porvenir, un mismo programa que realizar... La existencia de una Nación —concluye él— es un plebiscito diario”<sup>7</sup>. MAURICE BARRÉS al hablar de la Nación dice que “a ella estamos unidos por la inmovilidad de los sepulcros y el vaivén de las cunas”. Para MANZINI, en una definición un poco más científica, la Nación es “una sociedad natural de hombres con unidad de territorio, de costumbres y de lengua y con una vida y conciencia comunes”. Lo cierto es que la Nación es un concepto que encuentra su origen en un sentimiento arraigado en las fibras más íntimas del ser: el sentimiento de una solidaridad que impele a los individuos a unirse en su voluntad de vivir juntos. Ese sentimiento es el que llamamos *sentimiento nacional*.

FEDERICO CHABOD, en su obra *La idea de Nación* afirma: “Decir sentimiento de nacionalidad es decir sentimiento de individualidad histórica. Se llega al principio de nación cuando se llega a afirmar el principio de individualidad; es decir, a afirmar, contra tendencias generalizadoras y universalizantes, el principio de lo particular, de lo singular. Por esto, la idea de nación surge y triunfa al surgir y triunfar aquel grandioso movimiento cultural europeo llamado Romanticismo, el cual hunde sus primeras raíces ya en el siglo XVIII, precisamente en las primeras manifestaciones del modo de sentir y de pensar

<sup>7</sup> Cit. *Diccionario político de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Ed. Mundo Atlántico, 1948, pág. 499.

románticos, y triunfa plenamente en el siglo XIX, cuando el sentimiento de lo individual domina el pensamiento europeo”<sup>8</sup>. Anota este autor como “el predominio del sentimiento de nación no es sino un aspecto particular de un movimiento general que, en contra de la ‘razón’ —valiosa para los hombres de la Ilustración—, reivindica los derechos de la fantasía y del sentimiento; contra el buen sentido equilibrado y contenido, proclama los derechos de la pasión; contra las tendencias a nivelarlo todo bajo la insignia de la filosofía y contra las tendencias antiheroicas del siglo XVIII, exalta precisamente al héroe, al genio, al hombre que rompe las cadenas de la vida común y las normas tradicionales, caras a los filisteos burgueses, y se lanza a la aventura”<sup>9</sup>.

Como anota el autor citado, “no es que el término *nación* fuera desconocido hasta entonces. Todo lo contrario. Lo encontramos desde la Edad Media: basta pensar en su uso tanto en las universidades, divididas justamente por «naciones» (Bolonia, Padua, París), como en los grandes concilios y también en otras ocasiones, como cuando se habla de los comerciantes de la nación «lombarda» en Francia en el siglo XIII, etc. Se encuentra ya también en sentido político: así, por ejemplo, en GUILLERMO DE OCCAM, donde se habla de la *translatio imperii*”<sup>10</sup>. Cabe señalar que el término nación en esa época equivalía a “provincia” o a “región”.

Los factores que contribuyen a la conformación de una nación son, pues, múltiples y diversos: la comunidad de raza, de lengua, de religión, de costumbres, de tradiciones, de vivencias históricas. Sin embargo, los primeros enunciados —raza, lengua, religión—, si bien es cierto en una primera fase de la formación de las naciones pudieron ser determinantes, con el correr de los tiempos dejan de serlo: en el mundo de hoy existen naciones, probablemente la mayoría de ellas, conformadas por individuos de diferentes razas, que hablan diferentes lenguas y que practican diferentes religiones. Tal es el caso, por ejemplo, de la nación colombiana o, si se quiere, de la nación latinoamericana, admitiendo que se pueda hablar de ella. O también de la nación judía, o de la nación árabe. Mucho más determinantes son los otros factores arriba enunciados: la comunidad de costumbres, de tradiciones, de historia; son estos los que en realidad dan origen y consistencia a lo que se llama *sentimiento nacional*, es decir, a ese sentimiento que todo un conglomerado humano experimenta, consciente o inconscientemente, de haber compartido un largo transcurso de historia común, con sus glorias, sus frustraciones, de mantener unas tradiciones y costumbres que lo identifican como comunidad nacional y lo diferencian de otras comunidades, y de encaminarse hacia un porvenir común. Como dice BURDEAU, más fuerte que esos lazos culturales, religiosos o étnicos, es el

<sup>8</sup> FEDERICO CHABOT, *La idea de nación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pág. 19.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 23.

<sup>10</sup> *Íd.*, *ibíd.*

sentimiento de solidaridad del conglomerado, sin el cual la nación no podría existir<sup>11</sup>.

B) *Patriotismo y nacionalismo*.—La intensidad de ser nacional se revela por el *patriotismo* de sus miembros. BURDEAU define este sentimiento como “el don de sí mismo a un modo de vida, a un sueño de porvenir compartido, que conduce a preferir la salud de la comunidad a la satisfacción de egoísmos particulares”<sup>12</sup>. Para el tratadista francés, el factor más eficaz de esta solidaridad entre los individuos de la cual procede la comunidad nacional, es la representación que ellos se hacen del objetivo social. Evidentemente las tradiciones, el recuerdo de una historia común, los factores de comunidades étnica y cultural, juegan un papel importante. “Pero si los miembros del grupo se apegan tan fuertemente a ellos, dice BURDEAU, es menos por el pasado que evocan que por las promesas que contienen para el porvenir.

“La Nación, agrega él, es continuar siendo lo que uno ha sido; es, pues, a través de un apegamiento al pasado, una representación del futuro”.

Definido así el concepto del sentimiento nacional, que revierte en otro fenómeno concomitante —el del patriotismo de los miembros de la comunidad—, conviene diferenciar estos sentimientos, del *nacionalismo*. El nacionalismo, tomado el término en sentido peyorativo, es una distorsión del patriotismo, que consiste en explotar el sentimiento nacional de un pueblo con fines políticos y, en ocasiones, económicos y bélicos. Ha sido utilizado en la época moderna, principalmente por Estados con sistema de gobierno autoritario de tipo fascista, como la Alemania de HITLER o la Italia de MUSSOLINI, en los cuales se apeló a ese sentimiento en forma tan sistemática y agresiva, que precipitó a estos pueblos a su autodestrucción en la segunda guerra mundial. En la época actual, se apela frecuentemente al nacionalismo en los países del llamado Tercer Mundo, particularmente en los Estados árabes y en ciertos Estados africanos. Aun en el seno de sociedades socialistas, cuya filosofía se inspira en el internacionalismo marxista, se da hoy muy arraigado el fenómeno del nacionalismo. En el fondo del conflicto chino-soviético, por ejemplo, está latente un problema del nacionalismo por parte de ambos Estados.

Naturalmente el término *nacionalismo* puede utilizarse en buen sentido, como cuando se habla de *sano nacionalismo*, lo cual equivale a patriotismo. Este no es otra cosa que el sentimiento de amor a la patria, el cual implica compartir el orgullo por sus valores históricos, morales y culturales, así como el deseo sincero por superar sus problemas y necesidades, buscando para ella un futuro de prosperidad y de paz, y trabajando por lograr este objetivo.

C) *La patria y los símbolos patrios*.—La plena realización del concepto de Nación tiene lugar en torno al sentimiento de patria. Puede decirse, en-

<sup>11</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 19.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 19.



tonces, que la patria es la encarnación ideal de una Nación. Como se explicó anteriormente, el concepto de patria tiene, ante todo, un sentido anímico; es la representación ideal de toda una serie de valores comunes, materiales e inmateriales, que se han compartido por un mismo pueblo a través de los tiempos, como son la historia, las tradiciones, las costumbres, el espacio físico, las riquezas materiales, las glorias, los fracasos, las esperanzas, las frustraciones, el saber que se tiene un mismo pasado y se va hacia un mismo porvenir. Siendo básicamente un concepto ideal, la patria se representa a través de símbolos; y por ello esos símbolos se consideran sagrados. Los símbolos patrios son la *bandera*, el *escudo* y el *himno* o canción nacional. El irrespeto o menosprecio de estos símbolos es considerado, en todas las legislaciones, como una falta grave, inclusive como un delito que se castiga con severas penas. No puede ser menos, si se tiene en cuenta que la ofensa infligida a uno de estos símbolos es una ofensa que se hace al honor y al sentimiento de todo un pueblo, que ve en ellos encarnado su ideal de patria.

Por otra parte esos símbolos son, y han sido desde la más remota antigüedad, objeto de culto especial. Las tribus de Israel tenían, cada una, insignias que las distinguían de las demás; en Egipto esa insignia era el animal sagrado de la familia; HOMERO relata que en el sitio de Troya Agamenón utilizó un velo púrpura como distintivo y guía de sus tropas; los hindúes utilizaban el dibujo de un dragón como emblema; los asirios, pueblo guerrero, utilizaban el de una paloma; los atenienses tenían el ramo de olivo como su símbolo; los persas enarbolaban un águila de oro en la punta de una pica; los romanos también escogieron el águila como emblema de sus legiones. No hubo pueblo de la antigüedad que no tuviera su propio símbolo, a través de una bandera o de una figura. En la Edad Media y el Renacimiento, cada familia noble, cada ciudad, cada corporación, cada principado ostentaba su propia bandera como símbolo de soberanía y poder.

Esta tradición ha pasado a los tiempos modernos, y no hay Estado del mundo que no ostente hoy sus propios símbolos patrios —bandera, escudo e himno— y que no los haya consagrado como objeto del culto y el respeto de su pueblo, como representación física del honor nacional. La bandera, particularmente, es objeto de especial veneración. Ante ella juran los soldados defender la patria; en torno a ella se congregan los niños y los jóvenes en los centros de enseñanza y todo el pueblo en ceremonias públicas; ella es señal de alegría cuando tremola en las fiestas patrias; ella ondea airosa en los buques, en los cuarteles, en los edificios públicos, lo mismo que en los humildes ranchos; ella cubre el pecho de los mandatarios, lo mismo que la mortaja de quienes han servido a la patria; ella simboliza, en fin, dondequiera que flotare, los sentimientos más nobles de todo un conglomerado humano, reunido con la forma de un Estado soberano.

## 2.5 Quiénes conforman la población

Para efectos legales, la población de un Estado la conforman todos sus habitantes, permanentes o transeúntes, nacionales o extranjeros. Casi todas las constituciones prescriben la obligación para los habitantes, nacionales o extranjeros, de vivir sometidos a la Constitución y las leyes del respectivo Estado y respetar y obedecer a las autoridades del lugar. Así lo establece el art. 4º de nuestra Carta<sup>13</sup>. Ambos, pues, están sometidos por igual al orden jurídico establecido por el Estado. Existen, sin embargo, algunas diferencias, principalmente en cuanto a los derechos de que disfrutaban unos y otros dentro del Estado, como lo veremos más adelante.

A) *Noción de nacionalidad.*—No hay acuerdo entre los tratadistas en cuanto a la forma de determinar la naturaleza de la nacionalidad. Para algunos, es el lazo que une a una determinada persona con una Nación; para otros, es un vínculo jurídico entre la persona y el Estado. Algunos suponen que su fundamento jurídico es un acuerdo de voluntades, a tiempo que otros sostienen que se trata de una imposición unilateral del Estado. Sobre este particular, NIBOYET expresa el siguiente concepto: “La nacionalidad ha de considerarse siempre desde el punto de vista, puramente político, de la conexión de los individuos con un Estado determinado. Es esencial, por lo tanto, no confundir Estado con Nación. Aunque los dos conceptos puedan a veces coincidir, no siempre ocurre así. Una Nación, en derecho, no es un Estado; por consiguiente el Estado es el único que puede ejercer en las relaciones internacionales la autoridad política, la autoridad soberana... Cada vez que se considera la nacionalidad de un individuo, es preciso hacer abstracción completa de la idea de Nación... ; lo único que hay que tener en cuenta es el Estado del que el individuo es súbdito... Es de lamentar que la terminología empleada sea tan inexacta. El vocablo nacionalidad, que designa la conexidad política con un Estado, se deriva evidentemente de la palabra Nación”<sup>14</sup>. COPETE LIZARRALDE adhiere al anterior concepto, concluyendo que la nacionalidad es el vínculo jurídico y político que relaciona a una persona con determinado Estado<sup>15</sup>. Nosotros aceptamos, igualmente, lo anterior, sin excluir la relación que supone el concepto de nacionalidad entre el individuo y la Nación a la cual pertenece; es decir, además del vínculo jurídico y político, consideramos que es fundamental reconocer el vínculo anímico.

Para determinar la nacionalidad se han seguido, por lo general, tres sistemas, los cuales hoy en día suelen estar combinados:

<sup>13</sup> “Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

<sup>14</sup> Cit. por ÁLVARO COPETE LIZARRALDE, *Lecciones de derecho constitucional*, 3ª ed., Bogotá, Edic. Lerner, 1960, pág. 24.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pág. 25.

a) El llamado *jus sanguinis*, según el cual es nacional el hijo de padre o madre naturales del mismo país, aun cuando haya nacido en el extranjero. Este sistema ha sido adoptado por la mayor parte de los Estados europeos, con miras a que quienes emigran a otros continentes no pierdan la vinculación, directa o indirecta, con el país de origen.

b) El llamado *jus soli*, según el cual la nacionalidad se determina por el lugar del nacimiento. Por consiguiente es nacional de un Estado quien haya nacido en su territorio, sin tener en cuenta la nacionalidad de sus padres. En un principio fue el sistema adoptado por la generalidad de los países latinoamericanos, con el propósito de incrementar su población y colonizar extensas zonas deshabitadas.

c) El llamado *jus domicilii*, según el cual la nacionalidad se adquiere por el domicilio o residencia en un determinado Estado.

Hoy en día la mayoría de las constituciones adoptan un *sistema mixto*, en el cual se combinan los anteriores sistemas. Es el caso de la Constitución colombiana, como habremos de verlo enseguida.

B) *Quiénes son nacionales*.—En términos generales, son nacionales de un país todas aquellas personas que han nacido dentro de su territorio, o aquellas que, habiendo nacido fuera de él, han solicitado y obtenido la nacionalización, por alguno de los medios prescritos para el efecto. Es decir, que pueden reconocerse dos clases de nacionales: los nacionales *por nacimiento* y los nacionales *por adopción*. El art. 96 de la Constitución colombiana adopta esta fórmula. En cuanto a los primeros, la Constitución distingue entre los naturales de Colombia cuyos padres hayan sido también nacionales colombianos o que siendo extranjeros se hayan domiciliado en la república, y los hijos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en el extranjero y luego se domiciliaren en el país.

En esta forma la Constitución acoge, para determinar la nacionalidad por nacimiento, los sistemas del *jus sanguinis* y del *jus soli*, combinados en algunos casos con el *jus domicilii*.

En cuanto a los *nacionales por adopción*, todos los países civilizados del mundo aceptan no solo la nacionalidad de origen, sino también la de adopción o adquirida. Por regla general, los nacionales por adopción disfrutan de los mismos derechos que los nacionales por nacimiento, salvo los expresamente exceptuados por la Constitución; por ejemplo, en el caso colombiano, ser elegido presidente de la república o senador, o magistrado de las altas cortes, o para algunas otras posiciones, particularmente dentro del poder judicial.

Muchas constituciones modernas —entre ellas la nuestra de 1991—, han consagrado la *doble nacionalidad*, es decir, la posibilidad de adquirir una nacionalidad distinta a la de origen, sin perder esta. Durante el imperio de la Constitución de 1886, ello no era posible; en efecto, en su art. 9° se establecía: “La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturaliza-

*ción en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrase con arreglo a las leyes*". Sin embargo, teniendo en consideración el hecho de que muchos colombianos por circunstancias coyunturales se veían obligados a obtener otras nacionalidades, aunque manteniendo sus vínculos afectivos, e incluso materiales, con su patria de origen, el constituyente de 1991 decidió consagrar en la Carta esta disposición: "*Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción*" (art. 96). La doble nacionalidad puede, sin embargo, plantear problemas de orden práctico, como los que se derivan de pago de impuestos, participación en elecciones o prestación del servicio militar, por ejemplo.

Existe, además, el caso de la *nacionalidad múltiple*, el cual plantea serios problemas en el campo del derecho internacional. Este caso es frecuente, ya que buen número de Estados, como Colombia, adoptan en forma simultánea los sistemas del *jus sanguinis* y del *jus soli* para determinar la nacionalidad. Los tratadistas de derecho internacional han buscado un sistema que impida los casos de nacionalidad múltiple, los cuales no pueden ser resueltos unilateralmente por un Estado.

La nacionalidad puede perderse por adquirir carta de naturalización en país extranjero y además fijando el domicilio en el exterior. Por lo general estas dos condiciones deben concurrir. Los nacionales por adopción pierden su nacionalidad en las mismas circunstancias. Cabe agregar que los nacionales, ya sea por naturaleza o por adopción, solo pueden ejercer los derechos políticos cuando tienen la calidad de *ciudadanos*.

C) *La ciudadanía*.—La ciudadanía es una calidad que adquieren los nacionales —por nacimiento o por adopción—, mediante el lleno de los requisitos que para el efecto señale la respectiva Constitución, fundamentalmente el de haber cumplido cierta edad mínima, y que habilita a la persona para ejercer *derechos políticos*, así como la plenitud de sus derechos civiles. Los derechos políticos consisten en la posibilidad de elegir y ser elegido, de ocupar cargos que tengan jurisdicción o mando, de ejercer acciones públicas en defensa del orden jurídico y, en general, de participar activamente en la vida política del Estado<sup>16</sup>. Pero cabe anotar que por el simple hecho de alcanzar la edad mínima requerida no se adquiere la plenitud de los derechos políticos, sino tan solo, en principio, el derecho a elegir. En efecto, las constituciones suelen fijar edades mínimas diferentes para ser elegido, según la corporación de que se trate, o para ocupar diferentes cargos y posiciones dentro del Estado. Así por ejemplo, en Colombia para ser elegido concejal o diputado se requiere tener como mínimo 21 años de edad; para ser elegido representante a

<sup>16</sup> En Colombia el derecho de ciudadanía está reservado a los mayores de 18 años (Const. Pol., art. 98, parágrafo).

la Cámara, 25; para ser elegido senador o presidente de la república, 30; o para ser contralor general, 35 años.

La calidad de ciudadano puede perderse o suspenderse en virtud de decisión judicial, en los casos previstos por la ley, como son los de condena por parte de un tribunal o juzgado por la comisión de delitos comunes, o la declaración de incapacidad. Por lo demás, el derecho de ciudadanía ha sido reconocido a la mujer en los últimos tiempos. En Colombia este derecho le fue reconocido en la reforma constitucional plebiscitaria de 1957<sup>17</sup>.

**D) Los extranjeros.**—Los habitantes de un país que carezcan de la nacionalidad de Estado, son considerados extranjeros. Estos disfrutan, por regla general, de los mismos derechos civiles de los nacionales. Sin embargo, por razones de orden público, el ejercicio de estos derechos pueden restringirse en ciertos casos<sup>18</sup>. Igualmente, los extranjeros gozan de las mismas garantías individuales que se conceden a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes del respectivo país. En cuanto se refiere a los derechos políticos, que integran la noción de ciudadanía y que esencialmente consisten, como dijimos, en la posibilidad de participar, por intermedio del sufragio, en la integración de los órganos del Estado de representación popular y en la posibilidad de pertenecer a esos órganos desempeñando funciones públicas, estos derechos están generalmente reservados a los nacionales, lo sean por naturaleza o por adopción. Sin embargo, en casos excepcionales, algunas constituciones, como la colombiana de 1991, reconocen a los extranjeros residentes el derecho a participar, como electores, en la escogencia de autoridades de nivel municipal o local; ello resulta justo y conveniente ya que como residentes, los extranjeros son también usuarios de los servicios públicos, deben pagar impuestos y, por tanto, están en el derecho a participar en la elección de quienes rigen la comunidad donde viven.

Los derechos civiles son aquellos inherentes a la persona humana, en cuando tal, y están consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Forman parte de tales derechos, el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a formar familia, la libertad de locomoción, la libertad de contratación, etc. Por regla general, para restringir los derechos civiles es necesario aducir razones de orden público; no ocurre lo mismo con los derechos cívicos, cuya restricción puede ser establecida facultativamente por el legislador.

Los derechos cívicos garantizan el ejercicio de ciertas garantías reconocidas por la Constitución como son la libertad de expresión, la libertad de prensa, el derecho de asociación, etc. Los extranjeros gozan de los mismos derechos cívicos que los nacionales con algunas restricciones.

<sup>17</sup> V. *infra*, pág. 457.

<sup>18</sup> V. p. ej., el art. 100 de la Constitución Política de Colombia.

## 2.6 *La dialéctica Nación-Estado*

Hasta tiempos recientes, la Nación ha sido considerada por muchos como el resultado de un proceso histórico que se cumplió antes que se configurara el Estado, el cual aparecía para organizar jurídica y políticamente a la Nación. Lo cierto es que en diversas partes del mundo, sobre todo del llamado Viejo Mundo, las naciones precedieron a los Estados; así, por ejemplo, la nación italiana o la nación alemana fueron una realidad social mucho antes de configurarse como Estados. En otros casos, como el francés, el inglés o el español, se considera que ambos fenómenos se dieron de manera concomitante, aunque es difícil precisarlo. Sea como fuere, esta cuestión plantea el problema de saber si toda nación debe necesariamente corresponder a un Estado. Cabe anotar que la teoría clásica francesa consideró por mucho tiempo como idénticas las expresiones Nación y Estado (de ahí que en el lenguaje jurídico se hablara de los *Estados-Nación* o de la *Nación Estado*). La tesis fue introducida en la época revolucionaria cuando, partiendo del principio de la soberanía nacional, los publicistas afirmaron que las prerrogativas de las cuales el Estado es sujeto, no son otras que los derechos y los poderes de la Nación en sí misma. El principio de la soberanía nacional se opondría así a que el Estado sea considerado como un sujeto jurídico distinto a la Nación, puesto que la soberanía es a la vez un atributo estatal y nacional, siempre y cuando el Estado y la Nación formen una misma persona.

El profesor BURDEAU critica esta concepción y tiende a revalorarla, no obstante haber constituido por largo tiempo —como él lo reconoce— una de las bases del derecho público francés. En efecto, ella confunde dos nociones que deben ser cuidadosamente distinguidas: la soberanía y la potencia estatal. Además es errónea, pues desconoce la significación sociológica de la Nación que existe anteriormente al Estado e independientemente de su personalización bajo su forma jurídica de Estado. En fin, ella desconoce la verdadera naturaleza del Estado que es una entidad jurídica tan distinta de la Nación como ella lo es del territorio: la colectividad nacional es el destinatario del régimen estatal, ella no es la substancia, concluye BURDEAU<sup>19</sup>.

El fenómeno de la concurrencia de la Nación y el Estado no ha ocurrido en muchos países del mundo. De hecho, han existido y existen hoy Estados bajo cuya soberanía conviven diversas naciones: tal fue el caso de la Unión Soviética, o el de Yugoslavia; y tal es el de Estados Unidos de América, o el de Rusia, o el de varios países africanos. De igual manera existen naciones que han estado, o siguen estando, separadas y dispersas en varios Estados. Sintetizando, podríamos decir que todo Estado supone la existencia de una Nación o de varias, pero no a la inversa. Hay naciones en el mundo contemporáneo que no han logrado organizarse como Estados. Cabe entonces preguntar si la Nación, una vez formada, debe convertirse necesariamente en Estado.

<sup>19</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 20.

A) *¿Toda Nación debe convertirse en Estado?*.—El principio de las nacionalidades responde afirmativamente a esta cuestión. Según este principio, propagado por la Revolución francesa, toda Nación tiene el derecho a constituirse en un Estado. En el plano interno, el principio se apoya en la doctrina de la soberanía nacional, según el cual el origen del poder reside en la Nación. En el plano internacional, sostiene este principio que el primer derecho de la Nación es el de realizarse política y jurídicamente de manera integral, adoptando la forma de un Estado. Este principio tuvo amplia acogida en la aplicación de los tratados de 1919, inmediatamente posteriores a la primera guerra mundial, particularmente en la reconstrucción de Polonia, el desmembramiento de Austria y la confección de la nueva carta de Europa oriental.

En el orden práctico la aplicación de este principio significa realizar la justicia conmutativa a nivel internacional, estableciendo la igualdad entre las naciones. Pero, como anota A. HAURIU, “la aplicación generalizada conduce a desconocer los factores geográficos, políticos y económicos que es necesario respetar si se quieren constituir Estados viables”<sup>20</sup>.

B) *La Nación antecede necesariamente al Estado?*.—Aunque en no pocos casos, como en los de algunos países europeos, la Nación ha antecedido al Estado y se ha identificado con él, la idea de que la Nación antecede necesariamente al Estado ha sido rebatida con fuertes argumentos. El primero y el más ilustrativo de ellos es el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica. Este país se constituyó como Estado en la Constitución de 1787; pero el proceso de formación de la Nación norteamericana se prolongó a partir de entonces hasta bien entrado el presente siglo, cuando el Congreso estadinense adoptó medidas tendentes a detener el flujo constante de inmigrantes que remodelaba sin cesar la fisonomía nacional. Desde luego, es preciso reconocer el hecho de que en la formación de esa fisonomía tuvo gran influjo inicial la población anglosajona de las trece primeras colonias que formaron la Unión. Pero, además, pueden citarse otros muchos casos en los cuales la anterioridad del Estado con relación a la Nación es evidente. Tal, por ejemplo, el caso de varios de los nuevos Estados africanos, surgidos en las últimas décadas en desarrollo del fenómeno de la descolonización; en estos Estados el proceso de formación de una nacionalidad propia está aún desarrollándose, no siempre con facilidad, debido a obstáculos geográficos, a marcadas diferencias étnicas o lingüísticas o, en fin, al carácter arcaico de esas sociedades.

También podríamos incluir los casos de Colombia y del resto de los Estados latinoamericanos. Es evidente que cuando se configuró el Estado colombiano en 1819, no existía todavía una Nación colombiana propiamente dicha. En el suelo patrio convivían, en efecto, diversas naciones: una aborigen, integrada por las diferentes tribus de lenguas y costumbres disímiles, que habitaban el territorio desde la era precolombina, que conformaban lo que genéricamen-

<sup>20</sup> A. HAURIU, ob. cit., pág. 118.

te se llama la población indígena; una criolla, de origen español, con lengua y cultura propias; y una negra, integrada por los esclavos venidos de África y que ya formaba un núcleo diferente. Naturalmente existían ya los segmentos de población mestiza, mulata y zamba, producto de la mezcla entre las diferentes razas que poblaban la Nueva Granada. Es justamente esa amalgama la que va a dar como resultado, mucho tiempo después y con el transcurso de los años, a lo que hoy puede llamarse la Nación colombiana, con sus rasgos esenciales comunes: idioma, tradiciones, costumbres, etc.<sup>21</sup>.

### 2.7 *La dimensión de la población*

Es importante considerar en este capítulo el papel que juega el factor demográfico en el desenvolvimiento del Estado y su influencia sobre los factores políticos, económicos y sociales del mismo. El problema de la explosión demográfica va cobrando cada día mayor magnitud en el mundo contemporáneo. Lo que anteriormente era considerado apenas un factor secundario para los teóricos de la política, hoy se ha venido a convertir en aspecto fundamental para el desarrollo y planeación de los Estados. Así, el número bruto de los habitantes de un Estado —que define su dimensión en términos de población— es en sí mismo un fenómeno socio-político capital<sup>22</sup>.

La distinción entre grandes y pequeños Estados era familiar a los autores clásicos, antes que el desarrollo de las teorías jurídicas de la soberanía en el siglo XIX la borrara ante la idea de la igualdad de derecho. VOLTAIRE pensaba que la democracia no convenía sino a los Estados pequeños. ROUSSEAU imaginaba constituciones diferentes para Polonia y Ginebra, a causa de la diferencia de su dimensión. Hoy en día esta diferencia ha vuelto al primer plano de las preocupaciones políticas, ya sea a nivel de las naciones, como de otras comunidades. Desde el punto de vista teórico, en efecto, la naturaleza misma de los fenómenos políticos cambia con la dimensión de las comunidades; una distinción fundamental opone así la *macropolítica* y la *micropolítica*.

La dimensión de las comunidades depende esencialmente de la extensión de su población, es decir, del número de sus integrantes. La dimensión del territorio no juega sino un papel secundario frente a la de la población: el Japón es considerado un gran Estado a causa de su población, mientras que Australia se considera un Estado mediano, no obstante su gran tamaño físico. Las relaciones entre la dimensión del territorio y la dimensión de la población definen la *densidad demográfica*; esta densidad está en la base del concepto de *presión demográfica*. La presión demográfica se define por las relaciones entre la dimensión de la población y el territorio aprovechable. Existe presión demográfica cuando la población es demasiado numerosa en relación con la extensión territorial. La situación actual de la mayor parte de los países subdesa-

<sup>21</sup> Cfr. LUIS LÓPEZ DE MESA, *De cómo se formó la Nación colombiana*.

<sup>22</sup> M. DUVERGER, ob. cit., págs. 57 y ss.



rollados es un ejemplo de las consecuencias que puede tener la presión demográfica: en los países superpoblados, por regla general, las tensiones sociales son violentas, las revoluciones y alteraciones del orden público frecuentes. Por el contrario, en los países menos poblados se aprecia una mayor estabilidad política y social.

Al hablar de presión demográfica es necesario tener en cuenta los recursos naturales y las posibilidades técnicas de su explotación. En consecuencia, esta teoría puede considerarse más como económica que como demográfica propiamente dicha. Así había sido enfocada por MALTHUS, cuando formuló en 1798 su célebre ley: "La población tiende naturalmente a crecer en proporción geométrica, mientras que las subsistencias tienden naturalmente a crecer en proporción aritmética". Como consecuencia de lo anterior, la humanidad estaría condenada al hambre, a menos que se restrinjan los índices de natalidad. Con la fórmula matemática dada por su autor, la ley de MALTHUS no ha sido jamás verificada y es muy difícil hacerlo. Pero la idea de que la población crece más aceleradamente que los recursos, se mantiene muy anclada en el espíritu de los hombres. En nuestra época, la aceleración del ritmo de crecimiento demográfico ha hecho que cobren actualidad las tesis malthusianas, sobre todo en países como Estados Unidos. La preocupación de los demógrafos por el crecimiento casi ilimitado de la población mundial frente a las limitaciones de los recursos es creciente. Más aún teniendo en cuenta que el cultivo intenso de los suelos tiende a agotarlos y que la contaminación ambiental está afectando seriamente grandes extensiones cultivables. Los más optimistas piensan que una explotación racional de la tierra permitiría alimentar seis mil millones de hombres; pero se sienten perplejos ante el hecho de que esta cifra será posiblemente sobrepasada en el año 2000. Aun si se admite que podrían alimentarse diez mil millones de hombres, esta cifra será sobrepasada en setenta y cinco años.

### 3. EL TERRITORIO, ELEMENTO FÍSICO DEL ESTADO

Decimos en nuestra definición de Estado en sentido amplio, que el conglomerado social, política y jurídicamente constituido, que es la población, está "*asentado sobre un determinado territorio*". Aparece así el segundo elemento del Estado, que muchos autores, con un criterio que compartimos, califican de elemento previo. El estudio del territorio, como espacio físico o material, incumbe a ciencias como la geografía, la geología o la geopolítica; a nosotros corresponde estudiarlo en cuanto sirve de asiento a la población del Estado y en cuanto ámbito espacial dentro del cual se ejerce el poder del Estado; también cabe considerarlo como campo de aplicación de la política. El territorio es así, como dice DUGUIT, "el límite material de la acción efectiva de los gobernantes". Para él es eso, todo eso y nada más que eso<sup>23</sup>. La importancia del territorio

<sup>23</sup> L. DUGUIT, ob. cit., t. II, pág. 46.

como elemento del Estado proviene, pues, sin duda, de que él sirve actualmente de medida y límite a la autoridad del gobierno. Pero también se debe, probablemente, como afirma A. HAURIU, a que "en la historia de la humanidad la fijación de los pueblos sobre los territorios ha sido un acontecimiento inmenso, que ha permitido indirectamente la formación de las naciones y consiguientemente de los Estados"<sup>24</sup>.

### 3.1 Necesidad del territorio como elemento del Estado

Sin embargo, la necesidad de un territorio como elemento constitutivo del Estado, ha sido reconocida apenas en los tiempos modernos. Anteriormente los teóricos del Estado se limitaban a considerar como elemento esencial el de la comunidad de personas, cuya identidad no iba necesariamente unida al lugar de residencia de estas. Ninguna definición de Estado concebida en la Antigüedad mencionaba al territorio como uno de sus elementos. Con este influjo, todos los conceptos de Estado hasta el siglo XIX ponían énfasis en el elemento de la población. Aun DUGUIT sostiene que no es un elemento indispensable, ya que dentro de su teoría el elemento fundamental en el Estado es la diferenciación política entre gobernantes y gobernados, la cual puede producirse independientemente de que exista un territorio<sup>25</sup>. Empero, hoy en día, como atrás se dijo, existe casi unanimidad en considerar al territorio como uno de los elementos esenciales, sin el cual el Estado no podría existir. No significa ello que el Estado requiera de un territorio fijo, cuyos límites sean definitivos. Su extensión puede variar y de hecho varía por causas diversas como las conquistas guerreras, los tratados de límites, las anexiones, etc. Lo fundamental es que exista un ámbito espacial sobre el cual se asiente la población y se ejerza el poder del Estado. Por ello, en nuestra definición de Estado hablamos de un territorio *determinado*, lo cual no significa fijo o definitivo, sino identificable.

### 3.2 Papel que cumple el territorio para el Estado

Sobre el papel que desempeña el territorio como elemento del Estado, se han propuesto tres teorías principales: la del *territorio-sujeto*, la del *territorio-objeto* y la del *territorio-límite*. a) La teoría del *territorio-sujeto* considera el territorio como un elemento de la personalidad misma del Estado, porque sin territorio el Estado no podría expresar su voluntad. En efecto, lo que caracteriza a la voluntad del Estado es el rasgo de su autonomía, la soberanía. Pero esta solo puede manifestarse en el interior de un territorio que se convierte, por esto, en elemento de la voluntad y de la personalidad del Estado; b) la teoría del *territorio-objeto* se sitúa en el punto de vista de los derechos jurídicos del Estado; conduce a considerar el territorio como objeto de una especie de dominio o de propiedad para el Estado; c) la teoría del *territorio-límite*, la más aceptada

<sup>24</sup> A. HAURIU, ob. cit., pág. 122.

<sup>25</sup> L. DUGUIT, ob. cit., t. II, pág. 46.

actualmente, consiste en considerar al territorio como la circunscripción en cuyo interior se ejerce el poder del Estado, como el límite material de la acción de los gobernantes y el límite dentro del cual se asienta la población del Estado. Así, para JELLINEK “el suelo o espacio físico sobre el cual se asienta la comunidad organizada que denominamos Estado significa, desde el punto de vista jurídico, el espacio en el cual el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica”<sup>26</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, puede establecerse que el territorio como elemento del Estado tiene dos propiedades fundamentales: a) constituye una *limitación física* de la soberanía estatal, y b) constituye el *fundamento espacial* dentro del cual se ejerce esa soberanía.

En cuanto a lo primero, el ejercicio de la soberanía se circunscribe a un espacio físico determinado, sin que pueda sobrepasarlo. Toda la actividad del Estado tiene lugar dentro de ese espacio de territorio que, como dijimos, puede variar paulatinamente. Esta misma delimitación física es garantía de que el Estado puede llevar a cabo la realización de sus fines específicos. Dentro de un mismo territorio pueden coexistir diversas agrupaciones sociales pero sometidas a una sola autoridad soberana: la del Estado. En cuanto a lo segundo, el territorio es el ámbito dentro del cual el Estado ejerce su autoridad sobre la población que en ese espacio vive. De estas dos propiedades se derivan las funciones que cumple el territorio como elemento del Estado.

### 3.3 Funciones del territorio

Las funciones que cumple el territorio como elemento del Estado, pueden reducirse a tres:

En primer lugar, como anota BURDEAU, por la determinación de un espacio territorial, el poder inscribe a la Nación dentro del plano de las realidades concretas; él permite realizar esta síntesis de un suelo y una idea que es la esencia misma de la Nación<sup>27</sup>. Como símbolo de la idea nacional, el territorio es, por excelencia, el *factor de la unidad del grupo* que le permite a este tomar conciencia de sí mismo, diferenciándolo de los grupos vecinos. En estas condiciones se entiende mejor el papel de unificadores de territorios que se asignaron los reyes en la Europa medieval. De su éxito dependía el logro de toda su empresa gubernamental.

En segundo lugar, el territorio es también para el Estado una condición para su independencia. Para poder ejercer dominio y autoridad, es necesario que se haga sobre cosa propia y el mejor medio de lograrlo es trazar los límites de ese dominio. Esta idea se traduce jurídicamente diciendo que el territorio es *un espacio de competencia*<sup>28</sup>. Todos aquellos que viven dentro del territorio

<sup>26</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 191.

<sup>27</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 17.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pág. 21.

están subordinados a la reglamentación establecida por las autoridades del Estado. El territorio es, pues, el marco natural dentro del cual los gobernantes ejercen sus funciones. Es necesario anotar, por lo demás, que si el poder contempla, en su soberanía territorial, el derecho de someter a sus decisiones a todos los individuos que se encuentran sobre el suelo nacional, este derecho comporta, como corolario, la obligación de proteger, en los límites del territorio, los derechos de los otros Estados, particularmente, aquellos que puedan ser reclamados para sus nacionales.

En tercer lugar, el territorio es también un *medio de acción del Estado*: por una parte, la autoridad puede imprimir más fácilmente una orientación definida a la actividad de la comunidad nacional, al asentarse sobre un espacio físico determinado; por otra parte, su función ordenadora puede cumplirse más fácilmente sobre los habitantes que se encuentran en el interior de sus propios límites. De todo lo anterior puede deducirse que el Estado ejerce derechos sobre su territorio, lo cual implica que existe una relación jurídica entre territorio y Estado. Antes de examinar esta relación es preciso saber cuáles son los componentes del territorio del Estado.

### 3.4 Componentes del territorio del Estado

En un principio la noción de territorio se circunscribía al suelo o superficie sobre la cual ejercía dominio el Estado. Pero como enseña KELSEN, "los territorios de los distintos Estados no son parte de la superficie terrestre, sino cuerpos cónicos cuyos vértices se encuentran en el punto central de la Tierra"<sup>29</sup>. Sostiene que el territorio del Estado es un *espacio tridimensional*. "El territorio del Estado, dice, como ámbito espacial de validez del orden jurídico nacional, no es una superficie, sino un espacio de tres dimensiones. La validez, lo mismo que la eficacia del orden jurídico nacional, no solo se extiende a lo largo y a lo ancho, sino también en altura y profundidad"<sup>30</sup>. Tenemos, en consecuencia, que además del suelo, el territorio de un Estado se extiende en sentido vertical, por debajo y por encima de aquel, y también en sentido horizontal, cuando se trata de Estados con zonas costeras. Por consiguiente, los componentes del territorio del Estado son el *suelo*, el *subsuelo*, el *espacio aéreo*, el *mar territorial*, y la *plataforma submarina*.

En la visión moderna del Estado cobra cada vez mayor importancia la dimensión económica del territorio, como espacio dentro del cual se concreta la actividad económica principal del Estado, y cuyos recursos naturales pertenecen a este por entero. Tal idea ha sido acogida por las Naciones Unidas al consagrar "*el derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales de conformidad con su interés nacional y el respeto a la independencia económica de los Estados*"<sup>31</sup>, y al consagrar en la

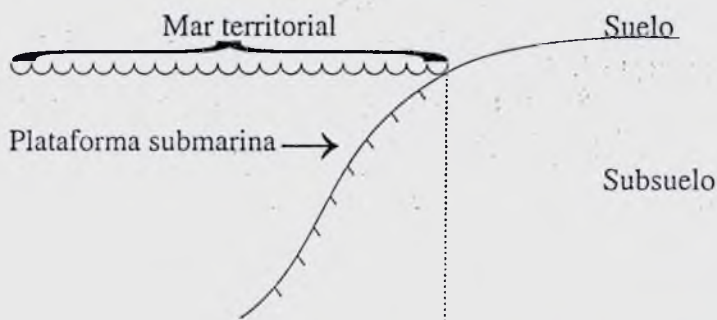
<sup>29</sup> H. KELSEN, ob. cit., pág. 182.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1950, pág. 228.

<sup>31</sup> Resolución 1803 de la XVII de la Asamblea General de las NN. UU.

“Carta de derechos y deberes económicos de los Estados”, que “todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”<sup>32</sup>.

Gráfico N° 1. Componentes del territorio  
Espacio aéreo



A) *El suelo*.—Es, sin duda, el componente esencial del territorio del Estado. Como dice CARRÉ DE MALBERG, “una comunidad nacional no es apta para formar un Estado sino mientras posea un suelo, una superficie de tierra sobre la cual pueda afirmarse como dueña de sí misma e independiente, es decir, sobre la cual pueda, al mismo tiempo, imponer su propia majestad y rechazar la intervención de toda potencia ajena”<sup>33</sup>. El suelo puede definirse como la porción de la superficie terrestre sobre la cual se asienta la población y se ejerce la soberanía del Estado.

Las fronteras entre los Estados pueden ser de dos tipos: *naturales* o *artificiales*. Las primeras pueden estar constituidas por el mar, los grandes ríos o lagos, los grandes macizos montañosos; las segundas son fijadas por acuerdo mutuo sobre puntos imaginarios y según diversos criterios. De todas formas, el problema de la delimitación de fronteras presenta serias dificultades y problemas, que han desembocado muy a menudo en la historia de las naciones en conflictos bélicos de mucha gravedad.

A medida que ha ido evolucionando el concepto de Estado moderno, y que han ido progresando las relaciones internacionales, se ha hecho más necesario determinar de manera formal las fronteras estatales entre los países del mundo. Para determinar esas fronteras se han aplicado dos principios, cuyo estudio corresponde fundamentalmente al derecho internacional público: el *uti possidetis de facto* (posesión por el uso de hecho) y el *uti possidetis juris* (posesión por el uso jurídico). a) El primer sistema consiste en reconocer el

<sup>32</sup> Artículo 2.1 de la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las NN. UU.

<sup>33</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., pág. 22.

derecho sobre un territorio a la Nación que lo ha ocupado de hecho, es decir, que la apropiación de la tierra se hace en virtud de la ocupación material de ella. Naturalmente este sistema tuvo precedencia en la historia de los pueblos, puesto que a lo largo de ella los territorios han sido ocupados por la fuerza de las armas o por conquistas o anexiones. b) La teoría del *uti possidetis juris* data de 1810 y tuvo su origen en América, a raíz de la alinderación de los nuevos Estados separados de España, la cual se hizo siguiendo las líneas de demarcación que la corona había fijado para dividir sus dominios de ultramar, en virreinos y capitanías generales. Las naciones hispanoamericanas lo adoptaron, pues, como precepto de derecho para delimitar sus fronteras terrestres y se determinó la fecha de 1810, por haberse iniciado en ese año el proceso de emancipación de la mayoría de las colonias españolas. De acuerdo con *el uti possidetis juris*, los conflictos de fronteras deben solucionarse por medio de tratados públicos, de suerte que la ocupación de territorios esté jurídicamente titulada<sup>34</sup>.

Los países de América Latina han respetado, pues, el segundo sistema. En el caso concreto de Colombia, desde el Congreso de Angostura de 1819, nuestro país proclamó la vigencia del *uti possidetis juris*, al establecer que “los límites administrativos señalados por la corona española para la administración de sus colonias, se transformarán automáticamente en límites políticos de las nuevas repúblicas”. Luego la Constitución de Cúcuta de 1821, estableció en su artículo 6º: “El territorio de Colombia es el mismo que comprendía el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y la Capitanía General de Venezuela”. La Constitución de 1886 en su artículo 3º se ocupaba de señalar, de manera prolija, los límites de Colombia con los países vecinos, invocando los respectivos tratados o convenios suscritos con ellos. La Constitución de 1991, de manera más práctica y técnica a la vez, dispone en su art. 101: “*Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación*”. Señala, así mismo, que estos límites solo podrán ser modificados mediante el anterior procedimiento; es decir, que el Estado colombiano sigue proclamando el principio del *uti possidetis juris*.

Agrega esta misma disposición: “*También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoespacial, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales*”. Cabe anotar que se incluyeron en la anterior enumeración de los componentes del territorio nacional, algunos que anteriormente no estaban mencionados de manera expresa, a saber: el subsuelo (que, sin

<sup>34</sup> Cfr. E. GAVIRIA LIÉVANO, ob. cit., págs. 156 y ss.

embargo, estaba tácitamente incluido como tal, en concordancia con otras normas constitucionales que lo consideraban como de propiedad de la Nación), la zona contigua, la zona económica exclusiva, el segmento de la órbita geostacionaria y el espectro electromagnético, todos los cuales explicaremos más adelante.

**B) *El subsuelo.***—Está constituido por el espacio físico que se encuentra debajo del suelo y que se prolonga verticalmente en un cono cuyo vértice se encuentra en el centro de la tierra. Todos los Estados modernos se reservan el dominio y la jurisdicción sobre el subsuelo, ante todo por razones económicas. Con ello se busca regular la explotación de todos aquellos elementos —sobre todo de naturaleza mineral— que se consideran indispensables para atender a las necesidades públicas; tal es el caso del petróleo, del carbón, de la plata o del oro. No significa ello que el Estado se reserve siempre la explotación directa de sus riquezas; en la mayoría de los Estados, al menos en los de sistema económico capitalista, esta actividad se entrega a manos de los particulares, mediante el sistema de concesiones.

**C) *El espacio aéreo.***—Está constituido por la atmósfera que cubre el territorio del Estado; su delimitación no se ha establecido aún con exactitud<sup>35</sup>. Los Estados se han reservado su dominio sobre todo por razones de estrategia y de seguridad, pero con los adelantos tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones, también lo hacen por razones de explotación económica. En los comienzos de la navegación aérea, la mayor parte de los Estados prohibieron que su territorio nacional fuese sobrevolado por aviones civiles extranjeros. Estos vuelos han quedado admitidos, con muchas reservas, después de la conclusión de la Convención de París de 1919, que en su artículo 1° declaró: “Las altas partes contratantes reconocen que toda potencia tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio atmosférico por encima de su territorio”. Más tarde esta Convención fue sustituida por la de Chicago de 1944 que, a su turno, estableció: “Los Estados contratantes reconocen que cada Estado tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio”. En lo que se refiere al vuelo de aviones militares sobre territorio extranjero, se mantiene por razones de seguridad y estrategia la prohibición salvo expresa autorización en cada caso.

Los problemas que suscita el dominio eminente sobre el espacio aéreo no se limitan a la navegación aérea o interplanetaria, sino que se extienden al campo de las telecomunicaciones. En este aspecto especialmente juega un papel preponderante el derecho internacional, pues se trata de garantizar una colaboración estrecha entre todos los Estados para permitir el máximo aprovechamiento de las estaciones emisoras de radio y televisión, así como de las

<sup>35</sup> La atmósfera consiste en una mezcla de varios gases que rodean la tierra. Aunque casi toda la atmósfera (97%) se halla en los 29 kms primeros arriba de la superficie de la tierra, el límite superior puede estimarse a una altura de 10.000 kms (véase ARTHUR N. STREHLER, *Geografía física*, Barcelona, Ed. Omega, S. A.).

radiocomunicaciones en general, evitando interferencias y colocando estos sistemas al servicio del hombre y de los Estados. Con el lanzamiento de satélites artificiales y el inicio de la conquista del espacio interplanetario por el hombre, se han planteado problemas que desbordan el campo del derecho internacional y configuran una rama nueva de la ciencia jurídica: el derecho espacial o interplanetario, aún en proceso de estructuración.

Entre estos problemas cabe destacar el que se ha suscitado por parte de los países ecuatoriales —entre los que figura Colombia—, con relación a la soberanía sobre la *órbita geoestacionaria*. Esta órbita está formada por un anillo que se proyecta sobre la línea ecuatorial a una altura aproximada de 36 mil kilómetros, y que tiene solo 150 kms de ancho y 30 kms de espesor, en el cual se da el fenómeno de la gravedad, que hace propicia la colocación de satélites estacionarios. De acuerdo con su definición, esta órbita está ubicada en el espacio ultraterrestre, lo cual excluye la posibilidad de ser apropiada, en razón de lo dispuesto en la “*Convención para la exploración, explotación y utilización del espacio ultraterrestre*” de 1966. No obstante los países ubicados sobre la línea ecuatorial, entre ellos Colombia, han venido reclamando la soberanía que, a su juicio, les corresponde sobre su respectivo segmento, alegando que se trata de un recurso natural que les pertenece. Inclusive dicho segmento ha sido contemplado como parte integrante de su territorio. Así lo contempla por ejemplo la Constitución colombiana: “También son parte de Colombia (...) el segmento de la órbita geoestacionaria” (art. 101). Esta formal reclamación ha venido siendo objeto de debate, a nivel internacional; al respecto ha habido dos convenciones posteriores, la de Ginebra de 1979 y la de Nairobi de 1982, en las cuales se ha reconocido, hasta cierto punto, el derecho que asiste a los países ecuatoriales sobre la órbita geoestacionaria, al determinar que en la utilización de dicho recurso natural deberá tenerse en cuenta la especial situación de los países ecuatoriales, y se limita la exploración y explotación a fines pacíficos.

La Constitución colombiana incluye en la misma disposición como parte del territorio el *espectro electromagnético* y el espacio donde actúa. Este elemento se ha reconocido como fundamental para la realización de operaciones de telecomunicaciones. Las telecomunicaciones han sido definidas en repetidas ocasiones a nivel legislativo como aquellas transmisiones, emisiones, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por sistemas conductores como hilos, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos<sup>36</sup>. Las telecomunicaciones se realizan a través de ondas hertzianas, que se crean artificialmente y que son manipuladas por el hombre de acuerdo con las leyes físicas. Estas ondas tienen la virtualidad de transmitir desde un emisor hasta un receptor, mensajes inteligibles que se pueden traducir en signos o símbolos del lenguaje. Las ondas se han clasificado según su frecuencia y para su mejor explotación se han denominado por bandas.

<sup>36</sup> Ley 72 de 1989, art. 2° y decreto 1900 de 1990, art. 2°.



D) *El mar territorial y la plataforma submarina.*—Comprenden una zona determinada del mar que baña las costas del Estado, y el subsuelo marítimo correspondiente. Con relación al mar territorial existe un acuerdo unánime sobre el hecho de que la jurisdicción de un Estado se extiende sobre una zona del mar que lo circunda.

Después del suelo, fue el mar territorial la primera parte considerada como componente del territorio del Estado, sujeto a su soberanía. La razón que movió originalmente a pensar en la necesidad de que los Estados incorporen al ámbito de su soberanía espacial al mar que los circundaba, fue de orden estratégico: su territorio podía ser invadido no solo por tierra sino también por mar, por potencias extranjeras. Fue así como desde el siglo XVI se empezó a considerar que el territorio del Estado debería extenderse también a las aguas que rodean su litoral. Así, BODÍN sostenía que el príncipe tenía derechos sobre el mar que rodea el territorio de su reino en una extensión de 30 leguas. WATEL, por su parte, afirmó que este dominio se extendía hasta 10 millas de la costa. GROCIO sostuvo que el mar territorial debía extenderse hasta donde llegara el disparo de un cañón, con la idea de defensa de la soberanía.

En la época moderna todos los Estados del mundo reconocen al mar territorial adyacente a sus costas como sujeto de su soberanía. La Convención de Ginebra de 1958 (art. 1º) lo definió como “*la zona de mar adyacente a las costas del Estado, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, del cual se ejerce la soberanía del mismo*”. La razón que ha llevado a los Estados modernos a incorporar el mar territorial como componente de su territorio, ya no son solamente de tipo estratégico, sino adicionalmente, de índole económica; se trata de asegurarse la apropiación y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables del mar.

Sobre lo que no se ha logrado una definición uniforme es sobre la extensión exacta del mar territorial, y sobre el criterio que debe tenerse para determinarla; hasta ahora el derecho internacional ha sido impotente para señalar el límite máximo de este componente, por lo cual corresponde a la legislación interna de cada país su fijación, lo cual se suele hacer dentro del marco de tratados bilaterales o multilaterales con otros Estados ribereños. Durante los siglos XVIII y XIX muchos Estados europeos y americanos fijaron el límite de 3 millas, con base en la teoría de GROCIO. Pero con los progresos que ha registrado la humanidad en los campos científico, tecnológico y de las comunicaciones, ese límite se ha considerado estrecho. Los países escandinavos lo han ampliado a cuatro millas, otros países europeos a seis; algunos otros, incluyendo a varios de Suramérica lo han fijado en doce; otros, en fin, como Chile, Ecuador y Perú lo tienen fijado en doscientas millas.

Colombia, por su parte, a través de la ley 10 de 1978 fijó la extensión de su mar territorial en 12 millas náuticas (un poco más de 22 km), señalando que la soberanía nacional se extiende igualmente al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo del mismo. La Constitución de

1991 (art. 101) incluye dentro de los componentes del territorio además de estos, *la zona contigua y la zona económica exclusiva*. Por zona contigua se entiende la porción de alta mar ubicada inmediatamente después del límite del mar territorial, en la cual el Estado costero puede adoptar medidas jurisdiccionales tendentes a prevenir infracciones a sus leyes en general, especialmente en lo referente a los reglamentos de aduana, inmigración y sanidad. Así mismo cumple una función política, ya que es un límite que se toma en cuenta para la salvaguarda de la integridad y la seguridad nacionales. La zona económica exclusiva es un área que se extiende más allá de la anterior, sobre la cual el Estado costero se reserva derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales de toda especie.

En el caso colombiano esta comprende una extensión de 200 millas náuticas. El Estado tiene también jurisdicción de estas aguas para el establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras para la investigación biológica marina y para la preservación del medio marino.

Aunque el concepto de que la soberanía de los Estados debía prolongarse hasta el límite de la tierra sumergida, es decir, *la plataforma submarina*, había sido esbozado ya desde el siglo XVIII y fue expuesto en la primera mitad del siglo XX por varios internacionalistas, incluyendo algunos latinoamericanos, la idea solo se formalizó a partir de 1945 cuando el presidente de EE. UU., HARRY TRUMAN, expresó al mundo su decisión de poner bajo la "jurisdicción y control" nacionales, los recursos del suelo y del lecho marítimo de la plataforma continental (*continental shelf*) adyacente a sus costas. Fue esta la llamada "Doctrina Truman", a partir de la cual comenzó una nueva era en el llamado derecho internacional del mar. Como consecuencia de ella, los países latinoamericanos comenzaron muy pronto a reivindicar sus derechos sobre la plataforma continental adyacente a sus costas. El primero en hacerlo fue México, seguido por Panamá y Argentina; después lo hicieron otros países. La delimitación de las áreas marinas y submarinas plantea serios problemas entre Estados vecinos. Así ha ocurrido, por ejemplo, entre Colombia y Venezuela, respecto de la zona limítrofe sobre el llamado Golfo de Venezuela<sup>37</sup>.

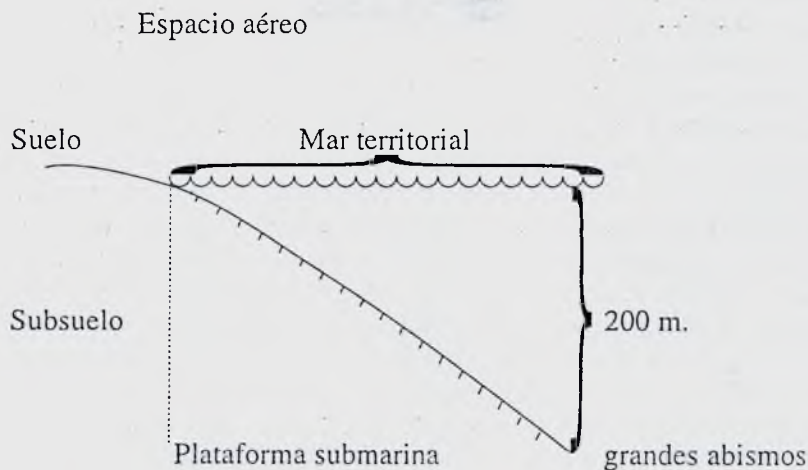
La plataforma submarina está comprendida por el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas continuas a las costas, pero ubicadas fuera de las zonas de las aguas territoriales, donde la profundidad de los mares permite la explotación de los recursos naturales de los mismos. Es, pues, esa especie de zócalo sobre el cual los continentes parecen asentarse en los océanos y que generalmente avanza de la costa hacia el mar en sentido ligeramente oblicuo hasta unos doscientos metros de profundidad, para luego descender verticalmente, formando una especie de frontera con los grandes abismos<sup>38</sup>. La exten-

<sup>37</sup> Cfr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, *Delimitación terrestre y marítima entre Colombia y Venezuela*, Bogotá, Edic. Universidad Santo Tomás, 1989.

<sup>38</sup> A. CONSTAÍN, ob. cit., pág. 65.

sión de la plataforma submarina colombiana no se ha establecido de manera exacta; se sabe que es más extensa en el Océano Atlántico que en el Pacífico.

Gráfico N° 2. La plataforma submarina



La limitación del mar territorial y de la plataforma submarina, implica la libertad de los mares restantes. De aquella inmensa porción oceánica que genéricamente se denomina *mar abierto*. "El principio fundamental del derecho internacional sobre la libertad de los mares —dice el internacionalista VON LISZT—, excluye toda soberanía de los Estados sobre el mar abierto. Internacionalmente es imposible toda adquisición, primitiva o derivada, de soberanía territorial sobre partes del mar abierto. En este sentido, el mar no es una *res nullius*, sino una *res communis omnium*, territorio de la agrupación de los Estados"<sup>39</sup>.

E) *Otros componentes*.—El territorio nacional se proyecta también, por extensión, a los *buques de guerra*, que se consideran parte del Estado al cual pertenecen y se rigen por las normas de este; lo contrario ocurre con los buques mercantes o particulares que llegados a aguas territoriales extranjeras, quedan sujetos a las leyes del país correspondiente. También las *residencias de los jefes de misión diplomática* se consideran parte integrante del territorio del Estado que representan, principio que ha sido universalmente aceptado, a fin de garantizar el *fuero diplomático* y hacer que *el derecho de asilo político*, consagrado particularmente en Latinoamérica<sup>40</sup> sea una realidad.

<sup>39</sup> FRANZ VON LISZT, *Derecho internacional público*, cit. por GABRIEL MELO GUEVARA, *El Estado y la Constitución*, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 128.

<sup>40</sup> Acuerdo de Caracas de 1911, y convenios de La Habana de 1928 y de Montevideo de 1933.

### 3.5 Relación jurídica entre el Estado y el territorio

El dominio directo sobre un objeto exteriorizado por acciones físicas sobre el mismo, es lo que constituye desde el punto de vista jurídico, *la propiedad*. De ahí que nuestro Código Civil en su definición identifique los términos dominio y propiedad. Tratándose ya de determinar la naturaleza del derecho que ejerce el Estado sobre su territorio, el problema se torna en uno de los más controvertidos de la teoría del Estado.

Para algunos autores, como JELLINEK, el dominio que el Estado ejerce sobre su territorio no es, desde el punto de vista del derecho público *dominium* sino un *imperium*<sup>41</sup>. El término *imperium*, como ya se ha explicado, significa poder de mando; pero este poder de mando solo es aplicable a las personas. En consecuencia, la naturaleza de la relación jurídica del Estado sobre el territorio se asemejaría a un *derecho personal*. Autores como MICHOUÉ consideran que se trata evidentemente de un derecho personal y no de un derecho real, pues se ejerce en primer término sobre las personas que se encuentran bajo la potestad del Estado. Para otros autores se trata de un *derecho real de naturaleza especial*. DABIN y BURDEAU, han propuesto para ese vínculo, la denominación de *derecho real institucional*. Para BURDEAU, el Estado procede del emplazamiento de un pueblo sobre el territorio; a la institución estatal no podría, por consiguiente, faltarle ese medio que la habilita para realizar la idea de derecho que ella encarna. En este sentido existe incontestablemente, afirma él, un vínculo institucional entre el poder y el territorio sobre el cual se ejerce. Por consiguiente esa relación no podrá confundirse con aquella que resulta de la propiedad, porque esta produce intereses diversos en cuanto a su naturaleza y extensión. Es, por lo tanto —concluye— un derecho real de naturaleza particular, cuyo contenido está determinado por las exigencias del servicio de la institución<sup>42</sup>.

Entre nosotros, COPETE LIZARRALDE propone lo que él llama *dominio eminente* para referirse a los derechos del Estado sobre su territorio, tras advertir su coincidencia con la concepción del *derecho real institucional*: define el *dominio eminente* como “el derecho que tiene el Estado, en su condición de persona jurídica, para ejercer soberanía sobre su territorio y sobre los bienes en él contenidos”<sup>43</sup>. Pero, como anota HUGO PALACIOS MEJÍA, en esta definición el énfasis recae en la noción de *soberanía*, que como es una característica del poder del Estado, incide en primer lugar sobre los hombres y solo secundariamente sobre las cosas, por lo cual la tesis de COPETE coincide más con la del *derecho personal* de JELLINEK<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> G. JELLINEK, pág. 325.

<sup>42</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II, París, pág. 81.

<sup>43</sup> A. COPETE LIZARRALDE, ob. cit., pág. 9.

<sup>44</sup> HUGO PALACIOS MEJÍA, *Introducción a la teoría del Estado*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 58.

PALACIOS MEJÍA refuta los anteriores enfoques por cuanto extraen criterios del derecho privado que, según él, no hacen sino añadir confusión a tema tan complejo. Sostiene, y nosotros compartimos su opinión, que la vida jurídica del Estado debe enfocarse siempre desde la perspectiva del derecho público. El territorio, dice él, es un elemento del Estado, por lo cual más que un *derecho del Estado sobre el territorio*, es un *condicionamiento territorial* de la vida del Estado, condicionamiento que da lugar a diferentes situaciones jurídicas. Estas son básicamente de dos clases: la primera se refiere a la facultad de ejercer poder sobre las personas que viven dentro de las fronteras, y es la que se denomina *imperium*. Esta noción tiene un carácter más político que jurídico. La segunda expresa una verdadera relación directa entre el Estado y ciertas partes del territorio, pero sin recurrir a la figura del derecho particular de propiedad; esta se denomina *dominio público*. PALACIOS considera que como el Estado debe obrar siempre en razón del bien común, y como su personalidad jurídica es una, sus derechos de dominio son siempre *dominio público*<sup>45</sup>. Entre estos quedarían comprendidos los bienes de uso público por naturaleza, como las playas y los ríos; los bienes de uso público por destinación: las calles o los puentes; los bienes adjudicables: los baldíos; y los bienes fiscales, o sea aquellos que el Estado destina a engrosar sus rentas.

Para GABRIEL MELO GUEVARA, siendo el territorio elemento esencial del Estado, carece de objeto la discusión sobre la naturaleza de su dominio. “Las relaciones Estado-suelo, dice él, son las mismas de un ser con cualquiera de los elementos que componen su esencia. Definimos al hombre, como animal racional. Y no nos lanzamos en seguida a averiguar qué tipo de derecho tiene sobre la animalidad. A nadie se le ocurriría inquirir si el ser humano tiene un derecho de propiedad sobre la racionalidad y si es real o personal”<sup>46</sup>. Este autor se decide por denominar la relación como de *dominio político*, advirtiendo que se debe despojar el concepto de “todo sabor analógico con la noción de propiedad”.

Cabría anotar que los anteriores planteamientos tienen validez tratándose de Estados en los cuales se garantice y defienda la propiedad privada sobre la tierra, y no en Estados de estructura socialista en los cuales el dominio del Estado sobre el territorio es más directo, por no ser reconocida en ellos la propiedad privada sobre la tierra.

### 3.6 *El territorio como campo de aplicación de la política*

NAPOLEÓN sostenía que “la política de los Estados está en su geografía”. Esta frase expresa una antigua idea, cuyo germen se encuentra en el *Tratado sobre el aire, el agua y los lugares* de HIPÓCRATES (siglo V a. C.). HERODOTO la aplica en sus *Historias*. ARISTÓTELES formula, en su *Política*, una teoría entre el clima y la libertad política, que será aplicada a través de los siglos por

<sup>45</sup> *Ibíd.*, pág. 60.

<sup>46</sup> G. MELO GUEVARA, *ob. cit.*, pág. 121.

autores diversos, como Santo TOMÁS y JEAN BODÍN, antes de ser desarrollada por el barón de MONTESQUIEU en *El espíritu de las leyes*.

Santo TOMÁS DE AQUINO en su *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*<sup>47</sup> recomienda al rey elegir lugares templados para fundar la ciudad: "Puesto que la salud depende de la templanza de los humores —dice él—, en un lugar templado se conservará mejor la salud, ya que lo semejante se conserva con su semejante"; y recomienda también que se busque que en las regiones haya aire salubre, describiendo cómo se puede conocer la cualidad del aire, y también la del agua.

MONTESQUIEU dedica varios capítulos de su obra capital a la relación de las leyes con la naturaleza del clima y con la naturaleza del suelo. Sostiene que los hombres son diferentes según los diversos climas, atribuyéndole a los climas fríos mayores cualidades para el desarrollo de la personalidad individual y propensión al cumplimiento de la ley. A fines del siglo XIX y comienzos del actual, estas tesis tradicionales fueron desarrolladas de manera sistemática por los geógrafos, hasta llegarse a fundar una disciplina nueva en Alemania: la geopolítica.

La influencia de los medios geográficos en los desarrollos políticos es generalmente admitida. La aceptan, por igual, conservadores, liberales, fascistas y marxistas; solamente difieren en cuanto al grado de dependencia que le otorgan. Mientras las ideologías tradicionalistas tienden a exagerar esa influencia, las ideologías liberales tienden a disminuirla y a veces a minimizarla. Que el hombre esté encerrado en el determinismo del suelo y el medio, que él no puede escapar a la naturaleza es, según DUVERGER, la base misma de la filosofía de derecha<sup>48</sup>. Algunos Estados totalitarios, como la Alemania hitleriana, han defendido la llamada doctrina del *espacio vital*, expuesta inicialmente por FRIEDRICH LIST (1789-1846), según la cual cada Estado tiene el derecho a asegurarse una porción de territorio suficiente para satisfacer las necesidades de su población. Esta doctrina ha servido para justificar formas brutales de imperialismo agresivo. Las ideologías de izquierda, por el contrario, sostienen que el hombre puede escapar a los condicionamientos naturales y, que de hecho, tiende a hacerlo. De una manera general, la influencia de la geografía no es separable de la de las técnicas inventadas por el hombre, que le permiten vencer las dificultades del medio natural. Así, los factores geográficos son sociológicos, al mismo tiempo que físicos; el primer elemento crece en detrimento del segundo, a medida que avanza el progreso técnico. En las sociedades arcaicas los fenómenos políticos dependen mucho de la geografía, en tanto que en las sociedades modernas esta dependencia es menor.

<sup>47</sup> Santo TOMÁS DE AQUINO, *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Bogotá, Edic. Universidad Santo Tomás, 1984.

<sup>48</sup> M. DUVERGER, ob. cit., pág. 34.

#### 4. EL PODER PÚBLICO, ELEMENTO FORMAL DEL ESTADO

Siguiendo el desarrollo de nuestra definición del Estado, decimos que ese conglomerado social —la población—, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un determinado territorio, “*está sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos*”. Aparece así el tercer elemento del Estado, el que puede considerarse como elemento formal: el poder público o autoridad.

La sociedad organizada no podría constituirse política y jurídicamente para convertirse en Estado, sin la existencia de un poder público, de una autoridad soberana, acatada y respetada por el conglomerado.

##### 4.1 *Concepto de poder*

Al analizar el Estado como *estructura de poder*, veíamos cómo este fenómeno es anterior al Estado; cómo se presenta en el seno de toda organización social, partiendo de la célula familiar, y cómo, además, se manifiesta en todas las agrupaciones que conforman el ente estatal, sea cual fuere su naturaleza<sup>49</sup>.

De manera que el concepto de poder no es un concepto meramente político y jurídico sino, ante todo, sociológico. BODENHEIMER dice que en sentido sociológico “el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”<sup>50</sup>. Ya hemos dicho que el poder puede ejercerse por medios físicos, morales, psicológicos o intelectuales. Muchos filósofos y sociólogos han resaltado la enorme importancia del concepto del poder para el estudio de la vida social humana. HOBBS y SPINOZA basaron sus sistemas filosóficos en el supuesto de que todo ser vivo se ve impulsado por un instinto natural a extender su poder lo más lejos de que es capaz<sup>51</sup>. FRIEDRICH NIETZSCHE considera la voluntad de poder como la fuerza motivadora básica de la naturaleza y la sociedad humana<sup>52</sup>. LEÓN TOLSTOI afirmaba que “por no hablar del hecho de que ninguna explicación de la acción combinada de los hombres puede omitir la concepción del poder, la realidad del poder se nos muestra, no solo en la historia, sino mediante la observación de acontecimientos contemporáneos”. Más recientemente, BERTRAND RUSSELL ha señalado que el poder es el concepto fundamental de la ciencia social, en el mismo sentido que la energía lo es de la física. El amor al poder —sostiene él— es el motivo principal que produce los cambios que tiene que estudiar la ciencia social; y las leyes de la dinámica social solo pueden expresarse en términos de las diversas formas de poder<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> V. *supra*, pág. 81.

<sup>50</sup> E. BODENHEIMER, ob. cit., pág. 15.

<sup>51</sup> HOBBS, *Leviatán*, parte I, cap. 10, cit. por E. BODENHEIMER, ob. cit., pág. 16.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 16.

<sup>53</sup> *Ídem*, pág. 17.

De igual manera, los modernos sociólogos del derecho han llegado a reconocer el significado fundamental del fenómeno del poder.

Conscientes de este hecho, hemos examinado antes algunos aspectos relacionados con la evolución de la noción de poder, hasta llegar al fenómeno del poder institucionalizado que, como se explicó, es aquel cuya titularidad está en cabeza de ese ente al que denominamos Estado. Debe precisarse que el poder a que nos referimos es al *poder público*, es decir aquel que se ejerce por parte de los gobernantes, ya sea de *facto* o ya sea con base en una normatividad jurídica preestablecida, sobre un conglomerado, y no al poder genéricamente considerado, en las diversas manifestaciones en que este fenómeno se presenta en el seno de la sociedad.

Corresponde en esta parte volver a ese concepto —el de poder público o ejercicio de la autoridad por parte del Estado—, para estudiarlo como uno de sus elementos esenciales, sin el cual tampoco ese ente llegaría a configurarse como tal.

A. HAURIUO define el poder como “una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno de un grupo humano, y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la fuerza y de la competencia. Cuando no está sostenido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados<sup>54</sup>”. De esta definición pueden extraerse los siguientes aspectos del poder: a) que este es un fenómeno inherente a la naturaleza humana; b) que es capaz de crear organizaciones sociales; c) que comporta dos elementos: *dominación* y *competencia*; y d) que cuando es consentido por los gobernados se convierte en *poder de derecho*.

#### 4.2 Elementos que conforman el poder público

El poder público conforma, pues, dos elementos esenciales: el de la *dominación* y el de la *competencia*. El elemento *dominación* consiste en la capacidad material de hacer cumplir las decisiones de los gobernantes, es decir, de poder obligar, aun por la fuerza, a los gobernados a obedecer esas decisiones. La voluntad de dominación es característica común del gobernante; esta voluntad puede ser más o menos acentuada según la naturaleza del régimen político imperante, del mismo sistema de gobierno, o aun, de la propia personalidad del gobernante. En los regímenes políticos que cuentan con un mayor apoyo ciudadano, esto es con una más amplia base de legitimidad, el elemento dominación se manifiesta de manera más atenuada, por cuanto se hace menos necesario que la voluntad de dominación se traduzca en actos de autoridad. Así ocurre, por lo general, en los regímenes democráticos. Pero debe anotarse que todo gobierno, por amplia que sea su base popular, requiere en su ejercicio del respaldo de la fuerza material para imponer su voluntad sobre aquellos indi-

<sup>54</sup> A. HAURIUO, ob. cit., pág. 125.



viduos o sectores que pretendan desconocerla. Para ello dispone del aparato coercitivo del Estado: fuerzas militares y de policía, organismos de seguridad, sistema penitenciario.

La capacidad de utilizar la coacción física aparece entonces como un elemento indispensable para el ejercicio de la autoridad. Del empleo que se haga de este elemento depende en alto grado, el que un determinado régimen político pueda catalogarse de despótico o autoritario, o que se mantenga dentro del marco democrático. Con frecuencia ocurre que la autoridad se ve obligada a adoptar medidas coercitivas de carácter colectivo —particularmente en circunstancias de crisis—, casos en los cuales actúa para prevenir alteraciones del orden público o para reprimir las resistencias o insubordinaciones que ponen en peligro la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la eficacia misma de tales medidas, cuyo objetivo esencial debe ser el de preservar la tranquilidad pública y el Estado de derecho.

Al lado del elemento dominación aparece también el *elemento competencia*, el cual consiste en la aptitud reconocida al gobernante para adoptar soluciones justas a los problemas que plantea la conducción del conglomerado social. Este espacio de autoridad, que, como dice A. HAURIUO, acompaña naturalmente a la competencia, supone la adhesión de ese conglomerado y hace que normalmente los mandatos de la autoridad sean obedecidos, sin necesidad de recurrir a la fuerza. En el ejercicio del poder público, en un régimen auténticamente democrático, y en un Estado de derecho, el elemento competencia debe predominar sobre el elemento dominación; es decir este viene a estar subordinado al primero.

Puede decirse, entonces, que cuando se da en una organización política determinada primacía al elemento competencia, se está frente a un poder de derecho; en cambio, cuando en esa organización predomina el elemento dominación, generalmente se está frente a un poder de hecho.

### 4.3 Poder de hecho y poder de derecho

El establecimiento de la autoridad en el seno de una sociedad es un fenómeno que varía según circunstancias múltiples de modo, tiempo y lugar. No siempre la autoridad se impone con el consentimiento del conglomerado; con lamentable frecuencia sucede lo contrario: un grupo minoritario se impone frente a los demás por su audacia, por su fuerza, o por su organización. Caso típico es el de los golpes de Estado, particularmente los de origen militar, es decir, los llamados “golpes de cuartel”. En estos hechos predomina la voluntad de dominación sobre la competencia. Puede decirse que esa voluntad de dominación es el motor que impulsa y lleva al poder a determinados grupos, en casos como el citado. Ante ese hecho, el conglomerado se ve obligado, al menos en una etapa inicial, a soportar pasivamente la autoridad impuesta; ello no impide que en la práctica se den, por parte de sectores de la opinión pública,

manifestaciones de respaldo a esa autoridad. Sea como fuere, se habla en este caso de un gobierno *de facto* o de un *poder de hecho*.

El poder de hecho se caracteriza, pues, por el predominio de la voluntad de dominación sobre la competencia, por la imposición de la autoridad mediante la fuerza y por la ausencia de consentimiento por parte del conglomerado que lo soporta. Sin embargo, los gobiernos *de facto* para subsistir, deben evolucionar en el sentido de buscar un asiento sólido al poder que ejercen, orientando su actividad hacia los intereses colectivos, hacia la búsqueda del *bien común*, antes que la satisfacción de los intereses personales de los gobernantes; en una palabra, a subordinar los instintos de dominación y a hacer prevalecer la competencia. La culminación de esta evolución debe ser el logro del consentimiento al poder que ejercen por parte de los gobernados, con lo cual el *poder de hecho* puede llegar a convertirse en un *poder de derecho*.

#### 4.4 *El consentimiento al poder*

El consentimiento al poder surge de la necesidad de que el conglomerado social tome conciencia de que existe un lazo de unión entre él y el poder que se ejerce en su beneficio. El consentimiento al poder ha sido considerado como condición esencial para la existencia del Estado, ya que cuando ese fenómeno se cumple se le da un asiento sólido al poder institucional, en el cual, el fundamento del poder se transfiere de la persona que lo ejerce a un ente que es el Estado. Es condición esencial para que las relaciones de mando y obediencia se mantengan dentro de una atmósfera de calma y de respeto mutuo; en el momento que falta ese consentimiento, sobrevienen la inestabilidad y la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, lo cual puede conducir, como de hecho ha ocurrido, a la disolución y desaparición del Estado. La historia está llena de ejemplos ilustrativos de esta situación, especialmente durante la Edad Media, cuando muchos Estados no lograron configurarse definitivamente y sobrevivir, por faltar al poder de los príncipes el consentimiento de los gobernados. Ello condujo a MONTESQUIEU a sostener que el príncipe no recibía sino una delegación restringida de autoridad por parte de sus gobernados, en aras de la utilidad pública, y que un abuso del poder por parte suya le traía como consecuencia el rompimiento del convenio que el pueblo le imponía y desligaba a los sujetos de sus deberes de obediencia<sup>55</sup>. Esta tesis rebatía la sostenida por HOBBS, quien legitimaba la tiranía con la idea de que el pueblo delegaba definitivamente todos sus derechos en las manos del príncipe<sup>56</sup>.

A. HAURIUO afirma que "es el consentimiento dado por los gobernados al poder que les dirige lo que le legitima y le da la cualidad de poder o de gobierno de derecho, porque este consentimiento significa que el poder se ejerce en

<sup>55</sup> MONTESQUIEU, *Pensamientos inéditos*, t. I, pág. 381, cit., por G. BURDEAU, ob. cit., pág. 23.

<sup>56</sup> V. *infra*, pág. 209.

interés de aquellos a quienes se dirige. El fundamento político de la autoridad de los gobiernos de derecho se encuentra en el habitual consentimiento que encuentra en los súbditos"<sup>57</sup>.

Pero es preciso aclarar que este consentimiento no se da de manera exclusiva al titular o titulares actuales del poder, lo cual sería en extremo peligroso ya que pondría en tela de juicio el fundamento de la autoridad cada vez que hay transmisión de mando, sino que se otorga a la *institución* del poder público, en cuyo nombre gobiernan esos titulares. Así, desde el instante en que la institución gubernamental es aceptada por los súbditos, es posible que estos verifiquen la legitimidad de tal o cual medida particular. De este modo, todos los mandatos del poder deben gozar de una obediencia previa, sin la cual el principio de autoridad no existiría. Es posible, *a posteriori*, verificar la validez jurídica de las medidas tomadas por el gobernante.

La idea de que el poder debe ser reconocido y consentido ha estado sujeta a interpretaciones diversas; a veces no ha pasado de ser una afirmación platónica. Pero el reconocimiento casi unánime de que debe existir este elemento, constituye un testimonio de que no puede fácilmente descartarse. En efecto, sin un consentimiento, al poder no queda sino el imperio de la fuerza material y esta sola es impotente para darle un fundamento sólido, como ya se ha dicho, a la autoridad de los gobernantes. Este fundamento, del cual venimos hablando, es el hecho que da base para establecer la legitimidad del poder.

A) *Diferentes tipos de legitimidad.*—El sociólogo alemán MAX WEBER ha distinguido tres tipos de legitimidad, según que el poder sea *tradicional* —gobierno de dinastías—, *carismático* —gobierno de un jefe calificado por su prestigio personal—, o *racional* —gobierno de autoridades investidas de poder por la ley<sup>58</sup>. Aunque históricamente existan interferencias entre estos tres tipos de legitimidad —por ejemplo siempre influye el carisma en el ascendiente que tengan los gobernantes—, la distinción de MAX WEBER puede tenerse como valedera. Ella revela que en los tres casos la legitimidad es la expresión de una calificación: la autoridad aparece cualificada por el ejercicio de la función gubernamental. En nuestra época la idea más comúnmente admitida, al menos dentro del mundo occidental, es aquella que ve en la convergencia de las aspiraciones del grupo y de los objetivos del poder, el fundamento de la legitimidad de este. De ahí que en las sociedades modernas con vocación democrática predomine la legitimidad racional.

En toda sociedad política suficientemente unificada, para prestarse a la organización estatal, existe una representación dominante del orden social deseable. BURDEAU llama esta representación "*idea de derecho*", porque el tipo de sociedad al cual ella se refiere aparece como debiendo ser cumplido o

<sup>57</sup> A. HAURIU, ob. cit., pág. 128.

<sup>58</sup> A. HAURIU, ibídem, pág. 129.

garantizado por la reglamentación jurídica: “La función de derecho es así la de satisfacer las exigencias incluidas en esta imagen del porvenir deseado. Es ella la que la suscita; el gobernante no puede, pues, traicionarla sin alterar su título al mando. Por supuesto en el modo de formación de la idea de derecho, sus variaciones de intensidad son tales que no podrían implicar una subordinación mecánica del poder. Pero al menos este no podría desconocerla de manera durable sin cesar de ser legítimo”<sup>59</sup>.

B) *Alcances del consentimiento al poder.*—La autoridad política procede, como antes se dijo, de la conformidad entre las decisiones del poder y la idea de derecho valedera en el grupo nacional. No es ciertamente el consentimiento el que ha creado la autoridad; al menos constata su existencia no poniendo obstáculo a su ejercicio. La misión del poder es demasiado elevada para estar a merced de las vacilaciones o de los caprichos de un individuo o de un grupo. La legitimidad del poder tiene una fuente más profunda y más constante que la actitud voluble de la opinión pública respecto a ese poder. Si no fuera así el orden y la paz estarían a merced de un frágil acuerdo de voluntades individuales. Pero ¿cómo entonces, sin proceder del consentimiento, la autoridad está condicionada por él?

Se comprende lo anterior al constatar cómo antes de la obediencia a un jefe, existe en el grupo la adhesión a una idea: a la idea nacional que ese jefe representa, en virtud de la autoridad de que está investido. Por eso es que en la medida en que los gobernantes aparezcan como los más aptos para servir a esa idea, como los más calificados para satisfacer las exigencias del bien común, obtienen un mayor grado de adhesión y de reconocimiento por parte del conglomerado social. Desde su institucionalización, el poder se encuentra legitimado y limitado por la idea de derecho de la cual procede. De ella surge su autoridad, afirmándose como capaz y deseoso de realizarla en aras del bien común. Es así, en definitiva, la idea del bien común la que da fundamento a la autoridad. Se mide entonces el alcance exacto del consenso popular. A través de él, el grupo participa en la determinación del objeto social; él crea, a la vez, la idea de derecho y la atmósfera propicia para su cumplimiento. Finalmente, por su adhesión al objeto social, él hace legítimo el ejercicio de la autoridad.

Es esencial salvaguardar esta autonomía del origen del poder respecto al consentimiento, porque ella sola permite garantizar la libertad de iniciativa indispensable a los gobernantes. “Al lado de su auténtica figura —dice BURDEAU—, el consentimiento tiene, en efecto, demasiadas máscaras engañosas para que pueda dársele a él el cuidado de fundar el poder de derecho: él interviene para ratificar, no para crear. Consentir es aceptar; no es dominar, sino admitir la legitimidad de la dominación; no es tener el manejo de una actividad, sino reconocer el bien fundado en sus fines y la oportunidad en sus medios. En definitiva, es la duración del poder en la paz lo que constituye el más claro testimonio de aquello que es tenido como legítimo. Como es evidente que la

<sup>59</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 23.

duración por ella misma no crea nada, que ella es simplemente una prueba de la regularidad o del agenciamiento correcto de aquello que dura, es forzoso admitir que el poder de derecho existía fuera del consentimiento popular que revela el ejercicio tranquilo de las prerrogativas de la autoridad”<sup>60</sup>.

C) *El consentimiento y las disciplinas colectivas.*—Con razón afirma BURDEAU que el ideal para el buen orden político sería que el consentimiento procediera de una auténtica adhesión individual de parte de cada uno de los miembros del grupo social. En realidad, esta adhesión libre y racional es un hecho excepcional. Lo cierto es que los gobernados aceptan el poder por costumbre, por negligencia para concebir otro distinto, o por el simple temor del castigo que los gobernantes podrían ejercer si ellos se rebelaran contra ese poder.

Todos estos factores de determinación de la actitud de los gobernados respecto al poder son analizados por la ciencia política. Es importante, sin embargo, examinar el carácter, en cierta manera institucional, que ellos revisiten en las sociedades contemporáneas, constituidas más por la yuxtaposición de las masas que por la coexistencia de los individuos; estas sociedades ofrecen un clima favorable para el establecimiento de disciplinas colectivas, es decir, de disciplinas que resultan de la presión del medio, de las condiciones de vida o de la difusión de las ideologías.

El individuo, como explica BURDEAU, se halla así encuadrado sin tomar siempre conciencia de ello. Y la perfección adquirida por las técnicas de agrupación introduce, en la vida política, instituciones cuya eficacia iguala, cuando no sobrepasa, la de los procedimientos que el derecho constitucional propone a los individuos para hacer conocer su sentimiento respecto al poder. Las más activas de esas disciplinas son las disciplinas gremiales, las disciplinas partidistas y las disciplinas intelectuales creadas por los medios de propaganda y divulgación. Todas ellas utilizan procedimientos de persuasión destinados a situar al individuo de cierta manera frente al poder. El sindicato pone en acción el medio de vida y los intereses profesionales y, por la ventaja que obtiene o promete, incita a sus miembros a adoptar una actitud frente a la política gubernamental. Los partidos políticos actúan sobre sus seguidores a través de los programas que ellos proponen. La propaganda, en fin, se planea sobre las reacciones emocionales que provoca la orquestación de las ideologías.

En todos los casos estos constreñimientos más o menos consentidos por los individuos, tienen como resultado, anota BURDEAU, fraccionar la colectividad en cierto número de categorías sociales, de fuerzas organizadas o de familias espirituales. De tal suerte que hoy el problema del consentimiento no se plantea tanto entre el poder y los grupos ya encuadrados y movilizados por la realización de objetivos políticos o sociales precisos<sup>61</sup>. Este fenómeno será

<sup>60</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 73.

<sup>61</sup> G. BURDEAU, *Droit constitutionnel...*, ob. cit., pág. 24.

analizado cuando se examinen las condiciones de funcionamiento del régimen en el cual el poder es consentido por excelencia: el régimen democrático.

#### 4.5 Teorías sobre el fundamento del poder

Que la aptitud o la inclinación a ejercer el poder es un atributo de la naturaleza humana es, como ya vimos, un hecho indiscutible. Existen en toda organización social, individuos cuya posición, personalidad o ascendiente los coloca en situación de ejercer poder frente a la organización; que tienen, por así decirlo, un sentido innato de la organización social. Sin embargo, esta comprobación de que el poder es inherente a la naturaleza humana no se considera, en general, como explicación suficiente sobre el fundamento mismo del poder. Acerca de su fundamento filosófico, ha habido dos tesis principales: para algunos, el poder es de origen divino; para otros, tiene origen en el conglomerado social sobre el cual se ejerce, es decir, en el pueblo.

A) *Doctrina sobre el origen divino del poder.*—Esta doctrina, que sostiene que el poder viene de Dios, se encuentra consignada en textos sagrados de diversas religiones. Así describe la Biblia la proclamación de Saúl como rey de Israel, por el profeta Samuel: “Y dijo Samuel a toda la gente: Ved al que ha escogido Yahvé, que no hay como él entre toda la gente. Y gritaron: ¡Viva el rey! Y repitió Samuel a la gente el derecho del reino. Lo escribió en el libro y lo depositó delante de Yahvé”<sup>62</sup>. En el Deuteronomio se hace la descripción del origen divino del poder al hacer la narración de la historia del pueblo de Israel, como pueblo elegido, desde la creación del mundo hasta Moisés<sup>63</sup>.

Ya en la era cristiana, SAN PABLO, en su *Epístola a los romanos*, hizo lo que, en opinión del tratadista G. SABINE, es el pronunciamiento político más influyente del Nuevo Testamento, al decir: “Que toda alma se someta a las potestades superiores, porque no hay potestad sino de Dios, y las que son, de Dios han sido ordenadas”<sup>64</sup>. Es muy posible que este planteamiento, así como otros similares del apóstol, haya sido hecho, como supone el historiador CARLYLE<sup>65</sup>, para combatir las tendencias anárquicas que se presentaban en las primeras comunidades cristianas. Pero estas palabras se convirtieron en doctrina de la Iglesia, y la obediencia civil en una virtud cristiana admitida y predicada por sus doctores; los más connotados entre estos, que se pronunciaron en el mismo sentido en los primeros siglos del cristianismo, fueron SAN AMBROSIO (s. IV), SAN AGUSTÍN (s. V) y SAN GREGORIO (s. VI).

SAN AGUSTÍN, el pensador cristiano más importante de esa época, escribió su obra *La ciudad de Dios*, para defender al cristianismo contra la acusación

<sup>62</sup> Samuel, libro primero, X, 17 a 25.

<sup>63</sup> Cfr. ERNESTO REY CANTOR, *Las teorías políticas clásicas de la formación del Estado*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1988, págs. 19 y ss.

<sup>64</sup> SAN PABLO, Romanos, 13, 1-7.

<sup>65</sup> Citado por G. SABINE, *ibídem*.

que le hacían los paganos de ser el responsable de la decadencia del poder de Roma y, en particular, del saqueo de la ciudad por Alarico en 410. En esta obra desarrolló su pensamiento filosófico, en torno a la idea antigua de que el hombre es ciudadano de dos ciudades: la terrenal y la celestial. Así, la naturaleza humana es doble —espiritual y corporal—, y por tanto el hombre es a la vez ciudadano de este mundo y de la ciudad celestial; sus intereses entonces están divididos entre los terrenales, centrados alrededor del cuerpo, y los ultraterrenos, que pertenecen específicamente al alma. Esta distinción se encuentra en los cimientos de todo el pensamiento cristiano en materia de ética y de política. Para San AGUSTÍN la historia humana es la narración dramática de la lucha entre esas dos sociedades, y el dominio final tiene que corresponder a la ciudad de Dios. Pero respecto de las potestades terrenales, él creía también que “de Dios son ordenadas”, y que el pecado hacía necesario el empleo de la fuerza por ellas. En consecuencia, no consideraba a las dos ciudades como visiblemente separadas<sup>66</sup>. Los doctores de la Iglesia citados, subrayaban la autonomía de la Iglesia en cuestiones espirituales y la concepción del gobierno compartido por dos órdenes: el real y el clerical. Tal posición implicaba no solo la independencia de la Iglesia, sino también la del gobierno secular, mientras actuase dentro de su propia jurisdicción.

La filosofía agustiniana predominó en el cristianismo durante muchos siglos, hasta la aparición del más grande de los pensadores de la Iglesia en la Edad Media: Santo TOMÁS DE AQUINO. En el siglo XII las obras de ARISTÓTELES habían llegado a Europa, a través de España, siendo traducidas por árabes y judíos, por lo cual, como dice un autor, “llevaban impreso el estigma de la infidelidad”. Al remontar los Pirineos, la primera reacción de la Iglesia fue la de prohibirlas, como en efecto se hizo en la Universidad de París en 1210. Pero luego asumió una actitud más realista y acorde con el vigor intelectual que caracterizaba al cristianismo medioeval, y el gran filósofo griego no solo fue recibido sino convertido en piedra angular de la filosofía católica, por obra principalmente de Santo TOMÁS y de su maestro, el también dominico San ALBERTO MAGNO. Apoyado, pues, en ARISTÓTELES, Santo TOMÁS expone también la doctrina del origen divino del poder. Los primeros capítulos del Libro Tercero de *El gobierno de los príncipes* están destinados a probar “que todo poder viene de Dios, considerada la naturaleza de su ser”.

Posteriormente esta doctrina sirvió de fundamento a la llamada ‘teoría del derecho divino de los reyes’, sobre la cual se apoyaron las monarquías absolutas europeas a partir del siglo XV. La doctrina ha revestido dos modalidades: la llamada del *derecho divino sobrenatural* y la del *derecho divino providencial*.

La *doctrina del derecho divino sobrenatural* consiste en afirmar que Dios elige por sí mismo a los gobernantes y los enviste de los poderes necesarios para conducir los asuntos terrenales. Esta doctrina fue sostenida, entre

<sup>66</sup> G. SABINE, ob. cit., págs. 147 y ss.

otros, por BOSSUET en *La política según las propias palabras de la Sagrada Escritura*; ella sirvió de sustento para defender las monarquías absolutas, las cuales se basaban en el principio de que el rey derivaba su poder directamente de Dios; fue abandonada después de la Revolución francesa, al menos en el Occidente cristiano.

La *doctrina del derecho divino providencial*, sostenida por JOSEPH DE MAISTRE (1754-1821) en su *Estudio sobre la soberanía* y por BONALD en su *Teoría del poder político y religioso de la sociedad civil*, explica que el poder, en su origen, forma parte del orden providencial del mundo, pero está puesto a disposición de los gobernantes por medios humanos. Esta doctrina es más compatible con el ejercicio de la democracia, y coincide en esencia con la sostenida tradicionalmente por la Iglesia católica.

Sin embargo, como anota A. HAURIU, "la doctrina del origen divino del poder, incluso bajo la forma de derecho divino providencial, no puede prestar los servicios esperados, es decir, de una parte favorecer la obediencia de los súbditos y, de otra, oponerse al carácter absoluto, despótico del poder, únicamente si las ideas religiosas son aceptadas por los gobernantes y los gobernados, incitando a estos a obedecer y a aquellos a no abusar de su autoridad"<sup>67</sup>. En las sociedades modernas no siempre ocurre así.

**B) Doctrina sobre el origen popular del poder.**—Esta doctrina, según la cual el poder viene del pueblo, tuvo sus orígenes en épocas en las cuales aún estaba muy arraigada la anterior, y los acendrados sentimientos religiosos de gobernantes y gobernados la admitían como dogma, pero en las que el absolutismo imperante hacía sentir la necesidad de oponer al poder omnímodo de los reyes ciertas barreras que contrarrestaran ese poder, basado en la teoría del origen divino.

Las raíces de la doctrina del origen popular del poder aparecen en la filosofía aristotélica y se extienden hasta la medioeval. Suponen un raciocinio sencillo: si el poder ha sido establecido para beneficio de toda la colectividad, es menester que esta tome parte en su organización y funcionamiento. Este principio es fundamento del régimen democrático de gobierno. La idea fue cobrando fuerza, hasta que en el siglo XVIII, por obra de los escritos de los enciclopedistas franceses, principalmente de J. J. ROUSSEAU, fue expuesta con un sentido no solo filosófico sino político y se convirtió en uno de los pilares del constitucionalismo liberal. Se afirmó, entonces, que el poder no pertenece "mediata" sino "inmediatamente" al pueblo, que en él encuentra su origen y fundamento, y que los gobernantes reciben ese poder únicamente del pueblo. Esta doctrina fue formalmente acogida en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 1776, y plasmada en la Constitución de 1787, fue bandera de la Revolución Francesa, y luego, fue consagrada en las constituciones de las nuevas repúblicas hispanoamericanas, a lo largo del siglo XIX.

<sup>67</sup> A. HAURIU, ob. cit., pág. 125.



Hoy sigue siendo principio básico de la democracia representativa, reivindicado también por las democracias socialistas.

En el fondo de estas reflexiones sobre el origen y fundamento del poder se trata de buscar un fundamento a la obediencia de los gobernados y, ante todo, de establecer barreras que impidan que el poder se torne absoluto y despótico. En efecto, la barrera más eficaz para impedir que el poder caiga en el despotismo, aparte de una adecuada organización de las instituciones políticas, es la convicción arraigada entre gobernantes y gobernados, de que el poder no debe ejercerse sino en interés de toda la comunidad, con el objetivo de buscar el *bien común* y dentro del marco del Estado de derecho, es decir, ajustándose a la normatividad jurídico-constitucional previamente establecida. En este aspecto ambas doctrinas han jugado un papel útil: la del origen divino del poder, al obligar moralmente a los gobernantes, como titulares de un poder que viene de Dios, a obrar conforme a su conciencia religiosa como mandatarios suyos, en beneficio de la comunidad entera; la del origen popular del poder, ya que viniendo este del propio pueblo, resulta lógico que sus mandatarios ejerzan ese poder en interés del pueblo mismo.

La diferencia fundamental entre estas dos concepciones sobre el fundamento del poder radica, pues, en la titularidad. Para la primera, la titularidad puede ser individual, y de hecho casi siempre lo es bajo la forma de la monarquía absoluta. Para la segunda la titularidad es siempre colectiva: pertenece a todo el conjunto de la nación, en la cual reside la soberanía. El poder no puede ser así patrimonio de nadie en particular, sino que es público. Pertenece a todos y debe ser ejercido en beneficio de toda la comunidad. Esos gobernantes son sus meros agentes de ejercicio transitorio. Es lo que define al poder público en el moderno Estado de derecho, con las características que lo distinguen de las demás formas de poder que se han dado o que puedan darse dentro del seno del mismo Estado.

#### 4.6 Características del poder en el Estado de derecho

El poder del Estado, que denominamos *poder público* para distinguirlo de las otras formas de poder, presenta características que le son propias. A. HAURIUO, cuyos planteamientos seguimos en esta parte, señala como principales caracteres específicos del poder del Estado los siguientes: es un poder de *superposición* y de *centralización*; un poder *político*; un poder *civil*; un poder *temporal*; un poder *monopolizador* de la *coerción material*; un poder *soberano*. Estas características son las que distinguen, como antes se dijo, al poder público en el Estado de derecho de las otras formas de poder<sup>68</sup>.

A) *Es un poder de superposición y centralización.*—El poder del Estado es esencialmente un poder de superposición y de centralización. Ello significa que el proceso de formación y consolidación del poder del Estado supone, al

<sup>68</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 24.

mismo tiempo, la supresión de los poderes políticos intermedios, de los estamentos que antes le disputaban al poder central su autoridad sobre el conglomerado social, particularmente sobre aquella parte sometida al respectivo estamento. Es así como aquel poder se va sobreponiendo sobre los demás, hasta llegar a imponerse a todos como un ente centralizado. Este proceso se ha cumplido a cabalidad en los Estados de forma *unitaria*, en el cual existe un régimen de centralización política absoluta en el que solo subsisten dos términos: el Estado y los ciudadanos. En los Estados de forma federal, pese a que es de su esencia el que los Estados miembros de la federación conserven una cierta autonomía en el manejo de sus propios asuntos, lo cierto es que la acción centralizadora del Estado federal es cada vez mayor, en detrimento de la competencia de aquellos. Esta evolución se ha observado en países como la República Federal Alemana y Estados Unidos. Más adelante estudiaremos en detalle estos casos. Asimismo, la acción centralizadora del poder del Estado se manifiesta con mayor intensidad en las naciones del llamado Tercer Mundo, particularmente en los nuevos Estados del África negra, en los cuales el tránsito hacia la forma estatal conduce a la centralización forzosa de las poblaciones anteriormente diseminadas en organizaciones tribales.

B) *Es un poder político.*—El poder del Estado es también, por esencia, un poder político que no proviene necesariamente del dominio económico. No puede desconocerse el papel que juega en la estructuración del poder público el factor económico, y más concretamente el poder económico que proviene de la acción sobre el proceso de producción y distribución de la riqueza. Pero decimos que el poder del Estado es esencialmente *poder político*, por tres razones principales: es un poder de arbitraje, es un poder que no es patrimonial y es un poder cuya obediencia está asegurada por sanciones impuestas al individuo y no a sus bienes.

a) El poder del Estado es un *poder de arbitraje*, porque teniendo en cuenta la extrema complejidad de las tareas que se asignan al Estado moderno, que se van multiplicando a medida que el progreso crea nuevas necesidades, este ejerce esencialmente un arbitraje frente a todo el conglomerado. Ello se comprueba a través de las funciones económicas que cumple el Estado en el mundo contemporáneo por medio de los mecanismos de la intervención.

En los Estados de estructura capitalista, las raíces políticas de los poderes del Estado no provienen del hecho de que la producción y distribución de la riqueza estén reservados a los particulares, según el principio de la “libre empresa”. También el Estado de estructura capitalista se ve cada día obligado a intervenir más y más en la vida económica del país, principalmente con el objeto de frenar los abusos que a menudo caracterizan la actividad individual. MARX afirmaba que el poder político del Estado en Occidente, no es sino la transposición del poder económico detentado por la clase de los empresarios, la burguesía. En las sociedades socialistas la situación es diferente: la propiedad es colectiva, las fuentes de producción y distribución de las riquezas están en

manos del Estado. Pero este ejerce también un arbitraje en última instancia, ya que la actividad económica es impulsada por diversos organismos técnicos cuya oportunidad no es siempre la misma.

b) El poder del Estado moderno *no es patrimonial*, lo cual se traduce en que el patrimonio del Estado no debe confundirse con el patrimonio privado de los gobernantes. El que durante mucho tiempo ocurriera este hecho, particularmente bajo las monarquías absolutas que consideraban como dominios del rey los mismos del Estado, y de que aún en nuestro tiempo ciertos gobernantes tienden a confundir el patrimonio del Estado con el suyo propio, no desmiente en absoluto este principio.

c) Las *sanciones* aplicadas por el Estado son *de carácter puramente jurídico*; es decir, que las sanciones que el Estado moderno aplica, van dirigidas a la persona que infringe la ley y no contra sus medios de subsistencia, como ocurre bajo un régimen de servidumbre o de esclavitud. Es decir que el poder en el Estado moderno es puramente político, en cuanto está despojado de los medios económicos de coacción, lo cual hace que conceda al hombre un ánimo de libertad, en cuanto es independiente desde el punto de vista de su subsistencia. Sin embargo, se plantea a este respecto, tanto en Estados democráticos-liberales como en Estados socialistas, el problema del mantenimiento del carácter puramente político de las sanciones, que tienen relación con el intervencionismo económico del Estado y la planificación de la economía por parte de este.

C) *Es un poder civil*.—Otra de las características del poder en el Estado es la *supremacía del poder civil sobre el poder militar*. Este hecho es el resultado de una larga evolución, ya que en sus comienzos los Estados presentan un marcado carácter militar. En tiempos de guerra internacional los Estados revisten temporalmente ese carácter; pero en tiempos de normalidad el poder del Estado es un poder organizado para la paz y el orden. Paralelamente existe dentro del ordenamiento estatal una organización a afrontar las situaciones de conflicto —fuerzas armadas y de policía, leyes marciales, etc.—, pero este poder debe estar siempre subordinado al poder civil. Para garantizar que ello ocurra se establecen sistemas como el de delimitar las jurisdicciones civil y militar y el de restringir jurídicamente la acción política de los militares. En muchos países, como Colombia, están ellos excluidos del ejercicio de la política activa, y el jefe del Estado es, por mandato de la Constitución, comandante supremo de las fuerzas armadas. En los países donde esta subordinación desaparece o se invierte, se habla entonces de dictadura militar, la cual surge usualmente de los llamados “golpes de de cuartel”. Este fenómeno sigue siendo de mucha ocurrencia, lamentablemente, en los países del llamado Tercer Mundo, particularmente en América Latina, como más adelante tendremos ocasión de examinarlo.

D) *Es un poder temporal*.—Del mismo modo la separación entre el poder temporal y el poder espiritual es de gran trascendencia para la libertad del in-

dividuo. El poder temporal corresponde exclusivamente al Estado. El poder religioso o espiritual, que corresponde a la Iglesia, tiene una indiscutible influencia sobre la conciencia individual; por lo tanto cuando este poder se confunde con el poder temporal o se le impone, la libertad social disminuye. Este fenómeno sucede en las llamadas “teocracias”, en las cuales el gobernante temporal es, a la vez, jefe espiritual o religioso. Igualmente en la monarquía absoluta, en la cual se atribuye al poder, como se vio, un origen divino sobrenatural. Y también, en aquellos Estados donde la Iglesia posee tal influencia sobre el gobierno que, en la práctica, sus poderes a menudo se confunden. Con ello, en Estados que profesan, oficialmente o no la fe cristiana, se desvirtúan en cierta forma dos preceptos instituidos por el propio Jesucristo, contenidos en los Evangelios: “Mi reino no es de este mundo”, y “dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”. La delimitación de fronteras entre el poder temporal del Estado y el poder espiritual de la Iglesia no ha sido fácil de establecer y ha dado origen, a lo largo de los siglos, a no pocos conflictos entre las dos potestades. En algunos Estados modernos, entre ellos Colombia, se recurre para solucionarlos o prevenirlos al sistema de tratados internacionales llamados *concordatos*, entre el respectivo Estado y la Santa Sede. En otros existe un régimen de “separación absoluta” entre la Iglesia y el Estado, en tanto que en unos pocos subsiste el sistema llamado del “real patronato”, por medio del cual la Santa Sede confiere el ejercicio de ciertas atribuciones, como la designación de autoridades eclesiásticas, a la autoridad civil.

E) *Es un poder monopolizador de la coerción material.*—El Estado moderno se configuró, a partir de los siglos XV y XVI, al producirse el desplazamiento de ciertas funciones básicas que antes eran detentadas por los diversos estamentos, a manos de una autoridad central. Una de estas funciones era la de la protección y seguridad de los asociados, la cual se logra mediante los sistemas de coerción material: ejércitos, armamentos, policía, cárceles, jueces y tribunales. Así, una de las características esenciales del poder público en el moderno Estado de derecho es el de detentar exclusivamente los medios de coerción, con lo cual se garantiza que las reglas de derecho sean cumplidas por todos los asociados.

Como consecuencia de lo anterior, por una parte *solo el Estado puede poseer fuerzas armadas* y, por otra, *solo él puede administrar justicia*. Tanto las fuerzas armadas —incluyendo en estas a la policía y a los organismos de seguridad—, como los tribunales y juzgados, son instituciones políticas que hacen parte del poder público; su formación, estructura, funciones y, en general, su organización básica, deben estar debidamente consagradas en la Constitución. Y, por otra parte, el Estado no debe tolerar la existencia de grupos o sectores armados, por fuera de los ejércitos y demás instituciones regulares. La existencia de grupos *paramilitares*, o de *autodefensa*, o de cuadrillas armadas, implica una amenaza contra la estabilidad institucional y un reto al Estado de derecho. Donde quiera que este ha sido tolerante con la existencia

de ese tipo de organizaciones, a la postre ha sido víctima de esa tolerancia. Así ocurrió, por ejemplo, en la llamada República de Weimar en Alemania, con la insurgencia de las fuerzas paramilitares del nacional-socialismo de HITLER, que acabaron por destruir la democracia en Alemania. A lo sumo, el Estado puede permitir la existencia de entidades de vigilancia privada, o el porte de armas por los particulares, pero siempre sometidos al estricto control de las autoridades gubernamentales. Por principio, en un Estado de derecho nadie puede hacerse justicia por propia mano.

**F) Es un poder soberano.**—Es decir, que en el orden interno el poder del Estado se impone a todos los demás poderes que coexisten dentro de él, y en el plano internacional está colocado en pie de igualdad con los demás Estados. El concepto de soberanía será objeto de estudio más adelante, dentro del marco de los atributos jurídicos del Estado<sup>69</sup>.

Las características del poder político institucionalizado, según A. ECHEVERRI URUBURO, son las siguientes: 1) Existencia de diversos órganos que desarrollan distintas tareas del ejercicio del poder político (división del trabajo político); 2) un grupo más o menos numeroso de individuos (funcionarios que ponen en movimiento sus organismos mediante la realización de las tareas que les corresponden); 3) existencia de ciertas normas jurídicas que definen los órganos del poder y sus funciones (racionalización de las tareas políticas); 4) clara y precisa distinción entre el órgano del poder y de quien lo ejerce por medio del órgano. Así formalmente hablando, el funcionario o gobernante no se identifica con el poder. Este adquiere perdurabilidad en la medida en que puede desaparecer el individuo que lo ejerce y, sin embargo, la función sigue existiendo. Existe el cargo no la persona, la cual solo es un elemento transitorio y aleatorio. “Así el poder político —afirma este autor— se eleva a su más alta generalidad y abstracción, que contribuye a hacerlo parecer como una fuerza por encima de la sociedad, algo lejano y misterioso, por sus ritos, con su liturgia propia, es decir, la sacralización del poder político que, según él, es una característica de la ideología burguesa”<sup>70</sup>.

## 5. SOBERANÍA RECONOCIDA POR OTROS ESTADOS

Acabamos de señalar que el poder del Estado tiene, entre otras características, el de ser soberano. Y esta soberanía, atributo que habremos de examinar más adelante, se manifiesta de dos maneras: una interna, en cuanto se ejerce dentro del ámbito del Estado; y otra externa, en cuanto que el Estado está colocado en pie de igualdad jurídica frente a los demás Estados que conforman la comunidad internacional. Igual vale, por ejemplo, en el seno de las Na-

<sup>69</sup> V. *infra*, cap. IV, págs. 205 y ss.

<sup>70</sup> ÁLVARO ECHEVERRI URUBURO, *Teoría constitucional y ciencia política*, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Librería El Profesional, 1986, pág. 51.

ciones Unidas o en cualquier organismo internacional, el voto de un Estado de la categoría y dimensión de los Estados Unidos o de Rusia, que el del Estado más pequeño. Entonces, nos preguntamos, ¿qué sucede si la soberanía de un Estado no es reconocida por los demás? ¿Qué pasa si existiendo una población asentada sobre un determinado territorio y sometida a un poder público, es decir si se reúnen los tres elementos constitutivos del Estado que hemos examinado hasta aquí, se proclama como tal ese conglomerado, pero no recibe el reconocimiento de su soberanía por parte de otros Estados? ¿Puede decirse, pese al no reconocimiento, que ese Estado existe?

Estos interrogantes, que cobran especial validez en el mundo contemporáneo, nos han conducido a considerar un elemento adicional del Estado, el cual podríamos calificar como *complementario* de los ya enunciados: el de la soberanía reconocida por otros Estados. Decimos por *otros* y no por los demás Estados, pues no creemos indispensable que ella lo sea por *todos* los que conforman la comunidad internacional. Basta, a nuestro juicio, que exista el reconocimiento de *otros* Estados para que pueda hablarse de la existencia de un nuevo Estado. Sin este reconocimiento no creemos que un Estado pueda considerarse como tal a los ojos del mundo, o pueda subsistir. Así, aun cuando los tres elementos que hemos analizado son indispensables para que se configure un Estado, no son suficientes, ya que, como lo anota el internacionalista CHARLES ROUSSEAU, "hay colectividades públicas que poseen una población, un territorio y unos servicios públicos claramente definidos, sin que con ello puedan pretender la calificación de Estado"<sup>71</sup>.

¿Cuál será la naturaleza de este elemento adicional? En nuestro concepto se trata de un elemento *declarativo* por cuanto es el factor que viene a constatar, ante la faz del mundo, la existencia del nuevo Estado. Si ese reconocimiento no se produce, a lo sumo podrá hablarse de un país, de una Nación, pero no de un Estado con la plenitud de los atributos que esta expresión encierra. Y uno de esos atributos, quizá el más decisivo desde el punto de vista jurídico y político es justamente el de la soberanía. ¿De qué le sirve a un Estado proclamarse soberano si los demás no le reconocen esa calidad?

Esta cuestión nos lleva, pues, a la necesidad de elaborar un concepto de Estado que se compadezca con los principios del derecho internacional, y con la realidad del mundo contemporáneo, incorporando a ese concepto el elemento de reconocimiento de la soberanía del Estado, que equivale al reconocimiento del Estado en sí mismo.

### 5.1 *El reconocimiento del Estado*

El reconocimiento de un Estado es el acto por el cual los demás Estados declaran que tratarán a un conglomerado determinado como a un Estado y que

<sup>71</sup> CHARLES ROUSSEAU, *Derecho internacional público*, Barcelona, Edic. Ariel, 1957, pág. 80.

le *reconocerán* la calidad de tal. Este acto supone dos consecuencias principales: a) que el nuevo Estado adquiere derechos frente a la comunidad internacional, como son los de concluir tratados, hacerse representar diplomáticamente ante los otros Estados y ante los organismos internacionales, etc.; y b) el eventual principio de su responsabilidad internacional. El reconocimiento equivale, pues, a la admisión del nuevo Estado en la sociedad internacional. "Reconocer a un Estado es dar testimonio de su calidad de tal; es decir, declarar que determinada entidad política será tratada como un sujeto de derecho internacional, investido de plena capacidad jurídica"<sup>72</sup>.

La existencia de este cuarto elemento del Estado no ha sido considerada, en general, por los tratadistas de derecho constitucional. Ello se debe, quizás, a que solo hasta la época contemporánea, en virtud del desarrollo que ha tenido el derecho internacional público, y a la cada vez más estrecha interrelación entre los estados soberanos, ha cobrado real importancia, como se explicará más adelante<sup>73</sup>. Sin embargo, los internacionalistas coinciden en señalarlo y, por lo demás, aparece consagrado en el art. 1º de la Convención Panamericana sobre los Derechos y Deberes de los Estados de 1933, así: "*El Estado como persona internacional debe reunir las condiciones siguientes: 1º Población permanente; 2º territorio determinado, 3º gobierno; 4º capacidad de entrar en relaciones con otros Estados*". Es obvio que para que un Estado reúna este cuarto requisito debe tener el carácter de soberano, y que esa soberanía debe ser reconocida por otros Estados.

En cuanto al problema del reconocimiento del Estado se han planteado dos grandes teorías: la del reconocimiento como *acto político* y la del reconocimiento como *acto jurídico*.

A) *Teoría del reconocimiento como acto político*.—A finales del siglo XIX, la doctrina clásica del derecho internacional consideraba que el reconocimiento era obra de la omnipotente voluntad soberana de los Estados que ya formaban parte de la sociedad internacional, pues estimaba que la voluntad estatal era la única capaz de crear sujetos de derecho y de atribuir la calidad de Estado a las colectividades públicas dependientes del derecho internacional. Esta teoría atribuye al reconocimiento las características de ser un acto *individual*, en cuanto que cada Estado puede reconocer por su propia cuenta, sin tener en cuenta la actitud de los demás; de ser un acto *discrecional*, es decir, la expresión de una voluntad soberana, lo que quiere decir que el Estado reconoce cuando lo juzga oportuno; de ser un acto que puede tener modalidades diversas, como la del reconocimiento *a término* o la del reconocimiento *condicional*, y finalmente, de ser un acto *creador*, en terminología jurídica, *atributivo*, carácter esencial que resume todos los demás. En otros términos, según

<sup>72</sup> *Ibidem*, pág. 282.

<sup>73</sup> *Infra*, pág. 137.

esta teoría, “el reconocimiento crea el Estado, el cual solo existe en cuanto y en la medida en que ha sido reconocido”.

B) *Teoría del reconocimiento como acto jurídico.*—La idea general que inspira esta teoría es la de que cuando aparece un Estado nuevo los demás deben reconocerlo obligatoriamente, siempre que reúna los elementos de hecho indispensables para un Estado; es decir, siempre que tenga una población estable, un territorio delimitado y un gobierno con autoridad suficiente para imponerse frente a los gobernados. Como el Estado existe por el solo hecho de haber reunido cierto número de elementos constitutivos, no puede deber su existencia a una investidura exterior que se limita a registrar un fenómeno político-social ajeno a ella. En otras palabras, según esta teoría cuando el Estado existe de hecho, existe de derecho, independientemente del asentimiento de terceros Estados.

Según este sistema, el reconocimiento presenta caracteres diferentes a los que definen la concepción política; el reconocimiento es un acto *colectivo*, puesto que la admisión en la comunidad internacional emana del conjunto de Estados que tienen la responsabilidad de la política internacional; es un acto *obligatorio*, que las potencias deben realizar en cuanto la nueva formación presente los caracteres de Estado; es un acto *puro y simple*, que no puede hallarse subordinado a condiciones impuestas en consideración a intereses particulares; es un acto *declarativo*, en cuanto no crea, sino que constata: su único objeto es comprobar su existencia.

C) *Crítica de estas teorías.*—Por más equitativo que parezca teóricamente este sistema, en la realidad resulta inoperante y de hecho no se practica. El reconocimiento *colectivo* es un hecho excepcional. Podría considerarse como un reconocimiento colectivo *tácito* la admisión de un nuevo Estado en un organismo internacional; pero en la práctica, el reconocimiento sigue siendo individual, porque cada Estado miembro de la comunidad internacional demuestra ser celoso del manejo de sus propios asuntos. En segundo lugar, lo de *acto obligatorio* es en extremo discutible y relativo. ¿Cuáles son los mecanismos con que se podría *obligar* a un Estado a reconocer a otro? ¿Quién determina, dentro de la comunidad internacional, si en efecto, la nueva formación presenta los caracteres de Estado? En tercer lugar, aunque el reconocimiento debiera ser un *acto puro y simple*, en la práctica tampoco lo es: siempre habrá intereses, de tipo político, militar, económico o de otra índole, para mover a un Estado a reconocer a otro. Finalmente, en cuanto a que es un *acto declarativo* cuyo objeto es *comprobar* la existencia de un nuevo Estado, y no un *acto creador*, en este punto sí compartimos el enfoque de la segunda teoría y nos alejamos de la primera, por cuanto, como ya lo dijimos, a nuestro juicio la naturaleza de este elemento es la de ser *declarativo*.



## 5.2 *Importancia actual de este elemento*

Hasta hace relativamente poco tiempo no se planteaba, con la urgencia de hoy, la necesidad de incorporar como elemento constitutivo del Estado el reconocimiento de su soberanía por otros Estados. Pero en el mundo contemporáneo resulta imprescindible su consideración. Ya ha pasado la época en que los Estados podían sobrevivir como entes autárquicos y aislados. Hoy su interdependencia en los órdenes económico, científico y cultural, es un hecho indiscutible. Por otra parte el concepto de la supranacionalidad ha venido cobrando importancia cada día con mayor vigor. Es así como en muchos campos, por ejemplo el del comercio exterior, la alimentación, los recursos energéticos, las telecomunicaciones, los programas ecológicos, o la protección de los derechos humanos, se obra ya más en función de entes internacionales —sea a nivel subregional, regional, continental o mundial— que en función de Estados individuales. De todo ello resulta obvio que mientras un Estado no goce del reconocimiento de su soberanía por otros Estados, no podrá beneficiarse de las ventajas que le otorga este hecho, ni asumir, ante los demás, las responsabilidades de tal. Si el individuo es un ser social por naturaleza, que necesita de relaciones con los demás para su propia subsistencia y realización, igual cosa puede afirmarse hoy de los Estados. Sobre la importancia decisiva de este elemento tomemos al azar algunos ejemplos ilustrativos.

Durante muchos siglos el pueblo judío estuvo aspirando a tener su propio Estado; pero el Estado de Israel nace ante la comunidad internacional en 1948, desde el momento en que recibe su reconocimiento por parte de Gran Bretaña, seguida de otros Estados. Pakistán oriental mantuvo también durante largos años la lucha por su independencia, disponiendo de los elementos de población, territorio y autoridad para constituirse como Estado; sin embargo, el Bangladesh no nace como tal sino desde el instante en que la India y la Unión Soviética le dan su reconocimiento, al cual se suma luego el de otros Estados. Remontándonos al siglo XIX, las naciones latinoamericanas se comienzan a considerar como Estados a los ojos del mundo, no a partir del acto mismo de la proclamación de su independencia de la corona española, sino desde el momento en que empezaron a ser reconocidas como Estados libres por otras potencias. Y Panamá aparece como Estado independiente, tras su separación de Colombia en 1903, a partir del reconocimiento por parte de Estados Unidos —acto por cierto de una precipitación sin precedentes<sup>74</sup>, cosa por lo demás explicable dadas las circunstancias políticas que rodearon la separación—, seguido luego por el reconocimiento de otros Estados.

Para demostrar, de modo más fehaciente aún, cómo hoy el reconocimiento de la soberanía por otros Estados debe ser tenido en cuenta como uno de los elementos constitutivos del Estado, tenemos los ejemplos recientes de los nuevos Estados surgidos a raíz de la disolución de la Unión Soviética y de Yu-

<sup>74</sup> CH. ROUSSEAU, ob. cit., pág. 282.

goslavia. Los países bálticos, Lituania, Letonia y Estonia, que habían sido Estados soberanos hasta antes de la segunda guerra mundial y que a partir de 1945 fueron incorporados a la Unión Soviética, a raíz del proceso de disolución de esta —desencadenado por la “perestroika” de MIJAIL GORBACHOV<sup>75</sup>—, estas repúblicas, en su aspiración a recuperar su independencia, se autoproclamaron paulatinamente como Estados soberanos; sin embargo, su admisión como tales en la comunidad internacional, y concretamente en el seno de la ONU, no se produjo sino hasta que obtuvieron el reconocimiento de su soberanía por parte de otros estados, particularmente de varias potencias occidentales y de la misma Rusia. Otro tanto ocurrió con Ucrania, Georgia, Armenia, Azerbaiján, y, por otro lado, en un proceso similar, con Croacia, Eslovenia y Bosnia-Herzegovina, separadas de la antigua Yugoslavia.

Por el contrario, ha habido casos de países, o de regiones dentro de un país, que se han proclamado así mismo como “Estados” soberanos, pero que no han llegado a serlo por no haber recibido el reconocimiento de su pretendida soberanía por parte de otros Estados, o por haber sido reconocidos tan solo por uno de ellos. Casos como estos se han presentado, por ejemplo, en Sudafrica, y más recientemente en Rusia, con la región de Chechenia.

### 5.3 Reconocimiento de gobierno y reconocimiento de Estado

Es preciso distinguir entre el reconocimiento de un Estado y el reconocimiento de un gobierno. Son dos cuestiones diferentes. Coinciden en que cuando se reconoce un Estado, automáticamente se está reconociendo al gobierno que en aquel momento está a la cabeza del mismo, ya que aparece como la única entidad competente para actuar internacionalmente a nombre del Estado y para comprometerlo. Pero una vez hecho, el reconocimiento del Estado persiste a pesar de los cambios de gobierno que se sucedan dentro de él. Puede dejarse de reconocer posteriormente determinado gobierno del Estado reconocido y no por ello desaparecerá este reconocimiento. El problema del reconocimiento de un gobierno por otros Estados, así como el de reconocimiento como nación, concepto surgido de la primera guerra mundial, son objeto de estudio del derecho internacional público. De todas formas es necesario tener presente que los Estados tienen vocación de permanencia, en tanto que los gobiernos son transitorios.

## 6. RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y SUS ELEMENTOS

Estudiados los elementos que constituyen el Estado, es indispensable precisar que este ente solo es concebible de manera unitaria, como una situación jurídico-política que engloba a gobernantes y gobernados, que emana de la conexión e interacción recíproca de sus elementos, y cuyos actos, como

<sup>75</sup> V. *infra*, pág. 601

afirma HELLER, “no pueden ser imputados ni a los órganos exclusivamente ni a la ordenación entrelazante en sí misma y ni siquiera a todos los actuales partícipes”. No puede, pues, considerarse al Estado como la mera suma de sus elementos, consistente en adicionar un grupo social —la población—, con un objeto material —el territorio— y con un principio de autoridad —el poder público—. Ello daría lugar a un conjunto heterogéneo en lugar de un ente unitario y homogéneo como es el Estado.

También resulta equivocado confundir al Estado con alguno de sus elementos, error en el cual han incurrido algunos tratadistas. En efecto, hay teorías, que hemos tenido ocasión ya de comentar, que identifican al Estado con la Nación. Se cimentan en los principios democráticos de la Revolución Francesa, favorablemente acogidos por muchos juristas. Otros teóricos, particularmente pertenecientes al campo de la geopolítica, han pretendido reducir el Estado al elemento territorial, considerando incluso que las modificaciones territoriales determinan la modificación del propio Estado. Como dice XIFRA HERAS, ello entraña la confusión de la base material con la esencia de la organización. Y más frecuentemente aún, ha sido la confusión del Estado con el poder que se ejerce en su nombre, considerando que este es, en esencia el Estado mismo en su función de voluntad dominante. Dentro de esta concepción ha habido variaciones que van desde la de DUGUIT, que circunscribe su concepción a la distinción entre gobernantes y gobernados, hasta la del nacional-socialismo alemán que reducía al Estado a una simple maquinaria administrativa al servicio de la voluntad del *Führer*, pasando por la concepción marxista, para la cual el Estado no es más que el poder organizado de una clase social para la sumisión de otra. Por último, la identificación radical del Estado con el orden jurídico es consecuencia lógica del sistema de KELSEN, quien concibe al Estado como la “personificación del orden jurídico total”. Para el eminente pensador austríaco el Estado es un ordenamiento de la conducta humana y es la comunidad que surge de ese orden. Y como los actos coactivos que caracterizan al Estado y al derecho son los mismos, resultaría que el Estado es idéntico al orden jurídico que constituye esa comunidad. Por lo demás, tampoco puede considerarse el reconocimiento del Estado por otros Estados como elemento creativo del mismo, como ya lo dijimos, puesto que ello equivaldría a identificarlo con este elemento.

### CAPÍTULO III

## LOS ORÍGENES DEL ESTADO

Estudiados en los capítulos anteriores la noción de Estado y sus elementos, conviene ahora examinar lo referente al origen de la institución estatal. Pero es necesario distinguir dos aspectos de la cuestión: uno es el relativo a sus orígenes comunes, es decir, a los factores sociológicos que han dado lugar a la formación de los Estados en general, y otro es el proceso de formación de un Estado en particular dentro de la sociedad, es decir, lo referente a la aparición de nuevos Estados; este último es materia propia del estudio del derecho internacional público. Corresponde a nuestro curso examinar el primer aspecto señalado. En este examen hemos creído conveniente incluir, para una mayor ilustración, una descripción de los tipos históricos fundamentales del Estado, vale decir, de aquellos que constituyen el antecedente directo del Estado moderno, objeto de nuestra materia en esta primera parte.

#### 1. FACTORES QUE ORIGINAN LA FORMACIÓN DE LOS ESTADOS

En lo que respecta a los orígenes de la institución estatal, diversas son las hipótesis planteadas por parte no solo de juristas sino de historiadores, antropólogos y científicos de la política. No es fácil, en efecto, determinar en qué momento o en qué circunstancias una comunidad humana puede comenzar a considerarse como Estado. Cabría empezar por excluir del carácter de Estado a las organizaciones humanas primitivas, como las poblaciones nómadas, ya que, como se ha mencionado, una de las características esenciales para la existencia de un Estado, en sentido estricto, es la de su aptitud para ejercer dominio, a través de la organización política, sobre una población que se asiente, a su turno, sobre un territorio determinado. Por el contrario, es posible admitir que, como afirma JELLINEK, toda organización social que no dependa de otra superior para ejercer gobierno sobre su propio territorio, ha de ser considerada como Estado<sup>1</sup>. El problema está en determinar en qué momento y dónde la organización social primitiva —la familia, la horda, el clan, la tribu— se transforma en Estado. Es evidente que el proceso de formación de los Estados ha sido disímil, mediando en él circunstancias muy diversas de tiempo y lugar. Más acertado resulta, entonces, determinar el porqué de este ente, cuál es su

<sup>1</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 217.

razón de ser, cuáles fueron las causas que incidieron para que los diferentes conglomerados humanos se vieran compelidos, en un momento determinado de su evolución, a darse una organización que se plasmara en la forma estatal. Dar satisfacción, en forma sucesiva a las necesidades de protección, de estabilidad y de normatividad del conglomerado humano, fueron los factores que impulsaron a este a concebir al Estado como la forma de asociación más evolucionada.

### 1.1 *La necesidad de protección*

Casi todos los estudiosos de la materia coinciden en señalar como una de las primeras necesidades del hombre, desde que comenzó a vivir en sociedad, la de obtener seguridad para su vida y la de los suyos, así como para su honra y sus bienes. No se requiere ciertamente profundizar demasiado para aceptar el hecho de que, casi por instinto natural, el hombre ha buscado siempre protección para poder desarrollarse a sí mismo. Para ello ha utilizado medios diversos. Está plenamente probado que el hombre de las cavernas vivía armado para defenderse de la amenaza constante de otros hombres, de los animales salvajes y, en general, del medio hostil que lo rodeaba. En la medida en que esa amenaza dejaba de ser intermitente para convertirse en algo constante, las técnicas defensivas progresaron; desde el momento en que la amenaza contra su seguridad personal o la de su familia o clan no provenía del propio grupo en que vivía, sino de grupos extraños, de otras familias o clanes, la confianza en los propios sistemas de defensa se debilitó y se hizo más patente la necesidad de confiar la seguridad del grupo a algo más permanente y poderoso. Así, para que la seguridad fuera efectiva, tenía que ser necesariamente colectiva. Se hacía entonces necesario apelar a la colaboración de todo el conglomerado para asegurar su propia defensa. La necesidad de protección como fenómeno constante, trae como consecuencia el desarrollo de prácticas y procedimientos que se van repitiendo continuamente hasta aceptárselas y dotárselas de una organización formal. Puede decirse que esas prácticas de autodefensa del grupo se *institucionalizan*, entendiendo por *institución* para el caso, lo que ha surgido en forma sistemática, de las repetidas prácticas con que el grupo social satisface una necesidad colectiva. El Estado surge así, cuando el grupo social ha institucionalizado su propia protección<sup>2</sup>.

La protección colectiva aparece así como la función original del Estado, acaso como la razón de ser de este. Así lo demuestran no solo el análisis de las funciones gubernamentales de nuestra época, sino la historia misma. En efecto, las pruebas históricas, aunque fragmentarias y circunstanciales, son suficientes para justificar la anterior conclusión. Gracias a la investigación de antropólogos que han clasificado las diversas etapas de la evolución del hom-

<sup>2</sup> LESLIE LIPSON, *Los grandes problemas de la política*, México, Editorial Limusa-Willey, S. A., 1964, pág. 77.

bre y sus culturas, se sabe que el período más antiguo acerca del cual se conoce algo —el paleolítico inferior— se extendió hacia atrás, de 130.000 a 500.000 años. Pero es muy poco lo que sabemos sobre la manera como los hombres vivieron y se gobernaron hace más de cinco mil años; los vestigios arqueológicos que se conservan de aquellos tiempos dicen muy poco al respecto, y la herencia literaria es prácticamente nula. La mayoría de las civilizaciones de la Antigüedad —la china, la hindú, la persa, la egipcia— comienzan a adquirir sus perfiles y a desarrollarse entre el año 3000 y el año 1000 antes de Cristo. Es a partir de entonces cuando se habla de *historia* propiamente dicha, por contraste con el período anterior, que se pierde en la noche de los tiempos, y que se denomina *prehistoria*. Pero en el alba de la historia ya se manifiesta la institución del gobierno y por ende se insinúa la noción del Estado. Por ello cualquier afirmación sobre los orígenes del Estado, tiene carácter de conjetura.

Sin embargo, hay testimonios que nos demuestran cómo siempre existió una conexión directa entre los sistemas de defensa adoptados por el grupo y su gobierno. En los tiempos en que los seres humanos vivían como nómadas, de la caza, la pesca o el pastoreo de sus incipientes rebaños, su fuente de subsistencia requería de una organizaciónseudomilitar para protección de sus familias y de sus pocos bienes. Posteriormente, en la etapa sedentaria, cuando la fuente de subsistencia pasó a ser la tierra y la cría de animales domésticos, los objetos que había que defender eran estacionarios: el hogar, el cultivo, la cría, lo cual condujo al cambio de las tácticas de defensa. Los hombres prefirieron instalarse en llanuras y valles más aptos para el laboreo de la tierra, lo cual les exigió pensar en establecer fronteras defendibles y fortalezas o ciudadelas en el interior de las mismas. De esta necesidad y de las instituciones que creó, nació el primer deber del gobierno.

La filología, por su parte, constituye también una fuente importante para probar cómo la necesidad de protección se identifica con los orígenes de la idea del Estado. En primer lugar, el término griego *polis*, raíz del vocablo política, significaba *plaza fuerte* en la cual podían refugiarse agricultores y aldeanos, mujeres y niños, en caso de amenaza externa. En la propia Atenas, el epicentro de la vida civil y punto dominante de la urbe era la *polis* alta o *acrópolis*. Roma comienza también su historia como punto de reunión de las dispersas poblaciones de la llanura latina, que buscaban protección en torno a las siete colinas, aparte del río Tíber. El conjunto de edificaciones en las cumbres de las colinas y en los valles, recibió el nombre de *urbs* de donde se origina el sustantivo urbe y el adjetivo urbano. En cuanto a los *town* ingleses, sus orígenes se encuentran en diversas lenguas afines, como *tum* que significa *lugar cercado* en inglés antiguo; *dum*, lugar fortificado o campamento, en celta. El término *burgo* español, puede relacionarse con el vocablo teutónico *berg-an*, que significa *abrigar*<sup>3</sup>

<sup>3</sup>L. LIPSON, ob. cit., pág. 79.

A las fuentes que nos suministra el lenguaje se añaden las pruebas de la historia misma. Investigaciones arqueológicas de los comienzos de la civilización en Mesopotamia, han arrojado alguna luz sobre las circunstancias que explican el surgimiento del Estado. En la región regada por los ríos Tigris y Eufrates se desarrollaron centros urbanos, que controlaban un comercio fluvial y una vasta extensión de tierras fértiles. El orden social de comunidades como las de Akkad y Sumer estaba constituido por un conjunto de intereses, en función de los cuales convivían sacerdotes, mercaderes, artesanos y dueños de la tierra. Las poblaciones dispersas, organizadas independientemente, competían por la posesión de la tierra y del agua. GORDON CHILDE describe así lo ocurrido entonces: "Se necesitó una nueva institución para frenar esos conflictos. En los comienzos de los tiempos históricos el Estado había surgido ya, pero estaba encarnado ya en la persona del gobernador de la ciudad o rey, que podría ser rey y jefe militar a la vez"<sup>4</sup>. Así, el deber de proteger al grupo, como el privilegio y responsabilidad del gobierno se confiaron, pues, en los tiempos antiguos, a unas mismas manos, generalmente a aquellas que cargaban con la obligación de la defensa.

### 1.2 *La necesidad de estabilidad*

Pero no solo debe considerarse la protección como la única razón de ser del Estado en los tiempos antiguos. Lo que comenzó siendo mera protección, creció hasta convertirse en algo más amplio. El individuo, al evolucionar, requirió de algo más que la simple seguridad de su propia persona. Para actuar en sociedad, particularmente en el desempeño de sus actividades vitales, el hombre necesita un mínimo de estabilidad, que solo puede fundarse en la confianza mutua. Además, mediante su esfuerzo personal acumula posesiones materiales y morales que considera de su propiedad y aspira a conservar. De ello surge el que la función de defender la vida se amplía hasta garantizar un marco de seguridad para las acciones del hombre en relación con sus bienes. La palabra más apropiada para definir el sistema es la de *orden*. Es un modo ordenado de vida lo que el Estado trata de fomentar. De ahí que se señale como una de las funciones originales y primordiales del Estado, la preservación del orden público. En otras palabras, si el orden ha de traer consigo la paz, debe fundarse en el derecho y valerse de medios capaces de hacer cumplir la ley<sup>5</sup>.

Una sociedad puede alcanzar un orden basado en la ley, eliminando la anarquía y organizándose sistemáticamente; pero el mero establecimiento del orden no es suficiente. El orden, desde un punto de vista ideal, debe ajustarse a lo que los hombres consideran justo. La clase de orden que los hombres aprecian es aquella que les hace sentir que están recibiendo *justicia*. Porque puede haber orden pero sin justicia, como ocurre bajo los sistemas totalitarios. En

<sup>4</sup> G. CHILDE, *What happened in history*, cit. por L. LIPSON, ob. cit., pág. 80.

<sup>5</sup> L. LIPSON, ob. cit., pág. 86.

estos, el Estado puede someter al individuo a la obediencia por la fuerza, pero no a la fidelidad. La justicia busca, mediante la aplicación de un tratamiento equitativo, que se reconozcan los derechos de los asociados y que se fomente la armonía entre ellos. El hombre sentirá que se le imparte justicia, cuando la comunidad en que vive le da igualdad de oportunidades y salvaguardia a sus intereses legítimos de manera proporcionada a los intereses de los demás.

La necesidad de estabilidad en el implantamiento de un orden justo, viene a ser así el complemento de la función primaria de protección, la cual, como hemos visto, se encuentra en los orígenes mismos del Estado. La aplicación de una justicia equitativa que garantice el orden dentro de la sociedad, tiende a asegurar necesariamente la protección del individuo como integrante de aquella. Pero ese orden que aspira a asegurar la estabilidad y la protección ha de fundarse, por su parte, en un sistema de normas, o *normatividad*, del cual surgen las reglas de conducta para la vida social. Esta normatividad para que sea eficaz debe provenir de un ente superior y permanente, con atributos suficientes para implantarla de manera general, con miras a satisfacer las aspiraciones colectivas de bien común. Podemos, en consecuencia, considerar la necesidad de esa normatividad como otro de los factores que da origen a la institución estatal, factor desde luego interrelacionado con los anteriores.

### 1.3 *La necesidad de normatividad*

Hemos visto anteriormente cómo, en última instancia, el ente estatal, en forma de comunidades con carácter de asociaciones permanentes y superiores, se conforma primeramente con la organización del grupo humano asentado sobre un territorio determinado, con una forma de vida sedentaria. Esta formación es el fruto de un proceso largo, cuyos orígenes son muy borrosos. Va unido a la aparición y desenvolvimiento de la actividad agrícola, en su forma más rudimentaria, que es el factor que transforma la vida del hombre primitivo del nomadismo al sedentarismo.

La ocupación de las tierras, en efecto, exige la necesidad de una ordenación de la propiedad que surge de ese hecho, mucho más compleja de lo que era en las etapas anteriores de la actividad económica de los pueblos primitivos. Para comenzar, por una parte, se configuran dos tipos de bienes: los colectivos o públicos, de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades, y los individuales o particulares, que caen bajo el exclusivo dominio de sus propietarios. Al confundirse a menudo estos dos tipos de bienes, se hace menester señalarles límites precisos. Por otra parte, se presenta la necesidad de explotar los recursos aptos para la producción, el principal de los cuales es el mismo individuo con su fuerza de trabajo. Este hecho se traduce, en última instancia, en las primitivas formas de esclavitud doméstica, situación que da origen a infinidad de conflictos que hacen más difícil la interrelación entre grupos y personas, conflictos agravados por la necesidad de obtener cada día más trabajadores esclavos, a medida que van aumentando las demandas socia-



les. Bien pronto esos conflictos se manifiestan en una división más o menos abierta entre quienes poseen y quienes son explotados en beneficio de aquellos. Los grupos victoriosos de este conflicto establecen su dominación sobre los vencidos, acentuándose la división entre los diversos estratos que van conformando la sociedad. Este fenómeno sirve de base a MARX para afirmar que "la historia de todas las sociedades que han existido hasta nuestros días es la historia de la lucha de clases"<sup>6</sup>.

Pero todas esas relaciones que van apareciendo se conciben con el sentimiento de que obedecen a normas determinadas. De ahí que la formación de asociaciones humanas con un fundamento territorial requiere la configuración de un orden jurídico complejo, cimentado sobre las concepciones sociales de las épocas primitivas. Por ello no es errado afirmar que en la formación del concepto del Estado, desde sus orígenes mismos, va involucrada la noción de derecho y que, por consiguiente, el proceso de formación de los Estados es a un mismo tiempo un proceso de formación del derecho.

## 2. TIPOS HISTÓRICOS FUNDAMENTALES DE ESTADO

Es importante considerar aquí los tipos históricos fundamentales de Estado, no solo porque su conocimiento amplía sustancialmente la base para la comprensión del derecho público, sino porque tienen una indiscutible relación histórica con el Estado moderno al constituir, en algunos casos, la fuente de inspiración para la conformación de sus instituciones y, en otros, su antecedente inmediato o, en fin, puntos de referencia para el mejor entendimiento de la evolución política de la humanidad. Estas formaciones de Estado, como dice JELLINEK, han de ser comprendidas evidentemente como todo lo histórico, "en un fluir permanente, de suerte que el comienzo y el fin revisten en cada uno un aspecto enteramente distinto; pero, anota este autor, en toda esa evolución y transformación, pueden encontrarse notas permanentes que, a través de todos los cambios sufridos en el tiempo, dan a un Estado o a un grupo determinado de Estados, un tipo especial; solo este hecho es bastante a evitarnos el creer que la historia política de un pueblo es únicamente una confusión de noticias sin conexión interior y con un mero nexu temporal".

Los tipos históricos de Estado que vamos a reseñar aquí, pueden considerarse fundamentales en la historia de la civilización y, como antes se dijo, antecedentes más o menos directos del Estado moderno. Ellos son el *Estado antiguo oriental*, el *Estado griego*, el *Estado romano*, el *Estado medieval* y el *Estado absolutista*. No habremos de estudiarlos en detalle, por cuanto la extensión del curso no nos lo permite, y porque de ello se ocupan otras ciencias complementarias, principalmente la historia universal y la teoría general del

<sup>6</sup> C. MARX y F. ENGELS, *Manifiesto del partido comunista*, Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1968, pág. 32.

Estado. Vamos a señalar únicamente sus aspectos más relevantes, como punto de referencia con el Estado moderno, antes de examinar los atributos jurídicos propios de este.

### 2.1 *El Estado antiguo oriental*

El conocimiento sobre la organización, naturaleza y funcionamiento de los antiguos Estados orientales es muy insuficiente como para explicar de manera precisa su fisonomía propia. Para describirlo se apela más bien a dos calificativos que corresponden a la manera como era ejercido el poder político y religioso dentro de las sociedades: Estado *despótico* y Estado *teocrático*. El despotismo de los antiguos Estados orientales radicaba ante todo en que el poder se concentraba de manera omnímoda en la solas manos del monarca absoluto, estaba personificado en él —llámesele *rey*, *faraón*, *sátrapa*— y la garantía para la conservación del orden radicaba en la naturaleza contingente de la persona o personas que detentaban el poder; los derechos individuales eran incipientes, aunque existió ciertamente un derecho egipcio, un derecho persa o un derecho hindú. El ejercicio de las funciones públicas estaba supeeditado a la pertenencia a determinada clase social o casta.

El antiguo Estado oriental era además, en su generalidad, un Estado teocrático, en cuanto a que la relación entre el soberano y el poder divino era estrecha y permanente. El soberano se juzgaba representante del poder divino, aunque podía también estar sujeto a la voluntad de este manifestada a través de otros órganos, como los sumos sacerdotes o pontífices. Así, la teocracia podía tener como resultado el fortalecimiento del poder del Estado o su limitación. El grado de relación entre Estado y divinidad dependía de la peculiaridad de las concepciones religiosas dentro de cada sociedad. Indudablemente el más importante de los Estados teocráticos de la antigüedad fue el *israelita*, cuyas instituciones, descritas en *La Biblia*, en especial en los Mandamientos contenidos en el *Decálogo* que Moisés transmitió a su pueblo, influyeron notablemente en la conformación del cristianismo, así como en las ideas políticas de la Edad Media y aun en la configuración del Estado moderno. La realeza era concebida por el pueblo judío como un poder limitado por los mandamientos de Jehová, los cuales tenía la obligación de defender y mantener. Los israelitas, al contrario, de otros pueblos, no practicaron la idolatría hacia la persona del monarca terreno. Toda su acción estaba encaminada a prepararse para la espera del Mesías soberano, anunciado por los profetas. Pero el pueblo hebreo nunca llegó a constituirse, políticamente hablando, en un imperio, por circunstancias históricas conocidas, fundamentalmente por haber carecido de un territorio fijo y determinado.

Dentro de lo que hoy denominamos genéricamente “Estados antiguos orientales”, vamos a reseñar, aunque de manera sucinta, los rasgos principales de las organizaciones políticas que dejaron una huella más profunda en la historia antigua de la humanidad, como fueron la china, la egipcia, la babilonia.

lónica o mesopotámica, la israelita, la asiria y la persa. Los límites de la materia no nos permiten extendernos a otras también de importancia considerable como fueron la hindú, la fenicia o la hitita, por ejemplo.

A) *Organización política china.*—China es quizá el país más antiguo del mundo. Su historia cuenta con cincuenta siglos, aunque en realidad sus orígenes, al confundirse con antiguos mitos y leyendas, no sean muy fáciles de precisar. Antes de la dinastía de los *Yía* (s. XXIII a. C.) todo es legendario; se atribuye a su primer gobernante *Yu* (que vivió de 2204 al 2176 a. C.) la fundación del imperio chino. Unos cinco o seis siglos antes reinaron otros emperadores cuyas noticias no son del todo históricas. De todas formas la civilización china, tan original, alcanzó el grado de adelanto que se le conoce, desde tiempos remotísimos.

Para el siglo XII a. C. la civilización china había logrado ya un alto nivel, y la monarquía señorial establecida lentamente, se centralizaba creando una sofisticada vida cortesana. Durante ese período China es un país eminentemente agrícola, carente de centros urbanos importantes. La célula social la constituye el señorío territorial hereditario, en el que los siervos de la gleba viven sometidos a un gobierno local que dirige las actividades religiosas, agrícolas, militares, educativas, artesanales, y administra justicia. Esta organización estaba sometida a la autoridad de un rey que servía de vínculo al extenso territorio. Pero poco a poco, se formó en torno a los príncipes una clase culta de notable influencia. Las guerras locales dieron origen a federaciones de señoríos y a la formación de principados soberanos, lo cual condujo a la desmembración del imperio en el siglo VII a. C. y a la formación de una sociedad feudalista desgarrada por luchas internas.

A comienzos del siglo VI a. C., China entró en un nuevo período de su historia, distinguido por un gran florecimiento intelectual y moral. Dos grandes filósofos, LAO-TSÉ y KUNG-FU-TSÉ (Confucio) dejaron en esa época la huella definitiva de su pensamiento. LAO-TSÉ formuló una filosofía idealista que ve la realidad verdadera en las ideas puras; nada existe fuera de los conceptos; el mundo exterior no es más que una ilusión de los sentidos y solo el pensamiento es libre. De la doctrina de LAO-TSÉ, considerado como el PLATÓN chino, surge el misticismo que tan hondamente influyó en la historia china. CONFUCIO, por el contrario, enseñó una moral basada en la realidad sensible. Su método es científico; su fin es la acción, la reforma de la sociedad y el logro del bienestar general; el señor debe transformar la sociedad con su ejemplo; el poder ha de apoyarse en el orden y la justicia. Las doctrinas de CONFUCIO, impregnadas de ideales democráticos y hasta revolucionarios, estaban llamadas a ser el fundamento del orden político de China.

Estas dos corrientes filosóficas opuestas, reflejan exactamente la crisis que atravesó China durante el siglo VI a. C. La fórmula monárquica se oponía a la del feudalismo y buscaba emancipar al pueblo oprimido por el poder de

los señores. Finalmente, en el siglo IV a. C., se produjo el advenimiento del régimen monárquico centralizado; los feudatarios fueron sustituidos en el gobierno por letrados y el absolutismo real se extendió por medio de la fuerza. Los reyes de Chin —el reino más occidental y el más avanzado de la China— consiguieron someter todo el antiguo imperio y sellar la unidad monárquica. En el año 221 a. C., el rey Chin-Che Huang terminó la unificación y tomó el nombre de emperador. En seguida practicó una política de centralización monárquica: los señores feudales fueron reemplazados por agentes reales; el imperio fue dividido en treinta y seis gobiernos, administrados cada uno por un gobernador civil, un comandante militar y un encargado de hacienda. El gobierno central se confió a un cuerpo de funcionarios bajo la autoridad de un primer ministro; las escrituras y los sistemas de pesas y medidas fueron uniformados. En el año 215 a. C. se emprendió la construcción de la Gran Muralla, destinada a proteger a China contra los invasores.

Pero la China unificada bajo una sola dinastía no ofrecía unidad alguna; ni racial, ni lingüística, ni económica, ni social. La civilización estaba mucho más adelantada en el norte que en el sur, y la unión de las diversas comarcas del vasto imperio exigió una política absolutista implacable, que no tardó en provocar levantamientos alentados por los antiguos feudales desposeídos. Al morir el emperador Chin-Che Huang, estalló una rebelión general que desgarró al país. De estas luchas entre generales para adueñarse del poder, surgió, en el año 202, la supremacía de la familia de los Han.

El advenimiento de los Han, oriundos del sur, vino acompañado de grandes reformas sociales. Se publicó un Código Penal, basado en la ley del talión y la equidad; la justicia, hecha sin distinción de clases, iba enderezada a garantizar la seguridad de las personas y los bienes, y la nobleza perdió definitivamente sus antiguos privilegios. Se generalizó un sistema tributario destinado a fortalecer la monarquía centralizada. Se formó una nueva concepción del Estado, basado en el derecho, hasta lograr que la administración civil se impusiera a la militar en todo el imperio. De otro lado, el comercio interior se desarrolló y con él la vida urbana. El campesino, al quedar emancipado, emigró hacia las ciudades engrosando el proletariado urbano y creando así serios problemas sociales. El gobierno adoptó leyes avanzadas para afrontarlos. El Estado no cesaba de reforzarse y evolucionó hacia un absolutismo sostenido sobre bases religiosas. El emperador se erigió entonces como “representante del cielo”, y el clero real pasó a ocupar en la corte un puesto preponderante. Como en Babilonia, trató de descubrir por la astrología las leyes que rigen los destinos humanos y los cánones de la política; por medio de la astrología los sacerdotes se apoderaron de la política. Wu-Ti (140) llevó el absolutismo a su apogeo, y basado en las doctrinas teocráticas fijó como principios básicos de su gobierno la razón, la equidad, la reciprocidad y la dulzura.

El Estado, en lo futuro, reposó en la clase letrada; los funcionarios públicos eran preparados en las escuelas del Estado. Las clases aristocráticas se

rodeaban de sabios. Por esta misma época se produjo la gran expansión territorial de China, el auge de su comercio y de la actividad marítima y fluvial, que transformó el río Yang-Tsé en la gran arteria económica del país. La afluencia de riqueza benefició a las clases privilegiadas y terratenientes, en tanto que el Estado empobrecido recurrió a fuertes medidas tendentes a sanear la hacienda, con lo que la monarquía tornó a la autocracia. A finales del siglo I a. C., China se precipitó en una crisis política y social que desembocaría en una serie de guerras civiles y trastornos sociales. Por esta misma época comenzó a propagarse en China una nueva religión, el budismo, que no tardaría en imponerse sobre las demás y en extenderse por otros países asiáticos.

**B) Organización política egipcia.**—La civilización egipcia es, junto con la China, la más antigua del mundo. Se desarrolló a partir del año 8000 a. C. en el valle formado por la cuenca del río Nilo. Durante el período del Neolítico sus habitantes desarrollan la agricultura y construyen las primeras “ciudades”. En este período, que se prolongó hasta el año 5000 a. C., se desarrollaron también técnicas de regadío, construcción y mantenimiento de canales a cargo de personas diestras que dominaron en las ciudades ribereñas, a nombre de algún dios local. Con ello se fue formando una casta sacerdotal que conservaría gran poder durante miles de años. Fueron esos sacerdotes quienes, tras el estudio minucioso de las crecidas del río, llegaron a elaborar un calendario de 365 días por año, dividido este en doce meses, por ser doce los ciclos completos de cambio en las fases de la luna. La observación constante del río dio además lugar a la invención de métodos de cálculo que configurarían una nueva ciencia: la geometría.

Durante largo tiempo el pueblo del Nilo se vio libre del peligro de invasiones extranjeras y vivió casi totalmente seguro y aislado. Hacia el este y el oeste de su pacífico valle solo había un extenso desierto, muy difícil de atravesar. Al norte estaba el Mediterráneo, y por el sur, la Primera Catarata impedía a posibles enemigos incursionar por el Nilo. Encerrado en sus costumbres y con escasos contactos con el mundo exterior, el pueblo egipcio se convirtió en el más conservador de la historia<sup>7</sup>. En esos tiempos el país se componía de pequeñas ciudades *nomoi*, cada una de las cuales poseía su propio dios y sus propios sacerdotes, así como sus propios gobernantes, y controlaba la región agrícola vecina, a orillas del río. Este era el nexo que unía las diferentes ciudades. El país se dividió, desde entonces, en “Alto Egipto” al sur, región comprendida entre la Primera Catarata y el lago Moeris; y el “Bajo Egipto” al norte, que comprendía el amplio y fértil delta del río. Entre el año 5000 y el 3000 a. C., Egipto vivió dos mil años de civilización; pero de lo ocurrido en este período poco se sabe, pues aún no existía la escritura.

Hacia el año 280 a. C. el historiador MANETÓN escribió para los griegos una lista de los reyes de Egipto, dividiéndolos en treinta dinastías, a lo largo

<sup>7</sup> ISAAC ASIMOV, *Los egipcios*, 6ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981, pág. 21.

de un período de tres mil años. Según los relatos de MANETÓN, el primer rey que unió los dos Egiptos, el Alto y el Bajo, fue Menes, hacia el año 3100 a. C. Ya desde antes, importantes migraciones asiáticas habían llegado al país, trayendo consigo adelantos como la escritura. Menes hizo construir una nueva ciudad en la frontera entre el Alto y el Bajo Egipto, Menfis, la cual sirvió de capital durante largo tiempo.

El período llamado *arcaico* duró del año 3100 al 2680 a. C. y durante él reinaron las dos primeras dinastías. En ese período se desarrolló el culto a los muertos y a los dioses, principalmente al dios sol —Ra— y a Osiris, dios de la agricultura. Los reyes eran ya desde entonces considerados representantes del pueblo ante los dioses. En el período arcaico se experimentó una prosperidad gradual y se afianzó el poder del rey divinizado, que a los ojos del pueblo guiaba esa prosperidad. Con la II dinastía comenzó el período del Imperio Antiguo en el 2680 a. C. Su primer rey, Zoser, tuvo como consejero al sabio Imhotep, médico y notable arquitecto que inició las grandes construcciones; en esta época la escritura se perfeccionó con la utilización del papiro. Con la IV dinastía hacia el año 2614, el Imperio Antiguo alcanzó su culminación cultural. Fue en esa época cuando se acometió la construcción de las pirámides, destinadas a servir de tumbas a los reyes, incluida la Gran Pirámide de Gizeh (2580 a. C.), ordenada por el faraón Keops, que sería la más grande obra hecha por la mano del hombre, junto con la Muralla China. Luego, durante la V y VI dinastías, el poder de los reyes fue decreciendo a medida que aumentaba el de los funcionarios, generales y gobernadores provinciales y la aristocracia se hizo fuerte. Al morir el rey Pepi II en 2182 tras el reinado más largo que registra la historia (noventa años) la VI dinastía y con ella el Imperio Antiguo llegó a su fin, tras casi cinco siglos. En menos de dos años Egipto se desintegró; todas las ventajas de la unificación se perdieron y Egipto se hundió en la anarquía y la confusión durante un siglo. MANETÓN enumera cuatro dinastías en este período. La VII y la VIII gobernaron desde Menfis; la IX y la X tuvieron su sede en Heracleópolis.

En 2132 a. C. surgió de la ciudad de Tebas una XI dinastía, cuyos primeros reyes lograron el control sobre todo Egipto; con ella se inició el período del Imperio Medio. El dios tebano Amón fue reconocido por los sacerdotes del gran Ra, iniciándose el culto a Amón-Ra. Luego en 1991 a. C. se inició, con Amenemhat I, la XII dinastía durante la cual se expandió el comercio con las regiones vecinas, se refinó la artesanía y surgió una literatura secular. Pero los reyes no alcanzaron el poder absoluto, pues la nobleza conservó parte de sus antiguos privilegios. Algunos de sus reyes se lanzaron a conquistas de territorios extranjeros ubicados hacia el sur, extendiendo su dominio hasta el interior de Siria. Con Amenemhat III la XII dinastía alcanzó su cenit, pero luego se precipitó en la decadencia. De nuevo el reino se dividió en fragmentos gobernados por nobles que peleaban entre sí. La XIII dinastía gobernó sobre el Alto Egipto y la XIV sobre el Bajo Egipto. La situación de caos duró un siglo y,

valiéndose de ella, por primera vez Egipto fue invadido por un pueblo extranjero: los hicsos. Provenientes del Asia Menor, eran una horda compuesta por nómadas y cananeos. Los egipcios no resistieron la acometida de sus caballos y sus carros de combate y sucumbieron en 1720 a. C., casi sin resistencia. Los hicsos se establecieron en el Bajo Egipto, en el delta del Nilo, y allí reinaron bajo dos Dinastías: la XV y la XVI. Entre tanto, en Tebas los gobernantes reclamaron el título de reyes legítimos de todo Egipto; MANETÓN lo registró como la XVII dinastía, que luchó contra los invasores hicsos.

La dinastía XVIII fue también tebana y estaba destinada a ser la más importante de la historia egipcia. Se inició en 1570 a. C. con Ahmés, que expulsó a los hicsos de Egipto. Con él comenzó también el período llamado del Imperio Nuevo. El rey ya no solo era sacerdote y dios, sino también gran general de los ejércitos que se habían formado. Por esta época se le comenzó a llamar *faraón*. Los primeros faraones del Imperio Nuevo emprendieron grandes conquistas y colonizaron remotas regiones como Libia, Nubia y el Sinaí. Las ciudades, particularmente Tebas, fueron embellecidas con grandes templos, monumentos y obeliscos, sobre todo durante el reinado de Tutmosis I. Su nieto Tutmosis III resistió el ataque de una liga de ciudades cananeas, expandió aún más el dominio egipcio, aseguró una administración eficiente y aumentó la prosperidad de Egipto y su poderío militar, llegando a ser considerado como el faraón más grande de todos<sup>8</sup>. Uno de sus descendientes, Akhenatón decidió implantar el monoteísmo, lo cual provocó la reacción de los sacerdotes tebanos que se lo impidieron. A su muerte, la dinastía XVIII declinó rápidamente; en 1304 a. C. comenzó la dinastía XIX, cuya principal figura fue el faraón Ramsés II, que accedió al trono en 1290 a. C. y reinó durante 67 años. Ejerció un poder absoluto, caracterizado por un gran culto a su personalidad. Construyó grandes templos en su propio honor, extendió el imperio más que nunca antes, se enfrentó al imperio hitita, y a su muerte dejó un país próspero y en paz. Pero la nobleza había aumentado su poder y el ejército decayó. Ramsés II fue, según la Biblia, el faraón que esclavizó a los israelitas.

Tras su muerte, el imperio decayó nuevamente; el poder de los faraones se debilitó a tiempo que aumentó grandemente el de los sacerdotes. Los pueblos vecinos —libios, nubios, israelitas— aprovecharon para invadir a Egipto y dominar extensas regiones. Fue por esa época que Israel alcanzó a ser un imperio durante los reinados de David y Salomón. De otro lado, los griegos llegan por mar a las costas egipcias y, desde más lejos, los asirios ya en pleno apogeo guerrero invaden el país.

Las posteriores dinastías, de la XXI en adelante, no pudieron reinar sobre un imperio unificado; de hecho, algunas de ellas fueron dinastías extranjeras —la XXII fue libia, la XXV fue nubia, la XXVII fue persa—. Finalmente, la dinastía XXX iniciada en 379 a. C. sucumbió ante la invasión persa. Artajer-

<sup>8</sup> ASIMOV, ob. cit., pág. 94.

jes III estableció con mano dura la dominación persa que, a su turno, sucumbió ante los ejércitos de Alejandro de Macedonia en el 332. Alejandro se coronó faraón de Egipto y fundó la que sería su más importante ciudad: Alejandría. Tras su muerte en 323 a. C. lo sucedió como faraón uno de sus generales, Ptolomeo, quien fundó una dinastía que habría de durar tres siglos, hasta cuando los romanos se adueñan del territorio egipcio y lo convierten en provincia de su imperio, en el año 30 a. C.

C) *Imperio babilónico*.—Este imperio tuvo su asiento en toda la extensión territorial comprendida entre los ríos Tigris y Éufrates. Estuvo integrado por tres regiones: Mesopotamia, Babilonia propiamente dicha y Caldea. Los hebreos denominaban Sumer al país. La capital del imperio era Babilonia. La raza sumeria, de origen mongólico, aportó un gran caudal de cultura y fue la edificadora de las grandes ciudades. El Estado tipo del imperio babilónico fue la ciudad; entre las principales figuraron las de Accad, Erec, Nínive y Ur. Posteriormente se impuso la raza semita que tuvo preponderancia bajo la dinastía *arábiga*.

La importancia del derecho fue un rasgo característico de la sociedad mesopotámica; se debió seguramente este hecho al intercambio comercial, debido a su posición geográfica. Desde el tercer milenio las ciudades del reino habían conocido codificaciones locales<sup>9</sup>. Entre estas figura un Código sumerio, de la ciudad de Ur, recientemente descifrado, y considerado como el texto legislativo más antiguo que se conoce. Pero el más célebre y el más importante de los textos legislativos de Mesopotamia, y tal vez de la Antigüedad, es el Código de HAMMURABI, descifrado en 1902. Este Código fue promulgado por HAMMURABI (1800 a. C.), el monarca más importante de la dinastía arábiga, considerado el fundador del Imperio Babilónico. HAMMURABI reunió bajo su mando las distintas ciudades y comarcas del país; asimismo ejecutó grandes obras de irrigación y construyó templos. Pero, es sobre todo conocido por su labor legislativa, que prolongó en materia jurídica su obra política y militar. El propósito del Código señalado en su introducción, es el de "hacer resplandecer el derecho, perseguir a los perversos y malhechores, impedir que el fuerte maltrate al débil". Consta el Código de 282 disposiciones, redactadas de forma breve, que contemplan casos concretos y les dan solución jurídica. Trata de las materias más usuales: organización judicial, derecho penal, régimen de tierras y derecho rural, contratos, matrimonio, familia, sucesiones. Las penas que imponía a quien violara la ley, son muy severas y a menudo crueles.

En este Código se regulan también las transacciones comerciales, se establece una reglamentación para impedir la usura, se señala un salario mínimo y se dan las bases del derecho comercial. En general el Código de HAMMURABI establece una reglamentación de la propiedad privada, quizás por primera vez en el mundo.

<sup>9</sup> J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, traducción de F. Hinestrosa, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, págs. 6 y ss.



La ciudad constituyó el marco de la vida política. El rey era, ante todo, el jefe de su ciudad. A diferencia del faraón egipcio, el rey mesopotámico no fue divinizado sino excepcionalmente; el verdadero soberano era el dios de la ciudad, del cual el rey era considerado su *vicario* o *regente*. El rey era escogido por los dioses, descartándose la herencia dinástica. No era un guerrero ni un sacerdote, sino un intermediario entre su pueblo y el dios. Con la política de expansión el rey se convirtió en jefe supremo del país y, a la vez, en su gran propietario. La explotación de la tierra estaba confiada a los *intendentes*, que poco a poco pasaron a ser funcionarios públicos, y a la gestión de las propiedades agregaron la percepción de los impuestos y la administración de la justicia. Otra característica de Babilonia fue la separación entre la clerecía y la realeza; a los sacerdotes se confió el gobierno de los templos y sus bienes y se les tuvo en situación privilegiada. En un principio la justicia estuvo confiada a ellos, pero a partir de HAMMURABI se implantó una justicia civil a cargo de jueces reales, gobernadores y asambleas de notables en las ciudades.

El reino estaba dividido en provincias, llamadas *satrapías*, las cuales eran gobernadas por sátrapas, encargados principalmente del cobro de los impuestos, en cuyo cometido estaban auxiliados por magistrados y funcionarios de diversa categoría. Babilonia sostuvo una larga serie de guerras con Asiria, el imperio vecino, hasta que en el siglo IX a. C. quedó tributaria de este imperio, al cual fue incorporada como provincia en el siglo VIII a. C.

D) *Organización política de los hebreos*.—Desde mediados del tercer milenio a. C. el territorio de la Palestina fue ocupado por pueblos de origen diverso, emparentados con los egipcios o con los semitas. Hacia finales del siglo XIX a. C. se produjo la migración de un grupo de semitas, el de la familia de Abraham, oriundo de Ur, que dejó la Mesopotamia para ir a Canaán; esa migración marcó el inicio de la historia del pueblo hebreo. El establecimiento de los hebreos en Palestina se produjo en medio de conflictos con las otras poblaciones allí fijadas, cuyos recuerdos están consignados en la Biblia. Hacia el año 1650 a. C. la invasión de los hicsos provocó la migración de los hebreos hacia Egipto; en el curso de este exilio y los largos años de regreso hacia la "Tierra Prometida", se afirmó la originalidad del pueblo hebreo y la toma de conciencia de su unidad<sup>10</sup>.

Los hebreos, en efecto, se distinguen de los demás grupos semíticos por su vocación monoteísta, por su "alianza" con Jahvé, así como por la organización federativa de las tribus surgidas de los doce hijos de JACOB, bajo la guía de MOISÉS. La organización política y social de los hebreos es conocida por los libros santos del Antiguo Testamento; los cinco primeros libros (Pentateuco) describen la vida de los patriarcas (Génesis), la estadía en Egipto y el regreso a Canaán (Éxodo), la organización religiosa y política y las reglas jurídicas tras la revelación del Monte Sinaí (Levítico, Números y Deuteronomio), a tiempo

<sup>10</sup> J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité. Los hebreos*, cit., pág. 5.

que los libros históricos relatan la conquista, el establecimiento en Canaán y la historia de la realeza.

Como todos los pueblos de la antigüedad, los hebreos vivieron primero bajo el imperio de costumbres orales. Una primera expresión de los preceptos religiosos y sociales fue dada por el Decálogo, recibido por Moisés en el Monte Sinaí de manos del propio Jahvé, según la tradición, durante el regreso a Canaán, para ser transmitido a su pueblo: “En la montaña, en medio del fuego, Jahvé nos habló cara a cara, y yo, Moisés, me situé entonces entre Jahvé y vosotros, para haceros conocer las palabras de Jahvé”. El objeto del Decálogo, compuesto de máximas imperativas muy breves, es triple: en él se encuentran mandatos puramente religiosos (“amarás al Señor tu Dios sobre todas las cosas”, “no jurarás su santo nombre en vano”, “santificarás las fiestas”), otros de carácter familiar (“honrarás a tu padre y a tu madre”, “no desearás la mujer de tu prójimo”), y otros de carácter social (“no matarás”, “no robarás”, “no levantarás falso testimonio ni mentirás”, “no codiciarás los bienes ajenos”). Se trata de prescripciones muy generales de carácter más moral que jurídico. Con posterioridad al Decálogo, se hizo la primera redacción de costumbres en el *Código de la Alianza*, incluido en el Éxodo. Fue la ley de la federación de las tribus, en vías de sedentarización, tal vez promulgada por Josué. Presenta ciertas analogías con el Código de HAMMURABI y las leyes hititas. Contiene prescripciones religiosas y penales, así como un estatuto de los esclavos y algunas de carácter civil. Este Código fue luego complementado por un “segundo libro de la ley”, el Deuteronomio, de una más acentuada espiritualidad, por el Levítico y otras leyes. La ley siempre tuvo para los hebreos origen divino, y su derecho permaneció siempre mezclado con la religión.

Los libros del Antiguo Testamento permiten seguir la evolución que condujo a los hebreos de un régimen patriarcal a un gobierno monárquico. Bajo el régimen patriarcal primitivo, la organización social es la tribu, compuesta de familias, con la autoridad de un jefe, siempre varón. Los grupos miembros se consideraban de una misma sangre y vivían como pastores nómadas. Después de su llegada a Canaán, las tribus se repartieron el territorio ocupado y se hicieron sedentarias, estableciendo una economía agraria; el cambio de vida contribuyó a la disolución del grupo patriarcal. Las tribus constituyeron entonces una federación, comunidad religiosa y política, con el nombre de Israel. Los jefes temporales, que aparecían en casos graves para defender una tribu, fueron llamados “jueces”, con funciones militares y también jurisdiccionales. Se imponían por su carisma y valor personal. En casos muy graves y para ejercer la jurisdicción suprema, se reunía la asamblea de tribus, llamada “Asamblea del pueblo de Dios”. Era todavía una organización política rudimentaria de carácter religioso.

Luego aparece la monarquía como una concepción diferente del poder. Su implantación en Israel fue inspirada probablemente por los reinos existentes a finales del segundo milenio al este del Jordán y del Mar Muerto. Hacia

el año 1025 a. C., Saúl fue escogido como rey por el profeta Samuel, inspirado por Dios. Saúl sentó las bases del gobierno monárquico: instituyó un consejo cuyos miembros eran escogidos por él y organizó un ejército. Pero las tribus conservaban su autonomía. Con el rey David (1010-970 a. C.) la realeza adquirió un carácter diferente. David no fue consagrado por un profeta, sino por "las gentes de Judá"; primero fue rey de Judá y luego las tribus de Israel le pidieron ser su rey. A David se remonta la organización de la monarquía. Estableció en Jerusalén la capital, hizo colocar allí el Arca de la Alianza y construir un palacio real. Su hijo Salomón (970-930 a. C) llevó la monarquía al apogeo de su prestigio y poder. Se benefició de circunstancias políticas y económicas favorables, resultado del eclipse de las potencias vecinas. El poder local pasó de los jefes de las tribus a doce gobernadores colocados a la cabeza de circunscripciones locales. El comercio enriqueció a Israel y las relaciones con Egipto favorecieron su desarrollo intelectual. Pero a la muerte del rey Salomón se abrió un período de crisis que condujo a la ruptura de la unidad de Israel. El reino se hundió definitivamente en 721 a. C., cuando Sargón II se apoderó de Samaria e Israel se convirtió en provincia del imperio asirio.

La monarquía israelita presentó siempre un carácter religioso muy marcado. El rey jamás fue considerado un dios viviente, sino como un instrumento y servidor de Dios. La interpretación de la voluntad de Dios competía a los sacerdotes y, sobre todo, a los profetas, que desempeñaron un papel fundamental en cuanto guardianes de la moral y supervisores de la política; el rey debía seguir la voz de los profetas, considerada como la voz de Dios.

E) *Imperio asirio*.—Los pueblos que constituyeron este imperio estaban unidos entre sí por lazos muy débiles. No existía unidad espiritual, puesto que la religión carecía de contenido. Tampoco había nexo alguno que políticamente los ligara, puesto que el elemento hombre no contaba más que como individuo de la grey. La separación de clases era otro factor oponente a la unidad ideológica de los asirios. Los sátrapas y otras castas, obedientes al soberano por temor y ambición de poder y riquezas, lo traicionaban a menudo. El rigor empleado contra los pueblos sometidos y las expoliaciones de que eran víctimas, mantenían latente el rencor contra los opresores. La historia de Asiria, como la de todos los imperios orientales fundados en la fuerza, es un relato de continuas guerras, rebeliones bárbaramente reprimidas y derramamientos de sangre. Además, sin fronteras naturales definidas y sin afinidades raciales y culturales entre los diversos pueblos sometidos, las circunstancias eran propicias para un Estado permanente de rivalidad y rebelión.

El poder real, como en casi todos los Estados antiguos orientales, estaba revestido de prestancia religiosa; el rey era considerado como la representación del Ser Supremo; todos sus actos eran sagrados. En lo político ejercía el poder de manera despótica. Entre los monarcas más sobresalientes del imperio asirio figuran Asurbanipal III (s. IX a. C.), durante cuyo reinado alcanzó

Asiria su máximo esplendor; Salmanasar, hijo del anterior, quien aumentó los dominios del Imperio, y Sargón, famoso guerrero y conquistador.

F) *Imperio persa*.—La monarquía persa, más que un conjunto homogéneo y centralizado, no pasaba de ser un poder rector de pueblos muy diferenciados entre sí. Los diversos miembros que componían el Estado podían desenvolverse con absoluta libertad, dándose el caso de subsistir tribus nómadas que ocupaban extensas regiones del país, mientras que en otras, poblaciones de vida sedentaria ejercían en plena actividad el comercio y la industria, gozando de la prosperidad y bienestar consiguiente. La tolerancia se extendió hasta permitir a los israelitas el libre ejercicio de su religión<sup>11</sup>.

El imperio persa se inició hacia el año 559 a. C., cuando Ciro incorporó la Media a Persia. Ciro logró la unificación de las tribus persas en un solo cuerpo nacional, amplió sus conquistas e hizo de Persia el pueblo más poderoso del mundo en su época. El apogeo del imperio persa fue mantenido luego bajo Darío I (521 a 485 a. C.), quien continuó las conquistas militares, sometió Tracia y Macedonia, pero fue vencido por los griegos en la célebre batalla de Maratón. Durante su reinado vivió Zoroastro, reformador de la religión persa. Entre sus sucesores más destacados figuran Jerjes y Artajerjes. Darío dividió el extenso territorio en veinte provincias, regidas cada una por un gobernador o sátrapa. El sátrapa era el encargado de la recaudación de los tributos y su conducta era vigilada por funcionarios nombrados al efecto. Pero muy frecuentemente los sátrapas se extralimitaban en sus funciones, oprimiendo a sus gobernados. La justicia era administrada por *jueces reales*, independientes de los sátrapas. El monarca persa era considerado *rey de reyes*.

No obstante lo que se ha reseñado, en los Estados antiguos orientales el despotismo jamás estuvo tan acentuado que impidiese la existencia de un orden jurídico o la práctica misma de procedimientos democráticos. El historiador KRAMER nos da testimonio de este hecho, refiriéndose a una de las más antiguas civilizaciones del mundo, la sumeria: "Los primeros soberanos de Sumer, por muchos y grandes que hayan podido ser sus éxitos como conquistadores, no eran, sin embargo, unos tiranos completamente libres de sus actos, unos monarcas absolutos. Cuando se trataba de los grandes intereses del Estado, especialmente en cuestiones de guerra y de paz, consultaban con sus más notables conciudadanos, reunidos en asambleas"<sup>12</sup>. JELLINEK sostiene que "la consideración desdeñosa que los helenos tuvieron de los antiguos pueblos orientales, la cual ha influido hasta nuestro tiempo, ha sido exagerada grandemente y tiene su base en la identificación que hacían los griegos entre libertad y participación en la soberanía"<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> *Historia general de las civilizaciones*, publicada bajo la dirección de MAURICE CROUZET, vol. I, Barcelona, Edic. Destino, 1958, pág. 155.

<sup>12</sup> SAMUEL N. KRAMER, *La historia empieza en Sumer*, Barcelona, Ayma Editora, 1958, pág. 74.

<sup>13</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 236.

## 2.2 El Estado-ciudad griego

A) *Orígenes*.—La civilización griega se desarrolló inicialmente en la cuenca del Mar Egeo, entre el Neolítico y el tercer milenio a. C. Concretamente en la isla de Creta floreció, hacia el siglo XIII a. C., la primera civilización occidental, llamada *minoica* por haber alcanzado su apogeo en tiempos del rey Minos. Su decadencia fue marcada por la invasión de los *aqueos* hacia el año 1400 a. C., pueblo proveniente de Tesalia, que había dominado el Peloponeso y establecido su capital en Micenas. La fundación de la civilización micénica se atribuye a Teseo hacia el siglo XVI a. C. Por aquella época Grecia se componía de numerosas ciudades-Estado: Esparta, Egina Eleusia, Delfos, Queronea, etc. Sus habitantes se llamaban genéricamente “pelasgos” o pueblos del mar. Durante tres o cuatro siglos, los aqueos dominaron completamente el país, alcanzando su apogeo en la Guerra de Troya. Sus hazañas fueron relatadas a la posteridad por HOMERO (s. VIII a. C.) en la *Ilíada* y la *Odisea*. La *polis* no había nacido aún en tiempos de los aqueos. Así se llamaba al castillo del señor, quien tenía un poder limitado sobre los *geni*, grupos de familias que reconocían un antepasado común y que vivían en torno al castillo. Frente a los peligros exteriores, las cabezas de familia se reunían en asambleas en torno al señor y tomaban democráticamente las decisiones. De estas asambleas se derivaron los consejos, en los que participaban solamente los capitanes de los *geni*. Luego el señor comenzó a llamarse *rey*, con poderes judiciales, religiosos y militares, pero bajo el control del Consejo.

Hacia el año 1100 a. C. se produjo la invasión de los *dorios* tribus procedentes de Europa central, que introdujeron en Grecia el uso del hierro y que llegaron a someter por la fuerza a los aqueos, estableciendo su primera fortaleza en Corinto. El Ática fue la única región que resistió el embate dorio. El período de las invasiones se prolongó hasta el año 800 a. C. Durante estos seiscientos años de continuas fusiones, se formó el espíritu de la *polis*, como una fuerza unificadora de los griegos dentro del marco de su respectiva ciudad, que los hizo individualistas e indiferentes a lo que sucedía en el mundo exterior; a causa de ello, Grecia no llegaría a lograr nunca una unidad estable ni a constituirse en un imperio, como Egipto, Babilonia, Asiria o, posteriormente, Roma. Sin embargo, en el siglo VII se emprendió una migración organizada en busca de nuevos espacios, y los griegos se expandieron por la cuenca del Mediterráneo, fundando colonias y ciudades a semejanza de su *polis*, desde el Helesponto hasta la remota Iberia.

B) *Organización política de Esparta*.—Los dorios hicieron de la ciudad de Esparta (Laconia) su capital. Organizaron allí una sociedad clasista, en la que solo ellos, una minoría, eran ciudadanos. El resto de la población estaba dividida en dos clases: los *periecos*, que se dedicaban al comercio y a la industria, a quienes se reconocían ciertos derechos y se les llamaba al servicio militar; y los *ilotas*, reducidos a la esclavitud y sometidos a un trato tiránico,

que constituían la inmensa mayoría de la población nativa. Para mantener su hegemonía, los espartanos —dorios y aqueos nobles— encomendaron a LICURGO para que les diera una legislación de carácter rígido, que garantizara su unidad. Esta legislación formalizó la organización política de Esparta, con la forma de régimen de *oligarquía militar*.

Siguiendo las costumbres dóricas, había *dos reyes* que se vigilaban mutuamente y que ejercían funciones religiosas, principalmente. El gobierno propiamente dicho residía en la *gerusia*, asamblea formada por 28 ancianos. Además, había una *asamblea del pueblo* compuesta por los ciudadanos mayores de 30 años, la cual se reunía cada mes para aprobar o negar las leyes que se le proponían. Estas dos asambleas nombraban cinco *éforos*, especies de ministros, que vigilaban la vida privada de los espartanos y el cumplimiento de las leyes, y que en la práctica se convirtieron en verdaderos tiranos.

La reforma de LICURGO estableció también una especie de *socialismo estatal* a través de la repartición de tierras en 9.000 lotes —uno para cada dorio—, los cuales, al extinguirse la familia, debían volver a propiedad del Estado. A los ciudadanos se les prohibió el comercio y la industria, reservados a los periecos; la ocupación de aquellos debía ser fundamentalmente la militar, para la cual eran formados desde niños. El cultivo de la tierra se dejaba a los ilotas. Los niños eran considerados como propiedad del Estado. Desde los siete años su educación estaba sometida a rigurosas reglas de ascetismo y disciplina militar; se exaltaba ante todo el valor físico y se proscribían el lujo y el ocio. En general, el objetivo de la organización social espartana era mantener la pureza de la raza y buscar la superioridad militar sobre los demás pueblos. El aporte cultural de Esparta al mundo fue prácticamente nulo, todo lo contrario del que dejó su principal rival, Atenas.

C) *Organización política de Atenas*.—Atenas fue señalada como capital del Ática, según la tradición, por el rey Teseo. En realidad fue fundada por los aqueos de Micenas, que huían de los dorios y buscaron refugiarse en la Acrópolis. Allí fueron protegidos por el rey Codro del ataque de aquellos. Muerto este rey y pasado el peligro, los atenienses decidieron abolir la monarquía y proclamar la *república*, entregando el poder a un *arconte* elegido de por vida. Posteriormente redujeron su periodo a diez años y, finalmente, dividieron los poderes entre nueve arcontes elegidos por un año cada uno; el arconte *basileo* tenía las funciones de sumo sacerdote. La sociedad estaba dominada por la clase de los *eupátridas*, aristocracia hereditaria que tenía el monopolio del poder. Luego estaba la clase de los *hippes* o caballeros, aquellos que poseían caballos y que constituían una especie de alta burguesía. La ciudadanía solo estaba reservada a los eupátridas y a los caballeros. De las clases inferiores hacían parte los *demiurgos*, asalariados urbanos, y los *geomoros* o campesinos, que no tenían ningún derecho político, y desde luego los esclavos *ometecos*.

La división social se ahondó con la leyes de Dracón, arconte que petrificó el orden existente, impuso los más severos castigos —la pena de muerte—

aun para los delitos menores y dejó el poder en manos del *areópago*, asamblea compuesta solo por eupátridas. Esta situación fue corregida luego por el arconte SOLÓN (640-558 a. C.), quien dio a Atenas una Constitución (595 a. C.) de marcado acento social. En primer término suprimió la esclavitud por deudas y redujo el monto de estas. Dividió a los ciudadanos en cuatro clases, según su fortuna: los de las tres primeras pagaban impuestos en proporción a esta, y prestaban el servicio militar, pudiendo ocupar todos los empleos públicos; los de la cuarta clase quedaban exentos de impuestos y servicio militar, pero solo podían acceder a la asamblea del pueblo. Los esclavos, por su parte, debían recibir un trato humanitario. SOLÓN conservó el *areópago*, constituido por antiguos arcontes y magistrados distinguidos, encargado de velar por la observancia de las leyes y la moral pública y privada. Creó además un senado de 400 miembros, mayores de 30 años, encargado de preparar y discutir las leyes que debían someterse a la asamblea del pueblo. Esta asamblea se reunía cada semana y tenía amplias funciones legislativas y administrativas. En el gobierno de SOLÓN Atenas se convirtió en una democracia que sirvió de modelo a las demás *polis* griegas. Preguntado alguna vez en qué consistía el orden, SOLÓN respondió: "En el hecho de que el pueblo obedezca a sus gobernantes y que estos obedezcan a las leyes".

La obra de SOLÓN fue continuada y afianzada por PISÍSTRATO y CLÍSTENES, sus sucesores. Ante la reacción de los nobles, PISÍSTRATO se convirtió en *tirano*, pero hizo un gobierno democrático en el cual llevó a cabo una primera reforma agraria, destinada a acabar con el latifundio, además de importantes obras materiales. CLÍSTENES concentró el poder ejecutivo en el senado, disminuyendo el poder de los arcontes, democratizó el ejército colocando a su cabeza a *estrategas*, generales de elección popular, duplicó el número de ciudadanos con derecho al voto y creó la institución del *ostracismo*, que daba derecho al pueblo de desterrar a quien juzgara peligroso para la ciudad.

D) *El siglo de Pericles*.—En el año 490 a. C. los ejércitos persas del rey Darío se lanzan contra Grecia. Las ciudades septentrionales fueron rindiéndose una tras otra; Esparta se marginó de la lucha y Atenas se vio obligada a resistir sola, junto con la pequeña Platea. El poderoso ejército de Darío fue derrotado por los atenienses, bajo el mando de Milciades, en la batalla de Maratón. Poco después los persas, conducidos por Jerjes, sucesor de Darío, volvieron al ataque, siendo derrotados definitivamente por los atenienses bajo el mando de Temístocles, en la batalla naval de Salamina (480) y por los espartanos, bajo el mando de su rey Pausanias, en la llanura de Platea (479). Con la derrota final de los persas, los griegos volvieron a ser los dueños del Mediterráneo. Temístocles intentó, entonces, unificar a Grecia en una confederación de ciudades, llamada Delos.

Tras algunos años de inestabilidad política en Atenas, producto de las rivalidades entre los partidos oligárquico y democrático, en el 467 a. C. fue elegido arconte PERICLES, aristócrata de ideas liberales, para quien el régimen

mejor era el de un liberalismo ilustrado y reformista, que garantizara las conquistas populares dentro del orden, excluyendo la demagogia y la violencia. A PERICLES le correspondió gobernar a Atenas, como *strategos autokrator* durante cuarenta años, hasta 428 a. C., en el período más propicio y floreciente de su historia. Con la apertura del comercio en el Mediterráneo, la explotación intensiva de las minas de plata, mármol y otros minerales y la afluencia de capitales, Atenas se enriqueció. Pero, además, a la ciudad afluían hombres e ideas provenientes de todos los confines del mundo helénico, destinados a construir la verdadera cultura griega. En esta época vivieron en Atenas personajes como SÓCRATES y PLATÓN, ANAXÁGORAS —padre de la astronomía—, PARMÉNIDES, ZENÓN, SÓFOCLES, EURÍPIDES, ARISTÓFANES y ALCIBÍADES. Con razón se llama a esta época, reconocida como una de las más brillantes en toda la historia de la humanidad, el “siglo de oro” de PERICLES.

E) *La democracia ateniense*.—Fue en esta misma época cuando la democracia ateniense alcanzó su pleno desarrollo. Ella estaba básicamente fundada en el funcionamiento del Parlamento, llamado la *Ecclisia*. Esta asamblea, eminentemente popular, se reunía cuatro veces al mes. En ella participaban por derecho propio todos los *ciudadanos*, categoría de la cual estaban excluidos los menores de veinticinco años, las mujeres, los extranjeros, los condenados y, desde luego, los esclavos. Los ciudadanos se agrupaban según sus intereses mutuos; la división entre oligárquicos y demócratas era constante. La asamblea se reunía en un lugar abierto, en el teatro o en el ágora, desde el alba. Las sesiones se abrían con una ceremonia religiosa en honor a Zeus, máximo dios del Olimpo. Luego el presidente, elegido anualmente, leía los proyectos de ley que se iban a considerar en la sesión. Todos los ciudadanos tenían derecho al uso de la palabra, pero en la práctica solo se permitía hacerlo a quienes no tuviesen antecedentes penales, fuesen propietarios de inmuebles y estuviesen a paz y salvo por concepto de impuestos. Además, debían poseer el don de la oratoria; de lo contrario no eran escuchados. Una clepsidra medía el tiempo de las intervenciones. Quien presentaba un proyecto de ley era responsable del mismo: si al cabo de un año los resultados de la ley eran negativos, esta se anulaba y su autor era multado. Los proyectos se aprobaban por mayoría de votos, a veces por aclamación. Pero antes de convertirse formalmente en ley, se requería la ratificación de la *Bulé*, o Consejo, que era una especie de tribunal constitucional.

La *Bulé* estaba formada por 500 ciudadanos elegidos por sorteo de entre los registros de vecinos de la ciudad. Ejercían el cargo por un año y no podían ser sorteados hasta que todos los demás hubiesen cumplido su turno. Este consejo estaba dividido en diez comités —*pritanias*— de cincuenta miembros cada uno. A cada pritania se señalaba un área específica: constitucionalidad de los proyectos, moralidad de los funcionarios civiles o religiosos, presupuesto, administración pública, asuntos militares, etc. Las reuniones se verificaban diariamente en un local especial: el *buleuterio*. En cuanto al areópago, en



tiempos de PERICLES pasó a ser una especie de tribunal de casación para los delitos que entrañaban pena de muerte; de él siguieron haciendo parte exclusivamente los eupátridas. Pero el poder legislativo quedó en manos de la *Ecclesia* y la *Bulé*.

El ejecutivo estaba ejercido por los nueve arcontes que, de SOLÓN en adelante, formaban el ministerio. Teóricamente los arcontes eran escogidos por sorteo entre los ciudadanos, pero en la realidad se exigía para ocupar el cargo una serie de condiciones específicas, tales como ser ateniense de origen, haber cumplido con los deberes militares y religiosos, estar a paz y salvo en impuestos y no tener objeciones en su vida privada. El período del arconte era de un año, durante el cual varias veces se tenía que someter al voto de confianza de la *Ecclesia*. Expirado su término, se sometía a la investigación de la *Bulé*, que podía condenarlo incluso a muerte o reelegirlo en el cargo, o designarlo con carácter vitalicio miembro del areópago o del senado. Formalmente el más alto rango entre los arcontes lo tenía el *basileo*, máxima autoridad religiosa. Pero en la práctica el cargo más importante le correspondía al *strategos autokrator*, arconte militar, comandante de los ejércitos atenienses.

F) *La polis*.—La organización política de las ciudades era muy variable; no obstante, existían algunos principios comunes a todas, fruto de la experiencia y de las tradiciones. En principio la ciudad griega era una *república*, aunque en tiempos remotos había existido en todas las monarquías. Esta asumió la forma de una magistratura cuyas atribuciones y duración eran limitadas y cuyo titular era escogido sin tener en cuenta sus orígenes familiares.

La organización de los poderes públicos en las ciudades era semejante. Había tres órganos políticos: la *asamblea*, el *consejo* y las *magistraturas*. Estas instituciones constituían, desde los tiempos de HOMERO, el mejor medio para evitar los excesos del poder personal. En la base existía la asamblea de ciudadanos que, teóricamente, era soberana. Según el tipo de régimen, la asamblea era más o menos amplia, se reunía con mayor o menor frecuencia y estaba o no sujeta a influencias que pudieran limitar su soberanía. En las ciudades oligárquicas había más restricciones para tener acceso a la asamblea. En todo caso el derecho a participar en la vida política de la ciudad era un derecho personal indelegable. La Grecia clásica no conocía el sistema representativo; por lo tanto la soberanía se ejercía directamente y las votaciones se hacían por cabezas y no por grupos, como en Roma. El segundo órgano político común, el consejo, era en cierta forma más efectivo que la asamblea: en todas las ciudades se reunía con frecuencia y jugaba un papel fundamental tanto en las ciudades democráticas como en las oligárquicas. Su misión era vigilar de cerca la actividad de los magistrados, cuidar de la administración corriente y de la ejecución de las decisiones de la asamblea y, en general, guiar la política de la ciudad. En los regímenes oligárquicos se le confían, además, amplias atribuciones judiciales y la salvaguardia de la moralidad pública y privada. Para formar parte del consejo se debían reunir ciertas condiciones referentes a la

edad, a la riqueza y al nacimiento; en ocasiones sus miembros eran vitalicios. Por último, toda ciudad griega tenía sus magistrados, cuyo número, nombre y forma de elección variaba en cada una, así como la repartición de sus atribuciones. En general las magistraturas eran anuales y, salvo los jefes militares, no reelegibles, al menos inmediatamente. Los magistrados no podían tomar por su propia iniciativa sino decisiones de poca importancia, excepto cuando las necesidades militares obligaban a darles mayor libertad; en general su papel era el de meros ejecutantes sometidos a la vigilancia del consejo y aun de la asamblea. Todo ello tendía a evitar el riesgo de la tiranía.

Las ciudades helenas fueron así las primeras de la civilización occidental que ensayaron sistemas de política y experimentaron métodos propios de gobierno. ARISTÓTELES y PLATÓN fijaron, posteriormente, los principios fundamentales del Estado: PLATÓN se empeñaba en construir una república ideal, una organización política encaminada a satisfacer totalmente las necesidades del espíritu humano. ARISTÓTELES, por su parte, propugnaba escoger la mejor forma de gobierno, partiendo del principio de que todas dejan algo que desear, pero distinguiendo entre las mejores y las peores. ARISTÓTELES consideraba el Estado-ciudad como el modelo más alto de civilización que distinguía a los helenos de los bárbaros pobladores del resto del mundo. ARISTÓTELES no solo es considerado como teórico de la política dentro de su Estado-ciudad modelo, sino por su insistencia en que el hombre es por naturaleza un animal social y que su vivienda en sociedad es algo que le viene por ley natural, brota de su propia naturaleza humana y se desarrolla desde la etapa familiar hasta el adulto Estado-ciudad<sup>14</sup>.

G) *Democracia y oligarquía*.—El ideal de independencia y libertad es la principal preocupación de los griegos del período clásico. Para asegurar al ciudadano y a la ciudad la posesión de estos bienes supremos, se procura la unión y apoyo recíproco de la colectividad y del individuo. Para preservar la independencia, la ciudad requiere la abnegación total de sus ciudadanos; en compensación se ofrece la salvaguardia de su independencia individual. Pero había marcado contraste entre oligarquías y democracias cuando se trataba de definir al auténtico ciudadano, aquel al que se reconocía la plenitud de los derechos políticos. La democracia —cuyo ejemplo clásico lo da Atenas— rechazaba la distinción entre ciudadanos activos y ciudadanos pasivos; basta ser ciudadano para tener la palabra en la asamblea o formar parte del consejo o ejercer una magistratura. En cambio en las oligarquías se hacía distinción entre los ciudadanos, basada principalmente en la riqueza y el nacimiento. Como se vio atrás, la democracia se afianzó en Atenas en el siglo V a. C., particularmente gracias a la preeminencia intelectual y artística que le dio PERICLES; pero los regímenes oligárquicos siguieron predominando en la Grecia continental, reforzados sobre todo con la derrota ateniense en la guerra del Peloponeso. Sin

<sup>14</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *La política*, Libro tercero.

embargo, en el siglo IV a. C. las democracias vuelven a resurgir extendiéndose por la Grecia continental, tras el hundimiento de Esparta. Más que de Atenas, la inspiración surgió de Tebas que, liberada de la ocupación lacedemonia, se dio a sí misma y propagó por toda la Beocia instituciones democráticas. Pero la intervención macedónica vino a frenar esta evolución, por circunstancias políticas. No obstante, Alejandro Magno estableció regímenes democráticos en las ciudades griegas de Asia liberadas por él de la dominación persa.

De todas formas el ideal democrático tenía que triunfar en Grecia, pues era el que mejor se acomodaba a las tendencias profundas de la civilización helénica clásica. La libertad y la expansión de la personalidad humana postulan la idea de igualdad; la concepción corriente de ciudad, como la de ciudadano, recomienda instituciones políticas que concedan los mismos derechos a todos los miembros del cuerpo cívico. Para evitar eficazmente el triunfo democrático, habría sido necesario modificar el mismo ideal de *la polis*, que es lo que los filósofos del siglo V, en su mayoría poco afectos a la democracia, no consiguieron al menos en lo que concierne a la gran mayoría de sus contemporáneos<sup>15</sup>. No obstante, en su aplicación práctica la democracia griega tuvo sus limitaciones. De una parte en ella se mantuvo la esclavitud, aunque con menos rigor que en otras civilizaciones. Por otra parte, respecto a los extranjeros, se mantuvieron limitaciones en cuanto al ejercicio de sus derechos. Incluso, por iniciativa del propio PERICLES, Atenas adoptó en este sentido una legislación de carácter racista.

JELLINEK sintetiza así los rasgos esenciales del Estado griego: "El Estado helénico es una asociación de ciudadanos, unitaria, independiente y que tiene por base leyes y autoridades propias. Esta asociación tiene un doble carácter: estatista y religioso. El principio superior para la administración y el derecho es, en esta asociación, la conformidad a la ley. A causa de esto el ciudadano tiene un círculo de derechos perfectamente determinado y reconocido, del cual la ciencia del Estado solo ha sabido poner de manifiesto y hacer penetrar en la conciencia científica, la parte referente al ejercicio de los poderes del Estado por el individuo"<sup>16</sup>. Esto se debe a no haber existido una ciencia jurídica independiente entre los griegos, al contrario de lo que sucedió en Roma.

### 2.3 *El Estado romano*

Existen varias similitudes entre el Estado griego y el Estado romano. Este se forma también partiendo de una ciudad-Estado: la *civitas*. En Roma también el Estado se identifica con la comunidad de ciudadanos, lo que equivale a afirmar que es la comunidad de individuos o *res publica*, la comunidad del pueblo. En el concepto del ciudadano prevalece también en Roma el momento de su participación activa en la vida del Estado. El Estado romano desde que

<sup>15</sup> CROUZET, *Historia general de las civilizaciones*, vol. II, ob. cit., pág. 374.

<sup>16</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 255.

aparece en la historia se muestra igualmente como una organización perfecta dotada de competencia para decidir, como una unidad interior y general. No obstante la pluralidad de órganos, solo en uno debe residir la plenitud del poder, el *imperium*, la *majestas*, en tanto que a los demás solo les puede corresponder un poder derivado. Cuando el *princeps* se coloca en la cumbre del Estado, entonces su poder procede del que el pueblo le ha transmitido, mediante la *lex regia*, los derechos que originariamente pertenecían a este y precisamente por ello representa el *princeps* en su persona, al pueblo en su totalidad. En el imperio romano apareció así por primera vez, en el mundo occidental, identificada en una sola persona la totalidad de los poderes del Estado. Esta idea de *imperium* servirá, como atrás se dijo, de modelo a la concentración de poderes en manos del príncipe en la concepción de los Estados posteriores, hasta el mundo moderno.

A) *Primitiva organización política*.—En épocas que se remontan al segundo milenio a. C., el norte de la península itálica fue ocupado por tribus provenientes de Europa central. Hacia el año 1000 a. C. el epicentro de la organización política de estos pueblos se ubicaba en Villanova, cerca de Bolonia; luego los “villanovanos” emigraron hacia el sur, y se piensa que de ellos descienden los umbríos, los sabinos y los latinos. A estas tribus se sumaron, hacia el año 800 a. C., los etruscos, quienes dominaron la población autónoma infundiéndole las formas de organización política y urbana que por mucho tiempo caracterizaron a Italia. Se presume que en el siglo VII a. C. existía una población villanovana de campesinos y pastores en la región de Roma, organizada en una especie de federación de siete aldeas (*septimonium*) con su centro en el Monte Palatino. La organización básica era aún tribal; el pueblo romano se dividía en clanes o *gens*<sup>17</sup>.

La fundación de Roma, muy probablemente, ocurrió en el año 753 a. C.; se atribuye a los gemelos Rómulo y Remo, el primero de los cuales fue entonces proclamado rey. Así, Roma inició su vida política bajo el régimen de la monarquía. Prescindiendo de las leyendas que envuelven sus primitivos tiempos, lo cierto es que la ciudad fue gobernada durante los primeros dos siglos y medio por reyes electivos, designados por una asamblea de ciudadanos notables —descendientes de los primitivos pobladores—, y asistidos en su gobierno por un senado compuesto por ancianos. La ciudad estuvo poblada principalmente por tribus sabinas, latinas y etruscas. Los primeros cuatro reyes (Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio) fueron de origen latino y sabino. Los otros (Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio) que reinaron desde el año 600 a. C., aproximadamente, por más de un siglo, fueron etruscos. Estos reyes fueron elegidos con el apoyo de las clases inferiores, los *plebeyos*; a ellos, particularmente a Servio Tulio, se atribuye la inicial prosperidad material de Roma, así como las primeras reformas políti-

<sup>17</sup> Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio.

cas y sociales que provocaron la resistencia del patriciado. Los reyes latinos se ocuparon de la primitiva organización interna y también de hacer frente a la amenaza de pueblos vecinos.

Los poderes del rey eran amplios, pero tenían limitaciones definidas. Ejercían su poder de por vida. Al momento de su elección, recibían el *imperium*, derecho de mando global, político y militar, con la aprobación de todos los jefes del clan. Sus poderes eran tanto religiosos como políticos, civiles y militares. Como jefe religioso, el rey representaba al pueblo ante los dioses y era el jefe de los pontífices (*pontife maximum*) del templo de Júpiter. Como jefe militar tenía el derecho a decidir la guerra o la paz (*ius belli ac pacis*) y el derecho de vida y muerte sobre los ciudadanos. Como jefe político tenía particularmente el derecho a organizar la vida económica de la ciudad, mediante la distribución de tierras públicas a los particulares. No obstante, estos poderes eran limitados: Tenían la función de “conservar la libertad”, lo cual implicaba la facultad de cada *gens* de ser protegido en sus derechos con injerencia de otros; el rey no podía intervenir en los asuntos internos de los jefes del clan ni tomar decisiones en contra de un jefe que no hubiera cometido delito. Además, el rey debía pedir el acuerdo del pueblo sobre grandes decisiones, a través del Senado y también de los comicios. Por lo demás, el rey debía “agrandar la cosa pública”, es decir, ampliar el territorio romano y también crear instituciones que protegieran a la ciudad contra sus enemigos.

Como se dijo, en la primera etapa de su historia, Roma estuvo dividida en las tres tribus primitivas: latinos, sabinos y etruscos. Ellas formaban la casta de los *patricios*. Solo estos tenían derechos y eran ciudadanos y, por tanto, propietarios. Cada familia patricia formaba una *gens* —gente—, esto es, la reunión de todas las ramas que tenían un antepasado común. Diez *gentes* o familias constituían una *curia*, y diez curias formaban una *tribu*, de suerte que había treinta curias, cuya reunión constituía la *asamblea del pueblo* o *Comitia Curiata*, una de cuyas funciones era la de elegir al rey. Esta especie de democracia sin clases sociales funcionó mientras Roma fue una pequeña aldea; pero luego, con el aumento de la población, el rey comenzó a delegar funciones en *funcionarios* extraídos del *Senado*, que era, en principio, la reunión de los 300 jefes de gentes, originalmente compuesta esta asamblea por los descendientes de los fundadores de la ciudad.

**B) Organización social y militar.**—La familia fue siempre la base de la sociedad romana. A la cabeza estaba el *paterfamilias*, o sea el heredero mayor de la rama primogénita, a cuyo alrededor se agrupaban las ramas secundarias, así como los clientes y los esclavos. El *paterfamilias* era a la vez jefe y sumo sacerdote del culto familiar. Tenía derechos de vida y muerte sobre los suyos. Los hijos se independizaban solo con la muerte de su progenitor. Cada familia constituía un pequeño Estado al que pertenecían centenares de personas con usos y religión propios.

Con el aumento de la población, en el período de la realeza, la organización social de Roma se estratificó en *cuatro clases*. A la cabeza de esa organización estaban los patricios, que primitivamente se asimilaban al *pueblo romano*. Luego los *clientes*, que eran hombres libres pero sin bienes de fortuna, los cuales se colocaban bajo la protección de los patricios. La clase de los *plebeyos*, formada por los emigrados de los pueblos vecinos, los refugiados, los extranjeros y, en general, por la masa de personas que iban a Roma en busca de trabajo y sustento, era la clase proletaria que carecía de culto propio, de patria, de derechos políticos y sociales y a la cual, durante largo tiempo no le fue permitido casarse con los patricios. Por último estaban los *esclavos*, generalmente prisioneros de guerra o extranjeros sometidos, a los cuales escasamente se consideraba como personas; más bien eran tratados como cosas que podían venderse o cambiarse y hacían parte del patrimonio de los patricios.

Con la realeza también nació la organización militar. Cada una de las treinta curias proporcionaba cien infantes que formaban una *centuria*, y diez jinetes que formaban una *decuria*. Este conjunto formaba una *legión*, cuyo comandante supremo era el propio rey; pero este dirigía las operaciones bélicas bajo la supervigilancia de un *comicio centuriado*, cuya aprobación se requería también para el nombramiento de los altos oficiales, llamados *pretore*s. Con el correr del tiempo, y ya bajo la República, los pretore)s cumplieron funciones judiciales. Se tomaron, pues, precauciones a fin de evitar que el rey se convirtiera en un tirano.

C) *Las asambleas populares*.—Posteriormente la reforma de Servio Tulio abolió las 30 curias reemplazándolas por cinco *clases* que se diferenciaban por su patrimonio y no por su origen. Las clases votaban por *centurias* en la *Comitia Centuriata* —o asamblea de las centurias—, la cual fue asumiendo los poderes de la *Comitia Curiata* que, bajo la República, quedó reducida a treinta *lictore*s, sin poder legislativo. En la *Comitia Centuriata*, que llegó a ser la asamblea más importante de la República, tuvieron ya asiento los plebeyos, según el patrimonio que poseyeran, de conformidad con un *censo* o registro de las personas y sus bienes. A esta asamblea correspondía además el nombramiento de altos cargos del Estado, hacer o derogar leyes, decidir sobre apelaciones judiciales, declarar la guerra o hacer la paz, funciones estas que conservó por algún tiempo aun bajo la República. Pero la mayoría de las centurias correspondían, con base en la fortuna, a los patricios, los caballeros y los ciudadanos más acaudalados, lo cual provocaba la reacción de las clases inferiores. Estas resolvieron unirse en *Concilios de la plebe*, no reconocidos constitucionalmente. Con el correr de los años estos concilios se convirtieron en la gran asamblea popular de los *Comicios Tributos* —o asamblea de las tribus—, corporación exclusivamente plebeya donde se votaba por tribus y no por individuos o clases. Fueron los comicios tributos los encargados de nombrar *tribunos*, *ediles* y *cuestore*s. Sus atribuciones fueron en aumento, hasta que sus deliberaciones, llamadas *plebiscitos*, en los que se votaba *sí* o *no* a las propuestas

del magistrado, se hicieron obligatorias no solo para los plebeyos sino para todos los ciudadanos romanos, convirtiéndose en leyes propiamente dichas.

D) *Organización política bajo la República.*—Tras la caída del último rey etrusco fue proclamada la República en el año 509 a. C. El cargo de rey fue reemplazado por dos *cónsules*, elegidos al principio por el comicio centuriado para períodos de un año. Eran los más altos dignatarios del Estado y ejercían su poder tanto en lo civil como en lo militar; les correspondía dirigir los ejércitos en la guerra. El Senado se reunía por convocatoria suya y ellos normalmente presidían sus sesiones y se encargaban de ejecutar sus decisiones, así como las de la asamblea popular. Dentro de la ciudad, una clase inferior de magistrados, los *cuestores*, también elegidos de a dos y por el término de un año, actuaban como jueces y supervisaban los juicios penales. En años posteriores su función cambió y se encargaron del tesoro público; efectuaban los pagos del Estado, abonando con cargo a los fondos que les eran confiados los gastos de los servicios civiles y militares.

El fin de la monarquía dejó a Roma gobernada por una *oligarquía* formada exclusivamente por los patricios. Solo estos podían ser senadores, cónsules, pretores o cuestores. La suerte de los plebeyos se hizo intolerable, hasta que, tras muchas disputas y tensiones, se llegó a un acuerdo por el cual los plebeyos tendrían sus propios funcionarios, elegidos por ellos mismos como sus representantes en número de dos: estos fueron los *tribunos*. Su misión era la de proteger los intereses de la plebe e impedir que los patricios aprobaran leyes injustas para ellos. Más tarde consiguieron los tribunos el poder de suspender las leyes que consideraron perjudiciales, mediante el *veto*. Su influencia siguió en aumento, hasta permitírseles tener asiento en el Senado. Para proteger el fuero de los tribunos se imponían multas a quienes atentaran contra su dignidad. En 367 a. C. se nombraron unos ayudantes de los tribunos para recaudar esas multas, llamados *ediles curules*. Ese papel los llevó con el tiempo a cumplir las funciones de la policía moderna y a ocuparse de varios asuntos de interés público como el cuidado de los templos, las cloacas, los baños públicos, el suministro de agua, la distribución de alimentos y los juegos públicos a que tan aficionados fueron los romanos. Otra magistratura creada por la misma época fue la del *pretor*. Este funcionario recibió aquellas atribuciones del cónsul relativas a la organización de los procesos judiciales. Tenía por función escuchar a las partes en litigio para redactar las demandas a ser sometidas a los jueces. Con el aumento de la población de Roma y del comercio exterior, se creó posteriormente otra pretura, con lo cual quedaron dos: el pretor *urbano* para los litigios entre ciudadanos romanos, y el pretor *peregrino* para los litigios entre ciudadanos y extranjeros, o entre extranjeros.

Gradualmente los plebeyos fueron obteniendo participación activa en la vida política, alcanzando inclusive el consulado. Pero ello se logró tras superar largos períodos de virtual guerra civil, provocada por la resistencia de los patricios a ceder sus privilegios. Finalmente los plebeyos lograron consolidar

sus conquistas sociales y políticas. Pensaron que su propia seguridad exigía que se pusieran por escrito las leyes romanas. Hacia el año 450 a. C., apareció la primera codificación escrita de leyes romanas. Para elaborar este código se eligieron diez patricios, llamados *decenviros*, quienes ocuparon el poder en lugar de los cónsules hasta que el código fuera elaborado. Este se llamó la ley de las Doce Tablas, y durante siglos sirvió de fundamento al derecho romano. A partir del momento en que el consulado se hizo accesible a los plebeyos y la distinción entre patricios y plebeyos prácticamente desapareció, se tuvo siempre la sensación de que el Senado gobernaba en asocio con todo el pueblo romano. De ahí que las leyes y decretos fueran promulgados con la fórmula S.P.Q.R., iniciales de *Senatus Populusque Romanus*.

Después de la promulgación de las Doce Tablas se creó el cargo de *ensor*. Los censores eran también dos, elegidos para períodos de cinco años, y solo los cónsules tenían un rango superior. En un principio el cargo solo era ocupado por patricios, pero más adelante se permitió a los plebeyos acceder a él. A partir de 339 a. C. uno de los censores debía ser plebeyo. Originalmente las funciones del censor incluían la supervisión de los impuestos. Con objeto de contar a la gente y evaluar sus propiedades, se estableció un *census* cada cinco años. El censo era la base distributiva de los impuestos, y de acuerdo con ella se tenía acceso a los altos cargos del Estado. Luego al censor se le dio también la atribución de vigilar la conducta de los ciudadanos, pudiendo imponer penas de degradación política, de privación de los derechos ciudadanos, e inclusive de expulsión del Senado por faltas contra la moral pública.

E) *El Senado romano*.—Sin duda la institución política más importante e influyente de Roma, fue el Senado. Durante la República se constituyó en la última instancia frente a las continuas desavenencias y conflictos entre los magistrados y las asambleas. Estaba compuesto por 300 miembros, que se reunían en la Curia, frente al Foro, a requerimiento del cónsul de turno, quien presidía sus sesiones. Para ser senador se requería haber hecho el *cursus honorum*, es decir, haber ocupado sucesivamente los más altos cargos del Estado: cuestor, edil, pretor, censor o cónsul. La elección senatorial debía ser ratificada por el voto popular, mediante pública aclamación del nombre, y la dignidad era vitalicia, salvo en caso de expulsión decretada por los censores. Las decisiones del Senado eran tomadas por mayoría; en principio ellas no tenían fuerza de ley y tan solo se consideraban como consejos al magistrado. Pero este casi nunca se atrevía a presentar ante los comicios una propuesta que no hubiese recibido la aprobación del Senado. En la práctica su parecer era decisivo en todas las grandes cuestiones del Estado: guerra, paz, gobierno de las provincias y las colonias, asuntos religiosos, honores. Cuando se producía una grave crisis, el Senado podía recurrir a un decreto especial de emergencia: el *Senatus consultus ultimum*, válido para los asuntos de administración interna, gobierno provincial, política exterior y religión. En casos extremos de peligro, podía nombrar un *dictador pro tempore*, para períodos de seis meses



o un año, al cual se le otorgaban plenos poderes, excepto el de disponer de los fondos públicos. Casi siempre los dictadores fueron respetuosos de los límites que les imponía el Senado. A este correspondía, además, el nombramiento de gobernadores provinciales, procónsules y generales de los ejércitos, la vigilancia de las operaciones de guerra, el manejo de las relaciones exteriores, la administración de la hacienda y los asuntos religiosos. De hecho, el Senado tenía el control sobre las magistraturas y aun sobre las asambleas, mediante su *auctoritas*.

F) *Las etapas de la República y el Imperio.*—La era republicana, la más larga y fecunda en la historia de Roma, duró del año 509 a. C. al año 27 a. C., es decir casi medio milenio. Desde el punto de vista de su organización constitucional, esta puede dividirse en cuatro etapas: la de la formación y consolidación de la República, la de la transformación de la República, la de la revolución plebeya y la del advenimiento del imperio.

Durante el primer período (509-265) se produjo la organización política antes descrita, se expandió considerablemente el dominio romano sobre la península itálica y sobre otros territorios del centro y sur de Europa. El segundo período (265-133), se inició con la victoria de los romanos sobre Cartago en la primera guerra púnica, con lo cual se afianzó Roma como potencia marítima y militar del Mediterráneo y se implantó su gobierno en ultramar. En esta época se establecieron estrechas relaciones de amistad y alianza con los griegos, en contra de los bárbaros. Se caracterizó esta etapa por las sucesivas guerras de conquista de Roma y la expansión de su imperio al Mediterráneo y al Asia Menor. Durante esta etapa el régimen político imperante en Roma fue el de una democracia moderada, en la cual la clase patricia perdió sus privilegios de casta y no había ninguna clase reconocida constitucionalmente como superior; las funciones públicas eran, en principio, accesibles a todos los ciudadanos romanos. No obstante, el gobierno continuó generalmente en manos de una oligarquía, y el gran poder residía en el Senado. Al final de esta etapa se presentaron períodos de crisis económica y social que sacudieron los cimientos de la República, hasta desembocar en la etapa revolucionaria que se inició en el año 133 a. C. Esta tercera etapa (133-47) fue de grandes convulsiones políticas y sociales y de inestabilidad institucional, hasta desembocar en la dictadura de Mario y Sila, y en las reformas políticas de este. Durante la cuarta y última etapa de la República (42-27), la de más corta duración, se aceleró el proceso de transición hacia el régimen imperial. En esta etapa sobresalió la actuación política y militar de Julio César, cuyo asesinato en el año 44 a. C. y las guerras civiles que siguieron, precipitaron el fin de la era republicana.

El Imperio se instauró formalmente en el año 27, tras consolidarse en el poder Cayo Octavio, y recibir el nombre de *Augusto*, concentrando todos los poderes (*imperium*) en sus manos. La era del Imperio romano se extendió, al menos en lo que a Occidente corresponde, por espacio de otros cinco siglos. Esta era ha sido dividida por los historiadores en dos etapas: la del *Alto Im-*

perio, o principado, que va del 27 a. C. a 284, y la del *Bajo Imperio*, que se inicia en este año, con la reorganización del Imperio por el emperador Dioclesiano, y va hasta el año 476, con la culminación del proceso de caída de Roma en manos de los bárbaros, hecho que marcó el fin del Imperio Romano de Occidente.

## 2.4 El Estado medieval

La historia de la Edad Media se inició con la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando el último emperador, Rómulo Augústulo, fue depuesto por el jefe bárbaro Odoacro, quien asumió el título de rey, en 476. Este hecho fue la culminación de un largo período de decadencia, caracterizado por las continuas guerras civiles que provocaron la inestabilidad del gobierno, por el despoblamiento del territorio, por la indisciplina y debilidad del ejército, por la crisis económica causada por la decadencia del comercio y la industria, el abandono del campo y los excesivos impuestos, por la corrupción generalizada de las costumbres y, sobre todo, por las invasiones de los pueblos, llamados *bárbaros*.

**2.4.1 La situación del Imperio antes de la caída de Roma.**—En el siglo II el territorio de Europa estaba dividido en dos partes: a) El Imperio Romano (al sur de los ríos Rin y Danubio); y b) los pueblos *bárbaros* (al norte, hasta el Báltico). Estos pueblos, llamados así por griegos y romanos, estaban compuestos principalmente por los germanos, divididos a su turno, en varias tribus: *nórdicos*, *godos* (*ostrogodos* y *visigodos*), *burgundios*, *turingios*, *francos*, *vándalos*, *alamanes*, *lombardos*, *suevos*, *anglos*, *sajones*, *jutos*, etc. Hacia el este vivían otros pueblos como los eslavos, los hunos, los alanos, los turcos y los húngaros, de origen oriental.

Los pueblos bárbaros, de cultura inferior a la griega y la romana, aspiraban a traspasar las fronteras del imperio, trazadas por los emperadores Trajano y Adriano, en busca de tierras más fértiles, climas más benignos y mayor seguridad frente al peligro de las invasiones de los hunos.

**A) Organización político-social de los germanos.**—La vida y organización de los pueblos germanos fue descrita por Julio César en *La guerra de las Galias*, así como por otros cronistas como Tácito. Sus características principales eran las siguientes: a) Al comienzo eran pueblos seminómadas, que poseían tierras comunales dedicadas al pastoreo y la caza. Luego se hicieron sedentarios y se dedicaron a la agricultura en tierras vírgenes. b) Eran pueblos guerreros. Todos los hombres adultos se unían para la defensa común, bajo la comandancia de jefes a quienes los ataban fuertes lazos de fidelidad. c) La organización social y política tenía como base la familia; varias familias conformaban una tribu, y la reunión de tribus formaba una confederación militar o “pueblo”, que disponía de un distrito territorial independiente. d) La sociedad estaba estratificada: a la cabeza estaba la nobleza de clan y la militar, con privilegios especiales (disposición del botín de guerra, posesión de tierras, ganados

y esclavos); luego estaba la población libre, que era la mayoría, a la que se reconocía derechos individuales y políticos; luego estaban los prisioneros de guerra, que aunque reducidos a la servidumbre y no eran esclavos, debían pagar a sus amos tributos en especie o trabajo y tenían algunos derechos como el de poseer su propia vivienda. e) Los asuntos comunitarios, tales como la distribución de tierras y los juicios, se resolvían en asambleas integradas por nobles y hombres libres. Como la costumbre era ley, estas asambleas no tenían funciones legislativas. f) Los reyes de las tribus eran elegidos por la nobleza y disponían de poderes delegados por ella y no hereditarios. g) En lo religioso, aunque eran panteístas, adoraban a Odín, padre de los dioses, que residía en el *Walhalla*, donde recibía a los guerreros que morían heroicamente y eran atendidos por rubias *walkirias*.

La penetración de las tribus germanas en el imperio, que se fue produciendo a partir del siglo III, en sucesivas olas migratorias, trajo consigo un proceso de integración y fusión de culturas: a tiempo que los germanos se fueron “romanizando”, los romanos en buena medida se “germanizaron”. Este fenómeno produjo cambios significativos. En lo político aceleró el derrumbe del Imperio romano de Occidente y la formación de reinos autónomos, que darían origen a los modernos Estados europeos. En lo cultural, dio nacimiento a la moderna cultura occidental. En lo religioso, el cristianismo se constituyó en el principal factor de cohesión; sus principios apuntalaron el espíritu de la nueva cultura occidental.

B) *La división del Imperio*.—La división del imperio romano se inició con la reforma implantada por Dioclesiano (284-305) quien convirtió a Nicomedia (Asia Menor) en sede política suya, y a Milán en la de Maximiano, con lo cual Roma dejó de ser cabeza del Imperio. Esta fragmentación se ahondó aún más con el traslado del emperador Constantino a Bizancio, inaugurada como “Nueva Roma” en 330. Se rompió así con la tradición romana; el Imperio se tornó oriental y helenizó, y en Constantinopla (nombre dado a Bizancio, en honor a Constantino) surgió una nueva aristocracia senatorial y una casta burocratizada. Roma entre tanto quedó desprotegida. En 395, ante la necesidad de defender tan extenso territorio, el emperador Teodosio dividió el imperio en Imperio romano de Oriente, con capital Constantinopla, e Imperio romano de Occidente, con capital Milán (más tarde la capital se trasladó a Ravena). A raíz de estos cambios, surgieron graves disputas por la supremacía religiosa entre los obispos de Roma, Milán, Ravena y Constantinopla. En 488 Teodorico, rey astrogodo educado en Constantinopla, penetró en Italia. En pocos años reunificó a Italia, restauró a Roma, reorganizó el Senado y la hacienda pública, y en el año 500 publicó un nuevo código, calcado del romano (Código de Teodorico).

C) *Europa a finales del siglo V*.—A finales del siglo V el territorio europeo estaba políticamente dividido así: En Italia el *reino de los ostrogodos*; al suroeste de las Galias y en la península Ibérica, el *reino de los visigodos*

(llamado también “Reino de Tolosa”, por su capital); al norte de las Galias el *reino de los francos*; al sur de las Galias, el *reino de los burgundios*; sobre el territorio de la antigua Cartago y en las islas del Mediterráneo, el *reino de los vándalos*; en las islas británicas, los *reinos anglosajones* de Anglia, Kent, Mercia y Northumbria (anglos) y Essex, Sussex y Wessex (sajones); en Europa central, las tribus germanas de los sajones, alemanes, turingios y lombardos; al este las tribus eslavas; al oeste los pueblos bretones, cantabros y vascones; y, al suroeste, en Asia Menor y nordeste del África, el *imperio bizantino*.

**2.4.2 El Imperio bizantino.**—En el momento de la fragmentación, el Imperio Romano de Oriente era más rico, culto y poderoso que el de Occidente. Comprendía los territorios de Egipto, Siria, Turquía, Jordania, Grecia, Bulgaria y casi toda la costa del Mar Negro. Todo el Imperio comenzó a llamarse “bizantino”. Constantinopla se convirtió en el gran epicentro comercial y cultural, y principal centro de intercambio con oriente. El Imperio bizantino llegó a su máximo apogeo con el emperador JUSTINIANO (527-565), quien emprendió la reconquista de los territorios ocupados por los bárbaros al Imperio de occidente y se convirtió en dueño del Mediterráneo. Ordenó redactar el “Código del Imperio romano” (Código de JUSTINIANO), que se convirtió en ley básica para el Imperio. En lo político se implantaba un régimen autocrático y burocrático en cabeza del emperador, cuyo poder era ilimitado.

El imperio bizantino tuvo que afrontar entre los siglos VI y VIII interminables guerras contra invasores iraníes, árabes y eslavos; por otra parte, enfrentó graves conflictos con el Papa romano. Durante la dinastía macedónica (867-1057) el imperio vivió su período cumbre, tras de recuperar Siria, Palestina y someter a los búlgaros. El emperador, llamado *Basileos*, se convirtió en el monarca más poderoso de los siglos X y XI, y Constantinopla en la ciudad más rica y próspera del mundo. Posteriormente, el gobierno cayó en manos de príncipes decadentes y Bizancio degeneró en un caos interno de luchas feudales, en momentos en que el imperio era asediado por los turcos al este y los normandos al norte y el oeste.

**A) El cisma de Oriente (s. XI).**—Los conflictos religiosos iniciados en el siglo VIII entre Roma y Constantinopla se agudizaron en el siglo IX, cuando el emperador bizantino Miguel III “El Beodo” designó patriarca a Focio, antiguo capitán de la guardia imperial. El papa Nicolás II repudió esta designación, ante lo cual Focio buscó el apoyo de los obispos de Oriente y negó obediencia al papa. Focio fue excomulgado por el Cuarto Concilio de Constantinopla (869). La situación se agravó aún más en el siglo XI, cuando Miguel Cerulario, designado patriarca por el emperador, dio orden de cerrar en Constantinopla las iglesias y conventos del rito latino. El papa León IX se opuso y los dos prelatos se excomulgaron mutuamente, con lo cual se produjo la separación definitiva entre las iglesias católica romana y ortodoxa griega.

B) *Decadencia del Imperio bizantino*.—El siglo XII fue el último de prosperidad para Bizancio. La cuarta Cruzada, so pretexto de liberar Jerusalén de los turcos, desembarcó en Constantinopla y por iniciativa de Venecia y del Papa impuso a un noble flamenco en el trono de Bizancio. Durante este período, conocido como “Imperio latino de Bizancio” (1204-1261), el Imperio se convirtió en un mosaico feudal. A finales del siglo XIII los principados turcos del Asia Menor conformaron el Emirato de Osmán I (1299-1320), quien reunió la mayor parte de las posesiones turcas en un Estado que tomó el nombre de *Imperio otomano*, cuyo poder se extendió acaso a todos los dominios de Bizancio en el Asia Menor. Finalmente, el 29 de mayo de 1453 los turcos y otomanos tomaron a Constantinopla, y la capital del nuevo Estado turco tomó el nombre de Estambul.

C) *El derecho en Bizancio*.—En el plano cultural, particularmente en el campo del derecho, Bizancio alcanzó un nivel muy superior al de Europa occidental. El derecho romano estaba hasta entonces disperso en leyes, jurisprudencias y casos que hacían imposible la promulgación de normas generales. El Código de Teodosio fue apenas un intento por lograr la unificación del derecho. La contribución más importante en este campo fue la del emperador Justiniano, quien al ascender al trono conformó una comisión de sabios presidida por Triboniano, encargado de hacer una nueva recopilación. El conjunto de la monumental obra recibió el nombre de *Corpus Juris Civilis*, y sirvió de base al derecho occidental. Se dividió en cuatro partes: El *Codex Constitutionum*, que reunía 4500 leyes vigentes; *El Digesto* (o *Pandectas*, en griego) que presentaba ordenadamente todas las resoluciones de los jurisconsultos clásicos; las *Instituta* (o *Instituciones*), libro didáctico para los estudiantes de derecho; y *Las Novelas* (o leyes nuevas) que eran las promulgadas por el mismo JUSTINIANO. Las penas del Código de JUSTINIANO eran muy severas (muerte o confiscación a los herejes, hoguera a los brujos, ceguera a los usurpadores, decapitación, crucifixión, etc.); en cambio se establecían normas de procedimiento penal, como el derecho a la defensa y la fijación de términos entre la captura y el juicio.

\* \* \*

Al inicio de la Edad Media aparecen formaciones políticas rudimentarias, que lentamente fueron perfeccionándose y ampliándose hasta llegar a constituirse en Estados, en el verdadero sentido de la palabra, al final de este período. En este proceso de formación de los Estados influye poderosamente la antigua idea de la unidad del Estado. La imagen del Imperio romano con su organización firme, la centralización y la concentración del poder, determinó en parte, probablemente, el nacimiento y el desarrollo de los grandes imperios medievales<sup>18</sup> la mayoría de los cuales solo pudieron subsistir breve tiempo,

<sup>18</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 260.

para luego desaparecer por completo o dividirse. En cambio la influencia de los antiguos Estados orientales fue muy esporádica y aislada en la formación de los Estados medievales europeos, salvo, quizá, en España.

**2.4.3 Fundamentos y estructura del feudalismo.**—Una de las causas que contribuyeron a instaurar el sistema feudal, tal vez la más poderosa, fue la costumbre, practicada ya en tiempo de los romanos, de conceder tierras a cambio de servicios militares. Esas concesiones otorgadas después a los caudillos germanos, a cambio de tenerlos sujetos al servicio de los monarcas otorgantes, hicieron que aquellos dividieran las tierras recibidas entre sus oficiales, que podían conservar la propiedad de ellas mientras prestaran el servicio militar cuando fueran requeridos. También a los eclesiásticos se otorgaron *inmunidades*, que ellos dividían de manera parecida entre sus servidores. Al cabo del tiempo vino a resultar que la mayor parte de las tierras de un reino quedaron en manos de grandes terratenientes, los *señores feudales*. La interferencia del poder de estos entre el del monarca y sus súbditos, produjo el menoscabo generalizado de la autoridad real.

A) *El sistema feudal.*—En sentido político se da el nombre de *feudalismo* al sistema que rigió durante los siglos X y XI en los estados surgidos de la fragmentación del imperio carolingio: Alemania, Francia, el Reino de Arlés (Borgoña y Provenza), Italia y en los países influenciados por ellos como Inglaterra, parte de España y los Estados latinos de oriente. Era este, como se ha dicho, un sistema estamental, conformado por el clero (“los que rezan”), la nobleza militar (“los que luchan”), y el binomio campesinos libres y siervos de la gleba (“los que trabajan”). Los vasallos tenían como obligación fundamental la fidelidad a su superior jerárquico y la de cumplir con ciertas obligaciones como la de prestar el auxilio militar que exigiere el señor y aconsejarlo cuando fuere requerido. El señor, por su parte, tenía también obligación de fidelidad y de brindar protección y manutención a su vasallo. El feudo consistía normalmente en un terreno; pero podía consistir también en un castillo, o un cargo, o una función (conde, marqués, obispo, abate). El vasallo debía beneficiarse del feudo “sin alterar su sustancia, dismantelar o disminuir su valor”, y debía destinar parte del usufructo para prestar el auxilio económico que necesitara el señor.

El Estado medieval se fundaba, como anota SCHWARZENBERGER<sup>19</sup>, en un sistema de relaciones contractuales: el rey ofrecía tierras y protección a los señores feudales, estos respondían con lealtad y servicio al rey. La práctica de subfeudos significaba que el mismo proceso continuaba hacia abajo con señores y vasallos, vasallos y arrendatarios, arrendatarios y subarrendatarios. La base de la pirámide estaba formada por arrendatarios en servidumbre, cuyo arrendamiento no protegían los tribunales del rey, y por *siervos de la gleba*

<sup>19</sup> GEORG SCHWARZENBERGER, *La política del poder*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1960, pág. 46.

considerados como “ganado del señor, que podía dar y vender a su gusto”. El peligro inherente a este sistema de autoridad delegada, era el riesgo constante que corrían los escalones más altos, en el orden jerárquico, de perder el control real sobre poderosos vasallos, cuya posición en el nexo feudal era inferior. El debilitamiento del Estado y la inseguridad reinante, así como el predominio de la economía agraria y la falta de vías de comunicación, fueron factores que favorecieron este sistema, atisbos del cual, se encontraban ya, como hemos visto, en la sociedad galo-romana y en la Germania primitiva.

### *Esquema del feudalismo*



El sistema feudal nació formalmente en Francia cuando, en el año 877, el rey de Francia Carlos “El Calvo”, nieto de Carlomagno, dio la célebre capitular de Kiersy-del-Oise, que garantizaba los beneficios de las tierras a sus poseedores —los grandes señores— y, por herencia, a los hijos de estos, a fin de asegurarse su lealtad. Los señores juraban fidelidad al rey, y por este hecho se convertían en sus *vasallos*. Esta ceremonia se llamaba el *homenaje*. A su turno, los grandes señores recibían el juramento de sus inferiores, vasallos suyos. Y así ligados por el juramento unos con otros, cada uno tenía deberes que cumplir con sus superiores —señores— y para con sus inferiores —vasallos—. Solo el rey o el emperador no tenían señor. La base de la pirámide, como se ha dicho, la conformaban los *siervos de la gleba*.

Los siervos de la gleba eran, básicamente, los campesinos, cuya vida transcurría ligada a la tierra y a su laboreo, sumidos en la más completa ignorancia y sometidos totalmente a la voluntad del señor. No eran, sin embargo, esclavos propiamente dichos: tenían un nombre, una familia y no podían ser desposeídos de su parcela. En casos de peligro —por invasiones o guerras— eran llamados a la lucha en defensa del señor, el cual, a su vez, les brindaba protección en sus castillos. En la base de la pirámide estaban también los *villanos* o aldeanos, que vivían en los poblados pero trabajaban también en el campo, como aparceros, y pagaban la *talla*, o impuesto personal, y la *gabela*, o impuesto territorial. Por otro lado, también pertenecían al estrato bajo de la sociedad feudal los *burgueses*, habitantes de las ciudades. Durante largo tiempo esta clase estuvo conformada por los comerciantes, los artesanos y los obreros y albañiles, que poco a poco se fueron agrupando en corporaciones de oficios y adquirieron el derecho de gobernarse por sí mismos, a cambio del pago al señor de un impuesto anual fijo. Más adelante hicieron parte de esta clase también los profesionales —médicos y abogados, principalmente—, los banqueros, los notarios y los funcionarios públicos en general.

El sistema feudal se extendió por Europa en el siglo X. En el siglo XI ya no existían esas grandes formaciones políticas en las que el soberano, por mediación de fieles agentes locales, conseguía hacer reinar el orden y la paz sobre toda la extensión de un vasto territorio. El más moderno de esos imperios, el que los reyes de Dinamarca construyeron hacia el año 1000 en las orillas del Mar del Norte y del Báltico, se descompuso casi inmediatamente<sup>20</sup>. En la propia Germania, sólido bastión de las tradiciones políticas carolingias, donde la dignidad imperial se alió a la realeza, el poder monárquico, extenuado por la amplitud y complejidad de sus tareas, se disgregó rápidamente, como había ocurrido cien años antes en Francia con la desmembración del imperio de Carlomagno. El rey seguía conservando a los ojos de todos una preeminencia de carácter sobrenatural; a él no se le consideraba vasallo de nadie y seguía recibiendo el homenaje de los grandes señores de su reino. Pero en la práctica, al fraccionarse su soberanía, los reyes se encontraron en el mundo feudal de hecho despojados de su poder. El símbolo y la sede del poder será, en adelante, durante varios siglos, el castillo, la fortaleza del señor feudal<sup>21</sup>.

El siguiente párrafo de la *Historia de la civilización*<sup>22</sup> sintetiza el carácter general del sistema feudal que imperó en la Edad Media europea: "...El feudalismo, considerado en abstracto, era una institución impuesta por la misma fuerza de las circunstancias. Derrocada la armazón política del Imperio romano y caducadas en consecuencia muchas de las normas jurídicas que lo

<sup>20</sup> V. *infra*, pág. 184.

<sup>21</sup> *Historia general de las civilizaciones*, vol. III, pág. 260.

<sup>22</sup> R. VERA TORSELL, *Historia de la civilización*, t. I, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, S. A., pág. 570.



regían, los nuevos reyes que trataban de continuarlo, a falta de tradiciones de civilización y jurisprudencia solo contaban, para sostenerse y encumbrarse, con la fuerza militar, que no estaba sostenida como en Roma por ciudadanos que servían a su patria en virtud de obediencia a las leyes preestablecidas, o como mercenarios obedientes al Estado que les pagaba, sino por bandas o tribus, adictas a sus jefes, que eran soberanos sobre ellas, y que, en cierto modo, guerreaban en provecho propio, al considerar como objeto y principal botín de sus campañas la apropiación de las tierras que habían detentado en sus conquistas. El soberano (que en definitiva no pasaba de ser un señor de cierta categoría entre los demás señores y a quien le estaba reservada la soberanía, pero no la posesión del territorio de su monarquía o imperio) necesitaba apoyarse en sus auxiliares y, por tanto, doblarse al sistema impuesto por las circunstancias. Este régimen, que quedó definitivamente implantado en Occidente en el siglo X, delimita claramente las funciones sociales de los súbditos: los monjes rezaban, los siervos trabajaban, y los señores guerreaban. Estos últimos poseían tierras, por lo que al desaparecer la autoridad del Estado, asumieron la facultad de mandar a los demás. Los feudos degeneraron con el transcurso del tiempo en un conjunto de pequeños Estados, cotos cerrados de tiranuelos que imponían sus brutales caprichos a sus desdichados siervos, que no merecían del señor más consideración que la de un rebaño humano...”

B) *Los privilegios y el sistema económico.*—A partir del siglo VIII la tierra se convirtió en la única fuente de subsistencia y riqueza en la Europa occidental; la economía era básicamente agraria, y la población era en su mayoría rural. El latifundio señorial se implementó entonces como institución básica durante largos siglos, alcanzando su mayor auge en el siglo XII. El latifundio señorial o *señorío*, aunque disperso, tenía una organización muy fuerte que se caracterizaba por: a) la *unidad de producción* (esencialmente agraria); b) la *unidad judicial* (cada dominio tenía su “corte” presidida por el señor o el alcalde y compuesta por villanos); c) la *unidad religiosa* (la fe cristiana se extendía por todo el territorio y en cada castillo se construía una capilla o iglesia, a cargo de un párroco); d) la *unidad político-administrativa* (cuyo centro era la residencia del señor, fuera castillo, fortaleza, abadía, iglesia o catedral). Del centro dependían varias circunscripciones que abarcaban una o varias villas o aldeas, y que estaban sometidas a la jurisdicción de una corte.

Los señores ejercían, pues, dentro de sus feudos derechos propios, llamados *privilegios* (de *privi*: particulares; *leges*: leyes). Estos se dividían en: a) derechos de soberanía, que comprendían la *alta justicia* (facultad de condenar a muerte), la acuñación de moneda, la percepción de impuestos y el reclutamiento de tropas, entre otros; y b) derechos de señorío, conformados por la *baja justicia* (imponer penas de prisión, multas, etc.), el *censo* y la *talla* (impuestos cobrados a los campesinos), las *banalidades* (privilegio de poseer exclusivamente molinos, hornos o lagares para el procesamiento del trigo, la harina y las uvas), la *corvea* (obligación para los villanos de realizar trabajos

a beneficio del señor), el *derecho de caza* (privilegio exclusivo del señor de cazar ciertos animales), el *fuero* (facultad de ser juzgado el señor por tribunales especiales), la *primogenitura* (por la cual el hijo mayor heredaba todos los bienes, para no debilitar el señorío), etc.

El feudalismo implicaba, además de un esquema político y social, también un esquema económico: era una forma de relación económica eminentemente autárquica. La *autarquía* supone el autoabastecimiento de lo que da la tierra, limitándose los integrantes del feudo —el señor, su familia, sus vasallos, sus siervos— a una manutención dependiente de lo que ellos mismos cultivaban y de los ganados que criaban, con los consecuentes riesgos de penuria y de hambre. El instrumento básico de producción es la tierra, e indirectamente también los siervos arrendados a ella e incapaces de sobrevivir sin la relación socioeconómica y jurídica que los liga a ella. La autarquía supone además un intercambio como la *permuta*, o el trueque, sin afán de rentabilidad ni de productividad, sino de subsistencia o manutención, favorecidas solo en la medida en que hubiera superproducción, lo cual no era fácil de conseguir. Era, pues, un sistema económico incipiente y cerrado, en cuyo seno germinaría la semilla del futuro capitalismo.

Dentro de ese sistema económico, social y político, el factor religioso jugó un papel preponderante. El cristianismo, expandido por casi todo el territorio europeo, era el gran lazo de unidad entre pueblos dispersos cultural y políticamente. De ahí la gran importancia del papel de la Iglesia en la Edad Media.

C) *El papel de la Iglesia en la Edad Media.*—Además de las limitaciones originadas en los fundamentos mismos de su evolución política, el Estado medieval se encontraba limitado por otro factor desconocido en el Estado antiguo. Desde la caída del Imperio romano de Occidente, la unidad de la Iglesia católica contrastaba con la variedad de los nuevos Estados en formación. JELLINEK anota que “la relación entre Estado e Iglesia en el curso de los tiempos cualquiera que haya sido su forma, siempre ha tenido el carácter de una exigencia formulada por la Iglesia para que el Estado la obedezca”<sup>23</sup>. Siempre se ha considerado dotada del poder suficiente para subordinar al Estado a su autoridad.

Desde la época del papa Gregorio VII (1073-1085), el pontificado manifestó con insistencia su deseo de supremacía no solo sobre la Iglesia cristiana, sino también sobre los gobernantes laicos. Gregorio VII formuló una especie de programa de dominio “ecuménico” de los papas, según el cual los príncipes y los reyes eran meros vasallos del trono de San Pedro, y el papa dispondría de las coronas, designaría y sustituiría a los duques, reyes y emperadores, de la misma manera que lo hacía con los obispos. Todo poder sería válido en tanto procediera del jefe de la Iglesia, ya que Dios había dado a San Pedro, primer

<sup>23</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 263.

papa, poder para “atar y desatar” en la tierra. Gregorio VII concebía así una especie de monarquía teocrática, con el papa como soberano absoluto, que cubriría todos los reinos cristianos. Al rey de Inglaterra, Guillermo El Conquistador, le escribió: “Debes de obedecerme sin vacilar, para que puedas heredar el reino de los cielos”.

Si, como sucedió en las luchas contra el imperio en los siglos XI a XIII, la Iglesia afirmó su superioridad sobre el Estado, o si, contra su voluntad, fue obligada a someterse al Estado, como aconteció en el siglo XIV en Francia, a la postre, siempre y en toda circunstancia, ella representaba la existencia de un amplio dominio de la sociedad humana que escapaba a la soberanía y al influjo del Estado. Mientras una gran mayoría del pueblo permanecía ajena a la vida estatal, esa misma mayoría se sentía ligada a la vida religiosa. Por otra parte, la Iglesia ofrecía a los Estados de la Edad Media el ejemplo vivo y permanente de una asociación unitaria que no admitía dentro de sí división ni oposición alguna, mostrando con ello el valor de una organización autoritaria y monista. Por ello su influencia política fue también determinante. De ahí que un autor afirme que históricamente la Santa Sede puede gloriarse de haber intervenido en el nacimiento de casi todos los reinos cristianos de Europa<sup>24</sup>.

Durante la Edad Media, la cuestión del origen y de la repartición del poder supremo fue una de las más ardientemente debatidas. ¿El poder es uno o múltiple? ¿En el primer caso, a quién pertenece? ¿A la monarquía universal del papa o al emperador? ¿Está repartido entre los dos, siendo cada uno soberano en su esfera? En el segundo caso, ¿los reyes reciben su poder de Dios directamente, o a través del papa, o, como osan decirlo algunos escritores de la época, lo han recibido por *delegación* del pueblo, que es su único depositario<sup>25</sup>. Estas cuestiones agitaron el pensamiento de políticos y escritores durante todo el medioevo. En Florencia, *guelfos* y *gibelinos* lucharon por estos principios durante tres siglos. Mucho más tarde SAINT-SIMON (1760-1825) resumió la situación vivida durante la Edad Media, en los siguientes términos: “Antes de finalizar el siglo XV, todas las naciones de Europa formaban un solo cuerpo político, pacificado dentro de sus límites, armado contra los enemigos de su constitución y de su independencia. La religión romana, practicada de un extremo a otro de Europa, era el lazo pasivo de la sociedad europea; la clerecía romana era su vínculo activo. Esparcida por todas partes, y en todas no dependiendo más que de sí misma, compatriota de todos los pueblos y teniendo su propio gobierno y sus leyes, era el centro del que emanaba la voluntad que caracterizaba este gran cuerpo y el impulso que le movía a obrar”<sup>26</sup>.

De otro lado, la Iglesia trató de atenuar las rígidas costumbres feudales, a través de varios sistemas. La caballería, por ejemplo, fue convertida por in-

<sup>24</sup> BERNARD VOYENNE, *Historia de la idea europea*, Barcelona, Edit. Labor, S. A., 1968, pág. 50.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 51.

<sup>26</sup> Cit. por B. VOYENNE, *ibidem*, pág. 54.

fluencia de la Iglesia en una institución religiosa, a través de las diversas *órdenes* creadas con tal fin, sobre todo con ocasión de las Cruzadas. Además, para frenar las frecuentes guerras entre los señores feudales, la Iglesia creó la *Tregua de Dios*, que prohibía pelear “desde el día miércoles por la noche hasta el lunes por la mañana”, e instituyó la *Paz de Dios*, que buscaba humanizar la lucha con el compromiso de respetar las iglesias y lugares sagrados, a los sacerdotes, a los campesinos y comerciantes y a sus bienes privados, bajo pena de entredicho y excomunión.

Debe destacarse igualmente el importante papel que desempeñó la Iglesia durante la Edad Media en el campo cultural. En sociedades en las cuales el analfabetismo y la ignorancia eran predominantes, incluso entre las clases altas, más preocupadas por los asuntos militares y económicos que por el cultivo intelectual, la Iglesia, a través de los monasterios y conventos, fue el refugio del pensamiento y el medio para preservar la cultura occidental a las generaciones futuras. Puede afirmarse que, en buena medida, el acervo cultural de la Antigüedad nos llegó gracias a la silenciosa, constante y esmerada labor de aquellos monjes que en el retiro de los claustros medioevales tradujeron al latín y vertieron en pergaminos las obras de los clásicos griegos y romanos. Y fue la Iglesia la que mantuvo en sus manos, a lo largo de esos siglos, la tarea de la educación.

No obstante los anteriores rasgos comunes, el feudalismo tuvo notas características peculiares en los diversos países europeos que más tarde habrían de convertirse en Estados. En efecto, es a lo largo de estos siglos del medioevo que se fueron formando y consolidando, como una realidad social y política, las principales naciones europeas, antes de convertirse en los Estados que conocemos hoy. Por ello es importante examinar, a continuación, el proceso de formación de las que habrían de jugar un papel determinante como modeladoras del Estado moderno.

**2.4.4 Formación de Alemania.**—Cuando el Imperio Romano asumió el dominio del Viejo Mundo, entró en contacto con las tribus germánicas que habitaban, en abigarrada multitud, el amplio espacio comprendido al norte de Europa desde el río Rin y los Alpes, hasta los grandes ríos de Rusia y, hacia el norte, hasta Escandinavia. Fue Julio César quien, con las águilas de sus legiones, llevó a través de Germania la idea del imperio universal. Fue él quien encaminó a los vencidos germanos por la senda que, siglos después, les llevaría a asumir, ellos mismos, el mando del Reich y a buscar su realización como nación. Pero fue la cristianización de las tribus germánicas lo que marcaría definitivamente su incorporación a la historia como un pueblo. El comienzo de esta historia propiamente dicha se ubica en la época comprendida entre Carlomagno y Otón el Grande (s. IX, X), pues solo por la coronación del emperador en el año 800 y por la institución del Reich en 962, las tribus que se convirtieron en el pueblo alemán, llegaron a ser portadoras de la comunidad occidental cristiana.

Pero ya desde la caída del Imperio romano los germanos habían expresado su intención de mantener la unidad política lograda por Roma. Odoacro conservó las costumbres y el derecho romanos y ejerció su dominio en nombre del emperador del Bajo Imperio. Su sucesor, Teodorico el Grande, rey de los godos, impuso su gobierno sobre una considerable extensión que abarcaba Italia, la Provenza, la actual Yugoslavia, Hungría y los Alpes austríacos. Teodorico tenía además relaciones de parentesco con el naciente reino franco de Clodoveo. Los dominios de Clodoveo llegaron a abarcar, por su parte, Francia, Suiza, Bélgica, parte de Holanda y casi toda la Alemania del sur. Un ordenamiento jurídico resultante de una amalgama de costumbres germánicas e influencias romanas, contribuyó a consolidar el gran reino. De la *Lex salica* del año 510, la más antigua ley popular germánica, según la cual las mujeres no podían adquirir tierras, surgió la ley estatal alemana que fijaba la sucesión al trono para la rama masculina. Asimismo se encuentran en el ordenamiento franco, los rudimentos del feudalismo que relacionaba a los señores con sus vasallos por el deber de lealtad mutua y, materialmente, por la copropiedad escalonada en las tierras del feudo.

El proceso de centralización del poder político en Europa, y particularmente en los reinos germánicos, alcanzó su apogeo con el imperio carolingio. Pero este no sobrevivió a su fundador. Como consecuencia del debilitamiento del poderío central producido tras la muerte de Carlomagno, habían surgido en Alemania nuevos ducados tribales como en Baviera, Suabia, Sajonia y Franconia. La división tribal dio lugar a la formación de numerosas comunidades orgullosas de su independencia y se opuso al desarrollo de un fuerte poderío imperial. Pocas veces en la historia alemana las tribus, y más tarde los príncipes locales, se subordinaron de buena gana al rey elegido, sin tratar de restringir su poder para aumentar el propio. Tan solo las amenazas exteriores producían transitoriamente la unidad interna, como sucedió en el siglo X con la invasión de los magiares, cuando con Enrique I se inició el dominio de la casa de Sajonia, bajo el cual se conformó el Sacro Imperio Romano-Germánico. La obra de integración territorial adelantada por Enrique fue continuada por su hijo Otón quien accedió al trono en 936, e impuso vigorosamente el poderío real contra los duques sublevados. Otón extendió considerablemente los dominios reales, sometiendo a ellos parte de Francia y de Italia, así como a los magiares. Asimismo se convirtió en protector del papado hasta recibir en 962 la corona imperial en la Basílica de San Pedro de Roma.

Aunque el Sacro Imperio —Reich— era universal, fueron ante todo reyes alemanes los investidos de la soberanía. Sus sucesores mantuvieron la política de centralización y universalidad, hasta cuando el emperador Enrique II (1002-1024) se vio forzado a firmar con los poderosos señores sajones un tratado que reconocía formalmente sus leyes y costumbres, imponiendo así, por primera vez, compromisos constitucionales a la monarquía alemana. Este tratado, más tarde llamado “capitulación”, se renovó en cada elección de un rey

alemán. Su sucesor, Conrado II (1024-1032) promulgó una ley feudal que hacía hereditarios los pequeños feudos leales al rey, en contraposición a la alta aristocracia que aspiraba a la independencia. Años más tarde, durante el reinado de Enrique IV (1056-1106) se enfrentaron en abierta lucha los poderes temporal y espiritual, lo cual debilitó la posición del emperador como rey de Alemania. Los príncipes alemanes tomaron partido del lado del papa Gregorio VII y Enrique fue obligado a humillarse ante él (1077). La “Querrela de las Investiduras”, o sea la cuestión de si el emperador o el papa debían investir a los obispos y a otros príncipes eclesiásticos, la cual habría de sacudir al Occidente cristiano hasta sus cimientos durante largos años, tan solo fue resuelta en el Concilio de Worms (1122), al establecerse que el papa conferiría a los obispos el poder espiritual; en tanto que el emperador les otorgaría el temporal inherente al cargo.

Con el reinado de Federico I “Barbarroja” (1152-1190) se inició la época de mayor apogeo del Sacro Imperio Romano-Germánico, nombre que se remonta a esta época. Gracias a la política seguida por Barbarroja y sus sucesores, principalmente Enrique VI y Federico II el poderío real alemán y el del imperio universal alcanzaron su máxima extensión. Pero luego la idea del imperio se derrumbó, y comenzó el periodo llamado del “interregno”, en el que ninguno de los soberanos elegidos pudo imponer su autoridad, lo que condujo a la separación de Italia, y a la aparición en Alemania de numerosos principados que convirtieron el imperio en una institución más nominal que efectiva. En Italia se ahondó la división entre *güelfos*, partidarios del poder territorial y sostenedores de la política papista, antiimperial, y *gibelinos*, partidarios del poder universal al servicio de la idea cristiana, que no derivaba el poder del papa sino de Dios mismo. DANTE ALIGHIERI, firme sostenedor del partido gibelino, publicó por esta época su obra *De Monarchia*, en la que expuso su idea sobre la necesidad de una judicatura suprema, independiente de las pasiones humanas; en ella sostiene que un gobierno será legítimo cuando sirve a la libertad, a la justicia y a la paz.

Durante el siglo XIII, con la conquista de Prusia por los “caballeros teutónicos”, se produjo una vasta colonización agrícola y el incremento de esta producción condujo al desarrollo de la economía comercial. Como resultado de ello las ciudades experimentan un florecimiento notable; impulsadas por este hecho, Hamburgo, Bremen, Lubeck y Colonia se asociaron y constituyeron la “Liga Hanseática”. La prosperidad de las ciudades fortaleció el poder de los príncipes y magnates, propiciando la formación de futuras dinastías, como la de los Habsburgo y la de los Luxemburgo.

En el período restante, hasta finales del siglo XV, la autoridad de los emperadores siguió siendo meramente teórica, en tanto que se acrecentó el poderío e influencia de los príncipes y las ciudades, hasta que la idea del imperio universal se esfumó totalmente.

**2.4.5 Formación del Reino de Inglaterra.**—A comienzos del siglo V las legiones romanas abandonaron las islas británicas, tras cuatro siglos y medio

de dominio, iniciado por la invasión de los ejércitos de Julio César. Britania quedó entonces abandonada a su propia suerte y fue objeto de sucesivas y devastadoras invasiones de origen celta, primero, y germánico, después. Entre estas figuraban los *jutos*, los *anglos* y los *sajones*. Estos dos últimos, estrechamente ligados en lengua y costumbres, fundaron una serie de reinos al norte del río Támesis; los cuatro reinos anglos eran los mayores e impusieron el nombre al país: *Angle-land*, tierra de los anglos. Pero parte de la isla, hacia el norte, siguió siendo dominada por los celtas, los escotos y otros pueblos nativos. De todas las antiguas provincias romanas, solo Britania fue completamente germanizada y descristianizada. Una nueva lengua —el anglosajón— acabó por imponerse. Empero, a partir de mediados del siglo VII, gracias a una intensa labor misionera, el cristianismo volvió a implantarse en Inglaterra, al menos en el sur, pues el norte siguió siendo pagano por algún tiempo.

A) *Labor unificadora de los sajones.*—Durante los siglos VIII y IX se produjeron las invasiones vikingas, que inundaron de sangre y terror a las islas. Toda Inglaterra cayó bajo el dominio de los daneses, con excepción del reino de Wessex firmemente defendido por el rey sajón Alfredo el Grande, en 878. Posteriormente los daneses y los sajones fueron fundiéndose hasta formar un reino común. Siguiendo la tradición germánica, los reyes eran elegidos entre los miembros de la familia real. Pero Alfredo fue sucedido por su hijo Eduardo “El Viejo”, y luego por su nieto Athelstan, quienes continuaron la obra unificadora de aquel, de tal forma que durante los sesenta y ocho años de duración de estos tres poderosos reyes sajones, la situación interna de Inglaterra se afianzó y el gobierno asumió una forma razonablemente eficiente. El reino fue dividido en distritos administrativos llamados *shires* (o condados). A la cabeza de cada *shire* estaba un *earl*, generalmente un anciano, cuyas funciones eran principalmente judiciales. La autoridad política en cada *shire* era ejercida por un representante del rey, encargado de vigilar la recaudación de impuestos y la ejecución de las órdenes del rey. Tal funcionario fue llamado *sheriff*, título equivalente al francés *conde*. Se volvió costumbre que el rey consultase sus decisiones a un *consejo* compuesto por algunos *sheriffs* y por obispos y terratenientes de cada *shire*, escogidos por él. Este consejo ayudaba a elegir al nuevo rey, asesoraba en la elaboración de las leyes, establecía impuestos, efectuaba negociaciones con pueblos extranjeros, atendía a la defensa nacional, juzgaba a los nobles traidores, etc. Para un rey fuerte, el consejo era un gran auxiliar; pero los reyes débiles se dejaban dominar por él y el consejo se convertía entonces, en fuente de inestabilidad.

B) *El debilitamiento de la realeza facilita la invasión normanda.*—Tras la muerte de Athelstan y a causa de divisiones internas y de nuevas invasiones vikingas, el poder de los reyes se debilitó. El gobierno fue descentralizado y se dio a los nobles locales la facultad de recaudar los impuestos, con lo cual su poder se acrecentó y se implantó así el sistema feudal. Los labradores, empobrecidos por las incursiones vikingas y el pago de tributos, se convirtieron

en siervos de los terratenientes. Entre tanto, al otro lado del Canal de la Mancha, los vikingos se habían establecido en Normandía donde fundaron, con Rollón "El Caminante", una dinastía de guerreros y de reyes, convirtiendo a Normandía en el más poderoso ducado de Francia. Los normandos se interesaron cada vez más en Inglaterra y aprovecharon las constantes pugnas entre daneses y sajones, así como la debilidad en que los nobles habían colocado a la realeza, para intervenir. En efecto, el rey Ethelred fue obligado a suscribir un acuerdo escrito mediante el cual otorgaba mayores derechos y privilegios a la nobleza y a perdonar pasadas traiciones de los señores. Fue el primer documento de este género de que se tenga noticia.

Más tarde, en 1018, los sajones aceptaron como rey a Canuto de Dinamarca, quien al apoderarse también de Noruega, fundó un Imperio Danés que incluía Inglaterra, Dinamarca, Noruega, Escocia e incluso Islandia y Groenlandia, unión política nunca antes vista. Pero este Imperio fue de corta duración: terminó en 1035 a la muerte de Canuto. En Inglaterra se desató una lucha interna por la sucesión, que fue finalmente resuelta en 1041 con la elección de Eduardo III "El Confesor", descendiente de Alfredo el Grande y último rey sajón. Eduardo, que había sido formado en Normandía, introdujo en Inglaterra costumbres normandas y llevó nobles normandos que adquirieron gran influencia, lo cual le acarreo la enemistad de los nobles sajones. Sin embargo, sus veinticuatro años de reinado fueron de paz y de prosperidad material; Londres se convirtió en importante centro comercial y se afirmó como capital del reino. A su muerte, en enero de 1066, se desató una pugna por la sucesión. Entonces el duque de Normandía, Guillermo, se decidió a invadir la isla, con el apoyo de sus súbditos y del Papa. En Normandía Guillermo había logrado organizar un ducado fuertemente centralizado, hasta convertirse en el gobernante más rico y poderoso de Occidente, sometiendo implacablemente a los nobles y obligándolos a jurar fidelidad directamente a él, con desprecio de las reglas ordinarias del feudalismo.

C) *Guillermo "El Conquistador" sienta las bases de un gobierno fuerte.*—En septiembre de 1066, Guillermo (1027-1087) desembarcó en la costa de Inglaterra, el 13 de octubre derrotó a los sajones en la batalla de Hastings y el día de Navidad fue coronado en Londres como Guillermo I rey de Inglaterra, fundando así un linaje que dura hasta nuestros días. En una primera etapa, Guillermo, llamado "El Conquistador", se ocupó de afianzar el dominio militar normando. Cuando juzgó que el país estaba tranquilo, se dedicó a la administración interna con la intención de ejercer un firme control sobre todo. A tal fin ordenó hacer un completo inventario de la propiedad territorial del reino, una especie de censo reunido en el *Domesday Book*. Luego se ocupó de asegurarse la fidelidad de los señores, aplicando el sistema que había establecido en Normandía. Reunió a los terratenientes en una asamblea en Salisbury, en 1086, y allí hizo prestar a todos, grandes y pequeños, juramento de fidelidad personal a él. Con estos hechos, Guillermo creó la estructura de un reino



centralizado y ordenado, diferente de los que existían y siguieron existiendo en la Europa continental, en permanente peligro de disgregación por las pugnas entre las facciones rivales de la aristocracia feudal.

Los sucesores de Guillermo "El Conquistador" mantuvieron esta misma política. Así su hijo, Enrique I gobernó a los barones con mano de hierro, aunque les otorgó concesiones, reconociendo que el rey tenía que obedecer a ciertas reglas y que su poder no era ilimitado. Asimismo otorgó cartas a Londres y otras ciudades importantes, garantizándoles ciertos derechos y permitiéndoles negociar colectivamente en caso de disputas. Las ciudades así liberadas de la interferencia de los barones y con capacidad de negociación, florecieron y se desarrollaron comercialmente. Mejoró también la organización de las finanzas, estableciendo la reunión, dos veces al año, de un grupo de funcionarios reales para recibir las rentas y revisar cuidadosamente los libros de los *sheriffs* recaudadores de impuestos. Tras la muerte de Enrique I, Inglaterra volvió a vivir un período de inestabilidad y anarquía, a causa de las luchas por la sucesión, la debilidad de algunos reyes, y las amenazas externas, circunstancia aprovechada por los señores para recuperar su antiguo poder. Pero en 1154 Enrique Plantagenet se convirtió en el rey Enrique II, y su primera preocupación fue la de someter nuevamente a los barones, tarea que acometió implacablemente con la ayuda de un ejército permanente y leal al rey. En pocos años consiguió elevar la corona inglesa a un poder mayor que el que había tenido antes. Se produjo, además, un notable florecimiento cultural; el inglés se impuso como lengua común, se publicaron obras de literatura, historia y ciencias naturales, se fundó la Universidad de Oxford (entre 1135 y 1170). En el campo externo Enrique II gobernó sobre casi la mitad del territorio francés, al unirse en matrimonio con Leonor de Aquitania, divorciada del rey Luis VII de Francia, con lo cual se formó el "Imperio Angevino"<sup>27</sup>.

De otra parte, Enrique II reformó el sistema legal, estableciendo tribunales reales que contrarrestaran a los tribunales locales dependientes de los señores, los cuales se regían por reglas dispersas y contradictorias; por el contrario, los tribunales reales ofrecían unas reglas uniformes y una justicia más expedita. Se designaron jueces ambulantes que podían controlar las acciones de los *sheriffs* y fallar de acuerdo con un "derecho común" (*common law*). La población prefería entonces acudir ante la justicia del rey, lo cual tuvo una enorme influencia en la centralización del reino y en impedir que la disgregación feudal tuviera en Inglaterra el papel destructor que tenía en el continente. El aspecto negativo del reinado de Enrique II fue su enfrentamiento con la Iglesia que culminó con el asesinato de su antiguo hombre de confianza el arzobispo Thomas Becket en 1170, hecho que obligó al rey a doblegarse ante el papa y a reconocer el "fuero eclesiástico".

<sup>27</sup> V. *infra*, pág. 192.

A su muerte, en 1189, Enrique II fue sucedido por su hijo Ricardo "Corazón de León", quien pasó la mayor parte de su reinado combatiendo fuera de Inglaterra, principalmente en Francia, como un caballero andante. Este, a su turno, fue sucedido en 1199 por su hermano menor, Juan, apodado "Sin Tierra". En sus primeros años de reinado se enfrentó al rey Felipe II de Francia y perdió todos los dominios franceses, incluida la Normandía, con lo cual finalizó el Imperio Angevino. Además, se enfrentó al papa Inocencio III, siendo excomulgado en 1209, tras lo cual se vio obligado a gobernar como vasallo pontificio. Trató nuevamente de recuperar Normandía y fue definitivamente derrotado por el rey Felipe en la célebre batalla de Bouvines en 1214. Su impopularidad aumentó internamente no solo frente a los barones, sino frente al pueblo raso, por su política fiscal.

D) *La Carta Magna*.—Los barones aprovecharon la debilidad real para preparar un documento, *La Carta Magna*, en el cual hacían constar sus derechos específicos frente a la corona. La Iglesia introdujo en ese documento todo género de cláusulas concernientes a la libertad de la Iglesia y a las reformas en la justicia y el derecho, que no solo afectaban a los barones, sino también a los caballeros, los habitantes urbanos, los comerciantes, etc. En la primera cláusula se declaraba: "La Iglesia de Inglaterra será libre, y todos sus derechos y libertades serán inviolables". Otra cláusula dice: "La ciudad de Londres tendrá todas sus antiguas libertades y costumbres libres". Otra establecía que "ningún sheriff... tomará como transporte los caballos o los carros de ningún hombre libre, como no sea por la buena voluntad de dicho hombre libre...". Por "hombre libre" los barones entendían las clases acomodadas, pero con el tiempo llegó a significar "todos los ingleses". Como medida de seguridad, los barones incluyeron una cláusula por la cual elegirían a veinticinco de entre ellos para que formasen un organismo ante el cual se pudiesen presentar quejas sobre violaciones del documento, al cual se llamó *Magna Charta Libertatum*. El rey se resistió a firmar esta Carta que limitaba sus poderes sobre las diferentes clases sociales; ante esta actitud los señores lo amenazaron con la guerra. Por fin, el 15 de junio de 1215 el rey Juan Sin Tierra firmó la Carta Magna, en las orillas del Támesis, cerca de Londres.

Sin duda la Carta Magna no siempre gobernó las acciones de los reyes ingleses y hubo muchos períodos de la historia en los que fue abiertamente desconocida. Pero siempre quedó ante el pueblo inglés como testimonio de que los poderes del rey eran limitados y de que los súbditos tenían derechos que no podían ser violados por el rey. En síntesis, el principio que se implantó en Inglaterra y que no se desarrolló en otros países europeos de la época fue el de que "la ley "era superior al rey".

Ello no significó que con posterioridad a 1215 en la historia de Inglaterra, estuviesen ausentes el despotismo, la violencia y las revoluciones. Subsistió siempre, sí, aun en medio de los períodos de opresión, la idea de que la relación entre el monarca y sus súbditos estaba gobernada por un *contrato* que,

como cualquier otro contrato, podía ser reformado por la ley y sin violencia. Por ello seguramente la historia inglesa fue en general más tranquila que la de otras naciones europeas y desembocó, a partir del siglo XVII en un sistema de gobierno democrático, el primero implantado en Occidente.

**2.4.6 Situación peculiar de España durante el medioevo.**—La península ibérica, fragmentada en distintos poderes políticos y carente de unidad religiosa, constituía en el fondo un mundo aparte, aunque no deje de estar influido por la esfera cultural carolingia. Sin embargo, la presencia de la cultura oriental, particularmente de la árabe, fue en ella mucho más viva durante la Edad Media, sobre todo a partir de la constitución del califato de Córdoba (929).

**A) La España musulmana.**—La invasión musulmana a España comenzó en el año 711 cuando las tropas de Tarik derrotaron al rey don Rodrigo en la batalla de Guadalete. Los árabes lograron ocupar rápidamente la península y avanzar por el centro de Francia hasta Poitiers, donde fueron detenidos por Carlos Martel, en el año 732. El inmenso imperio árabe se dividió luego en tres partes: el califato de Bagdad en Asia, el de El Cairo en África y el de Córdoba en España, erigido formalmente en el año 929.

Los conquistadores árabes en general trataron bien a los pobladores de la península —visigodos e hispano-romanos—, les dejaron su administración y toleraron el culto católico, con ciertas restricciones. Establecieron un impuesto a cada persona, según su posición social y otro sobre el producto de la tierra. Dieron impulso a la agricultura, introduciendo en Europa multitud de plantas útiles como el arroz, la caña de azúcar, la alcachofa, la morera y el cáñamo. Establecieron también nuevas industrias entre las que se destacaron la de telas de lana, hilo y seda, la fabricación de tapices y alfombras, el trabajo de los metales (aceros de Toledo, lámparas, bandejas, etc.), la cerámica y la alfarería, la ebanistería y la fabricación de papel. Hicieron de Sevilla, Valencia y Alicante importantes puertos comerciales. En la arquitectura se distinguieron por su estilo original reflejado en las mezquitas y alcázares construidos en diferentes ciudades como Córdoba, Sevilla, Granada y Toledo. El aporte de los árabes a la España moderna y, a través de ella, a Europa, podría sintetizarse señalando que fueron ellos los intermediarios entre la cultura oriental y la occidental, contribuyeron al refinamiento de las costumbres introduciendo lujos y comodidades hasta entonces desconocidos en Occidente y enriquecieron el idioma. Por reacción, provocaron la larga guerra de reconquista que contribuyó grandemente a la formación del carácter español.

**B) La lucha por la reconquista.**—La reconquista de España fue iniciada poco después de la invasión árabe, por el conde Pelayo que obtuvo la primera gran victoria contra los árabes en la batalla de Covadonga (718), logrando la liberación de Asturias. A principios del siglo X se constituyó el reino de León, del cual se desprendió Castilla, erigida luego en reino independiente, que se volvió a unir con León en 1037 bajo la corona de Fernando I.

De otra parte los territorios conquistados por Carlomagno sobre la vertiente española de los Pirineos se dividieron en dos Estados: al norte, el reino de Navarra, del que se desprendió un siglo después el de Aragón; al sur, el condado de Barcelona o Cataluña. Finalmente en 1139 las comarcas del Atlántico se separaron de Castilla formando el reino de Portugal, cuyo primer soberano fue Alfonso Enríquez, de la casa de Borgoña.

La lucha contra los musulmanes se prolongó por ocho siglos con algunos intervalos de paz. Esta larga duración se debió principalmente a que los reinos cristianos se enfrentaron a menudo entre sí o fueron sacudidos por contiendas civiles que los debilitaron internamente, a tiempo que se produjeron otras dos invasiones árabes, en los siglos XI y XII, que reforzaron el poder islámico. En la guerra contra los árabes se destacaron Fernando I de Castilla y León y su hijo Alfonso VI, que tomó Toledo en 1085, y en cuya época actuó el legendario Rodrigo Díaz de Vivar, llamado el Cid Campeador. El rey Alfonso VIII obtuvo una decisiva victoria en la batalla de las Navas de Tolosa (1212), a partir de la cual los musulmanes no cesaron de perder terreno. Fernando III, llamado el Santo, tomó Córdoba en 1236 y Sevilla en 1248. Su hijo ALFONSO EL SABIO (1252-1284) siguió la lucha apoderándose de Cádiz. Fue este un soberano de vasta cultura; con la colaboración de sabios jurisconsultos, redactó las *Siete Partidas*, la obra jurídica y literaria más notable de su época. Fue llamada así por estar dividida en siete partes que abarcan el derecho político, religioso, civil y penal y la administración de justicia, y contiene además profundas consideraciones morales. Compuso además una obra científica llamada *Las Tablas Alfonsinas*, la *Crónica general de España*, y las *Cantigas*, colección de poemas en lengua gallega.

Los portugueses, por su parte, siguieron su avance hacia el sur, hasta apoderarse de Lisboa en 1147, al mando de Alfonso Enríquez. El reino de Aragón continuó su ensanche; a fines del siglo XII se le incorporó Cataluña; en 1229 Jaime el Conquistador se apoderó de las islas Baleares y en 1238 entró en Valencia. A comienzos del siglo XIV la Península Ibérica comprendía los reinos cristianos de Portugal, Castilla (con León), Navarra y Aragón. Los árabes solo conservaban la parte sur, con el reino de Granada. Los reyes de Aragón extendieron su dominio al sur de Italia, tomando la isla de Sicilia en 1282, a partir de lo cual intervinieron activamente en la política del Mediterráneo. A mediados del siglo XV Alfonso V se apoderó del reino de Nápoles. Los reyes aragoneses, al igual que los castellanos, tuvieron que disputar su poder con la nobleza feudal y con el clero. El reino de Navarra osciló mucho tiempo entre la influencia francesa y la aragonesa y fue también escenario de luchas intestinas, hasta que en 1512 el rey Fernando el Católico lo incorporó definitivamente a Castilla. Tanto en Navarra como en Aragón se destacó la institución de los *fueros*.

C) *Los fueros y otras instituciones de gobierno*.—Se llamó *fuero* a un pacto solemne celebrado entre el rey y una ciudad, comarca o país, en virtud

del cual se determinaban los derechos y obligaciones de los habitantes con respecto a su señor o soberano; tenían los fueros el valor de una Constitución, y se garantizaba en ellos la libertad, la seguridad, la propiedad y el régimen de justicia, contra los posibles abusos de poder. Gracias a los fueros se acordaron amplias libertades a los nobles y burgueses, en tanto que el campesinado siguió constreñido a su situación de servidumbre. Pero sin duda esta institución contribuyó a fortalecer el concepto de *municipio* o de *municipalidad*, es decir, el poder de los burgos o ciudades, con un alto grado de autonomía.

Al separarse de Navarra, el reino de Aragón consagró fueros semejantes a los allí existentes, y los impuso a sus reyes. En 1071 comenzaron a reunirse las *Cortes*, asambleas de nobles y eclesiásticos, a las que se agregaron dos siglos más tarde representantes del estado *llano*. Ante las Cortes juraban los reyes respetar los fueros, como requisito previo a su reconocimiento como soberanos.

En 1283 se dispuso que las Cortes serían convocadas por el monarca cada dos años, por lo menos, y se les asignó la función de dictar las leyes y establecer nuevos impuestos; además se creó una comisión permanente de sus miembros llamada la *Diputación*, para velar en los intervalos por el cumplimiento de los fueros. Otro magistrado especial fue *el Justicia*, juez supremo y vitalicio cuyos fallos debían ser acatados por el rey y solo podían ser revisados por las Cortes. El Justicia daba protección a toda persona injustamente perseguida, a fin de garantizarle un proceso legal.

La institución de las Cortes se extendió a Castilla y León a mediados del siglo XI, y comprendía cuatro órdenes *obrazos*: el clero, los grandes del reino, los hidalgos y los procuradores, representantes de la ciudad. Eran convocadas por el rey y se reunían en diversas ciudades; tenían el derecho de presentarle peticiones, observaciones y quejas; votaban los impuestos y subsidios destinados a los gastos de la corona, recibían el juramento del rey de mantener los fueros del país y eran consultadas por él.

D) *Labor unificadora de los reyes católicos*.—En 1469 contrajeron matrimonio Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, y desde entonces gobernaron sus Estados en pie de igualdad, asesorándose mutuamente; su preocupación principal fue culminar la guerra de reconquista, restablecer la paz general y consolidar la autoridad monárquica. Para tales fines adoptaron importantes decisiones: conformaron un Consejo Real, junta de notables con facultades legislativas, nombrada por los reyes, que reemplazó en gran medida a las Cortes; crearon los cargos de *corregidores*, funcionarios reales incorporados al ayuntamiento de cada ciudad, al cual acabaron por absorber; organizaron la *Santa Hermandad*, especie de policía militarizada encargada de la seguridad en los caminos y el castigo de los abusos de los señores; adquirieron el derecho de nombrar obispos, con lo cual el clero perdió su independencia; se apropiaron de las órdenes militares al designar al rey como su gran maestre y establecieron la Inquisición, reorganizada en 1481 con el nombre de *Tribunal del Santo*

*Oficio*, formado por magistrados nombrados por la corona y encargados de perseguir a los herejes, árabes y judíos. De esta manera los reyes católicos se aseguraron el poder político sobre las ciudades, la nobleza y el clero, el predominio militar a través de la Santa Hermandad y las órdenes militares, la independencia económica, por el producto de las confiscaciones, sobre todo de los bienes de los judíos, y la unidad religiosa y racial, mediante la persecución contra los infieles y la expulsión de los judíos en 1492.

Los árabes solo conservaban el reino de Granada, pero en su interior se presentaron hondas divisiones entre cuerpos militares que se disputaron con violencia el gobierno, circunstancia que fue hábilmente aprovechada por los reyes católicos. Los ejércitos cristianos tomaron los puertos de Málaga, Almería y Cádiz, y en 1491 sitiaron a Granada. Después de nueve meses de lucha, Granada fue reconquistada por los reyes católicos el 2 de enero de 1492, con lo cual finalizó la dominación árabe en España y esta quedó unificada con sus actuales límites. El poderío español que los reyes católicos legarían a sus sucesores, se acrecentó considerablemente y de manera rápida, como consecuencia del descubrimiento de América, el 12 de octubre del mismo año, empresa a la cual contribuyó decisivamente la reina Isabel de Castilla, al financiar y respaldar la expedición marítima del navegante genovés Cristóbal Colón.

**2.4.7 Formación de Francia.**—El proceso de feudalización de Francia se acentuó rápidamente con la desmembración del imperio carolingio, tras la muerte de Carlomagno en 814. A Carlomagno le sucedió en el trono su hijo Luis “El Piadoso” —llamado también “Ludovico Pío”—, gobernante débil, a cuya muerte sus tres hijos se repartieron el extenso territorio del antiguo imperio franco, mediante el Tratado de Verdún de 843. Y así, a Luis “El Germánico” le correspondió Alemania; a Lotario lo que son hoy gran parte de Italia, la Francia del este, la región de Renania y Bélgica; y a Carlos “El Calvo”, la mayor parte de Francia. La autoridad de los sucesores del emperador se vio diezmada por el poderío de los grandes señores sobre condados y ducados, aunque estos siguieran reconociéndose como “vasallos” del rey.

**A) Los Capeto y la centralización del poder.**—Al morir sin herederos, en 987, el último de los descendientes de Carlomagno en Francia, los señores feudales decidieron elegir como rey a Hugo Capeto, el más poderoso señor del norte de Francia cuyos dominios se extendían alrededor de París. Su autoridad, sin embargo, estaba amenazada por el poderío de los señores vecinos: al oeste el condado de Blois, al noroeste el ducado de Normandía, hacia el sur los condados de Anjou y de Maine, al este el condado de Champaña y el ducado de Borgoña. Desde un comienzo Hugo Capeto se empeñó en contrarrestar el poder de los señores, a quienes debía su elección, y en afirmar el del rey. Con tal objeto hizo coronar en vida a su hijo Roberto, como heredero al trono, costumbre esta que se mantuvo por espacio de dos siglos, afianzándose así la dinastía de los Capeto. De otra parte, tanto Hugo como sus descendientes se preocuparon por extender sus posesiones y por mantener buenas relaciones

con la Iglesia, factores estos que ayudaron también a reforzar la posición del rey frente a los señores.

Sin embargo, al finalizar el siglo XI, los señores aún seguían siendo todopoderosos y la Iglesia era un poder independiente, con lo cual no se configuraba aún un poder central. En 1108 ascendió al trono Luis VI, quien inició decididamente el proceso de centralización de la monarquía y de la nación, sometiendo a los señores cercanos a París y ganándose el afecto del pueblo raso. Usó además su influencia para estimular el crecimiento de ciudades fuera de los dominios reales, a las cuales otorgó privilegios e inmunidades. La prosperidad de estas ciudades benefició financieramente al rey, suministrándole el dinero para pagar sus soldados y armamentos. Esas ciudades, como sucedía con el resto de Europa, estaban por fuera del esquema feudal, basado enteramente en la tierra y la agricultura. Sus habitantes *burgueses* se unieron en “guildas” para protegerse mutuamente contra los reveses económicos y militares; luego, las guildas se dividieron en corporaciones de oficios, de acuerdo con cada tipo de trabajo artesanal, cuyas reglas de trabajo eran reguladas por la guilda. Así surgió en Francia, como en otros países de Europa, la nueva clase *burguesa*, clase media con posición social y económica superior a la del campesinado —siervo de la gleba—, pero inferior a la de la aristocracia terrateniente, que se reservó el dominio militar.

A Luis VII (1137-1180) le correspondió enfrentarse a la situación creada con la formación del “Imperio Angevino”<sup>28</sup> que, bajo el dominio del rey de Inglaterra, teóricamente “vasallo” del rey de Francia, cubría la mitad del territorio francés. Para ello Luis VII contó con la ayuda de los señores que, temerosos del rey inglés y movidos por la fama de hombre justo de que gozaba aquel, decidieron llevar sus disputas ante él, reforzando así su poder. Su hijo y sucesor, Felipe Augusto, se dio a la tarea de acabar con el Imperio Angevino y recuperar para Francia los dominios hasta entonces ocupados por Inglaterra. De otra parte, emprendió una tenaz lucha contra la división religiosa, expulsando a los judíos y reprimiendo con crueldad los movimientos heréticos de los cátaros, los albigenses y los valdenses, en el sur. Además acrecentó el poder real sobre los señoríos y fomentó la prosperidad material de Francia. Al morir, tras un reinado de 43 años, Felipe Augusto había aumentado al doble el dominio real que había heredado. Durante esta época el dialecto parisino —el francés— comenzó a ser considerado como lengua nacional, y la ciudad de París afianzó su posición como capital del reino. Como sede del rey y de la corte, París tenía ya en el siglo XII un prestigio propio, que no dependía del comercio o de la industria. Era un centro de la aristocracia y del saber, a donde afluían maestros y estudiantes de todos los confines. En torno al más célebre de esos maestros, el monje ABELARDO, se reunió con un grupo permanente de

<sup>28</sup> Véase *supra*, pág. 186.

estudiantes que formaron lo que más adelante sería la Universidad de París, cuya existencia era ya una realidad en 1160.

B) *Consolidación del poder real.*—Felipe Augusto rompió la tradición de coronar en vida a su sucesor; a su muerte ascendió al trono sin dificultad su hijo mayor Luis VIII, demostrándose así que la dinastía de los Capeto estaba plenamente consolidada y afianzada la autoridad real. Tras un corto reinado Luis VIII murió y lo sucedió su pequeño hijo Luis IX; dada su corta edad, actuó como regente su madre, Blanca de Castilla, mujer de recia personalidad, de la cual recibió Luis IX el reino intacto y más fuerte que nunca, al cumplir 20 años de edad. Desde muy joven el rey se mostró celoso de la justicia y fue así como introdujo en su administración el uso de elementos de juicio concretos, en lugar de las pruebas por combate. Mantuvo las prerrogativas reales en todos los campos, inclusive frente a la Iglesia, no obstante su fidelidad a ella. Aumentó la eficiencia de la administración pública, combatiendo el soborno y la corrupción con rígidas leyes. Para aumentar el sentimiento de unidad del reino, promulgó leyes con carácter general, estableció una acuñación uniforme de moneda para el reino, prohibió las guerras locales y la tenencia privada de armas. Además, incrementó el poder real sobre las ciudades, debilitando así el poder adquirido por las grandes familias mercantiles. En su política Luis IX se apoyó en las normas del derecho romano, otra vez en boga, el cual sustentaba un ejecutivo central fuerte.

Durante el reinado de Luis IX Francia siguió progresando culturalmente. La Universidad de París se convirtió en una institución definida y renombrada, gracias a la donación que su capellán, Roberto de Sorbón, hizo a los estudiantes pobres de teología, de donde surgió el gran colegio que lleva su nombre: la Sorbona. De toda Europa acudieron sabios a París para estudiar y enseñar. Entre ellos se destacaron ROGER BACON de Inglaterra, ALBERTO MAGNO de Alemania y TOMÁS DE AQUINO de Italia. Este último llegó a París en 1256 y completó la obra iniciada por ABELARDO, al traducir del árabe la obra de ARISTÓTELES, cuya filosofía influyó considerablemente sobre él. Con Santo TOMÁS la victoria del racionalismo en la teología fue definitiva, pues logró crear una síntesis completa de la filosofía aristotélica y la doctrina cristiana. Sus enseñanzas se convirtieron en base fundamental del sistema de la teología católica. En el campo literario se destaca en esta época la realización de una enciclopedia del conocimiento, escrita en francés por BRUNETTO LATINI, sabio italiano exiliado en Francia.

C) *Labor unificadora de Felipe el Hermoso.*—Luis IX murió en 1270 cuando participaba en la Octava Cruzada y fue sucedido por su hijo Felipe III, quien siguió reforzando la dominación real en el sur de Francia. Pero fue bajo el reinado de su hijo Felipe IV el Hermoso, que la lucha por afianzar el control real se intensificó y llegó a su punto culminante. La centralización territorial lograda en tres siglos de dominación capeta no bastaba. Se requería también



la centralización económica para que el gobierno pudiera ser fuerte. El sistema feudal estaba casi muerto desde el punto de vista militar y político, pero subsistía financieramente. Felipe el Hermoso se halló atado por ese sistema para recaudar dinero, el cual era ineficiente por las intrincadas relaciones legales de los diversos vasallos. Para arbitrar recursos, el rey acudió a diversos expedientes, como obligar a la entrega de grandes sumas a los judíos y prestamistas italianos, la venta de títulos de caballero a los burgueses, la libertad a los siervos a cambio de dinero, y el gravamen fiscal a las propiedades de la Iglesia. Esto último desató un grave conflicto con el papa Bonifacio VIII, al cual se enfrentó decididamente Felipe. En 1302 el papa promulgó la bula *Unam Sanctam*, en la que declaraba explícitamente que el papa no solo era un gobernante en sentido espiritual, sino también en sentido temporal, que todos los reyes del mundo le debían lealtad y que quienes la negasen eran herejes. Ningún papa anterior a Bonifacio VIII había osado hacer una declaración tan tajante. Felipe no se doblegó ante la bula y, por el contrario, hizo al papa graves cargos. Este lo excomulgó, declarándolo incapacitado para gobernar y liberando a todos sus vasallos de cualquier juramento de lealtad hacia él. Felipe reaccionó enviando a Roma un contingente que puso al papa bajo custodia y lo maltrató. Pocas semanas más tarde murió Bonifacio, y su sucesor se vio obligado a ceder ante el rey francés.

Este episodio tuvo hondas consecuencias. Los papas anteriores habían combatido con éxito contra los monarcas, utilizando principios feudales y habían tenido la capacidad de volver a los señores contra el rey y privar a la nación de servicios eclesiásticos. Pero ahora los papas ya no podrían hacerlo. El nuevo espíritu nacionalista, estimulado en Francia por la política de Felipe el Hermoso, hacía más difícil que los señores se rebelaran y más fácil que el clero sirviese al pueblo, aun contra la voluntad del papa. Antes se elegía al papa sobre el rey, ahora se elegiría al rey antes que al papa.

Por otra parte, Felipe el Hermoso convocó una asamblea de miembros representativos de los tres "estados" —la nobleza, el clero y la burguesía— para poder consultarlos en asuntos de gobierno y dar a la nación la idea de estar participando en sus decisiones. Esto se había hecho antes a escala local o provincial, pero ahora se hacía por primera vez a escala nacional. Por ello esta reunión fue llamada de los "Estados Generales". Entre sus funciones se le encomendó la de autorizar los impuestos, decisión que se tomaba por voluntad de la nación y no por arbitraria medida real, lo cual facilitaba su recaudación. Además se hacía el clero partícipe del sentimiento nacional francés, como una medida política. Sin embargo, la división entre la nobleza y los burgueses era infranqueable, y los Estados Generales nunca llegaron a ser un arma efectiva de gobierno. Se siguieron reuniendo esporádicamente, por mucho tiempo, más que todo para apoyar las políticas del rey.

D) *Bases del moderno Estado francés.*—Puede decirse que Felipe el Hermoso fundó algunas de las instituciones políticas que convertirían a Francia

posteriormente en un Estado moderno. A su muerte, en 1314, siguieron años de decadencia, bajo los breves reinados de sus hijos y herederos<sup>29</sup>. Durante los siglos XIV y gran parte del XV, Francia estuvo sumergida en conflictos con Inglaterra, que se tradujeron en la Guerra de los Cien Años (1337-1453), provocada por disputas dinásticas con Inglaterra. Pese a todo, la unidad territorial, el sentimiento nacional y la centralización del poder, logrados por la dinastía capeta, no dejaron de afianzarse, a tiempo que el feudalismo francés se desvertebró de manera acelerada.

El progreso de la autoridad privada del rey de Francia, señorial y feudal, llevó consigo el desarrollo de los órganos de poder. En el siglo XII estos eran aún rudimentarios; la *corte* estaba formada por sus parientes, consejeros inmediatos, criados y familiares. Sus delegados en los señoríos eran los *prebostes*, ministros de origen humilde, quienes alquilaban su función, en materia de recaudos de rentas para el rey. Posteriormente fueron reemplazados por funcionarios de mayor jerarquía, los *bailies* y los *senescales*, reclutados entre los hidalgos del séquito real. Al propio tiempo se diferenciaron los órganos de la administración central; los servicios se dividieron en secciones especializadas de la propia Corte que se hicieron progresivamente autónomas y permanentes: la *Cour en Parlement*, encargada de la administración de justicia, y la *Cámara de Cuentas*, encargada de la hacienda real.

Pero en el último cuarto del siglo XIII, el poder real, sin dejar de fortalecerse, empezó a transformarse bajo una doble influencia. Influencia de una idea, en primer lugar, la del poder público, resucitado como consecuencia de las reflexiones sobre el derecho romano, efectuadas desde el comienzo del siglo. Esta noción nueva de soberanía, unida a la convicción de que el poder, aplicado al bien común, no podía ser objeto de propiedad privada, fue vulgarizada en particular por los *legistas* formados en Montpellier. Influencia asimismo de las propias gentes del rey, cuyo número había aumentado considerablemente con el crecimiento de la administración, y el uso cada vez más extendido de la escritura; aparece entonces una nueva clase: la de los agentes del poder. Fueron estos quienes propagaron en fórmulas legales la idea del poder público, afirmando que el rey, en los límites del reino, dispone de manera exclusiva del *imperium*, es decir, de la plena soberanía. Esta evolución tuvo lugar sobre todo, como antes se vio, a partir del reinado de Felipe el Hermoso<sup>30</sup>. Esta nueva apariencia de la autoridad soberana, superior a todo otro poder, y diferente en su esencia del poder de los señores privados, favoreció nuevos progresos de la acción real. Poco a poco se fue imponiendo la idea de que el rey, actuando desde este momento para el bien público, intérprete de la voluntad común, según los principios de la filosofía escolástica inspirada en las obras políticas de ARISTÓTELES, podía requerir fuera de los límites de sus

<sup>29</sup> Cfr. MAURICE DRUON, *Los reyes malditos*, Bogotá, Círculo de Lectores, S. A., 1982.

<sup>30</sup> V. *supra*, pág. 192.

posesiones o de las relaciones feudales el servicio militar de sus súbditos o un subsidio en compensación<sup>31</sup>.

**2.4.8 Italia en la Edad Media.**—Al desmembrarse el imperio franco de Carlomagno, por el Tratado de Verdún, al reino de Lotario le correspondió —como atrás se dijo— además de la Lorena, la Borgoña y otros territorios, gran parte de Italia. Tras un período de anarquía feudal (814-862), Italia quedó bajo la órbita del Sacro Imperio Romano-Germánico. Del siglo X al siglo XIII, la historia de Italia fue la de la lucha persistente de las ciudades, principalmente las del norte, por emanciparse de la tutela de los emperadores germánicos. Solamente tras la derrota de Federico II, con la intervención del papado, los reyes alemanes perdieron toda influencia en Italia.

Pasadas las luchas con los emperadores germánicos, Italia se encontró dividida en tres Estados y cuatro *repúblicas* aristocráticas. Los tres Estados eran: 1º) *el ducado de Saboya*, al norte, fundado en 1027 por Humberto I, al cual se agregó más tarde el Piamonte. Era un Estado pequeño, pero fuerte, con ejército propio y espíritu de unidad en torno al soberano; 2º) los *Estados Pontificios*, al centro, con su capital en Roma, en los que el papa era soberano, enfrentados a continuas luchas internas y guerras exteriores. En varias oportunidades, en el curso de estas cruentas luchas, los papas —convertidos también en gobernantes temporales—, tuvieron que abandonar Roma. Los Estados Pontificios no recobraron la paz sino en el siglo XV, con la energía de papas como Julio II; 3º) *el reino de las dos Sicilias*, al sur, que comprendía la antigua “Magna Grecia”, cuyos soberanos fueron siempre extranjeros: primero los normandos, luego los Hohenstaufen, luego la casa de Anjou y finalmente la de Aragón.

Las *cuatro repúblicas*, o “ciudades-Estado” fueron: 1º) *Venecia*, al norte del Adriático, que llegó a convertirse en la primera potencia naval y comercial de Europa. Ciudad de mercaderes, tenía un gobierno muy aristocrático, en manos de las familias más antiguas inscritas en el *libro de oro*. A su cabeza estaba el *dux*, gobernante vitalicio, cuyos poderes eran relativos. En realidad, estaba sometido al *Consejo de los Diez*, que ejercía un poder despótico, que hacía aparecer a la “serenísima república” como una verdadera tiranía; 2º) *Milán*, ciudad imperial que trató en vano de conquistar su independencia, hasta que en 1395 el emperador Wenceslao vendió el título de duque de Milán al jefe de la familia Visconti. Pero pronto la ciudad quedó bajo la dominación del *condottiere* —jefe de soldados mercenarios— Francesco Sforza; 3º) *Génova*, rival de Venecia como centro comercial, era una república democrática. Víctima de divisiones internas, muchas veces estuvo bajo dominio extranjero, hasta que Luis XI, rey de Francia, la entregó a Francesco Sforza y pasó a ser parte del Milanésado; 4º) *Florenzia*, ciudad muy rica por su actividad comercial y artesanal, se vio desgarrada por las luchas entre güelfos y gibelinos. Los

<sup>31</sup> *Historia general de las civilizaciones*, vol. III, Barcelona, Ediciones Destino, págs. 406 y ss.

comerciantes, fabricantes de paños, artesanos y banqueros se organizaron en *gremios* u *oficios*. El gobierno de la ciudad —llamado la *Señoría*—, estaba compuesto por los jefes de los diversos oficios. Florencia extendió su dominio a la antigua Etruria, y uno de sus más ricos e influyentes banqueros, al que se le había confiado la Señoría, Cosme de Médicis, fundó una dinastía —la de los duques de Toscana—, que gobernó hasta 1737.

Dividida como estuvo siempre Italia durante la Edad Media, jamás llegó a constituir un Estado unificado, como Francia, Inglaterra o España. En esa forma no podía pretender desempeñar un papel político destacado en el mundo de entonces. Se dedicó, en cambio, a enriquecerse, y a cultivar las artes. Así, en el siglo XV las ciudades del norte de Italia eran las más prósperas y cultas de Occidente; de ellas —particularmente de Florencia— surgió el Renacimiento, movimiento humanístico que cambió la mentalidad del hombre europeo. Si Italia no fue una potencia política ni militar, sí lo fue, en cambio, en el plano cultural: en las ciudades italianas del norte surgieron acaso las más grandes figuras literarias y artísticas de la alta Edad Media y el Renacimiento, como Dante, Petrarca, Boccaccio o Maquiavelo en la literatura; Giotto, Fra Angélico, Leonardo Da Vinci, Miguel Ángel o Rafael Sanzio en la pintura; o Brunellesco, Cellini, Ghiberti o Donatello en la escultura.

A lo anterior, habría que agregar la vasta influencia intelectual ejercida por las universidades italianas —que se cuentan entre las primeras del mundo—, como la de Bolonia (1200) en el campo del derecho, la de Salerno en la medicina y la Escuela Superior de Estado de Nápoles en la política.

**2.4.9 Las ciudades libres y el Estado moderno.**—En el período de la baja Edad Media, las ciudades, que habían experimentado notable crecimiento en los siglos anteriores, dieron origen a un nuevo factor de poder político: la *comuna*. Diversas ciudades y poblaciones menores obtuvieron su autonomía a través de medios como la compra de esta a los señores a quienes debían vasallaje, o por concesión espontánea de los reyes y señores, o por presiones de tipo revolucionario. En algunos casos los reyes, deseosos de poblar una región, concedían esa autonomía a quienes fundaban en ella una nueva ciudad. De esta manera se formaron las comunas —llamadas también *repúblicas municipales*—, con derechos similares a los de otros estamentos, pero ejercidos por el conjunto de los habitantes.

Bajo el régimen comunal el gobierno era representativo —formado por miembros elegidos por los ciudadanos vecinos—, temporal —generalmente para períodos anuales—, y responsable, esto es, que sus miembros debían rendir cuentas de sus actos. Los sistemas de elección variaban: en algunas ciudades todos los ciudadanos tenían derecho al voto; pero en la mayoría el sufragio estaba en manos de los *gremios* o *corporaciones de oficios*, que designaban un número de delegados proporcional a su importancia. Generalmente solo podían ocupar cargos comunales los patronos, maestros, propietarios, comerciantes o nobles. A la cabeza del gobierno había un alcalde, lla-

mado también *cónsul*, o, *burgomaestre*, que ejercía la autoridad ejecutiva; al lado de este había un *consejo*, o *ayuntamiento* o *cabildo*, que ejercía el poder legislativo. Las atribuciones del gobierno comunal o municipal comprendían la alta y baja justicia, la percepción de los impuestos, la policía —cuyo jefe se llamaba *alguacil* o *preboste*—, el abastecimiento, el cuidado de los bienes públicos, el reclutamiento de tropas en casos de peligro, etc. Cada ciudad tenía su bandera, escudo y sello propios. Las atribuciones de las ciudades constaban en documentos llamados *fueros* o *cartas-pueblas*, otorgados por los reyes o por los señores.

En el seno de las ciudades se formó —como se ha señalado— una nueva clase: la clase *burguesa* (de burgo: ciudad), a la cual pertenecían los ciudadanos propietarios o que ejercieran actividades productivas, básicamente los comerciantes, artesanos, banqueros, abogados, médicos y demás profesionales, así como los funcionarios públicos. Esta clase estaba llamada, en defensa de sus intereses, a jugar un papel decisivo en la lucha emprendida por la realeza para contrarrestar el poder o influjo de los señores feudales y, en general, del sistema feudal, el cual entrababa seriamente las aspiraciones de expansión de la burguesía y el desarrollo mismo de las ciudades. Fue en las ciudades donde con mayor vigor surgió el sentimiento del *nacionalismo*, tan determinante en la formación del Estado moderno. A ello contribuyó también la formación de *ligas* o asociaciones de ciudades, en diversas partes de Europa. Entre las principales ligas figuraron la Liga Lombarda, que agrupaba diversas ciudades del norte de Italia, las hermandades de Castilla y Aragón en España, y la Liga Hanseática, de carácter comercial, formada por Hamburgo, Bremen, Lubeck y Colonia, en Alemania. La convivencia ciudadana y la comunidad de los intereses de las clases burguesas, estimularon entre sus miembros la formación de una conciencia colectiva sobre sus propios derechos, y un sentimiento de libertad política, que perduraría y se afianzaría durante la época del absolutismo monárquico.

### 2.5 El Estado estamental

Se da este nombre al fenómeno que, como resultado del feudalismo, la atomización del poder que este sistema engendró y la disputa por la soberanía entre las potestades temporal y espiritual, se presentó en Europa en los últimos siglos de la Edad Media, hasta comienzos del Renacimiento. Esa situación hizo que la sociedad europea de entonces tuviera una base estamental, lo cual significaba que estaba estructurado gradual y jerárquicamente, de tal manera que cada uno de sus eslabones era titular casi exclusivo de un conjunto de derechos —que se traducían en verdaderos *privilegios*—, y que obedeciera, también de manera casi exclusiva, a sus propias autoridades, se rigiera por sus propias leyes y tuviera, además, sus propias obligaciones.

Este fenómeno se evidenciaba claramente en el caso de la Iglesia —considerada como *primer estamento*—, que como ya se indicó, fue la única insti-

tución que conservó su unidad monolítica, en medio de la dispersión medieval. No solo obedecía a una misma autoridad —la del papa de Roma y sus obispos—, tenía su propia estructura jerárquica, obedecía a sus propias leyes y gozaba de un fuero especial, sino que, yendo más lejos, pretendió imponerse sobre la autoridad temporal, como autoridad máxima. Pero la soberanía —más que todo teórica— de los reyes no solo era disputada por el estamento eclesiástico o clerical, sino también por otros como *la nobleza, los señores feudales, las órdenes de caballería, las universidades* —donde las había, sobre todo a partir del siglo XIII—, y en algunos casos, como el de los países escandinavos, el *campesinado* que en cierto momento llegó a ser un estamento más. La sociedad europea presentaba así una estructura dualista, en la que el gobernante tenía que compartir de hecho su poder con los estamentos, obedientes a sus propias reglas.

Pero este extremado pluralismo de las instituciones medioevales produjo, paradójicamente, un profundo anhelo de unidad política y, a la postre, una convergencia de aspiraciones en cuanto a la instauración de una forma determinada de gobierno: la monarquía. En ese ideal coincidían, al final de la Edad Media, tanto las clases burguesas como la Iglesia y las mentes más ilustradas de la época. El más alto exponente de ese pensamiento fue, sin duda, Santo TOMÁS DE AQUINO, quien a través de su vasta y profunda obra teológica y filosófica, expuso claramente su pensamiento político.

A) *Pensamiento político de Santo Tomás de Aquino.*—La vasta obra filosófica de Santo TOMÁS estaba llamada a servir como uno de los más sólidos pilares del pensamiento católico, aun en la era moderna. En ella se destaca la *Summa Theologica*, en la cual el doctor DE AQUINO compendia en gran parte su pensamiento sobre diversos aspectos de la vida del hombre en sociedad y las relaciones de aquellos y esta con el Creador; entre ellos no podían faltar los temas relacionados con la organización y el gobierno de las comunidades humanas, particularmente en cuanto a sus fines trascendentes. “Así como el individuo es una parte de la sociedad doméstica —decía Santo TOMÁS— esta lo es igualmente de la sociedad civil y por consiguiente el bien del individuo no es el fin último, sino que se halla subordinado al bien de la comunidad”. Para él la necesidad del gobierno está basada en la naturaleza social del hombre y la organización del Estado en la superior sabiduría y moralidad del gobernante en beneficio de la comunidad<sup>32</sup>.

En otra parte de su obra Santo TOMÁS dice que la salud de un pueblo consiste en la conservación de su unidad, unidad que recibe el nombre de paz; abandonada esta, desaparece la utilidad de la vida social. El principal y más importante deber del jefe de un pueblo es el de consagrarse a la búsqueda de la unidad, de la paz.

<sup>32</sup> Véase Santo TOMÁS DE AQUINO, *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, México, Porrúa Hnos., S. A., 1975.

Respecto de la forma de gobierno, aunque SANTO TOMÁS mostraba simpatías hacia la monarquía unificada, su doctrina política tenía un sentido democrático y propendía una especie de gobierno mixto, con participación de la comunidad. Así lo expresó en el siguiente pasaje de la *Summa Theologica*: “La mejor institución de príncipes es la de una ciudad o reino en que se pone uno solo que manda a todos según la virtud; y bajo él hay otros que mandan según la virtud, perteneciendo no obstante a todos el tal principado, ya porque todos pueden ser elegidos, ya porque son elegidos por todos. Tal es sin duda el mejor régimen político, bien compuesto de reino, en cuanto uno solo preside, y de aristocracia, en cuanto muchos participan del poder en razón de su virtud, y de democracia, que es el poder del pueblo, en cuanto que los príncipes pueden ser elegidos de entre el pueblo y al pueblo pertenece la elección de los príncipes”<sup>33</sup>.

Nadie como Santo TOMÁS representa el anhelo de la época para llegar a una completa unidad en el conocimiento, sobre la base de la revelación divina y el principio de las causas finales. En su obra, vuelve de nuevo la política a constituir una ciencia y, aunque siguiendo las tendencias medievales, aparecen en ellas las ideas de ARISTÓTELES y CICERÓN, modificadas a la luz del cristianismo y particularmente de las doctrinas de San AGUSTÍN. Santo TOMÁS representa el comienzo de la última etapa del pensamiento político de la Edad Media, con un carácter racional, combinando los argumentos de la Biblia y los Evangelios y la antigua tradición teocrática con consideraciones generales derivadas de la naturaleza de la sociedad política. Su obra demuestra un agudo sentido histórico y, en muchos aspectos, sus ideas son verdaderamente avanzadas para su tiempo.

B) *Concepción tomista de la ley y la autoridad*.—Santo TOMÁS define la ley como “la ordenación de la razón para el bienestar común, promulgada por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad”<sup>34</sup>. En contraste con la concepción griega de la ley, vinculada con la razón y la naturaleza, Santo TOMÁS descubre la participación de la voluntad en la expresión de la ley, e introduce la idea de la ley positiva, o sea de las reglas formuladas por el poder soberano del Estado. En su esencia él considera la ley como algo natural, inmutable y universal; la ley positiva degenera en una corrupción legal, cuando se opone a los principios fundamentales de la justicia. El renacimiento del estudio del derecho romano produjo en esta época un movimiento de reverencia hacia la ley natural, que ni el papa ni el emperador podían desconocer. Santo TOMÁS identifica la ley natural con la voluntad divina, aunque reconoce la esfera de la razón como un campo distinto de la revelación propiamente dicha, doctrina que, en unión de su concepción jurídica, forma la base sobre la cual desarrollaron luego su pensamiento HOBBS y LOCKE<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> *Summa Theologica*, I/II, q. 105, a. 1.

<sup>34</sup> R. GETTEL, ob. cit., pág. 198.

<sup>35</sup> *Ibídem*, pág. 199.

Santo TOMÁS funda su teoría de la autoridad política en la concepción aristotélica de la naturaleza social del hombre, en unión de la doctrina sobre el origen divino del Estado, siguiendo la frase de San PABLO de que “no hay potestad que no provenga de Dios”. Santo TOMÁS se aparta del pensamiento griego al rechazar la organización política de la ciudad por considerarla demasiado pequeña para defenderse; en su lugar prefiere un reino de extensión considerable, como tipo de Estado más conveniente para la comunidad. Siguiendo la tendencia medieval hacia la unidad, se inclina por la monarquía frente a la democracia, porque esta última puede ser fuente de disensiones internas y porque el gobierno tiene que concentrarse en una sola persona a la manera como el corazón rige al cuerpo y Dios al universo. La situación de anarquía en la Edad Media hizo que la idea de permanencia y unidad de la organización política pareciera aún más conveniente. Santo TOMÁS rechazó la doctrina del tiranicidio por encontrar en ella un elemento anarquizante; sostuvo que el tirano merece la destitución, por lo menos en las monarquías electivas; su doctrina de la relación entre los gobernantes y los súbditos se aproxima a las teorías posteriores de la elección y la monarquía constitucional. Basándose en concepciones griegas y romanas y en textos de las Sagradas Escrituras, Santo TOMÁS desarrolló su pensamiento de manera escolástica, señalando entre los fines del Estado la protección y conservación de la población, el establecimiento y arreglo de las comunicaciones, la acuñación de la moneda, los pesos y medidas, y la protección de los pobres. Por lo demás, Santo TOMÁS coadyuvó a la preeminencia de la autoridad eclesiástica sobre el poder temporal, sosteniendo que la verdad absoluta se alcanza por medio de la razón, pero con el auxilio de la fe, en cuyas materias solamente es competente la Iglesia<sup>36</sup>.

## 2.6 El Estado absolutista y los Estados nacionales

Se suele llamar “Estado absolutista” al régimen político y social que imperó en los grandes Estados europeos entre los siglos XVI y XVIII, y que se caracterizó por la concentración, con base en la teoría de derecho divino de los reyes, de todos los poderes públicos en manos del monarca: la *administración*, la *legislación*, la *justicia*, la *tributación*, el *ejército*. Debe advertirse, sin embargo, que el concepto de *régimen absolutista* también es aplicable a la generalidad de las organizaciones políticas que imperaron en el mundo antiguo, si se tiene en cuenta que en ellas el poder se encontraba concentrado en una sola mano, ya fuera bajo la forma de un rey o de un grupo de gobernantes. La consolidación de las monarquías absolutas en Europa coincidió con la formación de los Estados-Nación en los países donde ellas se afianzaron. Por eso ambos fenómenos deben ser analizados simultáneamente al menos en lo que hace a países como Francia, España o Inglaterra, así en este último no pueda hablarse de absolutismo monárquico sino como de algo eminentemente esporádico.

<sup>36</sup> R. GETTEL, ob. cit., pág. 199.



La transición del Estado medieval y feudalista al Estado absolutista y los Estados nacionales, fue un proceso lento y complejo que comenzó imperceptiblemente entre los siglos X y XI, y alcanzó su culminación en el siglo XVI. En ese proceso intervinieron diversos factores de tipo económico, social, cultural y político. Uno de los determinantes fue, como se ha señalado, el surgimiento y expansión de la clase burguesa y el cambio en los esquemas económicos y políticos que ella presionó. El sistema feudal implicaba para la burguesía en ascenso un serio obstáculo. Dedicada esta a las actividades productivas —básicamente al comercio y la producción artesanal—, el rígido andamiaje del feudalismo, su sistema de economía autárquico y cerrado, el cúmulo de impuestos y de trabas que los señores imponían en sus tierras y, en general, la anarquía reinante en materia de legislación y de justicia, estancaban el comercio y frenaban las posibilidades de progreso de la burguesía, para la cual el fortalecimiento del poder de la realeza se presentaba entonces como la mejor solución en defensa de sus intereses.

A) *La alianza entre la burguesía y la realeza.*—Como ya se vio, tras la caída del Imperio romano, por el consiguiente fenómeno de la atomización del poder en Occidente, por espacio de muchos siglos los monarcas perdieron el poder político efectivo sobre sus dominios. La antigua legitimidad dinástica o monárquica desapareció de hecho, siendo sustituida por una especie de legitimidad estamental fáctica. A partir del siglo X en el seno de las ciudades en crecimiento, la clase burguesa, superando el esquema medieval de una economía de mera subsistencia, inició la acumulación de capitales a gran escala, con lo cual dio origen a un incipiente sistema capitalista, el cual la llevó, por fuerza de las circunstancias históricas, a concebir una nueva doctrina económica: el *mercantilismo*. La teoría mercantilista se basaba en la necesidad de que existiera un poder político efectivo que garantizara la libertad de comercio, de industria, de producción de manufacturas, de fijación de precios, de oferta y demanda a nivel interno, y protegiera las actividades productivas y el intercambio de la riqueza dentro de un determinado ámbito geográfico. El mercantilismo aspiraba así a un *proteccionismo* de Estado para las actividades lucrativas en un espacio físico amplio, aunque cerrado, que constituiría, con el correr del tiempo, el futuro Estado moderno. Dentro de ese espacio vive una sociedad con una comunidad de tradiciones, de costumbres, de lengua, de religión, de propósitos y de aspiraciones, que conformará ese conglomerado que se llamará "*Nación*". El mercantilismo fue así un ingrediente importante para las doctrinas políticas del Estado nacional contemporáneo.

La burguesía aspiraba entonces a erigir grandes Estados, grandes comunidades políticas dentro de las cuales pudiera circular libremente la riqueza y se pudieran intercambiar bienes y servicios, sin las trabas y obstáculos que implicaba el tener que someterse a las regulaciones arbitrarias de los señores feudales. Esta aspiración la llevó a apoyar a la realeza en su lucha por recuperar y afianzar el poder perdido, en una especie de alianza tácita.

Y así, a medida que la burguesía fue expandiéndose y cobrando auge su idea mercantilista, entre los siglos X y XIV, fue también tomando fuerza la idea de revivir las teorías de la legitimidad dinástica o monárquica, como el medio más eficaz para conseguir el aglutinamiento en un Estado nacional. La clase comerciante acudió entonces en apoyo financiero de los príncipes que, a su turno, garantizaban la protección de los intereses y privilegios de esa clase, contra las interferencias arbitrarias de los señores feudales. Con ese apoyo financiero los reyes pudieron costear sus propios ejércitos permanentes, mantener una vasta red burocrática dependiente de la corona, encargada del manejo de la administración y el cobro de los impuestos, e imponer su propia justicia. Ejército, burocracia, finanzas y justicia en cabeza del rey fueron, pues, los instrumentos económicos y políticos de que se valió la monarquía para sentar las bases del Estado nacional moderno.

*B) Doctrinas políticas absolutistas.*—El proceso de afianzamiento de las monarquías absolutas tuvo, además, decisivo apoyo doctrinario de las diversas teorías expuestas entre los siglos XIII y XVII, tendentes a darle una justificación política, jurídica, e incluso religiosa al poder unificado en cabeza de los reyes. Entre estas teorías (que más adelante examinaremos con mayor detenimiento), se destacaron en los siglos XIII y XIV, las sostenidas por Santo TOMÁS DE AQUINO en la *Summa Theologica* y el *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, por DANTE ALIGHIERI en *De Monarchia*, por JUAN DE PARÍS en *De Potestate regia et papali*<sup>37</sup> y por los legistas franceses en la época del conflicto entre Felipe el Hermoso y Bonifacio VIII. Luego, en la etapa del absolutismo moderno, este concepto recibió el aporte sustancial de MAQUIAVELO en *El príncipe*, de BODIN en *Los seis libros de la república*, de HOBBS en *El Leviatán* y de BOSSUET en *La política según las propias palabras de las Sagradas Escrituras*, principalmente.

*C) Instauración de las monarquías absolutas.*—El hecho histórico de la instauración de la monarquía absoluta tuvo lugar en épocas y circunstancias diferentes, en cada uno de los Estados-Nación europeos, formados, como se ha señalado, bajo el influjo de ese régimen. Donde primero se instauró la monarquía absoluta fue en Francia, debido a la persistente política unificadora y centralizadora de los reyes Capeto. Puede afirmarse que ese proceso culminó con el rey Luis XI (1461-1483), al lograrse definitivamente la desarticulación del poder de los grandes señores, con la derrota del último baluarte feudal de la casa de Borgoña. Posteriormente el régimen de la monarquía absoluta se hizo irreversible con el reinado de Luis XIII (1610-1643), gracias a la política firme del cardenal de Richelieu, continuada por su sucesor el cardenal Mazarino, y alcanzó su máximo apogeo durante el reinado de Luis XIV (1643-1714), quien hizo realidad la máxima atribuida a él de "*L'Etat c'est moi*". El "rey sol"

<sup>37</sup> V. *infra*, pág. 226.

fue, en efecto, el más absolutista de los monarcas franceses y su régimen de “despotismo ilustrado” sirvió de modelo a otros gobernantes europeos.

En España el comienzo de la monarquía absoluta coincide también con el de la unificación del reino, por obra de los reyes católicos Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, tras la reconquista de Granada en 1492. Luego el régimen se afianzó y alcanzó su mayor apogeo durante los reinados del emperador Carlos V (1516-1556) y de Felipe II (1556-1598), para posteriormente entrar en un período de prolongada decadencia, con los reyes borbones.

En Inglaterra, no obstante las limitaciones a que fue sometido el poder real desde la Carta Magna, puede hablarse de monarquía absoluta, aunque en cierta medida atemperada, en los reinados de Tudor Enrique VII (1485-1509), Enrique VIII (1509-1547) e Isabel I (1558-1603). Luego, durante el siglo XVII, algunos reyes Estuardo, como Jacobo I y Carlos I trataron de mantener el régimen, pero tropezaron con la tenaz resistencia del Parlamento y los estamentos en él representados. Por ello puede decirse que en Inglaterra la monarquía absoluta fue, al contrario del resto de Europa, excepcional.

En Rusia la autocracia zarista implantada por Iván III (s. XV) siguió rigiendo, en medio de hondas convulsiones, hasta la revolución bolchevique de 1917, y alcanzó su máxima expresión durante los reinados de Iván IV “El Terrible”, Pedro “El Grande” y Catalina II (1762-1796), quién hizo un gobierno de “despotismo ilustrado”. Alemania compartió con España y otros reinos la monarquía absoluta de Carlos V, para luego dividirse en numerosos principados, entre los cuales se destacó Prusia, convertido en el más poderoso de los reinos germánicos, con Federico Guillermo (1640-1688). A partir de entonces Prusia fue gobernada de manera absolutista, hasta la formación del imperio alemán en 1871. En Austria el máximo exponente de la monarquía absoluta fue la emperatriz María Teresa (1740-1780) durante cuyo reinado el país se convirtió en un Estado moderno.

D) *Del Estado absolutista al Estado burgués liberal.* —Si bien es cierto que las monarquías absolutas contribuyeron a lograr la unidad de los Estados nacionales, en lo económico propiciaron su enriquecimiento a través de políticas proteccionistas y mercantilistas; y en lo intelectual auspiciaron su florecimiento artístico y cultural a través del *despotismo ilustrado* y de un pródigo mecenazgo; en lo político y en lo social la concentración de poderes en manos de los reyes, la falta de limitaciones a los mismos y el ejercicio arbitrario de la autoridad produjeron la reacción en contra del régimen por parte de sectores cada vez más amplios de la burguesía y del pueblo raso. La revaluación de las teorías del derecho natural, la penetración de las doctrinas contractualistas, el despertar de los “nacionalismos”, las nuevas concepciones científicas, económicas, filosóficas y políticas que partieron del siglo XVI con el Renacimiento, los grandes descubrimientos geográficos, la Reforma pro-

téstante y otros hechos de honda significación, como las revoluciones políticas inglesas del siglo XVII, contribuyeron al surgimiento y difusión de las ideas liberales y del movimiento constitucionalista del siglo XVIII, que conducirían al cambio de la monarquía absoluta por el Estado burgués liberal, ya fuera con la forma de monarquía limitada o constitucional, o con la forma de república. De este proceso de cambio habremos de ocuparnos posteriormente, al estudiar el régimen político de la democracia liberal<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> V. *infra*, Parte tercera, cap. I, págs. 437 y ss.

## CAPÍTULO IV

### FUNDAMENTO Y ATRIBUTOS JURÍDICOS DEL ESTADO

En el capítulo anterior hemos examinado los principales factores de tipo sociológico que han dado origen a la concepción del Estado, así como algunos de los aspectos más relevantes de los tipos históricos fundamentales del Estado. Nos corresponde ahora saber mediante qué operación jurídica se configura un Estado y sobre cuáles bases jurídicas se sustenta su permanencia. En primer término se verán, entonces, las diversas teorías expuestas sobre el fundamento jurídico del Estado; en seguida se estudiarán sus atributos, y, finalmente, se examinará lo concerniente al problema fundamental de las relaciones entre el Estado y el derecho.

#### 1. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ESTADO

En este punto se trata de dilucidar mediante qué operación jurídica se configura el Estado, entendido —de acuerdo con nuestra definición— como “conglomerado social, política y jurídicamente organizado”. Diversas teorías se han expuesto sobre el particular, destacándose entre ellas las *teorías contractualistas*, cuyos orígenes se remontan al pensamiento griego, entre otros con PROTÁGORAS (s. V a. C.), quien sostuvo que “el origen de los Estados fue una reunión de hombres, libres hasta ese momento”. Las teorías contractualistas sostienen, en general, que la formación del Estado tiene origen en un contrato, convenio o *pacto social* y que es este el que da fundamento a una autoridad legítima. Aunque las más conocidas entre estas teorías son de la época moderna, con LOCKE y ROUSSEAU, principalmente, ellas habían sido ya expuestas en la Edad Media, por pensadores cristianos, y luego desarrolladas en el siglo XVI.

##### 1.1 *Teorías contractualistas de la Edad Media y el siglo XVI*

Quizá el primero en formular el concepto de “soberanía popular”, con base en un contrato social, durante la Edad Media, fue el monje alemán MARGOLD DE LAUTENBACH (siglo XI), quien enseñó que el poder reside originariamente en el pueblo y el gobernante lo adquiere por un pacto social, y que si el monarca se convierte en tirano, infringe el pacto en cuya virtud fue elegido y puede ser destituido. “La realeza es un cargo (*officiun*) que debe ejercerse en bien de la comunidad y conforme a la justicia”<sup>1</sup>. Ya se vio cómo otros altos

<sup>1</sup>Cfr. L. UPRIMNY, ob. cit., pág. 150.

exponentes del pensamiento cristiano medioeval, como JUAN DE SALISBURY, Santo TOMÁS DE AQUINO, GUILLERMO DE OCCAM, MARSILIO DE PADUA, NICOLÁS DE CUSA y HENRY DE BRACON, sostuvieron también teorías sobre el origen contractual del poder político<sup>2</sup>.

Durante el siglo XVI y la primera mitad del XVII las teorías contractualistas fueron también sostenidas por los grandes pensadores iusnaturalistas y teólogos como los padres MARIANA y SUÁREZ, y como ALTHUSIUS, y por filósofos como GROCIO y PUFENDORF<sup>3</sup>. Para ALTHUSIUS, los diversos grupos sociales nacen de una serie de contratos, unos políticos y otros no políticos. El Estado se constituye de una de estas series. Surge de la asociación de las provincias o comunidades locales, y se diferencia de cualquier otro grupo por la existencia del poder soberano (*majestas*). El aspecto más importante de la doctrina de ALTHUSIUS es el hecho de que hace residir la soberanía necesariamente en el pueblo como cuerpo, y, en consecuencia, es inalienable y no pasa jamás a manos de una familia o clase gobernante. El poder lo ejercen los funcionarios administrativos, que son investidos de él por las normas jurídicas del Estado, lo cual constituye, a su vez, un segundo contrato, por el cual el cuerpo social imparte a sus administradores el poder necesario para llevar a la práctica sus propios fines. De ello se desprende que el poder revierte al pueblo, si quien lo detenta lo pierde por alguna razón. Esta teoría constituía la exposición más clara hasta entonces aparecida de la soberanía popular<sup>4</sup>.

GROCIO, por su parte, tras definir la soberanía como un poder “cuyos actos no están sujetos a otro derecho, de suerte que puedan anularse por arbitrio de otra voluntad humana”, distingue entre un poseedor o sujeto común del poder y otro especial. El sujeto común de la soberanía es el propio Estado; el sujeto especial, una o más personas, con arreglo al derecho constitucional de cada Estado. El soberano es, por consiguiente, o el propio cuerpo político, o el gobierno. GROCIO volvió —como lo anota SABINE—, a la concepción de los civilistas, con arreglo a la cual un pueblo puede desprenderse por entero de su poder soberano y a la concepción feudal de la autoridad pública como un poder patrimonial. Hay que señalar que, como lo anota el mismo autor, la importancia de GROCIO en la ciencia del derecho, no deriva de una teoría del Estado ni del derecho constitucional, sino de su concepción de un derecho que regulara las relaciones entre Estados soberanos<sup>5</sup>.

PUFENDORF, situado dentro de la línea de pensamiento de ALTHUSIUS, escribió: “En efecto, para que una multitud, es decir, muchos hombres, sean una persona, a la que pueda atribuirse un acto y a la que correspondan ciertos derechos, a diferencia de los que tienen sus miembros particulares en cuanto

<sup>2</sup> V. *supra*, págs. 36 y 37.

<sup>3</sup> V. *supra*, pág. 41.

<sup>4</sup> G. SABINE, *ob. cit.*, pág. 310.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 312.

tales, derechos que ningún miembro particular puede pretender atribuirse aisladamente, es necesario que hayan unido primero sus voluntades y fuerzas mediante pactos sin los cuales es imposible entender cómo pueda hacerse la unión de quienes son iguales por naturaleza”<sup>6</sup>.

En consecuencia, la teoría política basada en el derecho natural —del cual fueron expositores connotados los tres autores anteriormente citados—, contenía dos elementos esenciales: un *contrato* mediante el cual nacían una sociedad o un gobierno, o ambos, y el *estado de naturaleza*, que existía antes del contrato. Por estado de naturaleza se entiende la situación en que se encontraban originalmente los hombres, antes de todo pacto o contrato. De él surgían dos situaciones: las relaciones entre los individuos particulares, y las relaciones entre los Estados soberanos, surgidos del contrato. Los acuerdos de estas dos clases de partes contratantes daban origen al derecho interno, en el primer caso, y al derecho internacional, en el segundo, sujetos ambos a los principios del derecho natural. Las dos clases de derechos son, pues, producto de un pacto, y son obligatorias porque son impuestas por las partes que se obligan.

La teoría —o el mito, como dicen algunos— del “estado de naturaleza” se convirtió en uno de los rasgos principales del pensamiento político del siglo XVII. A veces se concebía como la vida que de hecho llevaban los hombres antes de que hubiera gobiernos, y a veces como una ficción racional que ayudaba a entender las realidades de la condición humana. En ambos casos se trataba de un mito que obtuvo la aceptación del público, gracias a los relatos de los exploradores que regresaban de remotos países aún por civilizar —o por “europeizar”— y a la experiencia de los colonos europeos, sobre todo en América. Este mito encontró particular acogida entre los filósofos que buscaban convencer a los hombres de que los gobiernos tenían una autoridad limitada por los términos de un contrato originario. Entre estos filósofos se destacaron, sucesivamente, HOBBS, LOCKE y ROUSSEAU, aunque cada uno de ellos, particularmente el primero, enfocaron de manera distinta tanto la teoría del estado de naturaleza como la del contrato en sí mismo.

### 1.2 *El contractualismo absolutista de Hobbes*

THOMAS HOBBS (1588-1679) recibió en principio la influencia de su maestro, el filósofo FRANCIS BACON, y más tarde, en su concepción política, las de BODIN y MAQUIAVELO. Del primero recogió el carácter absoluto de la soberanía, en tanto que del segundo, el concepto de la autoridad estatal, el postulado de la independencia del Estado de la potestad religiosa, y el carácter ilimitado de la soberanía estatal por encima de los súbditos. HOBBS también formó parte de la corriente *iusnaturalista* y recogió de GROCIO la noción de estado de naturaleza, pero planteándola de manera diferente. HOBBS vivió en la época de las guerras civiles —o revoluciones políticas— inglesas, y su obra estuvo

<sup>6</sup> Cit. por G. SABINE, *ibídem*, pág. 318.

encaminada a justificar el absolutismo monárquico. Creía sinceramente que la monarquía era la forma más estable y ordenada de gobierno. Su principal obra *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, fue publicada en 1651, en momentos en que Oliverio Cromwell había depuesto al rey Carlos I y había implantado la república en Inglaterra. Esta obra causó honda controversia, pues en ella se hacía la crítica del poder político de la Iglesia y se proclamaba el derecho del individuo a acogerse al soberano que le brindara protección.

En la introducción de la obra, HOBBS explica qué es el “Leviatán”, parangonando el monstruo bíblico al cuerpo y funciones del hombre, en los siguientes términos:

“En efecto, gracias al arte se crea ese gran *leviatán* que llamamos *república* o *Estado* (en latín *civitas*) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido, y en el cual la *soberanía* es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero; los *magistrados* y otros *funcionarios* de la judicatura y ejecución, nexos artificiales; la *recompensa* y el *castigo* (mediante los cuales cada nexos y cada miembro vinculado a la sede de la soberanía es inducido a ejecutar su deber) son los *nervios* que hacen lo mismo que el cuerpo natural; la *riqueza* y la *abundancia* de todos los miembros particulares constituyen su potencia; la *salus populi* (la salvación del pueblo) son sus negocios; los *consejeros*, que informan sobre cuantas cosas precisa conocer, son la *memoria*; la *equidad* y las *leyes*, una razón y una voluntad artificiales; la *concordia* es la salud, la sedición, la *enfermedad*; la guerra civil, la muerte. Por último, los *convenios* mediante los cuales las partes de este cuerpo político se crean, combinan y unen entre sí, asemejanse a aquel *fiat*, o *hagamos al hombre*, pronunciado por Dios en la Creación”<sup>7</sup>.

Para HOBBS los hombres son gobernados en sus movimientos por las pasiones; la vida humana es mera competición, en la cual hasta los más necios y débiles pueden desposeer y matar a los más fuertes y hábiles. En su estado de naturaleza el hombre se encuentra así en un estado permanente de guerra de todos contra todos; es un ser anárquico y miserable, presa de sus pasiones. En ese estado, dice HOBBS “no había artes, ni letras, ni sociedad alguna. Y, lo que es peor, imperaban un continuo terror y el peligro de padecer muerte violenta. Y la vida del hombre era solitaria, miserable, sucia, embrutecida y corta”. Para él la naturaleza ha hecho a los hombres desiguales; “pero —dice— como los hombres se tienen por iguales y no aceptarán las condiciones necesarias para la paz sino solamente en términos de igualdad, tal igualdad ha de admitirse”. Lo mismo que MAQUIAVELO, HOBBS se enfrenta al dilema moral de un mundo en el que el justo y el inocente se ven expuestos a la destrucción si no actúan con energía implacable. Solamente afirmando la existencia de una suprema autoridad, se concibe un discernimiento objetivo del bien y del mal.

<sup>7</sup> T. HOBBS, *Leviatán*, I, Madrid, Ed. Sarpe, 1983, Introducción.



Para HOBBS la sociedad civil no es un producto de nuestra propia naturaleza, como pretendía ARISTÓTELES, sino una precaria construcción artificial que depende de una correcta disposición de las voluntades humanas. HOBBS expone diecinueve leyes naturales<sup>8</sup>: para lograr el establecimiento de la paz, objetivo primordial del hombre. Comienza definiendo el derecho de naturaleza —*jus naturale*— como “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y, por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin”. La segunda ley natural indica cómo podría asegurarse la paz: renunciando cada hombre a su derecho de protegerse a sí mismo y “contentándose con aquel grado de libertad frente a sus semejantes que él esté dispuesto a consentirles para consigo mismo”.

Pero para HOBBS los convenios, sin la espada, son palabras huecas, sin fuerza alguna. Por consiguiente, en el estado de naturaleza el derecho de auto-protección debe transferirse a un tercer sujeto, que se convierte en poder soberano y asume en sí la auténtica personalidad del Estado. De ahí en adelante, cada acción del soberano, dotado así de poder suficiente, se entiende que es también la acción de cada uno de sus súbditos, y estos quedan irrevocablemente obligados por el contrato a obedecer las órdenes del poder soberano. El soberano es responsable ante Dios por el cumplimiento del contrato, pero los ciudadanos no pueden obligar al soberano; toda resistencia suya a los mandatos de este, pondría en peligro el objetivo primordial de mantener la paz. El poder público no puede estar sujeto, entonces, a ningún control por los súbditos; el orden existente en el Estado es siempre el justo, porque únicamente su existencia excluye la anarquía y el estado natural. Para HOBBS todo debe estar sometido a la decisión del soberano, todo depende de él.

### 1.3 El contractualismo político de Locke

JOHN LOCKE (1632-1704) fue el más influyente de los pensadores políticos ingleses del llamado *iusnaturalismo* liberal. Impregnado de racionalismo, fue el primer teorizador que expuso el modo de entender la vida propio de la sociedad burguesa, precisando sus aspiraciones y justificando sus actitudes. Su filosofía es básicamente empirista, concentrada en los asuntos terrenales. “Nuestro bien —dijo en alguna ocasión— está solamente aquí, en este exiguo trozo de tierra donde nos hallamos y en el que se encierran todos nuestros intereses”<sup>9</sup>. Es considerado por muchos como el padre del liberalismo y, en todo caso, como uno de los fundadores de la moderna civilización occidental, burguesa e industrialista.

“La obra de LOCKE —afirma CHEVALLIER— le da al absolutismo los primeros golpes serios, si no los más furiosos, correspondiendo el mérito de estos

<sup>8</sup> Capítulos XIV y XV del *Leviatán*.

<sup>9</sup> DAVID THOMSON, *Las ideas políticas*, Barcelona, Editorial Labor S. A., 1967, pág. 68.

últimos al pastor francés IRIEU en sus *Cartas pastorales* refutadas por BOSUET. Estos golpes comienzan a estremecer el edificio absolutista, a abrir en él amplias fisuras, que vendrán a ensanchar los demoldores del siglo siguiente"<sup>10</sup>.

A LOCKE le tocó vivir también buena parte del siglo de las revoluciones políticas inglesas y, particularmente, la "gloriosa revolución" de 1688-1689. Para justificarla escribió su obra más importante: *Two Treatises on Civil Government* o *El ensayo sobre el gobierno civil*, publicada anónimamente en 1690. Esta obra, cuyo objetivo fundamental era el de demostrar cómo la autoridad del rey, o de cualquier gobernante, debía fundarse en el "consentimiento" de sus súbditos, no solamente sirvió de fundamento ideológico al parlamentarismo inglés del siglo XVIII, sino también, en gran medida, como fuente de inspiración —a través de MONTESQUIEU y los enciclopedistas—, a la Revolución francesa y a la Revolución americana. A través de ella, LOCKE consiguió, más que ningún otro teórico, acabar con la creencia en el derecho divino de los reyes, sostenida en Inglaterra por el partido *tory*, que respaldaba la causa del rey Jacobo II, depuesto en 1689 y reemplazado por Guillermo y María de Orange, de quienes LOCKE fue mentor intelectual.

En el *Ensayo sobre el gobierno civil* LOCKE expone su teoría contractualista, llamada "teoría del contrato político". LOCKE parte, como HOBBS del *estado de naturaleza* y del *contrato originario*; pero dará de ellos una versión nueva, que le permitió exigir en regla la distinción entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, así como llegar, después, a una limitación completamente terrestre, completamente humana del poder, sancionada, en última instancia, por el derecho de insurrección de los súbditos. "El lector de HOBBS —agrega CHEVALLIER— era subyugado por la fuerza de un pensamiento interior, el de LOCKE queda apresado poco a poco en el desarrollo de una dialéctica persuasiva, insinuante, sin relieve, perdida por un lenguaje fluido y limpio"<sup>11</sup>. Parte de la base de la experiencia original del hombre en estado de naturaleza, en el cual es libre, del cual sale para formar la sociedad política mediante un convenio. Esta se forma por el consenso de los asociados, siendo este el único fundamento valedero del poder político. Al efecto explica: "Siendo los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad"<sup>12</sup>. Y más adelante agrega: "Una vez que un deter-

<sup>10</sup> JEAN-JACQUES CHEVALLIER, *Los grandes textos políticos*, Madrid, Edit. Aguilar, 1981, pág. 87.

<sup>11</sup> JEAN-JACQUES CHEVALLIER, ob. cit., pág. 91.

<sup>12</sup> JOHN LOCKE, *Ensayos sobre el gobierno civil*, Barcelona, Ediciones Orbis, S. A., 1983, pág. 74.

minado número de hombres ha consentido en constituir una comunidad o gobierno, quedan desde ese mismo momento integrados y forman un solo cuerpo político, dentro del cual la mayoría tiene el derecho de regir y obligar a todos". "De esa manera —continúa explicando LOCKE— todos cuantos consienten en formar un cuerpo político bajo un gobierno, aceptan ante todos los miembros de esa sociedad la obligación de someterse a la resolución de la mayoría, y dejarse guiar por ella: de otro modo, nada significaría el pacto inicial por el que cada uno de los miembros se integra con los demás dentro de la sociedad, y no existiría tal pacto si cada miembro siguiese siendo libre y sin más lazos que los que tenía cuando se encontraba en estado de naturaleza"<sup>13</sup>.

LOCKE reconoce la imposibilidad de obtener el consentimiento unánime de los asociados, por lo cual se hace necesario que la sociedad constituida se rija por el consentimiento de la mayoría. Por ello los hombres al salir del estado de naturaleza y constituirse en *comunidad*, entregan todo el poder necesario a la mayoría de aquella, es decir, al *cuerpo político* que ha de representar a esa comunidad. "Tenemos, pues, afirma LOCKE, que lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, y solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo". Para LOCKE, la formación del Estado resulta entonces de un acuerdo entre cuerpos políticos.

Él mismo señala las objeciones que pueden hacerse a esta afirmación: la primera, que no existen ejemplos en la historia de que un grupo de hombres independientes e iguales entre sí, se hayan juntado para establecer de esa manera un gobierno; la segunda, que es imposible en derecho que haya hombres que hagan eso, "porque habiendo nacido todos los hombres bajo un gobierno, tienen por fuerza que estar sometidos al mismo y, por tanto, no gozan de libertad para instituir otro nuevo". LOCKE responde a la primera objeción aduciendo la ignorancia sobre lo ocurrido en tiempos en que los hombres vivían en las sociedades primitivas. "Los gobiernos son en todas partes anteriores a los documentos", dice, y añade que "rara vez se cultivan las letras en un pueblo hasta que una larga continuación en la sociedad civil trae a este la seguridad, el bienestar y la abundancia". Deja, pues, abierta la puerta a la investigación histórica sobre el origen de la formación de la sociedad política. Pero insiste: "Los ejemplos de la historia demuestran que los gobiernos, cuando se iniciaron en tiempo de paz, estuvieron fundados sobre esa base, y se constituyeron por el consenso del pueblo"<sup>14</sup>. Y más adelante reafirma que "el comienzo de la sociedad política depende del consenso de los individuos para reunirse e integrar una sociedad. Una vez integrados esos individuos, pueden establecer la forma de gobierno que juzguen más apropiada"<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> J. LOCKE, ob. cit., pág. 74.

<sup>14</sup> Ibídem, pág. 77.

<sup>15</sup> Ibídem, pág. 79.

Quizás la principal objeción que puede hacerse a la teoría de LOCKE es la de que confunde el proceso de formación del poder político en la sociedad, con el de la formación de la sociedad política, es decir, del Estado. Los ejemplos en que el filósofo abunda en su obra hacen referencia casi siempre a acuerdos o pactos entre estamentos políticos existentes dentro del marco de una sociedad política ya formada, como es el caso de la Carta Magna de 1215. Esos contratos o acuerdos políticos se producen solamente de manera accidental y casi siempre para modificar o sustituir regímenes dentro del marco de un Estado ya conformado y no para crear uno nuevo. Por lo demás, los contratos políticos que hayan podido darse en el curso de la historia, perdieron el carácter contractual que en su momento tuvieron, para convertirse en leyes consuetudinarias, como es el caso de la misma Carta Magna.

#### 1.4 *El contractualismo social de Rousseau*

JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) estuvo, sin duda, influenciado en cierta medida por LOCKE, pero frente al pensamiento liberal moderado de este y de MONTESQUIEU, representa la teoría democrática radical. Dentro de la vasta producción del pensador ginebrino se destacan, por su influencia en el pensamiento de su tiempo, obras como el *Discurso sobre las ciencias y las artes*, en la cual pone de relieve su acendrada tendencia naturalista; el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, llamado a conmover, por sus teorías revolucionarias, los cimientos de la sociedad aristocrático-burguesa de la época, *La Nueva Eloísa*, el *Emilio* o *De la educación*, *Las confesiones*, pero sobre todo, *El contrato social*, obra publicada en 1762, en momentos en que ROUSSEAU colaboraba también en *La Enciclopedia*. Se ha dicho que este libro, en principio destinado a ser un ensayo sobre las instituciones políticas, fue la culminación del *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, aunque en ciertos aspectos se aparta de los planteamientos de este, mucho más radicales.

En el *Discurso* ROUSSEAU cuestionó severamente, entre otros, el concepto de propiedad privada, tan defendido por LOCKE y los liberales: “El primer individuo al que habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir, ‘esto es mío’, y encontró a gente lo bastante simple como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. De cuántos crímenes, guerras y asesinatos, de cuántos horrores y desventuras no podría haber librado a la humanidad el que arrancando las cercas o cegando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: «Guardaos de prestar oídos a este impostor. ¡Estaréis perdidos si olvidáis que los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de nadie en particular!»”.

*El contrato social* comienza por afirmar que “el hombre ha nacido libre y, sin embargo, en todas partes vive encadenado”; agrega que “el orden social supone un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo,

ese derecho no es un derecho natural: se funda en convenciones”<sup>16</sup>. Aquí se presenta el ROUSSEAU contractualista; señala cómo el objeto de su obra es el de saber cuáles son dichas convenciones. Y desde el principio se ocupa de refutar las teorías de GROCIO y de HOBBS, encaminadas, según él, a sustentar la desigualdad entre los hombres. Rechaza el derecho del más fuerte declarando que “la fuerza no hace al derecho” y que “no estamos obligados a obedecer más que a los poderes legítimos”. “Puesto que ningún hombre tiene autoridad natural sobre su semejante, agrega, y puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan solo las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres”. Rechaza de plano la idea de la esclavitud: “Cualquiera que sea el punto de vista desde el que se lo considere, el *derecho* de esclavitud es nulo, no solo por ilegítimo, sino por absurdo... Las palabras *esclavo* y *derecho* son contradictorias y se excluyen recíprocamente”.

ROUSSEAU parte de la base de que el hombre se encuentra originariamente en un “estado de naturaleza”, en el cual vive acorde con su bondad original, es completamente libre y se considera feliz. Para ROUSSEAU, en el estudio del estado de naturaleza la mayor parte de los autores no ha logrado a fondo examinar su estructuración, o lo que es más importante, cómo era el hombre en ese estado. Hay que considerarlo tal como debió salir de las manos de la naturaleza: “Veo en el hombre un animal menos fuerte o menos ágil que otros animales, pero dotado de una organización más ventajosa, en conjunto, que todos; véole comer al pie de una encina, satisfaciendo su sed en el más inmediato arroyo y durmiendo bajo el mismo árbol que le ha proporcionado su comida. Así haría frente a todas sus necesidades. Siendo tan escasos los males que aquejan al hombre en su estado natural, apenas tiene necesidad de remedios y menos aún de medicinas”<sup>17</sup>. Para ROUSSEAU el hombre en su estado natural es calmado y no como dice HOBBS “que solo piensa en atacar y combatir”. Esta concepción la enfrenta ROUSSEAU al pensamiento de CUMBERLAND y PUFENDORF quienes adujeron que el hombre en su estado natural era tímido, tembloroso y siempre dispuesto a huir. En otras palabras no era el hombre un lobo para el hombre. PUFENDORF, TOMASIUS y WOLFF, fueron los maestros sobresalientes de las teorías jurídico-naturales<sup>18</sup>. En su *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres* había planteado la tesis de que la sociedad es intrínsecamente mala al estar basada en la desigualdad y al haber alejado al hombre del “estado de naturaleza”. ¿Puede el hombre degradado construir los cimientos de una sociedad justa? ROUSSEAU responde afirmativamente, porque el mal no está en el individuo, sino en su relación con la sociedad; la perversión se ha producido debido al “mal gobierno”, pero el corazón del hombre puede cambiar esa

<sup>16</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *El contrato social*, Madrid, Ed. Sarpe, 1983, pág. 27.

<sup>17</sup> J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, México, Edit. Grijalbo, S. A., 1972, pág. 29.

<sup>18</sup> E. REY CANTOR, ob. cit., pág. 99.

situación. En el final del *Discurso* invoca la violencia como legítimo recurso frente a la violencia del déspota. El contrato social ofrece la reconciliación del individuo, ser *natural*, con la sociedad, cimentada en la educación y el derecho.

El problema fundamental lo plantea ROUSSEAU en los siguientes términos: “¿Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes?”. La solución a este problema es, según ROUSSEAU, el contrato social. Y explica: “Las cláusulas de este contrato están de tal suerte determinadas por la naturaleza del acto, que la menor modificación en ellas las haría inútiles y sin efecto; de manera que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, resultan en todas partes las mismas, así como tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural al perder la condicional por la cual había renunciado a la primera”<sup>19</sup>.

Para él la vida social es más el fruto de un acuerdo voluntario establecido entre los hombres en determinado momento, que el resultado de una necesidad connatural al individuo. El contrato social es, pues, el resultado del *acuerdo de voluntades*, por medio del cual los hombres ponen en común ciertos intereses colectivos; pero si el contrato es violado, cada cual recobra la parte de libertad natural que ha sido alienada.

Producido entonces el contrato, “este acto de asociación transforma la persona particular de cada contratante en un ente normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que así se constituye, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *ciudad* y hoy el de *República* o *cuerpo político*, el cual es denominado Estado cuando es activo, *potencia* en relación con sus sanejantes. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *pueblo* y particularmente el de *ciudadanos*, como partícipes de la autoridad soberana, y el de *súbditos* por estar sometidos a las leyes del Estado”<sup>20</sup>.

A diferencia de la monarquía absoluta y de cualquier forma de poder autocrático, la soberanía, “ejercicio de la voluntad general”, pertenece al pueblo; es absoluta ya que no depende de ninguna otra autoridad política y no está limitada más que por sí misma; es indivisible, puesto que pertenece a la totalidad de los ciudadanos, y es inalienable ya que la ciudadanía no puede renunciar a lo que es expresión de su poder. Pero el pueblo, partícipe de la autoridad soberana como conjunto de ciudadanos, es también súbdito y se somete a las leyes del Estado que él mismo, en ejercicio de su libertad, se ha dado. El problema de quién dicta las leyes lo resuelve ROUSSEAU con la figura del

<sup>19</sup> J. J. ROUSSEAU, ob. cit., pág. 41.

<sup>20</sup> *Ibidem*, ob. cit., pág. 43.

legislador, “el mecánico que inventa la máquina”, y que tendría con ello el carácter de fundador del Estado. El Estado es así, para ROUSSEAU, la asociación política libremente fundada por los partícipes del contrato social; la soberanía del Estado es la voluntad general de los contratantes, la suma de sus voluntades individuales; las libertades o derechos individuales son la parte de la libertad primitiva que no ha sido alienada por el contrato, o que habiéndolo sido, ha sido restituida por el cuerpo social.

CHEVALLIER resume así la concepción roussoniana de la soberanía: “Los caracteres de la soberanía se desprenden lógicamente del origen contractual y de la definición del soberano. El soberano, constituido por el pacto social, es el pueblo como cuerpo decretando la voluntad general, cuya expresión es la ley. La voluntad del soberano es el soberano mismo. La soberanía, o poder del cuerpo político sobre todos sus miembros, se confunde con la voluntad general, y sus caracteres son los mismos de esta voluntad: es inalienable, indivisible, infalible, absoluta”<sup>21</sup>.

Aunque ROUSSEAU reconoce que no existen testimonios históricos del contrato social, sostiene que la sociedad y el Estado *lógicamente* solo pueden fundarse en la fuerza o en la convención. Si se admite que se fundan en la fuerza, se renuncia a darles una base jurídica. Solo la hipótesis del contrato o convención puede suministrar una explicación jurídica sobre el nacimiento y la formación de los Estados. A la monarquía que invoca como soporte la teoría del derecho divino de los reyes, opone ROUSSEAU una nueva doctrina que consagra la infalibilidad del pueblo, detentador único de la soberanía y, por ende, fuente del poder.

La obra de ROUSSEAU, particularmente *El contrato social*, influyó considerablemente, como antes se dijo, en el pensamiento filosófico y político del siglo XVIII, tanto en Europa como en América, así como en los movimientos liberales e independentistas del siglo XIX. No en vano la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 se habría de inspirar, en buena parte, en los postulados de esta obra.

Pero, pese a su indudable fuerza persuasiva, la teoría roussoniana del contrato social ha sido fuertemente criticada y revaluada. En primer término, se señala que ella resulta contraria a la historia misma. Aunque es cierto que en la formación de los Estados se encuentran a menudo elementos consensuales, por una parte, y por otra que existen sociedades primitivas, no son testimonio, pues en estas el hombre no se encuentra en el *estado de naturaleza* en el cual el individuo disfruta de libertad ilimitada, como lo describe ROUSSEAU, sino sometido a creencias, a ataduras de tipo fetichista, a factores físicos muy rigurosos. Por otra parte, el establecimiento de lazos contractuales entre los individuos supone una sociedad previamente organizada, en la cual existan reglas preestablecidas sobre la observancia de los contratos y mecanismos para

<sup>21</sup> J. J. CHEVALLIER, ob. cit., pág. 153.

hacerlos respetar y cumplir. Pero además, para que un Estado esté válidamente fundado en un contrato social, sería necesario que este contrato fuese aceptado por la unanimidad de los futuros súbditos del Estado, lo cual en la realidad es imposible de lograr. Finalmente, no es cierto que la hipótesis del contrato social sea la única explicación jurídica posible en cuanto a la formación de los Estados. Como hemos tenido ocasión de verlo, los Estados nacen generalmente de una asociación acompañada de la adhesión de sus miembros a ciertos principios y elementos, en el cual si bien es cierto intervienen elementos de tipo consensual, estos no revisten la forma de un contrato.

### 1.5 *La teoría de la fundación y de la institución*

Esta teoría, debida en gran parte al profesor MAURICE HAURIOU, parte de la afirmación verificable de que el Estado presenta los caracteres de un organismo social estructurado. El Estado aparece como una agrupación de individuos, dirigida por un gobierno central en nombre de una idea de fin, para la realización de un cierto orden social y político del que serán beneficiarios los súbditos del Estado. Este conjunto, formado por la idea de fin, el poder organizado para la realización de la idea y el grupo de individuos beneficiarios de dicho fin o proyecto, constituye esencialmente el organismo social estructurado<sup>22</sup>. Pero tenemos que el Estado no es el único organismo dotado de esos caracteres. En una sociedad anónima, por ejemplo, también se encuentran esos elementos, lo mismo que en una agremiación o en un sindicato. Si analizamos la formación de estos organismos, vemos que aparecen elementos consensuales pero no elementos contractuales. El contrato se caracteriza esencialmente por un intercambio de consentimientos y de voluntades. En la compraventa, por ejemplo, el vendedor quiere ceder la cosa y recibir el precio, el comprador quiere pagar el precio y recibir la cosa. Cada una de estas voluntades, que se cruzan y se complementan, tienen un contenido y un objeto diferente. En la formación de un organismo colectivo no se da ese cruce de voluntades de contenido diferente. Todos los miembros de la agrupación desean y buscan la realización de la idea básica de asociación. En este caso, no nos hallamos en presencia de un cruce de voluntades, con contenido diferente, sino de un haz de voluntades con un mismo contenido y tendente al mismo objeto. El error de ROUSSEAU y de los sostenedores del contrato social y también del contrato político radica, como anota M. HAURIOU, en creer que desde que aparecen elementos consensuales hay forzosamente contrato.

En realidad los organismos sociales se han creado en virtud de una fundación acompañada y seguida de adhesiones. HAURIOU describe así este proceso: "Unos individuos conciben la idea de la empresa y los medios que se utilizarán para realizarla. Fundan un organismo por los procedimientos jurídicos que el ordenamiento vigente pone a su disposición. Reclutan, a conti-

<sup>22</sup> M. HAURIOU, ob. cit., pág. 153.



nuación, adheridos para que les ayuden en la realización de su empresa. El grupo funciona entonces con este conjunto complejo: idea rectora, poder organizado, grupo de individuos interesados en la realización de la idea. Este conjunto constituye lo que se llama una *institución*".

Esta operación, que se realiza cotidianamente ante nuestros ojos, en el caso de las sociedades o asociaciones, es la que ha intervenido en la formación de los Estados, afirma HAURIOU, y como prueba de ello aduce los ejemplos de la formación del Estado inglés y del Estado francés. El primero resulta de la fundación efectuada por el rey Guillermo el Conquistador y sus barones. La idea de empresa concebida por aquel es la conquista de un reino y su gobierno por procedimientos feudales ya utilizados en el continente. El poder organizado lo constituyen el rey Guillermo y sus barones, su ejército, sus consejeros. El grupo de interesados son las poblaciones inglesas, primero coaccionadas en cierta medida, luego verdaderamente interesadas por las ventajas de un régimen de Estado y obedientes a los mandamientos del poder real. La formación del Estado francés resulta igualmente de una fundación efectuada de común acuerdo por Hugo Capeto y los grandes feudatarios, que conciben las ventajas de un régimen político más centralizado, susceptible de desarrollar la cosa pública.

De esta forma, dice HAURIOU, el fundamento jurídico de un Estado reside normalmente en una fundación acompañada de adhesiones. Con el tiempo se esfuma el recuerdo de la fundación y pasa a primer plano el consentimiento habitual. La Constitución viene a dar forma solemne a lo que ya existía, al menos en gran parte. Confirma, precisa y, llegado el caso, modifica las condiciones de la vida jurídica del Estado. No da nacimiento al Estado, que ya antes de ella había accedido a la vida jurídica.

## 2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

Una vez terminado el Estado, se produce en forma permanente un fenómeno singular: los actos de ciertas personas —los agentes del poder— van a comprometer de manera directa o indirecta, permanente o transitoria, al Estado mismo. Así, cuando el jefe del Estado sanciona una ley o suscribe un tratado, compromete al Estado por entero; cuando un ministro suscribe un contrato, quien contrata es el Estado, o cuando un agente de policía comete un atropello contra un ciudadano, quien deberá responder en última instancia es el Estado. Así, tanto el presidente de la República, como sus ministros o el agente de policía son considerados *órganos del Estado* y este es considerado *persona jurídica*.

La teoría según la cual el Estado es persona jurídica parte del supuesto de que por encima de los elementos que lo componen —la población, los órganos del poder público— existe una persona que los comprende a todos; que esos

elementos forman entonces una personalidad integral que se asienta sobre un fundamento territorial. Existen, por consiguiente, normas jurídicas en virtud de las cuales en lugar del querer y del obrar de los individuos, actúa y quiere un sujeto de derecho autónomo. Además, en virtud de los conceptos de la representación y del mandato, esa voluntad superior se manifiesta y exterioriza por intermedio de órganos.

La idea del Estado como personalidad jurídica fue expuesta originalmente por HOBBS. Luego fue desarrollada entre otros por LOCKE, PUFENDORF y ROUSSEAU, pero no logra imponerse sino en época posterior, gracias a los planteamientos de tratadistas como JELLINEK, GIERKE, M. HAURIOU, DABIN o SAVIGNY. Actualmente esta teoría es aceptada por la generalidad de los tratadistas de derecho público. Ella ha sido aceptada como una *ficción legal necesaria* para otorgarle al Estado trato de sujeto de derechos u obligaciones y radicar en él el interés general<sup>23</sup>. Es bien sabido que solo el hombre tiene una personalidad natural plenamente reconocida, fruto de su propia naturaleza, la cual conlleva una serie de atributos que le son exclusivos: inteligencia racional, voluntad, fines existenciales exclusivos, trascendentes e independientes de cualquier otro sujeto; él se considera como una unidad sustancial diferente a las demás y completa en sí misma. De tal suerte que, en principio, aparece que solo la persona natural —el hombre— puede ser titular de derechos y de obligaciones. Sin embargo, la realidad del mundo jurídico ha hecho necesario, con el correr de los tiempos, conformar una teoría según la cual esa personalidad debe ser reconocida a entes o grupos distintos de los individuos que los constituyen, como las sociedades comerciales, o científicas, o culturales. Y si a estas se reconoce esa personalidad, con mayor razón habría de reconocérsele al ente superior dentro de la organización social que es el Estado.

### 2.1 *Maneras de comprender la personalidad del Estado*

Las maneras de comprender la personalidad del Estado han variado. Algunos tratadistas —particularmente de la escuela alemana— consideran que la noción de la personalidad del Estado significa que este es un ser jurídico distinto de los individuos que componen la Nación, e inclusive del cuerpo nacional de los ciudadanos. Una vez constituido el Estado, este no viene a ser, pues, la personificación de la Nación, como dice ESMEIN, sino que se personifica a sí mismo. Tampoco es el sujeto de los derechos de la nación, sino que es el sujeto de sus propios derechos. El Estado es, en consecuencia, una persona en sí; en otras palabras, lo que se encuentra personificado en el Estado no es la colectividad de individuos que contiene sino el establecimiento estatal en sí. De este modo, la persona estatal se encuentra situada completamente aparte de los integrantes humanos del Estado. Pretende pues esta teoría que el Estado

<sup>23</sup> LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Ed. El Voto Nacional, 1962, pág. 139.

sea considerado como una entidad jurídica totalmente distinta de la Nación, como si se tratara de una persona que adquiere su consistencia fuera de la Nación.

En cuanto a la cuestión de la personalidad de la Nación, los sostenedores de la tesis anterior se dividen en dos grupos. En primer lugar los que niegan a la Nación toda personalidad: según estos, solamente el Estado tiene personalidad. Esta opinión ha sido sostenida especialmente en Alemania, entre otros por JELLINEK, quien rehúsa incluso admitir que el pueblo, como integrante del Estado, sea persona, y sostiene que no es más que un órgano del Estado. Otros que consideran a la Nación como un sujeto jurídico, pero distinto al Estado; esta opinión ha sido admitida particularmente en Francia. DUGUIT, quien no la comparte, sostiene que ella forma parte, desde 1789, de las ideas fundamentales del derecho público francés. En efecto, se dice que, en virtud del principio de la soberanía nacional, la Nación debe ser considerada como el sujeto ordinario de la soberanía y, por consiguiente, como anterior al Estado; la Nación da vida al Estado al delegar su soberanía en los gobernantes que la Constitución establece. Esta doctrina conduce a crear dentro del Estado una dualidad de personalidades: la de la Nación primero y la del Estado, después.

CARRÉ DE MALBERG por su parte, afirma que todas esas teorías que separan al Estado de la Nación están en contradicción con el principio mismo de la soberanía nacional, tal como fue establecido por la Revolución francesa. Al proclamar que la soberanía —potestad característica del Estado— reside esencialmente en la Nación, la Revolución consagró implícitamente, en la base del derecho francés, según este autor, la idea capital de que los poderes y derechos de los cuales el Estado es sujeto no son otra cosa, en el fondo, que los derechos y poderes de la Nación misma. Por consiguiente, concluye CARRÉ DE MALBERG, el Estado no es un sujeto jurídico que se yergue frente a la Nación oponiéndose a ella; desde el momento que se admite que los poderes de naturaleza estatal pertenecen a la Nación, hay que admitir también que existe la identidad entre la Nación y el Estado, en el sentido de que este, de acuerdo con la definición de ESMEIN no es sino la personificación de aquella. En otros términos, la Nación no se convierte en persona más que por el hecho de su organización estatal, es decir, por el hecho de estar constituida una persona fuera de la Nación, la Nación no tiene personalidad sino en y por el Estado<sup>24</sup>. JELLINEK afirma que la Nación no puede existir jurídicamente fuera del Estado, y MICHOD por su parte, sostiene que “la Nación no tiene ninguna existencia jurídica distinta; el Estado no es sino la Nación misma jurídicamente organizada; es imposible —concluye este autor— comprenderla como un sujeto de derecho distinto del Estado”<sup>25</sup>.

En conclusión, de acuerdo con CARRÉ DE MALBERG, los términos Nación y Estado no designan sino dos fases de una misma persona. O, más exactamen-

<sup>24</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., pág. 31.

<sup>25</sup> Cit. por CARRÉ DE MALBERG, ibídem, pág. 32.

te, la noción de personalidad estatal es la expresión jurídica de la idea de que la Nación, al organizarse en Estado, se encuentra por ello erigida en un sujeto de derecho, el cual es precisamente el Estado; de modo que lo que personifica al Estado es la Nación misma, estatalmente organizada.

## 2.2 Escuelas que niegan la personalidad del Estado

El anterior concepto, deducido del principio de la soberanía nacional aceptado en el derecho público francés, ha sido combatido por una escuela que niega la personalidad tanto del Estado como de la Nación. Los seguidores de esta escuela se dividen, a su vez, en dos grupos. En primer lugar aquellos que fundamentan su negativa en razones jurídicas. Sostienen ellos que la comunidad nacional no constituye una persona distinta de los miembros que la componen; afirman que no debe verse en la colectividad de los ciudadanos sino a estos mismos estimados colectivamente; sacan la conclusión de que el Estado no es una persona suplementaria que se añade y superpone a las personalidades individuales de sus nacionales, sino que los representa únicamente considerados en su conjunto<sup>26</sup>.

En segundo término, aparecen aquellos que conforman la llamada *escuela realista o empírica* la cual, pretendiendo atenerse a los hechos materiales y adaptarles las teorías jurídicas, declara que no es posible reconocer la calidad de personas más que a los seres humanos porque —afirman— solo el hombre posee como tal, una existencia real y, por tanto, solo él está dotado de voluntad; por consiguiente, los autores de este segundo grupo sostienen que el concepto de una personalidad estatal no es más que un concepto escolástico nacido por entero de la imaginación de los juristas, sin tener fundamento real y, es por lo tanto, superfluo para la construcción de la teoría jurídica del Estado. Entre quienes han sostenido esta tesis figura DUGUIT, en su obra *L'État*.

La anterior teoría ha sido fuertemente criticada. Su error manifiesto, como señala CARRÉ DE MALBERG, consiste en que, con el pretexto de establecer las realidades materiales, desconoce las realidades jurídicas, que deben ser objeto de preocupación fundamental del jurista. La objeción de que no debe confundirse la personalidad jurídica con la existencia física es primordial. Sin duda en el mundo físico no pueden existir personas-Estado; para el jurista toda la cuestión se reduce a saber si el Estado constituye un ser del mundo jurídico, es decir, si él es o puede ser sujeto activo o pasivo de derechos. Por otra parte, el derecho se mueve en un campo de ideas y por consiguiente de abstracciones. Inclusive la personalidad jurídica de los seres humanos no es un hecho que caiga bajo los sentidos, ni tampoco una consecuencia de su naturaleza física; el concepto jurídico de la personalidad humana es la expresión de una idea abstracta. En cuanto a la tesis de que el Estado es incapaz de querer o sentir

<sup>26</sup> Entre los sostenedores de esta teoría figura JOSEPH BARTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7<sup>me</sup> éd., págs. 62 y ss.

como una persona, ella no es del todo convincente, pues también al hombre incapaz de manifestar una voluntad propia, como es el caso de los niños o los dementes, se le reconoce una personalidad; por lo demás, según CARRÉ DE MALBERG, no puede decirse propiamente hablando, que la voluntad del Estado forme base de su personalidad<sup>27</sup>.

En cuanto a la primera escuela que sostiene que el Estado no puede constituir una persona diferente de la colectividad nacional y que esta no es un sujeto diferente a los miembros que la componen, es necesario considerar las principales teorías que han sido planteadas con objeto de legitimar el concepto de la personalidad del Estado.

### 2.3 Teorías para legitimar la personalidad jurídica del Estado

Según una primera doctrina, este concepto tiene su fundamento en el hecho de que la colectividad estatal tiene *intereses propios*, distintos de los intereses individuales de sus integrantes. Así, MICHOU<sup>28</sup>, sostiene que el Estado es un sujeto de derecho porque es el sujeto de los derechos que corresponden al interés colectivo nacional. Para demostrar que el interés nacional no se identifica necesariamente con los intereses particulares de los nacionales, es necesario tener en cuenta varias consideraciones: la principal se funda en que la colectividad nacional no consiste solamente en la generación presente y transitoria de los nacionales, sino que es un ente sucesivo y durable que comprende tanto las generaciones actuales como las futuras y también las pasadas; por lo tanto sus intereses son permanentes, con un vencimiento remoto, mientras que el individuo como tal no percibe, generalmente, sino sus intereses inmediatos y su provecho próximo. De esta manera el Estado, actuando en función del interés nacional, es obligado frecuentemente a exigir a sus integrantes sacrificios cuyo fruto no verán sino generaciones posteriores. Un régimen político que no aspirara sino a dar satisfacción inmediata a los intereses actuales de los nacionales, podría comprometer con ello la prosperidad futura de la Nación. Por otra parte, aun prescindiendo del carácter de continuidad de la Nación, sería igualmente inexacto sostener que el interés colectivo se reduce a la suma de los intereses individuales, porque estos se contradicen a menudo, y por consiguiente no es posible adicionarlos. A lo sumo el interés nacional podría consistir, como afirma CARRÉ DE MALBERG, en un término medio, es decir, ocupar un justo centro entre esos intereses opuestos. A este respecto sostenía ROUSSEAU: "Con frecuencia hay mucha diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; esta solo mira al interés general; la otra mira al interés privado y no es sino una suma de voluntades particulares; pero quítense de estas voluntades los más y los menos que se neutralizan y queda como suma de diferencias la voluntad general".

<sup>27</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., pág. 37.

<sup>28</sup> Cit. por CARRÉ DE MALBERG, ibídem, pág. 39.

De una manera general, pues, el hecho fundamental que el jurista debe interpretar como referencia a la naturaleza jurídica del Estado es, como lo demuestra JELLINEK, su unidad. Toda teoría del Estado que prescindiera de este hecho, queda por fuera de la realidad. Esta unidad del Estado se manifiesta desde dos puntos de vista principales:

a) En primer lugar, el Estado es una *unidad de personas*. Si existe una estrecha relación entre el Estado y los hombres que lo componen; si estos hombres, por lo mismo que son los miembros del Estado, no pueden ser entonces considerados con respecto a él como terceros; si, por lo tanto, no se puede negar que, en cierto sentido, el Estado consiste en una pluralidad de individuos, por otra parte, sin embargo, es necesario observar que esta pluralidad se halla constituida y organizada en forma tal que se resume en una unidad indivisible. Para establecer que el Estado es una unidad de hombres conviene, pues, fijarse esencialmente en su estructura, es decir, en la organización que realiza esta unidad.

Este hecho innegable y esencial de la unidad del Estado no puede expresarse por la ciencia del derecho sino con ayuda del concepto de personalidad. Implica, en efecto, que la colectividad de los nacionales no se reduce a una mera sociedad de individuos, sino que forma, en su conjunto indivisible, un sujeto único de derechos, por lo tanto una persona jurídica. La personalidad del Estado no es, pues, una ficción, una comparación, una imagen, como han sostenido tantos autores, sino que es la expresión rigurosamente exacta de una realidad jurídica.

b) La personalidad del Estado resulta de un segundo hecho que es su *continuidad*. A tiempo que los individuos que componen el Estado o que expresan su voluntad en calidad de gobernantes, cambian sin cesar, el Estado permanece inmutable en su esencia; es permanente y, en este sentido, perpetuo. No solamente, pues, los individuos que coexisten en cada una de las etapas sucesivas de la vida del Estado forman en esos momentos diversos una unidad corporativa, sino que además la colectividad estatal es una unidad continua, ya que por su organización jurídica se mantiene, a través del tiempo, idéntica a sí misma e independiente de sus miembros transitorios. Esta inmutabilidad es una realidad que se pone de manifiesto por los siguientes hechos jurídicos: según el derecho público positivo, las leyes dictadas o los actos administrativos cumplidos en virtud de la potestad del Estado, así como los contratos celebrados por el Estado con los particulares o los tratados firmados por los Estados entre sí, sobreviven en la mayoría de los casos a la generación de individuos y al gobierno en cuya época nacieron o se realizaron.

#### 2.4 Conclusiones sobre la personalidad jurídica del Estado

Sea cual fuere la naturaleza de este ente como persona —ficción o realidad— el hecho es que a ella se atribuyen las características de la persona natural, particularmente la responsabilidad de las acciones de quienes la inte-

gran y representan. Así como los hombres o seres humanos deben responder jurídicamente de sus actos u omisiones, de la misma manera las personas jurídicas responden de los actos u omisiones de quienes las representan legalmente: el gerente de una sociedad comercial firma contratos que comprometen a esa sociedad; en igual forma el Estado debe responder de las obligaciones contraídas legalmente por quienes ejercen funciones en su nombre.

La teoría de la personalidad jurídica del Estado permite, pues, someterlo al ordenamiento jurídico al igual que cualquier persona natural: puede actuar como demandante o demandado, celebrar contratos, pagar indemnizaciones por daños causados a terceros, ser representado judicial y extrajudicialmente, etc. Todas esas actuaciones que el Estado cumple en la vida ordinaria pueden ser comprendidas mejor, gracias a la teoría de la personalidad jurídica del Estado.

### 3. LA SOBERANÍA DEL ESTADO

La doctrina clásica de la soberanía del Estado consiste fundamentalmente en el supuesto de que en toda sociedad existe un poder absoluto, superior e incontrolado, que tiene la decisión final con respecto a la adopción y promulgación de las normas jurídicas que deben regir esa sociedad. Según esta concepción, el soberano no está sujeto a ninguna autoridad superior y puede emplear —de manera ilimitada— la coacción sobre quienes están sometidos a su poder. El derecho puede estar así encarnado en una persona, como ocurriría en una monarquía absoluta o en un régimen autocrático, en una pluralidad de personas, como en las monarquías limitadas o en los regímenes aristocráticos, o en todo el conglomerado de la población como ocurre con las democracias.

La doctrina clásica confiere a la soberanía un carácter absoluto. De esta manera, la soberanía definiría al Estado en sí mismo.

#### 3.1 *Noción de la soberanía del Estado*

En términos generales, por soberanía se entiende un poder absoluto, por encima del cual no puede haber otro poder. Para BURDEAU *“la soberanía es la cualidad de no depender de ningún orden político”*, y el soberano es el poder que impone *“la idea de derecho”* incorporada al Estado. Para ESMEIN, *“la autoridad que naturalmente no reconoce potencia superior o concurrente en cuanto a las relaciones que ella rige, se llama la soberanía”*. Para CARRÉ DE MALBERG, *“la soberanía es el carácter supremo del poder: Supremo en cuanto a que ese poder no admite ningún otro por encima de él ni en concurrencia con él”*. Y agrega: *“cuando se dice que el Estado es soberano, hay que entender por ello que en la esfera donde su autoridad es llamada a ejercerse él detenta una potencia que no surge de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder”*

De estos conceptos se desprende, pues, que la soberanía del Estado es *absoluta*. De ahí que, como señala un autor, hablar de la soberanía absoluta es aún un pleonasma, puesto que la sustancia de la soberanía es lo absoluto<sup>29</sup>.

Es importante distinguir entre la soberanía *en el* Estado y la soberanía del Estado. La primera se refiere a la idea de jerarquía dentro de la organización social. Se considera soberana a la autoridad colocada en la cúspide dentro de la jerarquía constituida. La autoridad soberana no depende de ninguna otra y se impone, por el contrario, a los demás. El problema de la soberanía en el Estado es esencial dentro de la teoría del poder: las autoridades subordinadas derivan su derecho de gobernar directamente de la autoridad soberana. Pero esta, por su parte, ¿de quién deriva su poder? Las ideologías relativas a la legitimidad conciernen solamente al poder soberano, ya que es este el que es necesario justificar; los poderes subordinados encuentran en él su propia justificación. De ahí que las teorías de la legitimidad han sido llamadas “teorías de la soberanía”: teoría de la soberanía real, teoría de la soberanía popular, teoría de la soberanía nacional, etc.

El presente curso se ocupa del segundo aspecto de la soberanía: la soberanía del Estado. Esta hace referencia al lugar que ocupa el Estado en sí mismo dentro del conjunto de las organizaciones humanas. Jurídicamente la soberanía del Estado significa que este es el máximo poder dentro de una Nación, y que se impone a todos los grupos y personas no habiendo nada por encima de él. Reconocer que el Estado es soberano significa que los demás grupos —comunidades, sindicatos, agremiaciones, provincias, familias, partidos, etc.— le están subordinados, a tiempo que el Estado no lo está a ningún grupo superior. La soberanía del Estado se traduce, sobre el plano teórico y jurídico, en el hecho de su *supremacía* material.

Sin embargo, las nociones de supremacía y de soberanía difieren en estos puntos: la supremacía es relativa y limitada, ya que, de hecho, el Estado no es necesariamente el grupo mejor organizado y más solidario, en tanto que la soberanía es absoluta: sostener que el Estado no es completamente soberano equivale a decir que no es soberano; en segundo lugar, la supremacía no es sino un aspecto del Estado, el cual no se define por ella; por el contrario, “la soberanía es la forma que da el ser al Estado” (LOYSEAU), es decir, que ella equivale al criterio mismo del Estado —un Estado que no es soberano no es un Estado—; en tercer lugar, la supremacía es una noción de hecho, un juicio de valor, en tanto que la soberanía es el elemento de un sistema de valores según el cual la supremacía del Estado es considerada como buena. Así la teoría de la soberanía es una justificación de la supremacía<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> BERNARD CUBERTAFOND, “Souverainetés en crise?”, *Revue du droit public et de la science politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, septembre-octobre, Paris, pág. 1278.

<sup>30</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques*, ed. cit., pág. 37.



Para evaluar realmente el alcance de la soberanía, es necesario investigar las raíces históricas y el significado original de este concepto.

### 3.2 Desarrollo histórico del concepto de soberanía

La cuestión de la soberanía del Estado no se planteó en las antiguas organizaciones políticas orientales, ni entre los griegos o los romanos, aunque cabe recordar que fue en Roma donde primero se habló de *superanitas* para referirse a la autoridad suprema del emperador. Tampoco significó gran cosa este concepto durante la Edad Media, cuando —como se vio— el poder de los monarcas, nominalmente *soberanos*, era disputado por los diversos estamentos, entre los que se destacaban la Iglesia, los señores feudales, las municipalidades autónomas, los gremios, las órdenes de caballería y el Sacro Imperio Romano-Germánico, que aspiraba a imponerse universalmente y se resistió a reconocer la existencia de entidades territoriales autónomas. Se ha dicho también que ni en el antiguo Oriente ni en Grecia, como tampoco en Roma ni en el medioevo, el Estado era la organización predominante dentro de la comunidad; no existía —salvo quizás en Roma—, un sistema jurídico unificado ni un órgano supremo que coordinara los diversos sistemas jurídicos. Cada poder independiente pretendía imponerse sobre los demás.

**3.2.1 Origen del moderno concepto de soberanía estatal.**—Ya en el período de la baja Edad Media (siglo XIII en adelante) se fue extendiendo en la mente de los pensadores más lúcidos de la época la idea de un sistema jurídico unificado, dotado de supremacía sobre reglas contradictorias, capaz de imponer su autoridad y, por ende, de permitir una mayor estabilidad y seguridad al ejercicio del poder monárquico. Entre los pensadores que propugnaron el establecimiento de un fuerte poder secular encontramos a DANTE ALIGHIERI con su obra *De Monarchia* (1310). Pero es en Francia donde deben buscarse los orígenes del moderno concepto de soberanía del Estado. Fue este el primer país europeo donde se desarrolló un fuerte poder monárquico de carácter nacional y territorial, a través del proceso de afianzamiento político de la dinastía de los Capeto<sup>31</sup>.

El concepto moderno de soberanía nació de la lucha emprendida por la realeza —especialmente en Francia— para asegurar su independencia externa frente al Sacro Imperio y al Papado, y su supremacía interna frente a los señores feudales. Al combatir la pretensión del Sacro Imperio de extender su supremacía por encima de todos los reinos cristianos y tener subordinados a los reyes como vasallos suyos, los monarcas franceses hicieron la tajante afirmación de que “el rey de Francia es emperador en su reino”, complementada por la máxima *les rois n'a point de souverains et choses temporeux*, que aparece en los *Establecimientos de San Luis*<sup>32</sup>. La doctrina que proclama la independencia

<sup>31</sup> V. *supra*, pág. 190.

<sup>32</sup> *Établissements de Saint Louis*, vol. II, Ed. Violet, pág. 370 (cit. por CARRÉ DE MALBERG, pág. 84).

estatal de la realeza frente al papado, cobró fuerza a raíz del conflicto de potestades entre el rey Felipe el Hermoso y el papa Bonifacio VIII<sup>33</sup>. Y para superar los obstáculos que en el interior le oponía el sistema feudal y extender su poder directo sobre todo el reino, los reyes franceses se esforzaron por todos los medios, por imponer su autoridad sobre los díscolos y todopoderosos señores. Así, el concepto de *soberanía-real* aparece en sus orígenes como un arma forjada para sostener a la monarquía en su lucha para contrarrestar el poder del emperador, el papa y los señores. A su elaboración doctrinal contribuyeron notablemente los legistas de Montpellier, y autores como JUAN DE PARÍS, quien, no obstante ser dominico, escribió la obra *De potestate regia et papali* (1303), en la cual hizo una sólida defensa de la autoridad del rey frente a la del papa.

**3.2.2 Soberanía papal vs. soberanía secular.**—La hostilidad contra la teoría de la soberanía papal, expresada en la obra crítica de JUAN DE PARÍS, aumentó con el fracaso de las pretensiones de Bonifacio VIII en Francia y con el cisma de Aviñón, durante el cual los pontífices residenciados en esta ciudad se colocaron bajo la influencia de los reyes franceses. Cuando uno de esos pontífices, Juan XXII, intentó intervenir en la disputa por la sucesión imperial en Alemania, en 1323, surgió una nueva controversia entre las dos potestades, cuyo resultado fue un nuevo repudio al intento papal de situarse como supremo árbitro internacional. En efecto, los electores del imperio declararon que una elección de emperador no requería la confirmación pontificia, lo cual fue ratificado en la Bula de Oro de 1356, quedando así establecida, también en Alemania, la independencia de la autoridad temporal respecto de la espiritual.

En el curso de esa controversia aparecen, en defensa del rey Luis de Baviera, dos de los más grandes pensadores políticos del medioevo: MARSILIO DE PADUA y GUILLERMO DE OCCAM. Su argumentación acerca de los principios de la autoridad política, no tenía aplicación particular a Alemania, sino, en mayor medida, al gobierno de la Iglesia y a la teoría de la soberanía pontificia. El problema cambió de forma, convirtiéndose en el de la relación entre un soberano y el cuerpo de súbditos a los que gobernaba, referido concretamente al poder del papa y al carácter de soberana que se le daba a la autoridad espiritual. En su obra, *Defensor pacis* (1324), MARSILIO DE PADUA se propuso no tanto defender el imperio, sino criticar el sistema del imperialismo papal que se venía desarrollando. Su objeto era definir y limitar del modo más categórico posible las pretensiones de la autoridad espiritual encaminadas a controlar, directa o indirectamente, la acción de los gobiernos seculares, y en ello fue más lejos que ninguno de los escritores medievales en lo que se referiría a colocar a la Iglesia bajo el poder del Estado<sup>34</sup>.

La base filosófica de la teoría de MARSILIO DE PADUA derivaba de ARISTÓTELES: consideraba su obra como un suplemento de la parte de *La política* que

<sup>33</sup> V. *supra*, pág. 192.

<sup>34</sup> G. SABINE, ob. cit., pág. 219.

estudia las causas de las discordias y las revoluciones civiles, y aboga por el principio aristotélico de la comunidad autárquica, capaz de proveer a sus necesidades físicas y morales.

La teoría de GUILLERMO DE OCCAM, teólogo inglés formado en la Universidad de Oxford, diseminada en una vasta serie de obras polémicas, está elaborada con menos consistencia que la de MARSILIO, y es, por ello, más difícil de captar. OCCAM fue portavoz de aquella parte de la orden franciscana cuyos miembros, denominados “espirituales”, defendían la pobreza clerical y fueron excomulgados por el papa Juan XXII<sup>35</sup>. Su problema era en esencia el de los derechos de los súbditos frente a sus gobernantes, la limitación de la autoridad papal, soberana en materia de fe, y el derecho de una minoría a resistir la coacción. El problema se planteó entre la Iglesia universal y la “iglesia de Aviñón”; OCCAM considera la soberanía papal, desde el punto de vista del cristianismo, como una herejía, y desde el punto de vista político como un desastre que había colmado a Europa de discordias, había destruido la libertad cristiana y conducido a una invasión de los derechos de los gobernantes seculares, y abogaba por la independencia de los creyentes cristianos contra las pretensiones de un “papa herético”. Sin embargo, para él seguían siendo posibles el apoyo y la colaboración de las dos potestades, siempre y cuando cada una de ellas actuara dentro de los límites establecidos por la ley divina y la ley natural<sup>36</sup>.

La rivalidad entre las dos potestades —o entre las dos soberanías, la eclesiástica o papal y la secular o temporal—, se mantuvo durante largo tiempo, aunque ya en el siglo XV la Iglesia había cedido a la vieja ambición de situarse como árbitro de todas las disputas de la cristiandad, y más bien se había concentrado en la tarea de conservar, a través de los Estados pontificios, la soberanía sobre la Italia central. Ello implicaba para Europa un cambio fundamental en su evolución política. Y fue en medio de este proceso, acelerado con el Renacimiento, que aparece la figura y la obra del más agudo escritor político de la época: NICOLÁS MAQUIAVELO.

**3.2.3 Maquiavelo y el absolutismo estatal.**—MAQUIAVELO vivió en momentos en que ya al menos en tres Estados europeos se había producido el tránsito del feudalismo al absolutismo moderno: en Francia ese proceso se había consolidado con el rey Luis XI, en España se había producido bajo los reyes católicos Fernando e Isabel, y en Inglaterra se había iniciado durante el reinado de Enrique VII. Italia, en cambio, se encontraba dividida en ese momento en cinco Estados: el reino de Nápoles al sur, el ducado de Milán al noreste, la república aristocrática de Venecia al noreste, la república de Florencia y los Estados pontificios al centro. Pese a la relajación y al libertinaje que en esos tiempos se vivía en la corte papal, cuando el trono de San Pedro fue ocupado por los Médicis y los Borgia, estos papas consiguieron hacer de su Estado

<sup>35</sup> Cfr. UMBERTO ECO, *El nombre de la rosa*, Barcelona, Ed. Lumen, S. A., 1987.

<sup>36</sup> Sobre MARSILIO DE PADUA y GUILLERMO OCCAM, v. G. SABINE, ob. cit., págs. 217 y ss.

el más fuerte y consolidado de Italia. Y como la mayor parte de los italianos de su época, MAQUIAVELO consideraba que la Iglesia era la principal responsable de que Italia no lograra su unidad. Así lo expresó con vehemencia, en una de sus obras fundamentales, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, en la cual analiza el proceso de expansión de la república romana y expresa su admiración por el gobierno popular que en ella rigió, pero que consideraba impracticable en la Italia de su tiempo.

Tanto en ese libro como en *El príncipe* —su más importante obra política— MAQUIAVELO se ocupa de estudiar las causas del auge y decadencia de los Estados y los medios a través de los cuales los gobernantes pueden hacer que perduren. Tanto en el *Discurso* como en *El príncipe*, se ponen de manifiesto dos rasgos característicos del pensamiento maquiavélico: la indiferencia por la apelación a medios inmorales para conseguir fines políticos, y la creencia en que el gobierno se basa, en gran parte, en la fuerza y la astucia. El rasgo más notorio del escritor y diplomático florentino fue el de que planteó la política como un fin en sí mismo. Por ello escribió casi exclusivamente sobre la mecánica del gobierno, los medios con los que se puede fortalecer el Estado, la política susceptible de aumentar su poder y los errores que llevan a su decadencia y ruina. Para él la finalidad de la política es conservar y aumentar el poder, y el patrón para juzgarla es el de su éxito o fracaso en la consecución de ese objetivo. Que una política sea cruel o injusta le es indiferente, con tal que logre sus fines; lo que cuenta es ante todo la habilidad desplegada para ello. Con razón dice SABINE que la mayor parte de su obra “no es tanto inmoral como amoral”: se limita a abstraer la política de toda otra consideración, entendiéndola como un fin en sí. En el *Discurso* lo plantea sin ambages: “Cuando se trata de salvar a la patria, no hay que pararse a considerar ni siquiera por un momento, si algo es legal o ilegal, moderado o cruel, laudable o vergonzoso, sino que dejando de lado a toda otra consideración, se deben seguir hasta el fin cualesquiera resoluciones que salven la vida al Evado y le preserven su libertad”.

MAQUIAVELO no pretendió, en su obra, estudiar a fondo el problema de la organización política de los Estados, ni el de su soberanía, sino que se centró en el de organizar, en la Italia de su tiempo, un Estado en una sociedad que juzgaba corrompida. Por ello consideraba que el único gobierno eficaz para tal sociedad era el de la monarquía absoluta, aunque en el fondo sus simpatías iban hacia el régimen republicano del tipo romano. Para él el gobierno se funda en la debilidad e insuficiencia del individuo, incapaz de protegerse contra la agresión de otros individuos, a menos que tenga el apoyo del poder del Estado. Consideraba —y en ello es también precursor de HOBBS—, que la naturaleza humana es profundamente agresiva y ambiciosa; en consecuencia los hombres se encuentran siempre en situación de lucha y competencia. Por ello insiste en que el gobierno que quiera tener éxito debe aspirar ante todo a garantizar la seguridad de la vida y la propiedad, los deseos más universales del hombre. Para él un Estado afortunado tiene que ser fundado por un solo hombre, y las

leyes y el gobierno por él creados determinan el carácter nacional de su pueblo. Las virtudes morales y cívicas surgen de la ley y, cuando una sociedad se ha corrompido, no puede nunca reforzarse por sí misma sino que tiene que tomarla en manos un legislador omnipotente que restaure los sanos principios establecidos por su fundador.

Esta concepción política de MAQUIAVELO se vería más tarde complementada y sistematizada por la concepción del poder soberano de JEAN BODIN. Pero antes de esta, nuevas y álgidas polémicas de contenido religioso en torno al fundamento del poder habrían de agitar a Europa.

**3.2.4 Los conflictos religiosos y el poder temporal.**—Ya se ha visto cómo desde el final de la Edad Media y durante la época del Renacimiento (siglos XV-XVI) se produce en lo político, a causa de diversos factores, algunos de ellos ya señalados, el tránsito del feudalismo al absolutismo monárquico. Uno de los factores que tuvo incidencia en este proceso fue la Reforma protestante. La Reforma, junto con las controversias sectarias a que dio lugar, aceleró la tendencia ya existente, a aumentar y consolidar el poder de las monarquías. En Alemania MARTÍN LUTERO, padre de la Reforma, descubrió pronto que el éxito de ella dependía de la posibilidad de obtener la ayuda de los príncipes. Y el resultado práctico de su ruptura con Roma fue que el gobierno secular se convirtió en agente de la Reforma, primero en Alemania, y luego en Inglaterra, donde contribuyó a reforzar el poder absoluto de Enrique VIII e Isabel I. Lo cierto fue que a medida que la controversia religiosa se fue extendiendo por Europa, el rey fue quedando como único punto alrededor del cual pudiera realizarse la unidad nacional. Si bien es cierto que mientras en la Alemania del norte y en Inglaterra el protestantismo estuvo al lado de los príncipes, en Francia y en España estuvo aliado con los movimientos particularistas de la nobleza, las provincias o las ciudades libres. Pero en ambas situaciones la monarquía fue la beneficiaria de las luchas de religión.

La monarquía entonces no solo recibió el respaldo de las clases burguesas —como antes se vio—, sino también el de los reformadores religiosos que, por su conveniencia, se unieron a las fuerzas económicas existentes para hacer del régimen absolutista la forma típica de gobierno en Europa. En su lucha contra el papado, el respaldo a los gobernantes seculares se convirtió en un artículo primordial de fe religiosa. Y así, el punto más controvertido de la filosofía política pasó a ser el de si los súbditos tenían derecho a resistir a sus gobernantes, o si tenían una obligación de obediencia pasiva hacia ellos. Tanto LUTERO como JUAN CALVINO, pese a que simpatizaban, más el primero que el segundo, con la causa de la libertad personal, sostuvieron la opinión de que la resistencia a los gobernantes era mala y que los súbditos tenían respecto de sus gobernantes un deber de *obediencia pasiva*. Naturalmente estas ideas tenían una profunda connotación política: la de contrarrestar el poder de la Iglesia de Roma y destruir el concepto de Iglesia universal. LUTERO abordó la política desde un punto de vista teológico; no fue un filósofo político, sino un teólogo

político que le dio carácter divino al gobierno temporal o laico, a tiempo que lo consideró una barrera contra la anarquía; de ahí su condena a la rebeldía contra el poder civil.

Su teoría de que el gobierno tenía carácter divino la aplicó no solo a la monarquía sino a todas las formas de autoridad política. Esta teoría, lo mismo que la de la obediencia pasiva, fue compartida por los primeros reformadores, incluido, como se dijo, CALVINO. Solamente en la segunda mitad del siglo XVI, ambas teorías comenzaron a ser cuestionadas por los protestantes escoceses, con JOHN KNOX a la cabeza, y por los hugonotes franceses, para justificar su lucha contra los monarcas católicos de ambos países. Por su parte, el erudito escocés GEORGE BUCHANAN sostuvo, siguiendo la línea de los hugonotes franceses, que el poder deriva de la comunidad y, en consecuencia, tiene que ser ejercido de acuerdo con el derecho de la comunidad, y que la obligación de obediencia está necesariamente condicionada al cumplimiento por parte del rey de los deberes de su oficio. También en los Países Bajos se utilizó esta argumentación política para justificar la resistencia al despotismo español impuesto sobre ellos.

Ante el avance del protestantismo, sobre todo en el norte de Europa, surgió el movimiento de la Contrarreforma católica, en el cual jugó papel fundamental la Compañía de Jesús, fundada por San IGNACIO DE LOYOLA en 1534, así como la colaboración del Concilio de Trento (1545-63), reunido para introducir sustanciales reformas en el seno de la Iglesia. Varios escritores católicos, especialmente jesuitas, sostuvieron, al igual que muchos protestantes, la teoría que hacía derivar el poder del gobernante del consentimiento del pueblo, y defendieron el derecho de resistencia contra el gobierno despótico. Los católicos estaban influidos por las mismas tradiciones constitucionales que llevaron a los protestantes a defender el gobierno representativo frente al absolutismo; pero, a diferencia de estos, los jesuitas enfocaron su teoría para apoyar una forma revisada de la antigua teoría de la supremacía del papa en cuestiones morales y religiosas. Los jesuitas deseaban formular de nuevo una teoría moderada de la superioridad papal, siguiendo las líneas sugeridas por SANTO TOMÁS, adaptadas a las condiciones políticas de la época. Su aspiración era volver a ganar para la Iglesia de Roma a quienes se habían separado de ella, concediendo el hecho de la independencia en cuestiones seculares, pero salvando para el papa alguna forma de supremacía espiritual sobre el conjunto de los Estados cristianos, con lo cual se atrajeron la animadversión tanto de los protestantes como de los católicos nacionalistas.

Entre los más importantes polemistas católicos del siglo XVI se destaca el jesuita ROBERTO BELARMINO, quien planteó claramente la teoría de la Compañía respecto de la posición del papado frente al poder temporal. Reconociendo que el papa no tiene autoridad en cuestiones seculares, sostuvo que, sin embargo, es jefe espiritual de la Iglesia y, por tanto, tiene un poder indirecto sobre cuestiones temporales, exclusivamente para fines espirituales. El poder de los gobernantes seculares no procede directamente de Dios, como lo afirmaban los monarquistas, ni del papa, como lo habían sostenido los defensores

del poder pontificio, sino de la misma comunidad, para sus fines temporales. El poder del monarca es, pues, temporal, tanto por su origen como por sus fines; solo el papa recibe el poder directamente de Dios y, por lo tanto, tiene potestad para regular a la autoridad secular, con fines espirituales.

Por su parte, el español JUAN DE MARIANA, otro de los grandes pensadores jesuitas, cuya doctrina está especialmente influida por consideraciones de tipo constitucional, consideraba a *las Cortes* como guardianes de las leyes a las que el monarca estaba plenamente sujeto. Hacía derivar el poder del monarca de un contrato con el pueblo, representado por las Cortes, a las que estaba reservado el poder de modificar el derecho. MARIANA construyó esta teoría constitucional basándose en una explicación del origen de la sociedad civil que parte de un estado de naturaleza anterior al gobierno, en el que los hombres vivían en una especie de existencia animal, sin los vicios ni las virtudes de la vida civilizada. MARIANA justificaba el tiranicidio como remedio contra la opresión política, lo cual le valió severas condenas a su obra *De rege et regis institutione* (1599)<sup>37</sup>.

Pero, sin duda, el exponente más importante de la teoría política jesuita fue el filósofo escolástico y jurista español, FRANCISCO SUÁREZ, autor, entre otras, de la obra *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (*Tratado de las leyes y de Dios legislador*), publicada en 1612. SUÁREZ concebía al papa como jefe espiritual de una familia de naciones cristianas, y, en consecuencia, como portavoz de la unidad moral de la humanidad. En tanto que la Iglesia es una institución universal y divina, el Estado es nacional y particular; sobre esta base defendió SUÁREZ, como lo había hecho MARIANA, la potestad indirecta del papa para regular a los gobernantes temporales con fines espirituales. El Estado es una institución específicamente humana, basada en las necesidades humanas y que tiene su origen en la unión voluntaria de los cabezas de familia. Por este acto voluntario, cada uno de ellos asume la obligación de realizar todo lo que requiera el bien general, en tanto que la sociedad civil, así formada, tiene un poder natural y necesario de regir a sus miembros para el bien general y de hacer todo lo que su vida y necesidades exijan. De esta forma SUÁREZ establece el principio de que el poder de la sociedad de gobernarse a sí misma y a sus miembros, es una propiedad inherente a todo el grupo social, que no depende de la voluntad de Dios, sino que es un fenómeno puramente natural que pertenece al mundo físico, y que se relaciona con las necesidades sociales del hombre. SUÁREZ no apoya ningún sistema de gobierno en particular; admite que cuando el poder político no funciona en beneficio de la comunidad de la cual deriva, puede cambiarse.

**3.2.5 Teoría del derecho divino de los reyes.**—Como respuesta a las teorías de que el poder político provenía del pueblo, quienes defendían el absolutismo monárquico y la vigencia de una religión oficial respondieron con la teoría del derecho divino de los reyes. Se trataba de revivir la creencia muy

<sup>37</sup> G. SABINE, ob. cit., págs. 289 y ss.

antigua del carácter divino de la autoridad civil, adaptándola a las circunstancias del siglo XVI. El derecho divino se invocaba en defensa del orden y la estabilidad políticas, frente a una oposición que, para muchos, aumentaba los riesgos de las guerras civiles de religión.

En su forma moderna, como anota SABINE<sup>38</sup>, la teoría del derecho divino de los reyes se desarrolló un poco más tarde que las teorías que trataban de limitar el poder real y como respuesta a ellas. Cristalizó como consecuencia de los desórdenes de las guerras civiles y correspondió exactamente al aumento real de poder de la corona francesa, que llegó al fin del siglo XVI a ser más fuerte de lo que era antes de que se iniciasen esas guerras. Al final de esa centuria la corona estaba lista para la última etapa que la llevaría al apogeo del absolutismo, bajo Luis XIV. Era la única solución compatible con el mantenimiento de un gobierno nacional efectivo en Francia. En vista de que ni los católicos ni los protestantes podían lograr una victoria absoluta y que su lucha podía destruir la unidad lograda, el único camino razonable era el de exaltar la autoridad del rey como árbitro supremo de la nación, al cual debían sujetarse todos los súbditos sin distinción. Esa teoría representó así una reacción nacional contra la desunión interna y la debilidad externa.

Pero aunque todos los cristianos aceptaban el postulado de SAN PABLO de que toda potestad venía de Dios, quedaba planteada la polémica entre quienes, como los pensadores jesuitas, sostenían el legítimo derecho de resistencia al gobernante injusto, y quienes como LUTERO y CALVINO interpretaban la teoría del derecho divino en el sentido de que los súbditos debían a sus gobernantes obediencia pasiva y que, por tanto, la rebelión, aun por motivos religiosos, tenía un carácter sacrílego. De esta manera la teoría del derecho divino de los reyes adquirió una connotación política, y como tal fue esgrimida tanto por reyes protestantes, como Jacobo I de Inglaterra, como por reyes católicos, como Luis XIV de Francia. Pero el deber de obediencia pasiva no significaba que el rey fuera enteramente irresponsable y pudiera obrar a su exclusivo arbitrio. Se suponía que él era responsable en el grado más alto y que tenía que obrar conforme a las leyes de Dios y de la naturaleza. Su obligación era hacia Dios, y, por tanto, no se le podía someter al juicio humano.

**3.2.6 La contribución de Jean Bodin.**—Fue el jurista y filósofo francés JEAN BODIN quien, en la segunda mitad del siglo XVI sacó el concepto de poder soberano del limbo de la teología, en el que lo había puesto la teoría del derecho divino, y, alejándose del partidismo religioso, lo formuló dentro de un sistema filosófico de ideas políticas. BODIN es, así, considerado como el primer autor moderno de la teoría de la soberanía, considerada como atributo jurídico del poder político. Su obra *Les six livres de la république* publicada en 1576, fue el más importante planteamiento intelectual de cuantos se hicieron en esa época por parte de un grupo creciente de pensadores políticos, que veían en el

<sup>38</sup> *Ibíd.*, pág. 292.



poder regio el soporte fundamental de la paz y el orden y que, en consecuencia, trataban de elevar al rey como centro de la unidad nacional, por encima de todas las sectas religiosas y partidos políticos.

BODIN se inspiró también en ARISTÓTELES en su estudio de lo que debe ser la organización de la república y de la familia, así como en el del fin del Estado, que define como “el recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con potestad soberana”, pero del cual no plantea una teoría muy clara. La parte más importante de la filosofía política de BODIN es la correspondiente a la exposición del principio de la soberanía. En su concepto lo que distingue al Estado de todos los demás grupos formados por familias, es la existencia de un poder soberano. En consecuencia, comienza por definir la soberanía como un “poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a las leyes”. Los elementos que definen el Estado son soberano y súbdito; puede haber entre los ciudadanos innumerables relaciones, pero es la sujeción a un soberano común lo que les hace ciudadanos.

El elemento esencial de la comunidad política —la *cit *— es la presencia de un soberano común, sin el cual esta no es un Estado (*république*)<sup>39</sup>. El poder soberano es, entonces, *perpetuo*, no estando limitado a un período determinado de tiempo; es *inalienable* y no est  sujeto a prescripción; no est  sometido a las leyes, porque el soberano es la fuente del derecho; no es legalmente responsable ante los súbditos, porque solo está limitado por las leyes de Dios y de la naturaleza. La ley del país no es sino el mandato del soberano y, en consecuencia, toda limitación del poder de mandato es extralegal. El atributo primario de la soberanía es el poder de dar leyes a los ciudadanos, tanto colectiva como individualmente, sin el consentimiento de un superior.

A partir de BODIN la soberanía aparece como un atributo esencial del Estado y no ya simplemente como un atributo personal del monarca. Pero *Los seis libros de la república* tenían un objetivo político: presentar al rey de Francia como cabeza de toda la organización política, construyendo un baluarte para los derechos de la monarquía frente a las pretensiones estamentales que subsistían de la época feudal. Sin embargo, admitía la existencia de corporaciones —como los Estados Generales— que actuaran al lado del monarca, formando junto con él la constitución del reino. Por lo demás, BODIN acoge la antigua división de los tres sistemas de gobierno que habían planteado griegos y romanos: “Afirmamos que solo hay tres Estados o tres clases de república, que son: la monarquía, la aristocracia y la democracia. Se denomina monarquía cuando la soberanía reside, como hemos dicho, en una sola persona, sin que participe en ella el resto del pueblo; democracia o Estado popular, cuando todo el pueblo o la mayor parte, en corporación, ostenta el poder soberano; aristocracia, cuando la parte menor del pueblo ostenta en corporación la

<sup>39</sup> “La república sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de esta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república” (Rep. I, 2).

soberanía y dicta la ley al resto del pueblo, sea en general o en particular”<sup>40</sup>. Pero para él esos tres sistemas no pueden combinarse; no admite formas mixtas de Constitución. Además, fue tal vez el primero en distinguir “Estado” de “gobierno”, al identificar al primero con el poder soberano y al segundo con el aparato mediante el cual se ejerce de hecho el poder.

Tras analizar minuciosamente lo que él llama las tres formas legítimas de gobierno, se inclina nítidamente por la monarquía, forma que se adecua mejor a las exigencias de la soberanía como poder de decisión. Es posible que “la soberanía, indivisible e incommunicable resida en uno solo, en la parte menor de todos o en la mayor parte” (Rep. II, 7), pero “si se trata de mandar, uno solo lo hará mejor” (Rep. VI, 4). Y en otro aparte dice: “El principal atributo de la república—el derecho de soberanía—, solo se da y conserva en la monarquía”. BODIN insiste a lo largo de *La República* en su idea de una “república bien ordenada”, la cual, a su juicio, se consigue en aquella en que la soberanía es indivisa porque reside en una sola persona.

Sin duda la teoría de la soberanía de BODIN fue la más clara de las formuladas en el siglo XVI, pero, como anotan algunos críticos, sus dos caras—el constitucionalismo y el poder centralizado—no llegan a estar realmente ensambladas. La ley natural, en la que se basa en todas sus partes el edificio, es aceptada como tradición, pero no se le da un fundamento sólido. Los fines de un Estado bien ordenado, la naturaleza de la obligación de obedecer de los súbditos y la relación entre el Estado y las familias que lo constituyen requieren de mayor análisis. De esta falta de claridad surgieron dos problemas que en el siglo siguiente al de BODIN ocuparon la atención de la filosofía política: el de la teoría de la soberanía expuesta en términos de poder, concepto desarrollado sistemáticamente por HOBBS, y el de una modernización y secularización de la antigua teoría iusnaturalista, para buscarle un fundamento ético y no meramente autoritario al poder político, revisión hecha en gran parte por GROCIO y por LOCKE que tuvo tanto éxito que el derecho natural llegó a ser, para los siglos XVII y XVIII, la forma científicamente válida de la teoría política<sup>41</sup>.

**3.2.7 De la soberanía monárquica a la soberanía popular.**—A partir del siglo XV, pero sobre todo a lo largo del siglo XVI, se produjo el proceso de conformación y consolidación de los Estados nacionales en Europa. A ello contribuyeron factores de diversa índole: sociológicos, como el despertar de la conciencia nacionalista; económicos, como el desarrollo del comercio exterior; intelectuales, como el Renacimiento y el redescubrimiento del derecho romano; religiosos, como la Reforma y el establecimiento de las iglesias nacionales; y políticos, como el desplazamiento de funciones de los estamentos feudales a manos de los reyes. Todos estos factores obraron en el sentido de atribuir al Estado un mayor ámbito de poder. Todo ello condujo a la instau-

<sup>40</sup> BODIN, *Los seis libros de la república*, Barcelona, Ediciones Orbis, S. A., 1973, pág. 97.

<sup>41</sup> G. SABINE, ob. cit., pág. 307.

ración de una autoridad suprema, que de hecho poseía todos los poderes necesarios para el cumplimiento de su misión. Teorías como la del derecho divino de los reyes y obras como *Los seis libros de la república* de BODIN contribuyeron a darle un fundamento jurídico al absolutismo monárquico que, de hecho, se impuso en casi todas partes en los siglos XVI y XVII. Durante este régimen, el concepto de soberanía se confundió con el de soberanía monárquica y este con el de soberanía estatal. De ahí la expresión “El Estado soy yo” atribuida al más absolutista de los reyes franceses, Luis XIV.

Pero de otro lado, y por la misma época, se produjo un replanteamiento de las teorías iusnaturalistas y contractualistas, por obra de pensadores como ALTHUSIUS, GROCIO y PUFENDORF<sup>42</sup>, que implicaba la refutación, o al menos, el severo cuestionamiento del concepto de soberanía monárquica. Y así, aunque dentro de las nuevas corrientes iusnaturalistas y contractualistas figuraba la absolutista de HOBBS<sup>43</sup>, su propósito de demostrar cómo el atributo de la soberanía le pertenecía al pueblo y no a un monarca ni a una sola persona, acabó por imponerse, a través de LOCKE, de MONTESQUIEU y, sobre todo, de ROUSSEAU, con quien las teorías democráticas sobre la soberanía alcanzan su máxima expresión<sup>44</sup>. Fue así como a partir de *El contrato social*, la teoría de la *soberanía popular* se convirtió en una bandera política que se enarboló primero a raíz de la lucha por la emancipación de las colonias británicas de Norteamérica, luego en la Revolución francesa y después en las revoluciones de independencia de las antiguas colonias hispanoamericanas.

Y así como la antigua soberanía monárquica significaba que el rey tenía un derecho personal, innato, a ser el órgano supremo de la potestad estatal, así también en la teoría absoluta de la soberanía popular, el cuerpo de ciudadanos es soberano, en el sentido de que posee la potestad suprema no en virtud de una devolución derivada del orden jurídico establecido en el Estado, sino en virtud de un derecho primitivo anterior al Estado y a toda Constitución. Por lo tanto —dice CARRÉ DE MALBERG—, el concepto de soberanía popular se funda directamente sobre una confusión entre la soberanía estatal y la potestad del más alto órgano del Estado<sup>45</sup>.

**3.2.8 Soberanía popular y soberanía nacional.**—La teoría roussoniana de la *soberanía popular* fue modificada durante la Revolución francesa que consagró, el principio de la *soberanía nacional*, al designar al conjunto de los individuos, considerado como Nación, como titular de la soberanía. En efecto, el artículo 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresa-

<sup>42</sup> V. *supra*, pág. 205.

<sup>43</sup> V. *supra*, pág. 207.

<sup>44</sup> V. *supra*, págs. 211 y 212.

<sup>45</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., pág. 93.

mente de ella". De este principio se desprende que la soberanía no existe fraccionada en cada uno de los ciudadanos —como pretendía ROUSSEAU—, sino que reposa en la totalidad del cuerpo social llamado nación. El ciudadano no es el poseedor de una porción de soberanía, sino que participa de su titularidad en cuanto es componente de la Nación. Para ROUSSEAU, si una sociedad está formada por diez mil ciudadanos, cada uno de ellos posee la diez milésima parte de la soberanía. Pero, como dice CARRÉ DE MALBERG, en el momento en que ese principio se consagró no había 25 millones de soberanos, sino uno solo: la Nación francesa.

Muchos Estados en la era moderna han adoptado en sus constituciones el principio de la soberanía nacional, en tanto que otros han consagrado el de la soberanía popular. Aunque la adopción de uno u otro principio tiene implicaciones de orden práctico, como más adelante se verá, en la realidad, en la mayoría de los casos solo se trata de una distinción de tipo semántico, sin consecuencias materiales de trascendencia. Por ejemplo, en América Latina mientras algunas constituciones como la costarricense, la chilena o la uruguaya hablan de soberanía nacional, otras como la boliviana, la brasileña, la ecuatoriana, la mexicana o la peruana hablan de soberanía popular; en la realidad, todas ellas aplican —cuando en el respectivo país se practica la democracia representativa, naturalmente—, el principio de la soberanía nacional.

La Constitución francesa, por su parte, adopta una fórmula de transacción, pues establece en su art. 3º que "*la soberanía nacional pertenece al pueblo quien la ejerce por sus representantes y por la vía del referéndum*". Y añade en el segundo párrafo: "*Ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse el ejercicio de ella*". Con esta declaración la Constitución francesa define de una vez por todas el problema. Se afirma que esta fórmula resulta contradictoria, pues comprende dos posiciones irreconciliables<sup>46</sup>, pero tiene, por otro lado, la virtud de no romper con la tradición jurídica francesa, ya que la expresión de que la soberanía pertenece al pueblo no implica que ella esté fraccionada o individualizada —como lo aclara el párrafo segundo antes visto— sino que pertenece a la colectividad entera e indivisible y no conlleva mandato imperativo, característico de la teoría de la soberanía popular.

### 3.3 *El concepto de soberanía en la Constitución colombiana*

En Colombia, bajo el influjo de la concepción surgida de la Revolución Francesa, las diversas constituciones a lo largo de la era republicana siempre consagraron el principio de la soberanía nacional. El art. 2º de la Constitución de 1886 decía: "*La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación y de ella emana los poderes públicos que se ejercen en los términos que esta Constitución establece*". Este principio estaba complementado con el artícu-

<sup>46</sup>J. VIDAL PERDOMO, ob. cit., pág. 67.

lo 105, que definía el carácter de la representación popular en los cuerpos colegiados así: “Los individuos de una y otra cámara representan a la Nación entera y deberían votar consultando únicamente la justicia y el bien común”. Y por su parte el artículo 179 decía explícitamente: “El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato ni confiere mandato al ciudadano electo”. De esta manera, el ciudadano elegido al Congreso no adquiriría el carácter de “mandatario” de quien lo eligió, sino de toda la Nación, y al votar debía tener en consideración, de manera exclusiva, los supremos intereses nacionales —la justicia y el bien común—, antes que los particulares de sus electores. El mandato resultante del principio de la soberanía nacional es, pues, un mandato *representativo*, lo cual implica que una vez conferido no puede revocarse, contrariamente a la concepción del mandato en derecho privado, en la cual el mandato es *imperativo*, esto es que en caso de ser desatendida la instrucción del mandante puede ser revocado.

La Constitución colombiana de 1991 varió la tradicional concepción de la soberanía. Al establecer en su art. 3º: “*La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*”, se volvió a consagrar, así, la noción de soberanía popular, al establecer como fuente del poder no ya la voluntad de la Nación, sino la de los individuos, la suma de cuyas voluntades es el poder supremo. Se abrió paso, en esta misma norma, a la democracia directa, aunque sin dejar de lado la democracia participativa, al agregar que “el pueblo la ejerce (la soberanía) en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

La norma que antes consagraba el art. 105 fue reemplazada en la nueva Constitución por la del art. 133, así: “*Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común*”. Nótese que ya no se habla de “los individuos de una u otra cámara” sino, en general de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa, esto es que además de los congresistas la norma se refiere también a los diputados a las asambleas departamentales, a los concejales municipales y distritales, a los miembros de juntas administradoras locales y, en general, a todos los integrantes de cuerpos colegiados de elección popular. Pero además ya no se dice que representan “a la Nación entera”, como un todo, sino “al pueblo”, lo cual refuerza el concepto de soberanía popular. Y, por lo demás, se cambió el vocablo “votar” por “actuar” y se suprimió la palabra “únicamente”, al decir que deberán consultar la justicia y el bien común. Por otra parte, en este mismo artículo se reafirma el principio de la soberanía popular, al señalar expresamente la responsabilidad del elegido frente a sus electores: “*El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura*”. Por lo demás, consecuente con lo anterior, desapareció en la nueva Constitución el precepto contenido en el art. 179 antes descrito.

Así pues, la Constitución de 1991 al consagrar en la forma antes señalada el concepto de soberanía popular, amplió los mecanismos de participación ciudadana en la elección y control de los elegidos, abriendo paso a instituciones nuevas como la de la revocatoria del mandato<sup>47</sup>, la de la pérdida de la investidura<sup>48</sup>, y el voto programático<sup>49</sup>.

### 3.4 Características y consecuencias de la soberanía del Estado

La doctrina clásica le ha reconocido al principio de la soberanía del Estado las siguientes características: 1º) *Es una e indivisible*: No es posible admitir fraccionamientos o divisiones en el ejercicio de la soberanía, so pena de que ella desaparezca; o el Estado es titular de la soberanía *total*, o simplemente no es Estado soberano, como tuvimos oportunidad de verlo anteriormente. 2º) *Es absoluta*: Por su naturaleza, este atributo no admite escalas o grados; es este carácter el que le permite a un Estado actuar frente a los demás con una completa independencia y en un mismo pie de igualdad jurídica, dentro de los esquemas del derecho internacional. 3º) *Es permanente*: Existe en tanto exista el Estado y no se agota por su ejercicio. 4º) *Es excluyente*: Donde una soberanía tiene vigencia no puede existir otra soberanía; por ello bajo la jurisdicción de un Estado no cabe la de otro Estado. 5º) *Es indelegable e inalienable*: El ejercicio de la soberanía del Estado, que reside esencialmente en la Nación que compone ese Estado, no puede ser delegado ni alienado a ningún cuerpo ni individuo ya sea del propio Estado o, menos aún, de otro Estado. 6º) *Es incondicional*: No puede estar sujeta a condición o término.

Las consecuencias principales que se derivan de la soberanía del Estado son, en opinión de G. VEDEL<sup>50</sup>, en primer lugar que el Estado posee un *poder de autorganización*, y, en segundo lugar, la *facultad de expedir normas jurídicas*.

a) *Poder de auto-organización*. Este poder se traduce en que el Estado mismo, a través de sus propios integrantes, es quien se fija sus propias reglas de organización, sin que para ello puedan intervenir otros Estados o potencias extranjeras. Esto lo hace a través de la Constitución Política; dentro de esta Constitución se determina el régimen político que la nación quiera adoptar, así como la extensión y límites de los órganos que ejercerán, a nombre del Estado, sus funciones. De esta manera el poder constituyente aparece como una primera consecuencia de la soberanía<sup>51</sup>.

b) *Poder de expedir normas jurídicas*. Mediante la organización prescrita por la Constitución para la expedición de las leyes, o a través de los actos

<sup>47</sup> Artículos 40, num. 4, 103 y 133 de la Const. Pol.

<sup>48</sup> Artículos 183 y 184 de la Const. Pol.

<sup>49</sup> Artículo 259 de la Const. Pol.

<sup>50</sup> GEORGES VEDEL, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Les Cours de Droit, 1955, pág. 402.

<sup>51</sup> J. VIDAL PERDOMO, ob. cit., pág. 68.

o mandatos del gobierno, el Estado produce normas de carácter jurídico cuyo cumplimiento es obligatorio para quienes lo integran transitoria o definitivamente. Esto no significa que los órganos de los cuales emanan esos mandatos sean en sí mismos soberanos. De ahí que la Constitución establezca jerarquías dentro de las normas jurídicas: en ocasiones son de mayor jerarquía los actos que emanan del Parlamento, que aquellos provenientes del gobierno. Por otra parte el control constitucional de las leyes, conforme está consagrado por nuestra Constitución, hace que ninguno de los órganos del poder público pueda considerarse como soberano. Si lo fuera, sus actos no podrían estar sometidos a este control. En este sentido puede decirse que el Estado es soberano pero no los órganos que emanan de él.

### 3.5 Críticas al concepto tradicional de soberanía

La concepción tradicional de soberanía defendida y sustentada entre otros por JOHN AUSTIN, ha sido cuestionada dentro del contexto del Estado moderno. Se ha dicho que esa doctrina era resultado de una pura abstracción; que la historia conoce muy pocas sociedades en las que el derecho haya sido creado por el ejercicio incontrolado de la voluntad de una autoridad soberana; que en realidad el derecho es el resultado de una enorme masa de opiniones, sentimientos, convicciones generales, supersticiones, costumbres y otros factores hereditarios o adquiridos, producidos unos por las instituciones y otros por el hombre mismo. Se señala que hay sociedades, especialmente sociedades primitivas, donde no es posible encontrar un legislador soberano determinado<sup>52</sup>.

El concepto austiniiano de soberanía ha sido atacado también por los defensores del orden jurídico internacional, particularmente por los sostenedores de la llamada teoría *monista*, que se inclinan a subrayar la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno de los Estados soberanos e independientes. En el mundo actual se sostiene, por ejemplo, que la soberanía de los Estados es relativa y casi impotente, frente a los compromisos y dictados de las organizaciones internacionales y la penetración de las empresas multinacionales, la más sofisticada forma de imperialismo económico. Otros han atacado el concepto de soberanía sobre la base de que su doctrina discrepa de la estructura del moderno Estado federal, en el cual los poderes ejecutivo y legislativo están divididos en un cierto número de órganos independientes entre sí.

Pero el ataque más fuerte contra la teoría clásica de soberanía viene del grupo de autores que se denomina "pluralistas" políticos. Para ellos la autoridad del Estado, como creador del derecho, no es exclusiva; hay, dentro del Estado, grupos y asociaciones cuyo poder normativo está coordinado con el del Estado y es de igual rango que el de este. No se trata, como en el anarquismo, de abolir el Estado, sino de privarle del atributo de la soberanía. Señalan

<sup>52</sup> E. BODENHEIMER, ob. cit., págs. 80 y ss.

los pluralistas que el hombre, además de ser miembro del Estado, se asocia normalmente con otros grupos cuya autoridad acata voluntariamente: la Iglesia, los sindicatos, los gremios, los partidos, etc. La doctrina pluralista sostiene que esos grupos son o deben ser autónomos frente al Estado y que en su esfera particular deben ser considerados tan soberanos como el Estado en la suya. Dentro de los sustentadores de esta tesis se sitúa HAROLD LASKI, quien sostiene que “sobre bases de rectitud ética o de prudencia política, el Estado no tiene, en realidad, más títulos que cualquiera otra asociación a la fidelidad de sus miembros”<sup>53</sup>.

### 3.6 Conclusión sobre la soberanía del Estado

Con objeto de evaluar esas diversas actitudes respecto al problema de la soberanía, es indispensable —como dice BODENHEIMER— investigar las raíces históricas y el significado original de soberanía. No conduce a nada discutir este concepto como término abstracto. Es preciso tener en cuenta que el concepto de soberanía fue elaborado y desarrollado en Occidente para lograr unos fines políticos específicos y que debe ser comprendido en relación con el contexto de su finalidad histórica. BODENHEIMER afirma que todo Estado civilizado puede aún hoy llamarse soberano. El término —en sentido restringido— denota el hecho de que el Estado es el órgano supremo de coordinación jurídica. Los pluralistas que niegan este papel al Estado moderno, dice él, expresan los deseos que inspiran sus sueños, pero no describen la situación real. “El Estado es aún una autoridad superior a la de las otras organizaciones que haya dentro de las fronteras nacionales”.

En conclusión, podemos afirmar que por muy vigorosos que sean los factores, tanto externos como internos, que tiendan a comprometer el concepto de soberanía estatal, esta sigue siendo atributo propio, insustituible y consubstancial del Estado. El derecho internacional se ha edificado sobre la base de la aceptación del principio de que cada Estado, reconocido como tal, es soberano. De ahí principios como el de la “libre autodeterminación”; y de ahí que ningún organismo internacional, por más estructurado y poderoso que sea, disponga de instrumentos suficientemente idóneos para determinar las decisiones internas soberanas de ningún Estado en particular. En cuanto a los argumentos esgrimidos por los pluralistas políticos, ellos se refieren más bien al problema de la supremacía, que anteriormente hemos diferenciado del de la soberanía. Dentro de un Estado puede haber, en efecto, grupos, asociaciones u organizaciones cuya fuerza persuasiva o cuyas técnicas de disciplina colectiva resulten más eficaces para comprometer a un determinado conglomerado, que la misma autoridad de los entes estatales. Pero ello no implica desco-

<sup>53</sup> Cit. por E. BODENHEIMER, ob. cit., pág. 83. Sobre críticas al concepto tradicional de soberanía consúltese: BERNARD CUBERTAFOND, “Souverainetés en crise?”, *Revue du droit public et de la science politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, septembre-octobre, Paris, págs. 1273 y ss.



nocer al Estado su carácter de soberano, ni que esos sectores específicos puedan compartir con él ese carácter. En última instancia, todos ellos deben actuar dentro del marco de las normas jurídicas expedidas, en su condición de soberano, por el Estado.

#### 4. RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y EL DERECHO

¿Es el Estado superior al derecho, o es el derecho superior al Estado? En otros términos, ¿está el derecho supeditado al Estado o viceversa? O acaso ¿ambos constituyen dos aspectos de una misma cosa? Estas cuestiones fundamentales han venido planteándose a través del desarrollo de la teoría del Estado y de la ciencia del derecho, suscitando no pocas controversias; empero, el problema se ha planteado por lo general en forma abstracta y teórica. De las respuestas dadas a tan importante cuestión surgen tres teorías principales sobre la naturaleza de la relación entre el derecho y el Estado: la primera, según la cual el Estado se encuentra por encima del derecho y es superior a él; la segunda, según la cual el derecho es superior al Estado; y la tercera, que niega la validez del antagonismo entre la soberanía del Estado y la soberanía del derecho.

##### 4.1 *Teorías de la superioridad del Estado sobre el derecho*

La teoría de que el Estado se encuentra por encima del derecho, siendo por tanto superior a él, fue desarrollada principalmente por el jurista inglés JOHN AUSTIN, y sostenida igualmente por HOBBS, JEREMÍAS BENTHAM (1748-1832) y RUDOLF IHERING (1818-1892). En opinión de AUSTIN bajo la influencia de HOBBS y BENTHAM, el derecho no es otra cosa que el mandato del soberano. En toda sociedad —decía AUSTIN— hay alguna persona individual o grupo de personas que recibe habitualmente la obediencia de los miembros de la sociedad. Esa persona o grupo de personas siempre que no obedezca, a su vez, habitualmente a otro superior, es el soberano de esa sociedad, siendo la posición de los demás miembros de sujeción respecto a ese superior. El soberano tiene el poder de obligar a los otros miembros de la comunidad a obedecer. Es, así, el creador único del derecho. “Es evidente que la ley general no es consejo, sino orden” decía HOBBS<sup>54</sup>. El poder soberano no está obligado por la ley que él mismo establece. HOBBS afirmaba que “el soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa sujeción derogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente era libre desde antes”<sup>55</sup>. Y BENTHAM, por su parte, declaraba: “No puede decirse que las autoridades del cuerpo supremo, a menos que esté limi-

<sup>54</sup> T. HOBBS, ob. cit., parte II, pág. 26.

<sup>55</sup> Ibídem, pág. 26.

tada por alguna convención expresa, tenga límites determinados y ciertos; no hay acto que no pueda hacer: hablar de alguna cosa suya como legal o nula, hablar de que excede su autoridad, su poder, su derecho, por habitual que sea, es un abuso de las palabras” (*Un fragmento sobre el gobierno*). Así pues, de estar el poder obligado por la ley que él mismo establece, no sería soberano, ya que la esencia de la soberanía consiste en no ser susceptible de limitaciones jurídicas. Para AUSTIN el poder soberano puede derogar a su antojo las leyes promulgadas por él mismo. Incluso aunque no las derogue, el soberano no está obligado a cumplirlas bajo ninguna sanción legal o política.

El anterior principio es aplicable, para AUSTIN, incluso al derecho constitucional. Frente al soberano las disposiciones de una Constitución son “meras reglas de moralidad positiva”. En consecuencia, un acto del soberano que viola la Constitución puede ser calificado de *inconstitucional*, pero como no es una infracción del derecho en sentido estricto, no puede ser calificado de *antijurídico* o ilegal.

Las teorías que tratan de establecer y demostrar la superioridad del derecho sobre el poder del Estado, son diametralmente opuestas a las doctrinas que acabamos de ver.

#### 4.2 Teorías de la superioridad del derecho sobre el Estado

La doctrina que coloca al derecho por encima del Estado se ha desarrollado especialmente dentro del mercado de las llamadas doctrinas *jusnaturalistas*. En la Edad Media se sostenía que las normas fundamentales del derecho provenían de una fuente divina y debían, por lo tanto, ser consideradas como obligatorias para el poder temporal del Estado. En los siglos XVII y XVIII eminentes filósofos como HUGO GROCIO, JOHN LOCKE y SAMUEL PUFENDORF defendieron la opinión de que existían normas eternas de derecho y de justicia, superiores a los gobernantes de los Estados y obligatorias para ellos. En nuestro siglo han sostenido —entre otros— la teoría de que el Estado se encuentra sujeto a la autoridad del derecho, el escritor holandés HUGO KRABBE y el jurista francés LÉON DUGUIT.

Según KRABBE, la idea moderna del Estado reconoce la autoridad impersonal del derecho como poder gobernante de la vida social humana. No es la voluntad del soberano, sino la convicción jurídica del pueblo la que da fuerza obligatoria al derecho positivo. El sentido jurídico del pueblo es la única fuente de todo derecho. Los procedimientos democráticos que se practican en los Estados modernos son una garantía de que ese sentimiento jurídico de la comunidad, expresado en el voto de la mayoría, se impondrá siempre. Así, para KRABBE, la humanidad en su continuo avance eliminará finalmente los últimos vestigios de soberanía estatal en la vida internacional, logrando con ello la victoria de la soberanía del derecho (*La moderna idea del Estado*).

DUGUIT por su parte, atacó igualmente el concepto tradicional de la soberanía estatal. Supone la existencia de una *regla jurídica* suprema, que está por encima del Estado y limita el poder de sus funcionarios. El contenido y fina-

lidad de esta regla jurídica está determinado por los postulados de la *solidaridad social*. Comprende y sanciona todas las medidas que son necesarias para asegurar la continuidad de los servicios públicos ofrecidos por el Estado. Para DUGUIT la actividad del Estado aumentará y se ampliará en el futuro, pero decrecerá el poder del gobierno, porque está limitado por la regla jurídica.

#### 4.3 Teorías que niegan el antagonismo entre las dos soberanías

Una tercera teoría niega la validez del antagonismo entre soberanía del Estado y soberanía del derecho. Esta opinión ha sido sostenida principalmente por KELSEN, Seguido de otros juristas como PAUL VINOGRADOFF y BENTLEY. En opinión de KELSEN, Estado y derecho no son propiamente dos aspectos de una misma cosa, sino que son fenómenos totalmente idénticos. Todo acto del Estado es a la vez acto jurídico. Toda definición del Estado es a la vez una definición del derecho. Para KELSEN no hay diferencia entre el sistema de gobierno que adopte un Estado: sea autocrático o sea democrático, "todo Estado es un Estado de derecho". El poder del Estado es la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad determinada; lo mismo es el derecho. Por consiguiente, según KELSEN, no se justifica hablar de un dualismo entre Estado y derecho.

Para VINOGRADOFF, Estado y derecho son dos aspectos de una misma cosa. El derecho, dice ese autor, es la regulación de la sociedad considerada como el conjunto de sus normas; el Estado es la organización de la sociedad considerada como el instrumento personal responsable de su organización. Concluye, entonces, que es tan inútil discutir quién está por encima o por debajo, como lo sería discutir si el contenido es superior a la forma o al contrario.

BENTLEY sostiene una opinión semejante: "El derecho acompaña al gobierno en cada pulgada de su camino. No son cosas diferentes sino una sola y misma cosa. No podemos ver el derecho como una resultante del gobierno. Tenemos más bien que decir que es el gobierno —el mismo fenómeno—, solo que visto desde otro ángulo"<sup>56</sup>.

#### 4.4 Relación entre Estado y derecho según la forma de gobierno

Para otros juristas, ninguna de las teorías expuestas anteriormente parece totalmente aceptable. HELLER afirma que no se ha podido llegar en nuestra época a un concepto del derecho que, por lo menos en cierta medida, sea universalmente aceptado, ni tampoco se ha llegado a un concepto de Estado que reúna esa misma condición. Por tal motivo —dice él— no es posible resolver la cuestión de las relaciones entre el Estado y el derecho que a cada generación se plantea, presentando una opinión dominante. Debemos así contentarnos, concluye HELLER, con suponer al Estado como una unidad que opera en la realidad histórico-social. Pero esa realidad social ha de constituir, también, un punto de partida para determinar el concepto de derecho<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Cit. por BODENHEIMER, ob. cit., pág. 75.

<sup>57</sup> H. HELLER, ob. cit., pág. 206.

Para BODENHEIMER la solución del problema depende enteramente de la forma de gobierno que ha adoptado un Estado determinado y del modo como esa forma de gobierno, en su funcionamiento efectivo, afecta las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Hay Estados en los cuales las relaciones entre la comunidad política y los ciudadanos están determinadas por el derecho y Estados en los cuales esas relaciones están determinadas por el poder; así mismo, hay Estados en los cuales están determinadas por una mezcla de poder y derecho. Si en determinado Estado, explica BODENHEIMER, el gobierno está sometido a un sistema de equilibrio, existe división de poderes, hay una Constitución que garantiza ciertos derechos básicos a los ciudadanos, los tribunales reconocen ciertos principios fundamentales que nadie puede violar, en tal caso, dice BODENHEIMER, el poder soberano está sometido al derecho. Si, por el contrario, existe en un Estado un gobierno central fuerte, cuyo poder es prácticamente ilimitado, si las funciones legislativa y ejecutiva están fundidas en manos de ese gobierno y los tribunales de justicia dependen de él, si se puede modificar la ley por un simple decreto gubernamental, si los ciudadanos no disfrutan de derechos y libertades garantizados por la Constitución, en este caso el poder soberano está por encima del derecho. BODENHEIMER concluye que lo que determina la relación entre Estado y derecho en una comunidad política dada es el grado en que está limitado el poder gubernamental<sup>58</sup>.

En el análisis de la cuestión es necesario circunscribirse a las relaciones entre ambos conceptos dentro del ámbito del Estado moderno actual, es decir, prescindiendo de elucubraciones en torno al proceso histórico de formación de los mismos, ya que resultaría prácticamente imposible señalar con precisión cuál estuvo por encima de cuál, cuál supeditado a cuál, a lo largo de ese proceso. Las circunstancias y modalidades siempre cambiantes en el desarrollo histórico del concepto de Estado y de la noción del derecho hacen que, según la época o el lugar, unas veces el poder del Estado —en sus formas diversas— estuviese por debajo de la soberanía del derecho, en tanto que en otras muchas el derecho estuvo sometido a los dictados omnímodos del Estado. En el Estado moderno, a nuestro parecer, ambos conceptos están involucrados el uno en el otro, no siendo posible concebir el uno como superior al otro. Todo Estado supone una estructura jurídica que lo soporte, llámese o no Estado de derecho. Es esa estructura la que le da vida y sustenta sus funciones. No sería dable concebir un Estado sin derecho. A la inversa, el derecho tiene su campo de aplicación natural en el Estado y deriva de este sus instrumentos de coerción, que le son indispensables para garantizar el cumplimiento de su normatividad. No cabe pues, a nuestro juicio, pretender colocar una de estas nociones por encima de la otra en el Estado moderno, como fue posible hacerlo en los tiempos de HOBBS, de GROCIO, de LOCKE o de AUSTIN, cuando, por decirlo así, ambos conceptos, especialmente el de Estado, estaban en pleno proceso de evolución.

<sup>58</sup> E. BODENHEIMER, ob. cit., pág. 73.

## CAPÍTULO V

### LAS FUNCIONES DEL ESTADO

El Estado como ente jurídico y político, dotado de atributos que le son propios, particularmente el de ser un poder soberano, no es un organismo estático, sino que tiene que cumplir determinados fines, los cuales constituyen su propia justificación. Estos consisten fundamentalmente en la búsqueda *del bien común*, esto es, en la satisfacción de las aspiraciones e intereses colectivos y permanentes de la comunidad<sup>1</sup>. Para lograr la realización de sus fines, el Estado tiene, pues, necesidad de actuar, de ejercer determinadas funciones. Por funciones estatales se entienden, en derecho público, las diversas actividades del Estado en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal<sup>2</sup>. Resulta más apropiado hablar de *funciones* del Estado que de *poderes*, ya que el poder del Estado es indivisible; el término *función* se refiere expresamente al contenido mismo de la actividad estatal en sus diversos aspectos.

De conformidad con las características de esa actividad, se han distinguido tradicionalmente tres funciones fundamentales del Estado que tienen por lo demás, el carácter de *funciones jurídicas*: la función *legislativa*, la función *administrativa* o *ejecutiva* y la función *jurisdiccional* o *judicial*. Es esta la tridivisión clásica, cuyos orígenes encontramos en los griegos y cuyo moderno planteamiento se debe en gran medida a MONTESQUIEU. Pero, posteriormente, en la época contemporánea muchos autores y legisladores han hablado —e incluso han consagrado— otras funciones adicionales, dada la trascendencia de las mismas, como es el caso de la función *constituyente*<sup>3</sup>, de la *electoral* o de la *fiscalizadora*. La realidad es que en la mayoría de las constituciones, estas últimas están adscritas, aunque de manera no siempre nítida, a alguno o algunos de los órganos titulares de las tres primeras. Pero ello no resta importancia a la inquietud, muchas veces planteada, sobre la conveniencia de consagrarlas como funciones separadas.

#### 1. DETERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Para determinar las funciones del Estado pueden seguirse tres criterios diferentes: orgánico, material y formal: a) *criterio orgánico*: Distingue las

<sup>1</sup> Sobre la noción de *bien común*, ver PORRÚA PÉREZ, ob. cit., págs. 251 y ss.

<sup>2</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, ob. cit., pág. 249.

<sup>3</sup> E. SAYAGUÉS LASO, ob. cit., pág. 35.

funciones estatales según el órgano que las cumple. De esta manera toda función o actividad que provenga del Parlamento será función legislativa, todos los actos de los jueces o tribunales serán función jurisdiccional y todos los actos que cumpla el gobierno serán función administrativa o ejecutiva; b) *criterio formal*: Tiene en consideración la manera como actúa el Estado a través de sus órganos. Así, un mismo órgano puede actuar de diversas maneras y según el procedimiento empleado, estará realizando determinada función; por ejemplo, cuando el ejecutivo dicta decretos-leyes está realizando una función legislativa, o cuando el Congreso efectúa nombramientos ejerce una función ejecutiva o administrativa; c) *criterio material*: Según este criterio, las funciones del Estado se distinguen según el contenido o naturaleza mismos del acto, sin consideración al órgano que lo produce ni a la forma que reviste.

En realidad, como anota PALACIOS MEJÍA, los criterios para distinguir las funciones del Estado tienen una importancia relativa, por cuanto la mayoría de las constituciones modernas fueron hechas antes de que se planteara la discusión sobre los criterios, de manera que las normas constitucionales vigentes dan lugar con frecuencia a la aplicación indistinta de unos u otros<sup>4</sup>. Tal es el caso colombiano, como lo señala VIDAL PERDOMO<sup>5</sup>.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES

Aunque la práctica de la separación de funciones es característica de los regímenes democráticos en el Estado moderno y contemporáneo, esta teoría tiene sus antecedentes en organizaciones políticas antiguas —particularmente la griega—, y fue objeto de análisis por parte de algunos pensadores. Entre estos se destaca ARISTÓTELES, quien en *La política* la expuso con toda claridad:

“En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la *asamblea general*, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el *cuerpo de magistrados*, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el *cuerpo judicial*”<sup>6</sup>.

Luego, en los capítulos XI, XII y XIII del libro sexto de *La política*, ARISTÓTELES se ocupa de explicar en qué consiste cada una de estas que él llama “partes”, y que corresponden a las modernas funciones: los “órganos deliberativos” (poder legislativo), los “órganos de magistratura” (poder ejecutivo)

<sup>4</sup> H. PALACIOS MEJÍA, ob. cit., pág. 164.

<sup>5</sup> J. VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo general*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, págs. 52 y 53.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, *La política*, libro sexto, cap. XI.

y los “tribunales” (poder judicial). Posteriormente, y ciertamente bajo su influencia, se encuentran referencias a estas funciones en los estudios que hicieron para fundamentar la necesidad de separar el gobierno del poder legislativo, autores como SANTO TOMÁS y MAQUIAVELO. Pero la teoría de la separación de funciones —o de “poderes”— vino a ser desarrollada y expuesta en sentido moderno por LOCKE y, especialmente, por MONTESQUIEU, quien la planteó dentro de un contexto a la vez jurídico y político.

### 2.1 Teoría de Montesquieu

CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, barón de MONTESQUIEU (1689-1755), estudió durante sus prolongadas estancias en Inglaterra el sistema político de ese país, comparando el funcionamiento de sus instituciones con lo que ocurría en su Francia natal. Mientras en Inglaterra los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estaban separados, en Francia el absolutismo real hacía que esos poderes se encontraran aún concentrados en cabeza del ejecutivo. Los Estados Generales no se reunían desde 1614, de manera que no existía un parlamento que, como en Inglaterra, limitara y controlara los poderes del rey. En diversos escritos MONTESQUIEU abogó porque en Francia se estableciera un régimen de libertades como el que ya imperaba en Inglaterra. Pero fue sobre todo en *Del espíritu de las leyes*, su obra capital, publicada en 1748, en la que MONTESQUIEU compendió su pensamiento político y planteó su teoría sobre la separación de funciones. En ella analiza y compara las instituciones políticas de la Antigüedad, particularmente la griega y la romana, y se extiende además, en consideraciones históricas y sociológicas sobre la evolución de los pueblos a través de los tiempos y de los diferentes medios geográficos. Como dice CHEVALLIER, “más que al moralista o al reformador, es al político al que buscamos en el *Espíritu de las leyes*; inclusive, al teórico político, que había de imprimir su huella en tantos espíritus de calidad. Sin embargo, este término un poco pesado de teórico no debe evocar un sistema político armado de cabo a rabo, una doctrina rigurosamente deductiva, a la manera de BODIN, HOBBS, BOSSUET o LOCKE. No era este el propósito de MONTESQUIEU<sup>7</sup>.”

Todas esas observaciones históricas sirvieron de base a MONTESQUIEU para plantear sus teorías tendentes a lograr un equilibrio entre los órganos —o poderes— del Estado. Con objeto de establecer ese equilibrio MONTESQUIEU sostiene que ha de procurarse la división de los poderes de acuerdo con el contenido de sus funciones, fijando con claridad sus respectivas esferas de competencia, evitando las interferencias de la actividad de unos en las de los demás: “*Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*”. A este respecto expone MONTESQUIEU: “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder judicial de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder judicial de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el prin-

<sup>7</sup> J. J. CHEVALLIER, ob. cit., pág. 109.

cipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado". Y luego agrega: "Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor". Y declara: "Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares"<sup>8</sup>.

En *Del espíritu de las leyes* MONTESQUIEU señala las ventajas de este sistema. La principal es la de eliminar el peligro de que un órgano del Estado absorba las funciones de otro convirtiendo el gobierno en absolutista. Al repartir la soberanía entre distintos órganos, se podrá obtener un equilibrio o balance de poderes en el cual cada uno sirva de freno y control a los demás. Es la llamada *teoría de los frenos y contrapesos*. Además, de este sistema resulta un beneficio directo para los ciudadanos: el de asegurar su libertad y su seguridad. Al quedar delimitado el campo de actividad de cada órgano del Estado, los ciudadanos quedan protegidos contra los abusos del poder, pues este tiene que manifestarse a través de normas generales, es decir de leyes, y estas tienen que emanar del órgano u órganos encargados de esa función. En caso de duda, otro órgano estatal, el órgano jurisdiccional, definiría la norma precisa cuya aplicación se requiera. Además de estas ventajas, la distribución de soberanía especializa las funciones y divide las tareas a realizar por el Estado, con lo cual se logrará un mejor ejercicio del poder.

La teoría de MONTESQUIEU tuvo honda resonancia en el pensamiento político de su tiempo, particularmente entre los filósofos de la Ilustración. Como se indicó, ella, al contrario de las anteriores teorías clásicas, fue concebida dentro de un contexto político determinado: el constitucionalismo liberal, del cual fue él, junto con LOCKE, máximo exponente. Fue así como esta teoría se plasmó en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y se consagró luego en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en las constituciones revolucionarias francesas, y en las de las naciones latinoamericanas, a medida que obtuvieron su independencia de la metrópolis.

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, libro IX, cap. VI, Madrid, Ed. Sarpe, 1984, pág. 168.



Puede decirse que la doctrina de la tridivisión de MONTESQUIEU se convirtió en uno de los pilares del régimen demoliberal occidental, proyectándose así a lo largo del siglo XIX, hasta el siglo XX. Pero en el Estado democrático contemporáneo la teoría no tiene la misma aplicación ni los mismos alcances con que fue expuesta en *Del espíritu de las leyes*, y en cierta medida se considera revaluada.

## 2.2 La teoría de la separación de funciones en el Estado contemporáneo

La teoría de MONTESQUIEU, ha sido en efecto, modificada o complementada sucesivamente, adaptándola a circunstancias históricas, políticas y sociales determinadas por parte de la doctrina moderna. Como anota SÁCHICA, “esta doctrina por fuerza de la evolución del aparato estatal, ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno, cuya actuación se ha tornado más compleja y comprensiva. No es, advierte, que la doctrina de la tridivisión haya perdido validez política como fórmula para lograr la desconcentración y racionalización del poder público, mediante la separación, distinción y equilibrio de las ramas del poder, en orden a impedir la concentración absoluta y totalitaria de la potestad pública, pues este principio es de la esencia del Estado de derecho. Es que hoy se presenta una imposibilidad lógica de enmarcar en esa clasificación tan simplista, tan elemental, las múltiples funciones asumidas por el Estado, que desbordan esa nomenclatura. Estas nuevas funciones estatales no son, por naturaleza, consideradas específicamente, ni pura labor legislativa, ni mera ejecución de esta, ni la aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita, moderada como ha sido por una racional colaboración”<sup>9</sup>.

Por su parte, el profesor KARL LOEWENSTEIN afirma: “Lo que en realidad significa la así llamada *separación de poderes*, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos... La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado”<sup>10</sup>.

Hoy en día es preciso distinguir pues, los problemas relativos a la “división de poderes” y a la “determinación de las funciones” del Estado, aunque históricamente, como acabamos de verlo, estos se encuentran ligados. El primero es esencialmente político: su finalidad era la de lograr determinados

<sup>9</sup> LUIS CARLOS SÁCHICA, ob. cit., págs. 181 y 182.

<sup>10</sup> KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, Edic. Ariel, 1970, pág. 54.

objetivos acordes con la ideología liberal de los siglos XVII y XVIII; el segundo tiene carácter técnico y no busca sino precisar la naturaleza de las actividades estatales y sus relaciones mutuas, dentro del criterio universal de la eficacia<sup>11</sup>.

Por lo demás, no debe hablarse de “poderes”, por cuanto el poder del Estado es uno, del cual se desprenden “ramas” y “órganos”, términos estos más apropiados para designar a los diferentes titulares de las funciones. Y aunque las funciones tradicionalmente reconocidas al Estado están básicamente asignadas a un órgano determinado —la legislativa al parlamento, la ejecutiva al gobierno, la jurisdiccional a los jueces y tribunales—, en el Estado moderno, por fuerza de las circunstancias, cada uno de estos órganos cumple también funciones propias de otras ramas, siguiendo el principio de la “colaboración armónica” entre ellas, consagrado hoy en muchas constituciones, como en la colombiana<sup>12</sup>.

De suerte, pues, que aunque se mantiene el principio de la separación de funciones, este no debe entenderse en el sentido de una separación absoluta, como lo planteara MONTESQUIEU, como si se tratara de compartimientos estancos. Lejos de ello, como se verá más adelante, el ejecutivo tiene en el Estado moderno una serie importante de funciones de tipo legislativo, que algunas veces se consideran incluso exageradas. Y, en materia judicial, se le otorgan también atribuciones importantes y se le asignan deberes de colaboración como el de “prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias”, contenido en el artículo 201 de la Constitución colombiana. De la misma manera los órganos legislativo y judicial ejercen, en las circunstancias determinadas por cada Constitución, funciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional, el primero, y legislativa y administrativa, el segundo.

En seguida estudiaremos las tres funciones que la doctrina clásica le señala al Estado, la legislativa, la ejecutiva o administrativa y la judicial, dejando para capítulos posteriores el análisis de la función constituyente y de la función electoral.

### 3. LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

La definición de la función legislativa varía según el criterio que se utilice para determinarla. a) Desde el punto de vista *orgánico*, la función legislativa es la que realiza el poder legislativo, es decir, el Parlamento o Congreso. Esta determinación sería precisa si la tridivisión de poderes correspondiera exactamente a la separación de funciones. Pero como vimos anteriormente, ello no ocurre así. Es frecuente que se asignen al poder legislativo funciones de orden

<sup>11</sup> E. SAYAGUÉS LASO, ob. cit., pág. 37.

<sup>12</sup> Art. 113, inc. 3°: “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

administrativo o aun judicial. b) Según el criterio *formal*, la función legislativa es la actividad estatal manifestada conforme al proceso establecido para la sanción de las leyes. Todo acto aprobado en la forma prescrita para la sanción de las leyes, cualquiera que sea su contenido jurídico, es una ley y, por tanto, supone el ejercicio de la función legislativa. CARRÉ DE MALBERG, entre otros autores, se orienta por este criterio. Tiene la cualidad de determinar la eficacia normativa del acto jurídico denominado ley, ajustándose a los lineamientos del derecho constitucional. Además, pone en evidencia el carácter no legislativo de los actos del Congreso cuando actúa en función administrativa. c) Según el criterio *material*, en fin, la función legislativa es la actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales o, en otras palabras, la de *hacer las leyes*, entendiendo por leyes en sentido material las "normas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter general y permanente"<sup>13</sup>. De todos estos conceptos consideramos el último como el más adecuado a lo que en el Estado moderno se debe entender por función legislativa.

### 3.1 El órgano legislativo: Parlamento o Congreso

Por regla general, la función legislativa está confiada a un órgano específico del Estado: el *Parlamento* o *Congreso*. Ello no obsta para que en determinados casos previstos en la Constitución, como son las circunstancias de crisis, se atribuya el ejercicio de la función legislativa al poder ejecutivo y aun se reconozcan funciones de este carácter al poder jurisdiccional.

El Parlamento o Congreso es una institución política colegiada, de carácter pluralista y electivo, que funciona normalmente dentro del contexto de las democracias liberales, cuyas funciones primordiales son las de hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración. Aparte de estas suele tener otras funciones muy importantes como son las de ejercer el poder constituyente derivado, elegir o proveer altos cargos del Estado y otras que se examinarán más adelante.

El Parlamento puede estar compuesto por una o dos cámaras. En el primer caso se habla de sistema *unicameral*, en el segundo de sistema *bicameral*. Colombia, al igual que la gran mayoría de los Estados modernos, ha adoptado el sistema bicameral. El *pluricameralismo*, es decir, la existencia de más de dos cámaras legislativas, ha sido apenas excepcional en el mundo<sup>14</sup>. No constituyen pluricameralismo los casos de asambleas o corporaciones de carácter eco-

<sup>13</sup> A. COPETE LIZARRALDE, *Conferencias de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1962, pág. 3, cit. por PALACIOS MEJÍA, ob. cit., pág. 165.

<sup>14</sup> Un caso fue el de la Constitución francesa de 1799, del *Consulado*, que establecía cuatro cámaras: el *Consejo de Estado* que preparaba las leyes, el *Tribunado* que las discutía sin votarlas, el *Cuerpo legislativo* que las votaba sin discutir las y el *Senado* que se limitaba a comprobar su constitucionalidad. Otro caso fue el de la Constitución boliviana de 1826, en la cual se estableció un Congreso tricameral: cámara de tribunos, cámara de senadores y cámara de censores.

nómico, que actúan paralelamente a las cámaras legislativas, pero con funciones meramente consultivas<sup>15</sup>.

### 3.2 Origen del Parlamento moderno

Los antecedentes de la institución parlamentaria pueden remontarse a las antiguas asambleas populares en Grecia y a los comicios de las centurias en Roma. Es, pues, una concepción occidental. Durante la Edad Media los llamados parlamentos no tenían propiamente función legislativa: más bien, como en el caso del Parlamento de París y los de otras ciudades francesas, eran tribunales de justicia. En algunos países europeos existieron durante esta época asambleas feudales, en las cuales estaban representados de manera exclusiva los altos estamentos de la sociedad: la nobleza y el clero.

Algunas de ellas alcanzaron renombre y significación política, pero fueron opacadas o suprimidas por el peso del despotismo real. Tal fue el caso, por ejemplo, de los "Estados Generales" en Francia, de las "Cortes" en España o de las "Dietas" en los estamentos germánicos. Para conocer el origen del Parlamento moderno, es necesario, entonces, mirar a Inglaterra. Fue allí donde nació y más rápidamente evolucionó, hasta consolidarse, el cuerpo legislativo.

Como antes se vio<sup>16</sup>, la unidad monárquica de Inglaterra se logró hacia el siglo IX; el rey inglés era un monarca poderoso, mientras en el continente el imperio carolingio iba descomponiéndose. La reducida extensión del reino de Inglaterra, que todavía no comprendía Irlanda, ni Escocia, ni el país de Gales, facilitó su unidad. El rey anglosajón tenía a su alrededor consejeros permanentes, reunidos en una asamblea compuesta por parientes, funcionarios, nobles y prelados. Posteriormente, la decadencia de la monarquía anglosajona facilitó la invasión de Guillermo el Conquistador en 1066, en cuyo reinado se inició la reunificación y el fortalecimiento de la corona. Sus sucesores convirtieron la asamblea de sabios en una *Curia Regis*, cuyas funciones primordiales eran de carácter judicial. Con base en este núcleo se convocaron asambleas llamadas *Concilium*, compuestas por altos barones, prelados y miembros de la *Curia Regis*. Estas asambleas trataban toda clase de asuntos, sin que pudiera distinguirse claramente su competencia de la de la Curia, pero sus atribuciones se hallaban condicionadas a la convocatoria real. Esta se efectuaba con mayor frecuencia para obtener la aprobación de ayudas financieras a la corona, ya que al rey le estaba vedado decretar impuestos por su sola decisión. Era costumbre feudal que los vasallos suministrasen al señor la ayuda que este requería, que rara vez era negada. El *Concilium* conservó por largo tiempo su carácter de consejero del rey, sometido a la última voluntad de este, aunque progresivamente se estableció la costumbre de someter a su consideración las reglamentaciones de importancia en diversos campos.

<sup>15</sup> V. *infra*, pág. 263.

<sup>16</sup> V. *supra*, págs. 182 y ss.

Durante el reinado de Enrique II Plantagenet se aplastó la última rebelión de tipo feudal de los barones y se realizó la unidad nacional del pueblo inglés<sup>17</sup>. Enrique II implantó un sistema administrativo y judicial tendente a poner en vigor las leyes hasta en los más apartados rincones del reino. En cada condado había un agente real —el *sheriff*— que presidía la asamblea de notables, cuya competencia era ante todo judicial, y cuya actuación fue decisiva para impulsar el proceso de integración legislativa. En torno al monarca se siguió reuniendo regularmente el *Concilium*, con dos modalidades: el *Magnum Concilium*, asamblea de los grandes señores del reino —lores espirituales y temporales, barones y obispos— y el *Commune Concilium*, en el que participaban, además, otros vasallos de la corona. El *Concilium* constituido en una u otra forma según convocatoria real, seguía sirviendo de consejero del rey en todos los negocios importantes y asistiéndolo en asuntos judiciales, conjuntamente con la *Curia Regis*. La consulta del rey al *Concilium* para la imposición de nuevos tributos se estableció como regla invariable. Sin embargo, la voluntad del rey seguía imperando sobre la ley, y las crecientes demandas de aquel provocaron la resistencia de los estamentos feudales y eclesiásticos, que protestaban por las reiteradas violaciones por parte de la corona de las reglas legales establecidas. Desde entonces se presenta como un rasgo fundamental en las revoluciones políticas inglesas el que ellas no tendieran a modificar el orden establecido, sino a restablecer las disposiciones consuetudinarias quebrantadas por la monarquía.

La lucha emprendida por los estamentos para hacer valer sus derechos desembocó, durante el reinado de Juan sin Tierra en la firma de la Carta Magna<sup>18</sup>, en 1215. Dos años antes, el rey había ya convocado por primera vez, además de los grandes del reino, a cuatro caballeros por cada condado. Como consecuencia de la Carta Magna, el *Concilium* aumentó notablemente sus poderes: comenzó a tomar iniciativa en la legislación por medio de peticiones hechas al monarca. Ante esta situación, el sucesor de Juan, Enrique III decidió derogar la Carta Magna y retomar los poderes absolutos de que habían gozado sus predecesores. Los barones reaccionaron con vigor y obligaron al rey a aceptar las llamadas *Provisiones de Oxford* en 1258, que establecían que el rey debía gobernar con la colaboración de un Consejo de quince miembros elegido por representantes del rey y de los barones, y que el *Concilium* debía reunirse tres veces por año. Las sesiones del *Concilium* fueron llamadas *Colloquium*. Pero por esta época comenzó a adoptarse el nombre de *Parlamento* como sinónimo de *Magnum Concilium*, de tal suerte que a mediados del siglo XIII el Parlamento podía definirse como “el coloquio ocasional sobre los grandes asuntos del reino”. De otra parte, a partir de 1254, se invitó a los condados a enviar dos caballeros para que hicieran parte del *Commune Concilium*, pero

<sup>17</sup> V. *supra*, págs. 184 y 186.

<sup>18</sup> V. *supra*, págs. 186-187.

en principio con un papel muy modesto: escuchar y comunicar a su respectivo condado las resoluciones adoptadas por el Concilio. El Consejo, controlado por Simón de Montfort, gobernó por algún tiempo al país. Pero luego Enrique III reaccionó y se enfrentó nuevamente a los barones, quienes lo hicieron prisionero. Simón de Montfort asumió entonces la dictadura y convocó al Parlamento en Westminster el 20 de enero de 1265. Esta reunión ha sido considerada como el primer Parlamento en sentido moderno. La importancia de este Parlamento, radicó ante todo en el hecho de su carácter de asamblea representativa; a él fueron convocados no solo los preladados de la Iglesia, los grandes señores, y los caballeros de los condados, sino también dos representantes por cada ciudad y cada burgo.

En el reinado de Eduardo I (1272-1307), hijo y sucesor de Enrique III, los poderes del Parlamento aumentaron progresivamente, pese a que el monarca podía aún establecer impuestos de manera indirecta y conservaba intacto su poder legislativo, que ejercía por medio de "ordenanzas". Pero se confirmó el derecho del Parlamento a consentir los impuestos y se acrecentó su derecho de petición. A partir, sobre todo, de la convocatoria del llamado "Parlamento modelo" en 1295, esta institución se convirtió definitivamente en el órgano de relación entre el rey y sus súbditos, ya que en él se encontraban representados los diversos estamentos sociales. El "Consejo Permanente" seguía reuniéndose en torno al rey como órgano consultivo equivalente a la antigua *Curia Regis*. El Parlamento aparece ya claramente como un cuerpo distinto de los diversos organismos estatales, aunque carezca todavía de los rasgos esenciales que más adelante lo distinguirán como órgano legislativo.

Algún tiempo después ese parlamento tendió a dividirse en forma tripartita, porque la nobleza, el clero y la burguesía pretendían integrar en forma separada sus cuerpos representativos, como sucedía en Francia con los Estados Generales. Aunque esa iniciativa no llegó a concretarse, a comienzos del siglo XIV se produjo la división del Parlamento inglés en dos cámaras: la primera, compuesta por los lores o *Pares del reino* y la segunda, por los barones. Esa última asamblea se vino a convertir tiempos más tarde en la Cámara de los Comunes.

Debido a los continuos conflictos ocurridos entre la Corona y el Parlamento, poco a poco se van afirmando y ampliando los derechos de este frente a aquella. En el siglo XVII, con la prerrogativa de rechazar leyes nuevas, especialmente en materia fiscal, comenzó a perfilarse la fisonomía del moderno Parlamento y con ella la de la monarquía limitada. Las reformas más importantes en el Parlamento inglés se verificaron durante el siglo XIX, particularmente en 1832 cuando se dio oportunidad al pueblo para intervenir en la elección de la Cámara de los Comunes.

En gran medida, el moderno Parlamento británico se constituyó en modelo para la organización y funcionamiento de los demás parlamentos en las democracias surgidas a partir del siglo XIX en el mundo.

### 3.3 Organización del Parlamento

Para que el Parlamento pueda hacer un contrapeso efectivo al poder ejecutivo y se garantice así el equilibrio de poderes, es necesario que esté dotado de una organización interna mediante la cual se asegure la independencia de sus miembros en el ejercicio de sus funciones constitucionales y que estas sean suficientemente importantes.

**3.3.1 Status de los miembros del Parlamento.**—Atributo esencial del Parlamento es el de servir de órgano de representación tanto de la población del Estado como de las diversas regiones geográficas que conforman su territorio. En principio, los miembros del Parlamento —representantes de la Nación— son elegidos por votación popular, lo cual les confiere de hecho gran independencia frente al poder ejecutivo, por cuanto no dependen de la voluntad de este ni en su nombramiento ni en su remoción<sup>19</sup>. Para ser miembro del Parlamento se requiere ante todo contar con la confianza del electorado, dentro de la correspondiente circunscripción. Además, la elección confiere a los parlamentarios notorio prestigio político dentro de un sistema que repose sobre el principio de la soberanía nacional: cuanto más directa es la representación, en mayor grado el parlamentario puede mostrarse como el representante auténtico de la voluntad popular. Por este motivo donde existen dos cámaras, una de las cuales es elegida por votación directa, en tanto que la otra lo es por votación indirecta, la primera tiene más importancia real, más influencia y más poder que la segunda, como ocurre por ejemplo en Gran Bretaña con la Cámara de los Comunes frente a la Cámara de los Lores, o en Alemania Federal con el *Bundestag* frente al *Bundesrat*.

Por otra parte, los parlamentarios gozan de un *status* especial con el cual se busca garantizarles su independencia y las prerrogativas debidas a su rango. Gracias al sistema de la *inmunidad* parlamentaria, están colocados al abrigo de persecuciones por parte de la justicia ordinaria, salvo casos expresamente contemplados en la respectiva Constitución y en las leyes, como es el de flagrante delito. Existe además la *irresponsabilidad* parlamentaria, en virtud de la cual los miembros del Parlamento no pueden ser perseguidos por los actos que cumplan en ejercicio de sus funciones, como son los discursos, declaraciones, debates o votaciones.

Existen en la mayor parte de los Estados de derecho *incompatibilidades* entre el mandato parlamentario y la función pública, a fin de impedir que el gobierno pueda corromper a los parlamentarios mediante la distribución de altos cargos y prebendas. Así, v. gr., la Constitución colombiana de 1991 prohíbe que un congresista desempeñe otro cargo o empleo público o privado (art. 180).

En Colombia la Constitución de 1991 prevé un estricto régimen de inhabilidades para los congresistas. No pueden serlo, entre otros, quienes hayan

<sup>19</sup> Salvo en el caso de la disolución del Parlamento por parte del ejecutivo, que existe en el sistema parlamentario. (V. *infra*, págs. 300 y ss.).

sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, por delitos comunes, o quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o ajeno, dentro de los seis meses anteriores a la elección, o quienes tengan vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad o de afinidad o unión civil con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, entre otros (C. P., art: 179).

Así mismo, se consagran otras incompatibilidades como son la de gestionar en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos; ser apoderados ante las mismas; celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que establezca la ley; ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de entidades que administren tributos; celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos, sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este (ibídem).

A fin de compensar estas incompatibilidades y asegurar el decoro personal de los miembros del Parlamento, en casi todos los países estos gozan de un salario bastante elevado, denominado *dieta*, a cargo del erario público, así como de otras ventajas y prerrogativas tales como franquicia postal y telegráfica, reducción en tarifas de transporte, etc.

**3.3.2 Funcionamiento del Parlamento.**—El Parlamento moderno ha logrado vencer los obstáculos que a lo largo del siglo XIX se opusieron a su funcionamiento independiente, con miras a lograr un control más o menos directo por parte del gobierno. En la actualidad el funcionamiento del Parlamento, al menos en las democracias occidentales, tienen características más o menos análogas.

**A) La iniciativa parlamentaria.**—La iniciativa es el derecho de proponer proyectos de ley, de resolución o mociones, con objeto de que sean discutidos y votados por el Parlamento. Asimismo existe el derecho de proponer enmiendas o modificaciones a los textos propuestos. En un principio los gobiernos trataron de monopolizar el derecho de iniciativa y de restringir el de enmienda, con lo cual se aseguraba la preponderancia del ejecutivo sobre la institución parlamentaria. Este procedimiento se sigue utilizando en los sistemas de gobierno autocráticos. Las teorías liberales abogaron por un sistema mediante el cual la iniciativa es compartida por el gobierno y el Parlamento. Este sistema es el que existe en Colombia, donde, entre las funciones legislativas del ejecutivo está la de presentar, por medio de los ministros, proyectos de ley a la consideración de las cámaras. Es lo que se denomina *facultad colegisladora* del gobierno.

En muchos países el gobierno se reserva la iniciativa en materia de presupuesto y de gasto público. En ciertos sistemas el derecho de iniciativa parlamentaria está sujeto a limitaciones tendentes sobre todo a evitar la dilapidación del presupuesto con el aumento inmoderado de los gastos. En Colombia, después de la reforma constitucional de 1968, la iniciativa parlamentaria fue



restringida para varias clases de leyes, que solo pueden tener su origen en el gobierno. Entre ellas figuran, en primer lugar, la ley orgánica del presupuesto nacional<sup>19 bis</sup>; las que fijan planes de desarrollo económico y social; las de obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse; las que determinen la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos; las que dicten las normas sobre crédito público, servicio de la deuda externa, cambio internacional, etc.

B) *Órganos internos del Parlamento.*—La labor parlamentaria requiere del funcionamiento de algunos órganos internos. En primer término figura la *mesa directiva*, compuesta por un presidente, uno o varios vicepresidentes, una secretaría. A ellos corresponde hacer cumplir el reglamento interno de la respectiva cámara, hacer respetar el orden del día o autorizar sus alteraciones y si es del caso conducir los debates que se adelanten, vigilar el orden interno durante las sesiones, designar funcionarios y empleados internos, etc. En casi todos los países las directivas del Parlamento ocupan un rango muy elevado dentro del Estado. El vicepresidente de Estados Unidos es el presidente del Senado; en Francia, este dignatario reemplaza interinamente al presidente de la república por renuncia o por muerte de este; en Inglaterra el *speaker* de la Cámara de los Comunes posee una gran preeminencia política y personal.

Además, las cámaras dividen su trabajo en *comisiones*, las cuales pueden ser de carácter permanente o transitorio. A las comisiones *permanentes*, previstas en la propia Constitución, se asignan áreas de trabajo específicas —relaciones exteriores, presupuesto, asuntos constitucionales, económicos, laborales, seguridad, etc.—; ellas son integradas por parlamentarios según su experiencia o preparación en el tema de que se trate. La labor principal de las comisiones permanentes consiste en dar primer debate a los proyectos de ley presentados en la respectiva cámara y rendir la correspondiente *ponencia* ante ella. Su funcionamiento se rige por el reglamento de la corporación. En muchos países, la función más importante del Parlamento se realiza dentro de las comisiones permanentes<sup>20</sup>. Eventualmente se conforman comisiones *transitorias* a las cuales se asignan tareas específicas; entre estas figuran las de representar protocolariamente a la respectiva cámara en ciertos eventos nacionales o internacionales. Existen también comisiones *accidentales* para ciertos casos; entre estas figuran las comisiones *investigadoras*.

<sup>19 vis</sup> Constitución Política de Colombia, art. 154.

<sup>20</sup> En Colombia existen en cada cámara siete comisiones permanentes constitucionales a saber: *Comisión primera* (reforma constitucional; leyes estatutarias; organización territorial; contratación administrativa; función legislativa; Notariado y Registro; estructura y organización de la administración pública; asuntos étnicos; políticas de paz, etc.). *Comisión segunda* (política internacional; defensa nacional y fuerza pública; asuntos diplomáticos; migración; honores y monumentos públicos; servicio militar; zonas francas y de libre comercio; política portuaria, etc.). *Comisión tercera* (hacienda y crédito público; impuestos y contribuciones; planeación nacional; régimen cambiario y monetario; actividad financiera; bursátil aseguradora y de captación de ahorro; monopolios; excenciones tributarias; etc.). *Comisión cuarta* (leyes orgánicas de presupuesto; sistema de control fiscal financiero; enajenación y destinación de bienes nacionales; régimen de propiedad industrial, patentes y marcas; control de calidad y precios; contratación

Existen, además, las comisiones *legales*, es decir aquellas que no están previstas en la Constitución sino en la ley; v. gr. en el Congreso colombiano existen, entre otras, la comisión legal de cuentas, la de investigación y acusación, la de Ética y estatuto del congresista.

C) *Las sesiones parlamentarias*.—Se llama *sesiones parlamentarias* el período durante el cual se reúne el Parlamento, sea ordinaria o extraordinariamente. Por regla general la Constitución fija el término de duración de las sesiones. En Colombia, por ejemplo, las sesiones ordinarias se dividen en dos períodos: el primero va del 20 de julio, fecha oficial de iniciación de cada legislatura, y el 16 de diciembre; y el segundo del 16 de marzo al 20 de junio (Const. Pol., art. 138); las sesiones extraordinarias se efectúan por convocatoria del gobierno, y durante el tiempo que este señale, por fuera del período de sesiones ordinarias. Cabe anotar que durante el período de sesiones extraordinarias el Congreso solo puede ocuparse de los asuntos que el ejecutivo haya sometido a su consideración en el decreto de convocatoria, en tanto que durante las sesiones ordinarias puede ocuparse de todos los asuntos que a bien tenga, excepto aquellos que expresamente les estén prohibidos por la Constitución. Existen también las sesiones *especiales*, que son aquellas previstas en los casos de declaratoria de estado de sitio o de emergencia económica y social, en las cuales el Congreso se reúne por derecho propio, al término de la vigencia de tales situaciones (Const. Pol., arts. 212, 213 y 215).

En principio cada cámara es autónoma en la fijación del *orden del día* para cada reunión. Estas se inician con la verificación del *quorum* para sesionar, tras lo cual se da comienzo a la sesión propiamente dicha. Durante el curso de estas tienen lugar los *debates* promovidos por los miembros del Congreso, a menudo con la presencia de ministros del despacho o de otros altos funcionarios del gobierno, quienes acuden a las cámaras previa *citación* o por propia voluntad, para presentar proyectos de ley o para informar al Parlamento sobre los negocios adscritos a su cargo. Igualmente durante las sesiones tienen lugar las votaciones internas, nombramientos de funcionarios o comisiones y demás actividades previstas en el reglamento interno de cada cámara y en la propia Constitución.

D) *Las votaciones en el Parlamento*.—La presentación de proyectos de ley y enmiendas, así como de proposiciones, mociones o nombramientos, da lugar a *votaciones*. El voto parlamentario puede revestir modalidades diversas. Puede ser *secreto*, cuando se trata de materias extremadamente delicadas o de ciertos nombramientos, o *pública*, que es el más utilizado en los par-

---

administrativa, etc.). *Comisión quinta* (régimen agropecuario; ecología; medio ambiente; recursos naturales; adjudicación y recuperación de tierras; recursos ictiológicos; asuntos del mar; minas y energía; corporaciones autónomas regionales, etc.). *Comisión sexta* (comunicaciones; tarifas de servicios públicos; educación; cultura; turismo; espacio aéreo; obras públicas y transporte; medios de comunicación, etc.). *Comisión séptima* (asuntos laborales; régimen salarial; seguridad social; cajas de previsión; organizaciones sindicales; vivienda; recreación; deportes; salud; fondos prestacionales; asuntos de la familia, etc).

lamentos modernos; este puede ser de *viva voz*, por *mano elevada*, o mediante el llamado *pupitrizo*, lo cual simplifica notablemente la votación sobre cuestiones de importancia menor, o cuando existe acuerdo unánime sobre la cuestión a decidirse.

También se utiliza la votación por *balotas*, depositando estas en una urna de cristal; las negras son votos negativos, las blancas, afirmativos. Para el escrutinio de las votaciones secretas, sea por papeleta o por balota, se designa una "comisión escrutadora", en la cual deben estar representadas las distintas tendencias políticas que tienen asiento en la cámara respectiva. El escrutinio de las votaciones públicas es hecho directamente por la secretaría de la corporación. Para proceder a las votaciones es necesario que antes se haya verificado, por parte de la secretaría de la respectiva cámara o comisión, el quórum reglamentario o "quórum decisorio".

E) *Publicidad de los actos del Parlamento*.—Como cuerpo de representación popular que es por excelencia, los actos que realice el Parlamento deben ser *públicos*, es decir, que cualquier ciudadano puede tener acceso a la información sobre todos ellos. Con tal fin se establece que las sesiones de las cámaras sean en principio, salvo casos excepcionales, públicas. Para ello, los recintos parlamentarios cuentan con tribunas especiales abiertas al público —llamadas *barras*— a las cuales tiene acceso cualquier particular, desde luego con las limitaciones de espacio. En casos excepcionales las barras pueden ser despejadas o cerradas, como por ejemplo cuando no se observa buena conducta o cuando la cámara respectiva se declara en *sesión secreta*. Así mismo las sesiones están abiertas a la prensa, a la cual se asignan tribunas especiales, para que pueda informar a la opinión sobre los actos del Parlamento. En algunos países, como en Colombia, han existido por épocas restricciones a este respecto, al prohibirse las transmisiones radiales o televisadas de los debates. Las cámaras cuentan, en fin, con su propio órgano oficial de difusión, en el cual se publican no solo los proyectos de ley y las ponencias presentadas, sino que se transcriben los debates y proposiciones para que el público pueda estar debidamente informado. En Colombia ese órgano se llama *Gaceta del Congreso*.

### 3.4 Los poderes del Parlamento

Es de la esencia del sistema democrático liberal que el Parlamento tenga poderes lo suficientemente importantes para que ejerza un real contrapeso al órgano ejecutivo del poder público. Se ha estimado, incluso, que el Parlamento debe tener el poder esencial, el de hacer las leyes, limitándose el ejecutivo a la tarea de aplicar las leyes adoptadas por el Parlamento. Sin embargo, en el mundo contemporáneo, dada la complejidad que plantea el manejo del Estado, se percibe una tendencia, aun en las democracias más avanzadas, de reforzar los poderes del ejecutivo ampliando su función colegisladora, en detrimento de los tradicionales del Parlamento en este campo, pero fortaleciendo los que este tiene en materia de control político sobre aquel.

Los poderes del Parlamento, en general, pueden resumirse en cinco categorías, a saber: de *delimitación*, de *control político*, de *impulsión*, de *provisión de ciertos cargos* y de *constituyente derivado*.

**3.4.1 Poderes de delimitación.**—Corresponde al Parlamento definir el marco de acción del poder ejecutivo y, en general, del Estado. Esta función la ejerce principalmente a través del poder legislativo propiamente dicho, del poder presupuestal y del poder de aprobación de los tratados públicos.

A) El *poder legislativo* consiste en hacer las leyes, que no son otra cosa que las reglas que el ejecutivo debe observar y hacer observar en el desempeño de su función. Las leyes definen, pues, el marco jurídico de la acción del gobierno. En virtud del principio de legalidad, este no puede modificar las leyes; solamente puede, a través del *poder reglamentario*, precisar su aplicación. Pero las leyes no solamente fijan los límites que el gobierno no debe sobrepasar en su acción, sino que, por otra parte, lo obligan a actuar dentro de esos límites para asegurar su aplicación. De ahí que el gobierno sea un *ejecutivo*, en el sentido de que debe cumplir y hacer cumplir las leyes.

B) El *poder presupuestal* consiste en determinar las cifras de rentas y gastos anuales del Estado y decidir sobre los medios con los cuales se atenderán esos gastos a través, principalmente, de los impuestos. Al votar el presupuesto, el Parlamento fija límites a la acción de gobierno. Durante el siglo XIX los parlamentos obtuvieron en este campo un poder muy extenso, al conseguir votar el presupuesto de manera *especializada*, es decir, por capítulos. La aprobación del presupuesto en bloque dejaba al ejecutivo demasiado margen de iniciativa; sin embargo, en los últimos años, la dimensión y complejidad de los presupuestos modernos ha hecho que el ejecutivo recobre cierta iniciativa en la materia. Dentro de este poder existe otra limitación al ejecutivo y es la de impedirle la apertura de créditos por fuera del presupuesto aprobado.

C) Un tercer poder de delimitación es el de *aprobación de los tratados internacionales* que el gobierno negocia y suscribe. El Parlamento se reserva, en efecto, el derecho de autorizar al ejecutivo a poner en vigencia los tratados que este ha negociado con otras naciones, particularmente en ciertas materias importantes: comercio, alianzas, paz, etc. La aprobación de un tratado por el Parlamento es lo que le da carácter de ley.

**3.4.2 Poder de control político.**—Otro de los poderes fundamentales del Parlamento, de carácter eminentemente político, es el de ejercer control sobre el gobierno, a nombre de la opinión pública. Este poder, que en opinión de algunos analistas llega a ser en el Estado moderno incluso más importante que el legislativo propiamente dicho, lo ejerce por medios diversos. En primer lugar, a través de las citaciones y debates a los ministros y otros altos funcionarios de la administración, citaciones y debates que tienen por objeto solicitarles informes sobre la gestión que adelantan, explicaciones sobre aspectos concretos de esta gestión, sobre actos u omisiones en el desempeño de la mis-

ma; en esta forma saben los miembros del gobierno que su labor está sometida al permanente control parlamentario. En Gran Bretaña cada sesión de la Cámara de los Comunes se inicia por las llamadas "cuestiones orales" a los miembros del gabinete; en otros países existen también las cuestiones escritas. Otro medio eficaz de control es la discusión del presupuesto nacional en el Parlamento. Se dice que el poder presupuestal es un poder de delimitación, tratándose de la vigencia futura, pero al mismo tiempo es un poder de control cuando se trata de la vigencia que expira, ya que permite a los parlamentarios juzgar sobre la manera como el gobierno hizo uso de ese presupuesto y con base en ese juicio glosar las partidas que se sometan a su consideración, si es del caso. Otro medio de control lo constituyen las *comisiones investigadoras* que las cámaras pueden designar con carácter permanente o transitorio y el que ejerce la comisión de acusaciones de cada cámara. Existe además, en algunos países, la institución del *ombudsman*; se trata de un comisionado especial con competencia general, designado por el Parlamento, para que reciba y estudie todas las denuncias presentadas por los ciudadanos contra la administración pública; el *ombudsman* tiene amplias facultades de investigación. Este cargo, creado en Suecia en 1809, ha sido consagrado en otros países como Dinamarca, Noruega, Finlandia y Nueva Zelanda. Gran Bretaña lo adoptó en 1967.

El control político del legislativo sobre el ejecutivo es más eficaz en el sistema de gobierno parlamentario que en el presidencial, por cuanto, se verá más adelante; en el primero existe el *voto de censura* por medio del cual, si es aprobado, el Parlamento puede obligar a renunciar a un ministro o a todo el gabinete ministerial, en tanto que en el segundo tal posibilidad no se da. Sin embargo, en el sistema presidencial, en el cual los ministros son nombrados y removidos libremente por el presidente, la intensidad de los debates parlamentarios o la gravedad de las acusaciones que se hagan contra un ministro, pueden desembocar en su renuncia.

En Colombia, pese a mantener el sistema presidencial, la Constitución de 1991 consagró la moción de censura a los ministros, con lo cual estos dejan de ser de libre remoción del presidente. La moción de censura debe ser propuesta por la décima parte, a lo menos, de los miembros de la respectiva cámara, pero su aprobación requiere la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso (art. 135, num. 9), lo cual hace que ella resulte muy difícil en la práctica.

**3.4.3 Poder de impulsión.**—La práctica de los debates parlamentarios, así como la facultad de presentar proyectos de ley que tienen los parlamentarios, tal vez las dos más importantes funciones del Parlamento, constituyen también un poder de impulsión, en el sentido de que con esas acciones se está dando impulso a la administración y en general al Estado. Los debates, que como se ha dicho deben ser públicos, salvo raras excepciones, y difundidos a través de los órganos propios de las cámaras, son el medio más adecuado para que desde el Parlamento se haga oír la voz de la opinión pública, se expresen las necesidades y problemas de la comunidad y se propongan soluciones a los mismos. El objeto de la presentación de proyectos de ley, es decir de la ini-

ciativa parlamentaria, es concretar esas soluciones por medio de leyes. Son las leyes las que impulsan la vida de un Estado de derecho, pues, como se sabe, ellas conforman un mandato de acción para los gobernantes y de acatamiento para estos y los gobernados.

**3.4.4 Poder de provisión de ciertos cargos.**—En general los parlamentos poseen adicionalmente algunos poderes calificados como “administrativos”, y que consisten en hacer ciertos nombramientos. En primer término, ellos designan a los funcionarios y empleados de las cámaras, de conformidad con su propio reglamento y presupuesto. Pero, además, se les asigna la provisión, de algunos de los más altos cargos del Estado. El Congreso de Estados Unidos, por ejemplo, tiene el poder de ratificar o desaprobado el nombramiento de los miembros del gabinete ejecutivo —los *secretarios*—, de los magistrados de la Corte Suprema y de los embajadores. En Colombia el Senado de la República elige a los magistrados de la Corte Constitucional y al procurador general de la Nación, y aprueba los ascensos militares en los más altos grados; la Cámara de Representantes elige al defensor del pueblo, y el Congreso en pleno elige al contralor general de la república y al vicepresidente, cuando el elegido por el pueblo falta.

**3.4.5 Poder constituyente derivado.**—En muchos países la Constitución confía al Parlamento o Congreso el poder constituyente derivado, esto es la facultad de hacer reformas a la Carta. Esta facultad, quizás la de mayor trascendencia que pueda tener el Parlamento, se le otorga o bien de manera exclusiva o compartiéndola con otros órganos del Estado o con el pueblo mismo, es decir, combinándola con los procedimientos de la democracia directa. Cuando los parlamentarios o congresistas abocan una reforma constitucional actúan no como legisladores sino como *constituyentes*. Por lo demás, los procedimientos que utilizan en este caso son procedimientos especiales, diferentes a los utilizados para la formación de la ley<sup>21</sup>.

### 3.5 Unicameralismo y bicameralismo

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia de que haya una sola o dos cámaras legislativas. Esta cuestión tiene aún vigencia sobre todo en países de forma unitaria, como Colombia, donde el bicameralismo —que ha regido a lo largo de toda la historia republicana— ha sido periódicamente cuestionado, pero encuentra su justificación no solo en una prolongada y constante trayectoria histórica, sino en que está hondamente arraigado en las costumbres políticas de su pueblo.

Quienes abogan por el unicameralismo aducen principalmente las siguientes razones: a) Que la existencia de una sola cámara facilita la función legislativa, haciendo más expedita la aprobación de los proyectos de ley y, en general, la toma de decisiones por el Congreso o parlamento; b) que la existencia de una sola cámara resulta menos costosa para el erario público; c) que

<sup>21</sup> V. *infra*, Parte segunda, cap. IV, págs. 364 y ss.

al existir dos cámaras se presenta una duplicidad innecesaria en la función legislativa, ya que ambas por lo general tienen las mismas atribuciones y, fundamentalmente, son titulares del mismo poder legislativo.

Los defensores del bicameralismo, en cambio, esgrimen principalmente los siguientes argumentos: a) Que es conveniente el que haya dos cámaras legislativas para que se sirvan, recíprocamente, de freno y contrapeso; b) que en materia de formación de la ley no se trata de cantidad ni de rapidez, sino de calidad, y que por tanto el examen de los proyectos resulta más cuidadoso por parte de dos cámaras que de una sola; c) que es necesario que exista una *cámara de reflexión* respecto de las decisiones de la otra; d) que en materia de costos para el erario público, por una parte hay que asumir que el funcionamiento de un régimen democrático implica gastos elevados, que en todo caso son menores que los que absorbe un régimen dictatorial, sin control alguno, y que, por otra parte, no necesariamente una cámara resulta menos onerosa que dos, ya que aquella puede estar compuesta, si es verdaderamente democrática, por un número mayor de personas del que puedan llegar a integrar dos cámaras; e) que si bien es cierto las dos cámaras tienen en principio atribuciones similares, sobre todo en materia legislativa su existencia permite una cierta especialización de funciones, como cuando en procesos contra funcionarios de fuero constitucional se le atribuyen a la una funciones de acusación y a la otra de juzgamiento, o cuando se le dan a la una atribuciones preferenciales en materia presupuestal y a la otra en materia de aprobación de tratados internacionales; f) que la existencia de dos cámaras hace más difícil que un gobierno de tendencia autoritaria pueda ejercer presión sobre ambas, y, en cambio, la de una sola cámara la hace más susceptible a los halagos o manipulaciones del ejecutivo.

En nuestra opinión resultan más valederos los argumentos en favor del bicameralismo. En efecto, este sistema hace que el proceso de formación de la ley, si bien puede ser más complejo, permite al mismo tiempo que sea más responsable y cuidadoso, evitando la aprobación precipitada, muchas veces por conveniencias políticas coyunturales, de proyectos de ley. Consideramos que la labor legislativa, aunque puede ser más dilatada en el tiempo, resulta más racional con la existencia de dos cámaras que se controlen mutuamente, en la cual una de ellas sirve de cámara de reflexión de las decisiones de otra. La experiencia en muchos países, entre ellos Colombia, ha demostrado de manera fehaciente cómo proyectos de ley abiertamente inconvenientes aprobados por una cámara han sido luego enmendados o rechazados por la otra, para beneficio de la sociedad. Por lo demás, la existencia de dos cámaras resulta más acorde con el régimen democrático, por cuanto garantiza mejor una auténtica representación tanto política como regional y social.

En los países de forma federativa, la existencia de dos cámaras encuentra su justificación en el hecho de que una de estas es el cuerpo en el cual tienen representación los Estados miembros en cuanto tales, como ocurre con el Senado norteamericano o el *Bundesrat* alemán. Actualmente existe en algu-

<sup>22</sup> V. *supra*, pág. 251.

nos países de forma unitaria una tendencia a prescindir de la segunda cámara; así, en Suecia, Noruega y Dinamarca, por ejemplo, esta ha sido suprimida y en Francia se ha estudiado seriamente la posibilidad de hacerlo. Pero en otros, como el Ecuador, donde fue suprimida, se tiende a restablecerla. De hecho, como antes se dijo<sup>22</sup>, la mayoría de los Estados modernos, al menos los que practican la democracia clásica, tienen sistema bicameral. El unicameralismo existe en unas pocas democracias como Suecia, Dinamarca y los diminutos Estados europeos como Andorra, San Marino, Liechtenstein, Luxemburgo y Mónaco, en los países de Centroamérica, en la mayoría de los Estados socialistas, y, en general, en los regímenes totalitarios que deciden mantener un cuerpo de carácter legislativo, fácilmente manipulable por el ejecutivo.

**3.5.1 Clases de segundas cámaras.**—Las segundas cámaras pueden ser políticas y económicas. Las llamadas *segundas cámaras políticas* se pueden dividir, según el sistema, en aristocráticas, federales y democráticas.

Las segundas cámaras *aristocráticas* corresponden a una etapa de transición entre las antiguas monarquías absolutas y el régimen representativo moderno. Su objeto es asegurar la participación de los estamentos aristocráticos en el órgano legislativo del poder público. El ejemplo típico de estas es la Cámara de los Lores de la Gran Bretaña. Las segundas cámaras *federales* son, como se ha dicho, la consecuencia lógica de la forma federativa de Estado. Ellas permiten la representación equitativa de los Estados miembros de la federación, en cuanto tales, mientras que en la otra cámara está representando al conjunto de la población, de manera proporcional al número de habitantes de cada circunscripción.

Las segundas cámaras *democráticas* tienen su explicación en la idea de que la dualidad en el poder legislativo es factor indispensable para el buen funcionamiento de la democracia liberal. Se sostiene, entre otros argumentos, que es conveniente que exista una *cámara de reflexión*, que controle y morigere las decisiones que tome la primera, evitando que se adopten proyectos de ley de manera precipitada. Este argumento, según algunos, ha perdido peso frente a los hechos: se señala como uno de los defectos del funcionamiento del Parlamento moderno la lentitud con la cual adopta sus decisiones, aparte del costo que implica el sostenimiento de dos cámaras lo cual es objeto de incesantes críticas, no siempre sin fundamento. Pero se olvida que en tratándose de la aprobación de la ley el asunto no es de cantidad o de celeridad, sino de calidad y buen juicio. DUVERGER anota que una adecuada racionalización del trabajo parlamentario, es suficiente para asegurar la reflexión conveniente<sup>23</sup>.

En todo caso, la existencia de dos cámaras, en lugar de una sola, es mejor garantía contra las posibles o reales presiones que sobre el Parlamento pretenda hacer un gobierno de corte autoritario; por otra parte, como se ha dicho, contribuye a evitar la aprobación precipitada de leyes o decisiones inconvenientes, riesgo este que se corre con el sistema unicameral. Por algo los regíme-

<sup>23</sup> M. DUVERGER, ob. cit., pág. 177.



nes totalitarios —tanto de derecha como de izquierda—, tienden a propiciar las cámaras únicas, más dóciles a su manipulación.

En cuanto a las *segundas cámaras económicas*, estas han sido creadas en el curso del presente siglo en varios países. En lugar de una cámara de representación política por áreas geográficas, se establece una elegida en representación de sectores gremiales o sociales. No se trata entonces de un cuerpo federativo, aristocrático o político, sino de un cuerpo de tipo social: sus electores se agrupan en organizaciones tales como sindicatos, agremiaciones patronales, corporaciones profesionales, etc. Este sistema se ha implantado especialmente en países de sistema de gobierno autoritario. En los regímenes fascistas, como la Italia de MUSSOLINI y la Alemania de HITLER, se intentó reemplazar las cámaras políticas por estas cámaras profesionales, haciendo que ellas absorbieran la totalidad del poder legislativo. En los regímenes socialistas, al lado de una asamblea de representación política, se han creado las cámaras económicas a fin de asegurar la participación de los sindicatos y sectores populares en las tareas legislativas. En algunas democracias occidentales se ha adoptado el sistema bajo la forma de asambleas de tipo consultivo, cuya función es la de emitir concepto sobre las decisiones que adopta el gobierno o la cámara de elección popular en materias económicas y sociales. Tal es el caso, por ejemplo, del Consejo Económico y Social francés y del Consejo Nacional de Economía y Trabajo italiano. Estas corporaciones están compuestas por representantes de las organizaciones sociales o profesionales y algunos ciudadanos designados por el propio gobierno. En esta forma se permite a los llamados “grupos de presión” manifestarse pública y oficialmente a través de una asamblea de tipo parlamentario.

En cuanto a *pluricameralismo*, esto es, la existencia de más de dos cámaras legislativas, como atrás se dijo ha sido un hecho excepcional en el mundo moderno. Y como también se anotó, no constituyen pluricameralismo los casos de corporaciones o asambleas de tipo económico o social, como las anteriormente mencionadas, cuyas funciones son básicamente consultivas o preparatorias de proyectos específicos.

#### 4. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA O EJECUTIVA

Como sucede en el caso de las funciones legislativa y jurisdiccional, sobre el concepto de función administrativa o ejecutiva ha habido también divergencia entre los tratadistas, según el criterio empleado para determinarla: a) siguiendo el criterio orgánico, la función administrativa es la que realiza el poder ejecutivo. Aunque, como lo veremos más adelante, corresponde a este órgano del Estado el ejercicio de esta función, la definición es inaceptable por razones análogas a las mencionadas en los casos anteriores; b) según el criterio material, la función administrativa es la actividad estatal que tiene por objeto realizar *actos jurídicos subjetivos*. Se distingue así de la función legislativa en que los efectos jurídicos de esta son generales. Pero la actividad reglamentaria, que también los produce, es típicamente administrativa. Además, se objeta

que al considerar exclusivamente los actos jurídicos, se prescinde de las *operaciones materiales* que son parte fundamental de la función administrativa; c) según el criterio formal, la función administrativa consiste fundamentalmente en realizar los actos necesarios para el cumplimiento de las leyes, así como los objetivos del bien común dentro del Estado. O, como dice SAYAGUÉS LASO, es la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos<sup>24</sup>. Este concepto, agrega él, pone de relieve una característica esencial de la función administrativa que no aparece en las otras funciones: tiende a concretar en hechos la actividad estatal. Es preciso agregar que ello se logra mediante actos jurídicos y operaciones materiales. El profesor SARRIA la define como “la función por la cual los gobernantes expresan su voluntad con el fin de crear [*sic*] una situación jurídica subjetiva o de condicionar una situación jurídica objetiva”<sup>25</sup>.

#### 4.1 El órgano que cumple la función administrativa: el gobierno

La función administrativa o ejecutiva está confiada al *gobierno*. El término *gobierno* puede entenderse en tres sentidos diversos: en *sentido amplio*, designa al conjunto de órganos políticos del Estado, incluido el Parlamento, teniendo en cuenta que todo ejercicio de la autoridad pública implica gobernar; en *sentido restringido*, designa a un órgano particular: el poder ejecutivo, por oposición al poder legislativo encarnado en el Parlamento; en *sentido estricto*, designa a un elemento concreto del poder ejecutivo que puede ser o bien el presidente de la república y sus ministros, en el sistema presidencial, o bien el gabinete ministerial en el sistema parlamentario. Cuando hablamos aquí de gobierno, tomamos esta palabra en el segundo de los sentidos indicados, es decir, como el órgano ejecutivo del poder público. Dentro del gobierno la suprema autoridad es el jefe de gobierno el cual, en sistema presidencial, es al mismo tiempo jefe del Estado. Por gobierno, en estricto sentido, puede entenderse, pues, el conjunto de funcionarios a los cuales la Constitución confiere la titularidad de la función ejecutiva y administrativa del Estado, a cuya cabeza está colocada una persona, o un grupo de personas, que ostenta la suprema autoridad política y administrativa de una nación.

El órgano superior del gobierno —esto es, la cabeza del ejecutivo nacional—, puede estar conformado de diversas maneras: puede ser *monocrático* o *unitario*, *dualista*, *directorial* o *colegiado*.

A) *Monocrático* o *unitario*, cuando a la cabeza del ejecutivo hay una sola persona. Esta forma se da en el sistema de gobierno presidencial, en el cual esta persona es el presidente de la república, quien reúne a la vez las calidades de *jefe de Estado* y *jefe de gobierno*, y es elegido por sufragio universal. Se da también en las monarquías absolutas —hoy en vías de extinción—, en las cuales hay una sola cabeza, el rey, o emperador, y el poder se transmite por vía hereditaria.

<sup>24</sup> E. SAYAGUÉS LASO, ob. cit., pág. 42.

<sup>25</sup> E. SARRIA, ob. cit., pág. 2.

B) *Dualista*, cuando el ejecutivo lo conforman dos personas, una con el carácter de jefe de Estado, y la otra con el de jefe de gobierno. Esta forma se da en el sistema de gobierno parlamentario, en el cual el jefe de Estado puede ser un monarca —como ocurre en Gran Bretaña, Suecia o Japón—, o un presidente de la república —como ocurre en Italia, Grecia o Israel—, con funciones ante todo de tipo formal; por su parte el jefe de gobierno —primer ministro, canciller o presidente del gobierno— ejerce la principal función política y administrativa dentro del Estado.

C) *Directorial*, cuando el ejecutivo está constituido por un número plural de personas —más de dos—, colocadas todas ellas en un mismo pie de igualdad jerárquica, ostentando colectivamente la jefatura del Estado, con funciones de tipo formal y con la atribución de designar a los integrantes del gobierno. Esta forma se da en el sistema de gobierno convencional o de asamblea, que rige en la mayoría de los Estados socialistas-marxistas.

D) *Colegial*, cuando a la cabeza del ejecutivo hay más de dos personas que se alternan sucesivamente el cargo de jefe de Estado. Este sistema rige en Suiza, se utilizó por largos años en el Uruguay, y se ha aplicado en algunos casos de juntas militares —como en Argentina entre 1976 y 1982— y de juntas cívico-militares.

#### 4.2 El jefe de Estado

El más alto nivel jerárquico dentro de la organización jurídico-política de un Estado lo ocupa el jefe de Estado. Ello se debe a varios factores: en primer lugar, a que él simboliza y representa la unidad nacional; es considerado como la encarnación de la majestad del Estado. Ello es válido en cualquiera de los sistemas de gobierno imperantes. En segundo lugar, en lo que hace al sistema de gobierno presidencial, ello se debe también a que el jefe de Estado es elegido —bien sea directa o indirectamente— por la totalidad de los ciudadanos, es decir, que al contrario de lo que ocurre con el Parlamento o Congreso y con las demás corporaciones de elección popular, la circunscripción electoral del jefe de Estado comprende todo el territorio nacional. Este hecho le da a aquel una mayor prestancia política, así teóricamente la rama del poder de la cual es cabeza —el ejecutivo—, esté en el mismo pie de igualdad con las demás.

A este respecto comenta BISCARETTI DI RUFFIA<sup>26</sup>: “Dada la igualdad jurídica de todos los órganos constitucionales, el jefe del Estado puede diferenciarse de los mismos solo por una mayor dignidad personal, idónea para facilitarle la tarea de coordinador supremo de las más elevadas funciones estatales”. Así, a la mayor prestancia política se une también una mayor dignidad personal, que debe surgir naturalmente del hecho de ser considerado el jefe del Estado, como antes se dijo, como la encarnación de la majestad de la Nación. De esta manera tanto la conducta política como la conducta personal —incluso la vida privada— del jefe del Estado, deben corresponder en un todo a la alta

<sup>26</sup> PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho constitucional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, pág. 430.

investidura de que está revestido. Su dignidad personal debe servir de modelo a sus conciudadanos —gobernados y gobernantes—, ya que ella compromete el prestigio mismo de la institución de la cual es titular. El desprestigio del jefe del Estado, a causa de su conducta pública o privada, puede poner en serio peligro —como la historia lo ha demostrado muchas veces—, la estabilidad misma de las instituciones que representa. Los ciudadanos, sobre todo en las democracias, son muy sensibles ante la conducta de sus gobernantes, y lo son en mayor grado cuando se trata de la del jefe del Estado, del cual esperan ejerza un papel de *liderazgo político y moral*.

#### 4.3 Elección del presidente de la república

Cuando en un régimen de democracia clásica el jefe del Estado no es un monarca —en cuyo caso ocupa el cargo por herencia—, sino un presidente de la República, a este cargo se llega por elección. El carácter de representante del pueblo que él ostenta hace que ello deba ser así. Pero la elección presidencial puede revestir modalidades diversas, según los distintos ordenamientos jurídicos establecidos para el efecto. Esas modalidades pueden ser: a) *Elección popular directa*, cuando todos los ciudadanos están facultados para elegir directamente, por el sistema del sufragio universal, al jefe del Estado. Esta modalidad se ha impuesto en la época contemporánea en la mayoría de los países latinoamericanos —incluido Colombia—, así como Francia, Austria y en algunos países africanos y asiáticos. En algunos países la elección presidencial se realiza con el sistema de las dos vueltas; la segunda tiene lugar si en la primera ninguno de los candidatos ha obtenido la mayoría absoluta. b) *Elección popular indirecta o de segundo grado*, cuando todos los ciudadanos eligen, mediante sufragio universal, a un cierto número de electores secundarios o *compromisarios*, a los cuales corresponde, en última instancia, la elección formal del jefe del Estado. Este sistema rige en Estados Unidos<sup>27</sup>, en Argentina y en otros pocos países. c) *Elección por el Parlamento*, cuando se confía a las cámaras legislativas, reunidas conjuntamente para tal efecto, la elección del jefe del Estado. Este sistema se utiliza en países de sistema de gobierno parlamentario y de sistema convencional o de asamblea, como los socialistas. Dentro de él se presenta el sistema de *parlamento reforzado*, es decir, que además de los legisladores ordinarios, se agregan otros *electores* para el efecto de elegir al presidente, como sucede en la República Federal de Alemania y en Italia. d) *Elección por un colegio electoral restringido*, cuando se quiere sustraer del ámbito parlamentario la elección presidencial, y se designa expresamente a un cierto número de ciudadanos para tal fin. Esta modalidad se da también en algunos países de sistema parlamentario.

#### 4.4 Composición de la rama ejecutiva

La rama ejecutiva del poder ha sido y es —por razones diversas— la más extensa y compleja dentro de la estructura del Estado: a su cabeza está, como

<sup>27</sup> V. *infra*, pág. 574.

ya se ha explicado, el jefe del Estado, solo en sistema presidencial, o junto con el jefe de gobierno, en sistema parlamentario. Enseguida vienen, en orden jerárquico, los *ministros* del despacho, que conforman el *gabinete ejecutivo*. Cada ministro es considerado como jefe de la administración en su respectiva cartera o área. En algunos países —sobre todo de sistema parlamentario— se han establecido categorías entre los ministros; así ocurre, por ejemplo, en Gran Bretaña, Italia, Francia y Japón. Los ministros son, en principio, de libre nombramiento y remoción por parte del jefe del Estado, aunque en la práctica, en los sistemas parlamentarios, son escogidos por el jefe de gobierno, a cuya propuesta los nombra aquel. En otros países, como en los Estados Unidos, el nombramiento de ministros —*secretarios*— requiere de la confirmación del Senado. La reunión de todos los ministros con el jefe del Estado —en sistema presidencial— o con el jefe de gobierno —en sistema parlamentario— conforma el *Consejo de ministros*, órgano colegiado en el seno del cual se deben tomar las grandes decisiones de carácter ejecutivo y administrativo del Estado. También existen comités interministeriales y consejos especializados para ciertas materias, de los cuales forman parte varios de los ministros del despacho.

Al lado de los ministros existen también, en el orden nacional, otros funcionarios de rango similar, o un tanto inferior, a los cuales se les confía el manejo de ciertas dependencias especializadas, cuya naturaleza y jerarquía hacen que se les dé un tratamiento especial. Tal es el caso en Colombia de los jefes de departamentos administrativos, los directores de institutos descentralizados, los gerentes de empresas industriales y comerciales del Estado, y los superintendentes<sup>28</sup>.

En el orden seccional —*provincias, Estados, departamentos*— a la cabeza del ejecutivo hay un gobernador o intendente, o prefecto, o comisario, generalmente nombrado por el ejecutivo nacional, del cual es su agente en la respectiva sección territorial. Este funcionario, a su turno, designa a sus propios colaboradores, en lo que constituye una especie de gabinete a nivel seccional.

El esquema de los gobiernos seccionales, así como el de los locales, a cuya cabeza está el *alcalde municipal*, o burgomaestre, o intendente, viene a ser un reflejo del nacional, aunque reducido a los requerimientos de la respectiva sección o municipio. La estructura y funcionamiento de las administraciones seccionales y locales se estudia a la luz del derecho constitucional especial o particular de cada Estado. Por regla general esa estructura está consagrada en la Constitución Nacional<sup>29</sup>. En cuanto a la organización y funcionamiento

<sup>28</sup> En Colombia existen los departamentos administrativos de la Presidencia de la República, Planeación Nacional, Seguridad, Estadística, Aeronáutica Civil, Servicio Civil y Cooperativas, y las superintendencias Bancaria, de Sociedades, de Industria y Comercio, de Control de Cambios, de Notariado y Registro, de Subsidio Familiar y de Seguros de Salud.

<sup>29</sup> La Constitución Política de Colombia dedica su título XI a la organización territorial.

de los demás órganos dependientes del ejecutivo, a nivel nacional, seccional o local, su estudio cae dentro del ámbito del derecho administrativo.

Cabe señalar que dada la extensión y complejidad de los problemas que plantea la administración pública en el Estado moderno, de manera particular en lo que hace a la prestación de los servicios públicos y a la atención de comunidades cada vez más numerosas y diseminadas, se ha impuesto cada día con más fuerza la descentralización administrativa. Esto en los Estados de forma simple o unitaria, por cuanto en los de forma compuesta —federaciones y confederaciones— de hecho ella existe. Como se verá en el siguiente capítulo, es característica esencial en los Estados simples o unitarios el que haya centralización política, pero ello no impide el que pueda haber descentralización administrativa. Por el contrario, como anotamos, este concepto tiende cada vez más a extenderse. Aunque también es tema del derecho administrativo, a él habremos de referirnos más adelante<sup>30</sup>.

#### 4.5 *Contenido y objeto de la función ejecutiva o administrativa*

En general, puede decirse que el contenido de la función administrativa o ejecutiva son las actividades del poder ejecutivo. De acuerdo con la concepción de MONTESQUIEU, para conservar el equilibrio de poderes, a este le correspondería básicamente hacer cumplir las leyes emanadas del legislativo, el cual tendría entonces la dirección del Estado; es decir, el gobierno sería un mero ejecutor de las decisiones del Parlamento. En el Estado moderno no es así, ni puede serlo, dada la extensión y complejidad de los problemas que plantea su conducción y los crecientes requerimientos de la comunidad en todos los niveles, los cuales exigen que la rama ejecutiva disponga de los instrumentos, la autonomía y la libertad de acción suficiente para sortear esos problemas y atender con prontitud esos requerimientos, dentro del marco jurídico establecido por la Constitución y las leyes.

Como consecuencia de lo anterior, el objeto de la función ejecutiva o administrativa, no se limita al de “hacer cumplir las leyes”, siendo este, desde luego, uno de los más importantes, sino que va más lejos. En líneas generales podemos decir que el objeto de esta función consiste, al mismo tiempo, en:

a) *Hacer cumplir las leyes.* Es esta la función ejecutiva propiamente dicha; para realizarla, el gobierno dispone de medios coercitivos y represivos, como son la fuerza pública, los cuerpos de seguridad, el sistema carcelario y, en general, atribuciones de tipo policivo.

b) *Administrar los bienes del Estado.* Es esta la función gubernamental por excelencia: al gobierno le corresponde la responsabilidad de administrar los recursos del Estado, proveyendo a su cabal recaudación y disponiendo de su inversión, buscando satisfacer los requerimientos de la comunidad a través de obras de progreso colectivo. El desempeño de esta función debe estar so-

<sup>30</sup> V. *infra*, págs. 290 y 291.

metido al permanente control de los órganos de fiscalización, como son las contralorías y el propio Parlamento. Para su cumplimiento el ejecutivo dispone de una red cada vez más extensa y compleja de agencias, funcionarios y empleados del orden administrativo.

c) *Ejercer la alta dirección política del Estado.* Es el ejecutivo en el Estado moderno el que debe trazar los rumbos y las metas hacia los cuales debe orientarse la acción del Estado. A él corresponde ejercer ese liderazgo político y moral del que hablábamos atrás. Para ello debe desarrollar un “programa de gobierno” armónico y coherente, que abarque los diferentes aspectos de la vida estatal, y asumir la coordinación de todo el aparato gubernamental encaminándolo hacia su plena realización. Y para ello dispone, también, como se verá adelante, de cada vez más amplias facultades de tipo legislativo.

d) *Dirigir las relaciones exteriores.* Al gobierno compete la orientación de la política internacional del Estado. Para realizar esta función dispone de los agentes diplomáticos y demás instrumentos técnicos y políticos. Es él quien compromete internacionalmente la responsabilidad del Estado.

e) *Planificar la economía.* Es la planificación económica y social, una de las funciones más importantes que se le ha dado al gobierno en el Estado moderno. Se le confía a él la iniciativa en esta materia, por cuanto es el órgano que dispone de los elementos de juicio y los instrumentos para elaborar los planes y programas de desarrollo económico y social. El Parlamento debe aprobar esos planes, pero es el ejecutivo quien debe llevarlos a la práctica.

f) *Preservar el orden público.* El mantenimiento del orden público en el Estado o su restablecimiento cuando ha sido turbado, es una de las funciones más delicadas y trascendentes que le incumben al ejecutivo. De ahí que en circunstancias de crisis sus poderes sean reforzados por mandato constitucional o legal<sup>31</sup>. Con este propósito al ejecutivo se le confía la titularidad de las fuerzas armadas y de policía, así como el control de los cuerpos de seguridad.

g) *Defender la integridad territorial.* Corresponde al gobierno nacional la defensa de la integridad y la soberanía del Estado cuando quiera que sean amenazadas o violadas por parte de otros Estados. Para tales efectos, las constituciones en general le confieren al jefe del Estado la calidad de comandante de las fuerzas armadas, prevén la existencia de ejércitos regulares, divididos en distintas armas —de tierra, de mar o de aire— y disponen la obligatoriedad de prestar el servicio militar en determinadas circunstancias. En casos de guerra exterior, aunque en los Estados de derecho su declaratoria se confía al Parlamento o Congreso, o a una de sus cámaras, la responsabilidad del manejo de la guerra incumbe fundamentalmente al ejecutivo.

h) *Garantizar el suministro de los servicios públicos esenciales.* Al Estado le corresponde, a través de la rama ejecutiva en todos sus niveles —nacional, regional, local—, el suministro de los servicios públicos básicos a la

<sup>31</sup> V. *infra*, Parte segunda, capítulo VI, págs. 404 y ss.

comunidad. Entre tales servicios se cuentan, en el Estado moderno, los de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica, asistencia social a los menesterosos y desvalidos, vías de comunicación, educación pública, abastecimiento de alimentos, salud, soluciones de vivienda a las clases menos favorecidas, comunicaciones, recreación, vigilancia pública y administración de justicia, entre los más fundamentales. Aunque es función prioritaria del Estado prestar estos servicios, dada la complejidad, costos y extensión de los mismos, algunos de ellos, como los de educación, asistencia social, comunicaciones, limpieza de vías públicas, e incluso, vigilancia, y otros como el del transporte público, se dejan a menudo, al menos en parte, en manos de particulares. La tendencia en el Estado moderno ha sido la de privatizar las empresas que prestan este tipo de servicios, y otros como la banca y, en general, los financieros y de fomento. Pero en todos los casos, el Estado debe reservarse siempre la supervigilancia y control de la cabal prestación de los servicios públicos, cuando no los presta directamente.

#### 4.6 *Cómo actúa el ejecutivo. Los decretos*

Así como el legislativo actúa básicamente a través de leyes, y los jueces y tribunales lo hacen a través de sentencias, el ejecutivo actúa principalmente a través de *decretos* y de *resoluciones*. Los decretos son normas de carácter general y, excepcionalmente de índole particular, que expide el gobierno con sujeción a la Constitución y a la ley y por mandato de estas, con objeto de regular situaciones tanto objetivas como subjetivas. Entre los decretos hay diferentes *categorías*, según su fuente, naturaleza y finalidad. Hay *decretos ordinarios*, que son aquellos dictados por el gobierno en uso de sus facultades constitucionales y legales, ordinarias o normales, para regular situaciones igualmente normales. Hay *decretos con fuerza de ley*, que son aquellos dictados por el gobierno por expresa autorización de la Constitución o del Parlamento para casos excepcionales y que tienen la capacidad de suspender la vigencia de ciertas leyes, o de derogarlas, o se refieren a materias sujetas a reglamentación legal. Entre estos decretos, que tienen —sea de manera transitoria o definitiva— el valor de una ley, hay que distinguir tres tipos: los decretos legislativos, los extraordinarios y los especiales. Los *decretos legislativos* son los dictados por el gobierno, mediante formalidades especiales, en circunstancias de crisis como el estado de sitio, o de emergencia, o de excepción. Su objeto específico es el de afrontar y solucionar las circunstancias que dieron origen a la declaratoria de tales estados. Los *decretos extraordinarios o decretos-leyes*, son los que dicta el gobierno en uso de facultades extraordinarias otorgadas expresa y temporalmente por el Congreso<sup>32</sup>, para que aquel pueda actuar de manera más expedita en determinadas materias. Los *decretos especiales*, son también expedidos por el gobierno en uso de autorizaciones concedidas por el legislativo para celebrar contratos, negociar empréstitos, ena-

<sup>32</sup> Tal es el caso en Colombia del art. 150, num. 10 de la Const. Pol.



jenar bienes, etc. De otra parte, hay *decretos reglamentarios*, los cuales tienen un carácter administrativo y son expedidos por el gobierno en uso de la *potestad reglamentaria* de la ley, que las constituciones le dan. Este poder jurídico está tan vinculado al ejercicio de la función administrativa, que algunos autores afirman que aun sin estar previsto en la Constitución, el gobierno dispondrá de él; que la Constitución no lo crea, sino que lo reconoce.

De todas formas es preciso recalcar el hecho de que los actos administrativos deben conformarse con el derecho objetivo —la Constitución y la ley—, y, por tanto, que la función ejecutiva está subordinada a la legislativa. Como dice E. SARRIA: “El Estado ejecutor no puede obrar sino en los casos y condiciones determinados por el Estado legislador, sin perjuicio de que ciertas tareas de gobierno se originen directamente en sus órganos, como las de planeación”<sup>33</sup>.

#### 4.7 Funciones legislativas del ejecutivo

Como se ha señalado la complejidad que caracteriza el funcionamiento del Estado moderno se ha hecho necesario asignarle a la rama ejecutiva del poder, particularmente a su cabeza, el gobierno, el cumplimiento de determinadas funciones propiamente legislativas, ampliando así considerablemente su radio de acción. Por ello en casi todas las constituciones se encuentran consagradas expresamente normas que le confieren al ejecutivo el ejercicio de funciones legislativas. Entre estas se destacan algunas de *fondo*; como es la llamada función *colegisladora* del gobierno, es decir, la facultad reconocida a este de presentar, a través de los ministros, proyectos de ley al Parlamento, facultad que en muchos casos va más lejos: se le otorga al ejecutivo la iniciativa exclusiva en la presentación de ciertos proyectos de ley, como son los relativos al presupuesto de rentas y gastos, a los planes y programas de desarrollo económico y, en general, al gasto público. También figuran entre estas, las llamadas “facultades extraordinarias” que el Parlamento puede conferirle al gobierno —generalmente con carácter temporal y con fines específicos—, a través de las cuales el gobierno puede dictar decretos con fuerza de ley, supliendo así al propio legislador ordinario. Además está la facultad concedida al jefe del Estado, sobre todo en sistema de gobierno presidencial, de objetar por inconveniencia o por inconstitucionalidad los proyectos de ley aprobados por el Parlamento y sometidos a su sanción. En esta categoría se incluyen también la facultad concedida al ejecutivo de solicitar *trámite de urgencia* al estudio, por parte del Parlamento, de determinados proyectos, la de convocar al Parlamento a *sesiones extraordinarias* destinadas a la evacuación de los proyectos que el gobierno considere necesarios, y la *potestad reglamentaria* de las leyes conferidas al ejecutivo, la cual, por sí sola implica una vasta incursión de parte de este en la función legislativa.

Hay otras funciones que pueden considerarse de carácter *formal* asignadas al ejecutivo dentro de la función legislativa, como son la concurrencia del

<sup>33</sup> E. SARRIA, ob. cit., pág. 32.

propio jefe del Estado a la instalación y clausura de las cámaras legislativas, oportunidad que se le brinda para exponer ante ellas sus ideas sobre la marcha del Estado y, concretamente, sobre la labor del legislador y sus relaciones con el gobierno, el decreto de disolución o prórroga del Parlamento en los sistemas de gobierno parlamentario, la comparecencia al Parlamento de los ministros y altos funcionarios de la administración para atender citaciones y afrontar debates, y la sanción que el jefe de Estado debe dar a los proyectos de ley aprobados por el Parlamento cuando no hubiere de su parte objeciones o estas hubiesen sido debidamente tramitadas.

Habría que agregar dentro de las funciones legislativas del ejecutivo, los casos en que el jefe de Estado queda investido de poderes excepcionales, como ocurre en los casos de "estado de sitio" o, en general, en los *regímenes de crisis* o estados de excepción previstos en las constituciones modernas<sup>34</sup>.

#### 4.8 *Expansión de la función administrativa en el Estado moderno*

Como atrás se anotó, en el Estado moderno la función administrativa aparece como la más amplia, debido a la naturaleza de los asuntos que debe resolver y también al ensanchamiento progresivo del radio de acción del Estado. Ello es más evidente con el aumento del intervencionismo y, como ha ocurrido en muchos Estados entre los cuales se cuenta Colombia, con la institucionalización de la planificación y, así mismo, con el ensanchamiento de la noción de servicio público a muchas actividades a las cuales se les ha atribuido este carácter. De suerte que el ejercicio de la función administrativa o ejecutiva incide hoy directamente en el desarrollo económico y social de los pueblos.

A este respecto afirma LUIS CARLOS SÁCHICA: "En el Estado moderno el eje del poder político es el ejecutivo. Es el centro de impulsión de la administración, carácter que en los regímenes presidencialistas es más acentuado. Con esto, la nueva concepción de la función ejecutiva desborda su idea original de simple instrumento para el cumplimiento de la ley, esto es, de la administración de la política contenida en la norma, para hacerla surtir la plenitud de sus efectos, la realización de su objetivo.

"Hoy la función ejecutiva, especialmente allí donde jefatura de Estado y jefatura de gobierno se reúnen en una misma persona, implica también el liderato moral y político de la comunidad, es decir, su representación y la dirección de su destino. La responsabilidad de los desaciertos y la efectividad del Estado, fatalmente se personalizan y recaen en cabeza del ejecutivo. Aún más, al ejecutivo se le está adscribiendo igualmente, aunque esto rompa la idea de la separación y equilibrio entre las ramas del poder público, la promoción o activación de las funciones correspondientes a estas.

"Por esto, la función ejecutiva se concibe hoy como *función gubernamental*, con la idea de que le corresponde no solo la ejecución de una política,

<sup>34</sup> En Colombia los estados de excepción, consagrados en los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Carta Política facultan al gobierno para dictar decretos legislativos, sometidos a controles tanto de carácter político, por el Congreso, como de carácter jurisdiccional, por la Corte Constitucional.

sino su formulación y dirección, de la cual es instrumento la planeación. De modo de que de las fases de la acción estatal: planeación, deliberación, decisión, ejecución y fiscalización, el ejecutivo asume la primera y la cuarta, pero debe estimular y orientar las demás<sup>35</sup>.

#### 4.9 *Actos de gobierno y actos administrativos*

Dentro del concepto de función administrativa cabe distinguir una esfera especial: la de aquellos actos discrecionales, libres, cuyo contenido no está determinado por ninguna norma. Son estos los denominados *actos de gobierno*, que son aquellas operaciones del ejecutivo que, en principio, escapan al control jurisdiccional. La teoría de los actos de gobierno tuvo su origen en Inglaterra, cuando la monarquía fue despojada de sus funciones. Empero, ciertas prerrogativas o facultades fueron salvaguardadas dándoles el calificativo de *actos de gobierno*; entre ellas figuraban el nombramiento de los ministros, el derecho de gracia, la concesión de honores y de títulos nobiliarios, el comando de las fuerzas armadas, etc.

Los actos de gobierno son de índole *política*; dentro de esta categoría aparecen las actividades que cumple el ejecutivo como órgano que ejerce la suprema dirección del Estado. A diferencia de los *actos administrativos*, no son recurribles, es decir, no cabe solicitar su revocación por la vía judicial. Sin embargo, no es fácil trazar una línea divisoria precisa entre los actos de gobierno y los actos administrativos propiamente dichos. Para algunos autores, los primeros son aquellos que el Estado realiza por motivos políticos, siendo los demás administrativos. Empero, con esta definición se deja al arbitrio del poder público la calificación de la naturaleza del acto que ejecuta. Otros autores distinguen con base en la ley en que se funde el acto: si este se deriva directamente de leyes constitucionales, será considerado como acto de gobierno, y si se deriva de leyes ordinarias será acto administrativo. Pero se hace notar que en realidad todas las leyes emanan de la Constitución, supuesto que no puede ir legítimamente en contra de sus preceptos, en atención al principio de la jerarquía de normas. Tampoco se considera rigurosamente cierta la distinción según la cual son actos de gobierno los que se derivan de las facultades discrecionales del ejecutivo, y administrativos los que se fundamentan en los lineamientos señalados por los reglamentos. Como lo advierte PORRÚA PÉREZ, todos los actos políticos o de gobierno son discrecionales, puesto que nacen precisamente cuando el ejecutivo hace uso de facultades de este orden; pero no todos los actos discrecionales son actos de gobierno o actos políticos, porque dentro de estas mismas facultades discrecionales podemos encontrar la existencia de actos administrativos propiamente dichos<sup>36</sup>. Por esta razón, para

<sup>35</sup> L. C. SÁCHICA, ob. cit., pág. 423.

<sup>36</sup> F. PORRÚA PÉREZ, ob. cit., pág. 370.

algunos autores la teoría de los actos de gobierno “no añade nada importante a las disciplinas constitucionales”<sup>37</sup>.

## 5. LA FUNCIÓN JUDICIAL

El tercer aspecto de la separación de funciones entre los órganos del Estado lo constituye la existencia de tribunales y jueces independientes que puedan por una parte, ejercer control jurídico sobre los actos de los gobernantes —entendiendo el término en su sentido amplio, esto es gobierno y Parlamento— y, por otra parte, dirimir los conflictos que se suscitan entre los particulares o entre estos y el Estado. A estos tribunales corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional. Acerca del concepto de función judicial ha habido también controversia, ya que se lo ha enfocado desde el punto de vista de los distintos criterios: a) Según el criterio orgánico, función judicial es la que desarrollan los órganos judiciales. Se critica este concepto por cuanto, como ya se ha dicho, no coinciden la división de poderes y la separación de funciones. b) Según el criterio formal, la función judicial puede definirse como la actividad estatal que se manifiesta mediante actos procesales especialmente el acto denominado *sentencia*<sup>38</sup>. Aunque este criterio es útil, no aclara cuál es la naturaleza intrínseca de esta actividad del Estado. c) Por función judicial puede entenderse, en fin, “la que tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva”<sup>39</sup>. Es este el concepto más acogido por los tratadistas del derecho público en Francia y otros países. Como anota SAYAGUÉS LASO, él da solución exacta a muchas cuestiones que interesan principalmente al derecho administrativo, al configurar dos elementos esenciales: la cuestión a ser dilucidada y el valor de cosa juzgada que tendrá la decisión.

### 5.1 *El concepto de justicia*

“La justicia, dice JOHN RAWLS, es la primera virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”. Y agrega que “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”. Pero, como explica el mismo tratadista norteamericano, “de diferentes tipos de cosas se dicen que son justas e injustas: no solo las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también las acciones particulares de muchas clases, incluyendo decisiones, juicios e imputaciones. Llamamos también justas e injustas a las actitudes y disposiciones de las personas, así como a las personas mismas”<sup>40</sup>. La noción de justicia se

<sup>37</sup> H. PALACIOS MEJÍA, ob. cit., pág. 177.

<sup>38</sup> E. SAYAGUÉS LASO, ob. cit., pág. 47.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> JOHN RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 19 y ss.

predica, pues no solo de las actuaciones de la autoridad pública sino también de la de los particulares.

En la historia del pensamiento la palabra *justicia* ha sido utilizada en dos sentidos de diferente alcance: para designar el criterio ideal del derecho, es decir, la idea básica sobre la cual debe inspirarse este, y para denotar la virtud universal, comprensiva de las demás virtudes. Los pitagóricos fueron los primeros que intentaron definir conceptualmente la justicia, reduciéndola a una relación de igualdad. Concibieron la justicia como una medida y quisieron determinarla en forma matemática: consideraron el cuadrado geométrico como imagen de la justicia, porque tiene cuatro lados iguales. Para PLATÓN la justicia es la virtud fundamental de la cual se derivan todas las demás, pues constituye el principio armónico ordenador de estas, el que determina el campo de acción de cada una de las otras virtudes, como la prudencia, la sabiduría, la fortaleza, la templanza. ARISTÓTELES usa igualmente la palabra justicia como expresión de la *virtud total*, de la cual dice que consiste en una medida de proporcionalidad de los actos. En Roma, ULPIANO la definió como *ius suum quique tribuere* (dar a cada cual lo suyo), sentencia que se refiere a un criterio material de medida: su derecho. Para CICERÓN la justicia es algo que debe realizarse en la sociedad humana y que consiste en atribuir a cada uno lo suyo, y se aplica también a la distribución, de modo que cada cual reciba lo que corresponde a su mérito o dignidad; es decir, coincide con los principios de equidad.

La idea de justicia como valor superior aparece también consignada en el Evangelio y en el pensamiento de los padres de la Iglesia: San AMBROSIO la llama "fecunda generadora de las otras virtudes"; San JUAN CRISÓSTOMO, la define como la observancia de los mandamientos y de las obligaciones en general; San AGUSTÍN, la hace consistir en el amor de Dios y del bien, suma y compendio de toda virtud que establece para cada cosa su propio grado de dignidad, que subordina el alma a Dios y el cuerpo al alma y que además señala un orden en los asuntos humanos. Luego, Santo TOMÁS DE AQUINO señala que la justicia es "dar a cada cual lo que se merece". El título jurídico será entonces el mérito. Siguiendo a ARISTÓTELES, clasifica la justicia en *conmutativa*, donde prima la igualdad porque es la que se da entre particulares; *legal*, aquella que ordena la parte hacia el bien común y consiste en que cada cual aporte sus capacidades; y *distributiva* que es la que va del todo a cada una de las partes y busca la igualdad distribuyendo de acuerdo con las necesidades.

La concepción universalista de la justicia reaparece en el pensamiento de LEIBNIZ, como totalidad de la perfección ética. El pensador alemán también distingue entre justicia universal, distributiva y conmutativa. Sin embargo, el significado omnicomprendido de la palabra justicia ha ido cayendo en desuso; generalmente con esta palabra se quiere significar ante todo la idea que debe inspirar al derecho. Así encontramos, desde los pensadores antiguos y clásicos, hasta los modernos y contemporáneos, que en el Código *Las Siete Partidas*

de ALFONSO X El Sabio, se define la justicia como “raigada virtud que da y comparte a cada uno igualmente su derecho” y se dice que el fin de la ley es “que los hombres vivan en justicia”. BRUNETTO LATINI dice que la justicia es una virtud enteramente racional, encaminada a establecer un orden civil de equilibrio y de igualdad; “y así —dice él— como la justicia es cosa igual, así la injusticia es cosa desigual; pero el señor de la justicia se esfuerza en igualar las cosas que son desiguales”. La doctrina aristotélica reaparece, con variantes, en la mayor parte de los autores del Renacimiento y de los siglos XVI, XVII y XVIII, como BODIN, GROSSIO, VICO, WOLFF, BECCARIA, PUFENDORF, etc. GROCIO la define como equivalencia o proporcionalidad en los cambios y distribución; BECCARIA la define como voluntad de convivir con los prójimos de modo que todos tengamos dignidad de hombres, y como voluntad constructora de una ciudad de pares, de una coexistencia equitativa en la felicidad terrenal. DAVID HUME considera que la justicia se funda en una especie de convención que consiste en que “cada acto singular es realizado con la expectativa de que los otros realizarán lo mismo”. Según ROUSSEAU, “el primer sentimiento de la justicia no nos viene de la que nosotros debemos sino de la que nos es debida”. Para MARX la justicia consiste en defender los intereses de la clase trabajadora y se mide por las capacidades —el aporte— y por las necesidades —el reparto justo—; para STAMMLER la justicia es un valor objetivo que responde a la idea de derecho, que a su vez responde a una pregunta: ¿Cuándo puede considerarse justificado un querer formalmente jurídico? La justicia para él consiste en la idea formal de una absoluta armonía según la cual debe ser ordenada toda materia jurídica. Para DEL VECCHIO la justicia viene a ser “el principio ético que determina la perfección del ordenamiento jurídico”; exige que “todo sujeto sea reconocido en aquello que vale y que a cada uno le sea atribuido aquello que le corresponde”. Para RAWLS la justicia consiste en la proporcionalidad de dos actos, de suerte que estos sean objetivados pero defendiendo la diferencia; es decir, lo justo es lo equitativo y razonable.

EMIL BRUNNER, autor de uno de los más importantes estudios sobre la justicia, dice que “cuando hoy hablamos de lo injusto y de lo justo pensamos en algo mucho más limitado que cuando simplemente distinguimos entre lo bueno y lo malo. Pensamos en una idea que debe inspirar al derecho positivo, que debe regir los pensamientos mundanales o terrenos. Pensamos en la justicia terrena que debe regir las relaciones interhumanas externas y que quiere dar a cada cual lo suyo”. BRUNNER pone de manifiesto la diferencia esencial que media entre el amor —siempre personal y subjetivo— y la justicia, la cual se refiere no a la persona directamente, sino a algo que le pertenece a esta. La idea de justicia, implica dos conceptos: el de ley racional, la cual determina lo que corresponde a cada cual y el de igualdad el cual exige que todos sean tratados proporcionalmente, de modo que a cada uno se le dé lo que le corresponde según aquella ley<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, págs. 652 y ss.

Como puede verse, pues, a través de todos los tiempos, y aunque de diversos ángulos —teológico, jurídico, sociológico, filosófico— la justicia ha sido considerada como un valor superior para la convivencia humana, como virtud fundamental como principio básico en torno al cual debe girar el derecho. De como se imparta justicia, por parte de quienes ostentan esta facultad, dependerá fundamentalmente la existencia de un verdadero Estado de derecho, la estabilidad institucional y, en última instancia, la convivencia civilizada de los hombres en sociedad.

### 5.2 Objeto de la función judicial

En términos generales puede decirse que el objeto de la función judicial es el de *impartir justicia*. Pero conforme a la naturaleza de los procesos y a la calidad de las partes —personas o entidades— involucradas en él, ese objeto es múltiple:

a) *Resolver los conflictos jurídicos entre particulares*, sean estos de naturaleza civil, laboral, comercial, o que, en general, caigan bajo la órbita del derecho privado. La solución de esos conflictos corresponde a la llamada *justicia ordinaria*, la cual es administrada bien sea por jueces especializados en cada campo —civiles, laborales, tribunales de comercio, etc.— o por jueces promiscuos, es decir, facultados para conocer demandas sobre distintas materias. En Colombia el máximo tribunal de la justicia ordinaria es la Corte Suprema de Justicia, en la cual, existen salas de casación en lo civil y en lo laboral.

b) *Resolver los conflictos jurídicos entre particulares y el Estado*, surgidos de actos, operaciones u hechos administrativos emitidos o realizados por este. Las partes involucradas en este tipo de litigios son entonces, de un lado, un particular —sea persona natural o jurídica— y, del otro, el Estado, a través de alguna de sus agencias. De estos conflictos conocen los jueces o tribunales administrativos, y para resolverlos, se rigen por las normas del derecho administrativo. Su naturaleza es, pues, *contencioso-administrativa*; su máximo tribunal en Colombia es el Consejo de Estado.

c) *Castigar las infracciones a la ley penal*, esto es, la comisión de delitos y contravenciones, lo cual se hace por medio de los jueces y tribunales penales o de policía. En este tipo de procesos la sociedad siempre está representada, pues se considera que ella es parte ofendida cuando se comete un delito. Su representación corre a cargo del propio Estado, por medio de los fiscales, que son, a la vez representantes del ministerio público. La intervención del Estado en este campo tiene consecuencias políticas muy importantes, ya que la garantía de la represión de los delitos y contravenciones concierne directamente al ejercicio de los derechos individuales y las libertades públicas. En Colombia el máximo tribunal en lo penal es, también, la Corte Suprema de Justicia, en la cual existe asimismo una sala de casación penal.

d) *Defender el principio de legalidad*, principio básico del Estado de derecho, que toca directamente con el ejercicio del poder público. Para ello existe la llamada *jurisdicción constitucional*, a la cual corresponde velar por la constitucionalidad de las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, de suerte que todas estas se ajusten a la Constitución. Según los diversos sistemas —que más adelante estudiaremos por separado<sup>42</sup>— esta función pueden ejercerla no solamente los jueces y magistrados, sino, inclusive, funcionarios del orden administrativo, de acuerdo con la naturaleza y categoría de la norma cuya constitucionalidad se demanda. En algunos países se confiere esta atribución a órganos de tipo político; en otros, a órganos de tipo jurisdiccional, en tanto que en algunos —como en Colombia— pueden serlo de una u otra naturaleza, según el caso. De todas maneras, en Colombia se confía la guarda de la supremacía y la integridad de la Constitución a la Corte Constitucional.

### 5.3 *Independencia e imparcialidad de los jueces*

Para que la función jurisdiccional cumpla con su objetivo, en cualquiera de las modalidades enunciadas, es indispensable que se respeten dos principios básicos: el de la independencia de los jueces y magistrados y el de la imparcialidad de los mismos.

*La independencia* de los jueces y tribunales es, en un Estado de derecho, requisito esencial para una buena administración de justicia. Con ello se busca que estos funcionarios estén al abrigo de presiones indebidas por parte de los otros órganos del poder, tanto del ejecutivo como del legislativo. El hecho de que los miembros de la rama jurisdiccional requieran para el cabal cumplimiento de su elevada misión, del concurso material del gobierno —mediante la dotación y sostenimiento de sus dependencias, pago de salarios y prestaciones, auxilio de la policía y organismos de seguridad, implementación del sistema carcelario y penitenciario, etc.— e incluso que, como ocurre en algunos Estados, sean nombrados por él, no significa en modo alguno que queden sometidos a su voluntad o puedan ser presionados en sus decisiones. Es cierto sí que al jefe del Estado se le confiere en muchas constituciones la importante atribución de velar porque se administre pronta y cumplida justicia en el territorio nacional<sup>43</sup>, pero esta función debe ejercerla sin interferir en el normal desempeño de la actividad judicial, y solo en aquellos casos en que se cometan, por parte de jueces o magistrados, violaciones a la ley. La independencia del juez hace relación también con sus superiores jerárquicos; su autonomía para decidir debe ser absoluta respecto de estos. La superioridad jerárquica dentro de la rama jurisdiccional tiene vigencia únicamente en los aspectos administrativos o funcionales.

Pero más aún que el de la independencia, el principio de *la imparcialidad* es base insustituible y esencial de la administración de justicia. Es el prin-

<sup>42</sup> V. *infra*, Parte segunda, capítulo V, págs. 381 y ss.

<sup>43</sup> V. *supra*, pág. 250.



cipio que hace efectiva la garantía de que deben disfrutar todos los ciudadanos en una sociedad civilizada: la de la *igualdad ante la ley*. Es este ya un problema más que todo de índole moral y ética, que depende de la honestidad y de la honorabilidad de cada juez o magistrado. De ahí que el primer requisito para ser juez o magistrado no deba ser el de haber estudiado derecho y conocer esta ciencia, o haber trajinado los códigos, sino el de ser honesto. Si la honestidad es premisa fundamental para el desempeño de cualquier función pública, lo es en mayor grado aún para el ejercicio de la judicatura y de la magistratura. Nadie como el juez o el magistrado debe ser tan inmune al soborno, a la presión, o al halago de cualquier especie. De no serlo así, toda la estructura del Estado de derecho queda falseada y amenazará ruina. La recta conciencia de un juez es la mejor garantía que tiene la sociedad para su defensa; solo con ella se logra que el inocente sea exonerado y el culpable castigado.

#### 5.4 Concepto de jurisdicción

Las decisiones destinadas a la organización y orientación del Estado son tomadas por los gobernantes en sentido amplio —legislativo y ejecutivo— creando, en esta forma, reglas de derecho aplicables a todos los ciudadanos. Estas reglas revisten la forma de textos jurídicos con fuerza obligatoria, como son las constituciones, las leyes, los decretos, los reglamentos, las resoluciones administrativas, etc. La jurisdicción es el órgano del Estado que asegura la aplicación de las reglas de derecho establecidas; esta función corresponde al poder judicial o jurisdiccional. El término *jurisdiccional* es más apropiado, por cuanto el primero se aplica solamente a una categoría de jurisdicción, como lo anota DUVERGER, cuyos planteamientos seguiremos en esta parte<sup>44</sup>.

A) *El poder jurisdiccional propiamente dicho*.—El poder jurisdiccional consiste fundamentalmente, de acuerdo con la etimología misma de la palabra *jurisdictio*, en *decir el derecho*. Cualquier individuo puede, por sí mismo o por interpuesta persona, apelar a los tribunales por una acción en justicia, tendente a precisar el sentido exacto de las normas jurídicas establecidas. Los miembros de la jurisdicción —llamados magistrados o jueces— tienen así la facultad de interpretar los textos jurídicos. De todo ello se desprende que la jurisdicción tiene trascendentales poderes en el funcionamiento del Estado.

a) *El poder de interpretación*. En virtud de este poder se dice que los jueces y magistrados pueden crear el derecho al mismo tiempo que lo aplican<sup>45</sup>, en el caso de textos oscuros o ambiguos cuya interpretación les corresponde. Además se presentan textos legales con vacíos o lagunas que el juez debe colmar, para lo cual utiliza su propio criterio. El juez debe siempre “decir el derecho” y no puede ampararse en el silencio de los textos para dejar de pronunciarse en el litigio planteado. En tales casos los jueces están en la obligación

<sup>44</sup> M. DUVERGER, ob. cit., págs. 205 y ss.

<sup>45</sup> M. DUVERGER, ibídem.

de elaborar por sí mismos la solución jurídica correspondiente, apoyándose en la ley positiva, en la jurisprudencia, en el cuerpo de doctrina existente sobre la materia en cuestión, en los principios generales del derecho, en la equidad o simplemente en la costumbre, cuando lo anterior no sea posible. El margen de iniciativa de los jueces en tales circunstancias es, pues, muy grande. Sus decisiones jurisprudenciales contribuyen así a la creación de la doctrina, con lo cual se sobrepasa el límite de la simple interpretación.

El poder de interpretación no se refiere solamente a las reglas del derecho emanadas del Estado, sino también a las que establecen los particulares entre sí, mediante *contratos* o *convenciones*. Estos son actos jurídicos que tienen fuerza de ley entre las partes, por lo cual, en caso de duda o de vacío, los particulares pueden acudir a los tribunales en demanda de interpretación y aplicación. Es preciso tener en cuenta que las reglas de derecho establecidas por el Estado son de *orden público*, es decir que no pueden ser derogadas por los particulares a través de actos jurídicos individuales, como son los contratos o convenciones.

b) *El poder de decisión ejecutoria*. El poder jurisdiccional no se limita a "decir el derecho", sino también a aplicar las decisiones adoptadas en virtud de esta facultad. Corresponde a los tribunales fijar las obligaciones a cargo de las personas a las cuales se aplica el derecho y dar la orden de ejecutar esas obligaciones; por ello se dice que sus decisiones son *ejecutorias*. Ellas se aplican por igual a los particulares que al Estado, a través de sus diversos órganos, sin distinción de categoría entre estos. Tal es el caso, por ejemplo, del órgano legislativo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley votada por el Parlamento. Las decisiones ejecutorias pueden recaer únicamente sobre actos jurídicos, como es el caso de la anulación de una ley o de un decreto, pero más frecuentemente lo hacen sobre hechos o actos materiales, como cuando se ordena la ejecución de una condena civil o penal.

c) *La autoridad de la "cosa juzgada"*. Las decisiones de los tribunales, cuando son definitivas, tienen la autoridad de la *cosa juzgada*, lo cual significa que no puede volverse a discutir ni a examinar el litigio en cuestión. No es posible intentar un nuevo proceso sobre aquello que ya ha sido objeto de sentencia definitiva, ni por iniciativa de los particulares ni por iniciativa del Estado. A la comunidad corresponde acatar la decisión tomada con todas las formas legales, pues existe la presunción de que ella adquiere fuerza de verdad legal.

La "cosa juzgada" se puede definir como "el principal efecto que producen las sentencias judiciales, mediante el cual las mismas se convierten en inmutables, invocando para ello como fundamento principal la conveniencia de impedir la revisión de lo ya resuelto en sentencia firme"<sup>46</sup>.

Los romanos, dentro del pragmatismo que los caracterizó en su desarrollo jurisprudencial pretorio, descubrieron la necesidad de dar a las decisiones del

<sup>46</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo IV, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1987, pág. 971.

juez un carácter de certeza permanente, esto para garantizar la estabilidad y unidad de criterio del pensamiento jurídico que desarrollaba los postulados legales. En el período clásico se llegó a acuñar el principio "*Res iudicata pro veritate habetur*"<sup>47</sup> (lo dicho por el juez ha de tenerse por verdad), consolidando de esta manera la existencia de una presunción, que es fundamento de eficacia y seguridad jurídica en la práctica jurisprudencial contemporánea.

Esta presunción, hecha por la ley, está contemporáneamente sostenida en el principio de autoridad del Estado que busca establecer un principio de seguridad jurídica, que consiste en que lo dicho por los jueces, es decir, la *iurisdictio*, se tiene por cierto y no es dable a ninguna persona, ni autoridad retomar aquello sobre lo cual ha habido pronunciamiento definitivo.

Los sistemas procesales de la mayoría de los Estados de origen liberal, acogen este principio con sus respectivas garantías, cuales son, el permitir a los ciudadanos la impugnación y debate previo de los asuntos, antes de que se consolide la cosa juzgada, como determinación final con plena presunción de verdad.

Es así como la cosa juzgada es un principio que obra en nombre de la seguridad jurídica y de la estabilidad y seriedad del *dictum* de los jueces, sirviendo al sistema en general, y a cada uno de los particulares que acuden ante la justicia en búsqueda de una solución definitiva a sus conflictos.

No obstante, existen algunos casos que en cierta forma atenúan este principio en sus efectos, como son el ejercicio del *derecho de gracia* por parte del jefe del Estado, las amnistías, los indultos, o el perdón judicial. No obstante, estas decisiones no modifican el juicio mismo en cuanto este se ha pronunciado sobre la culpabilidad del acusado. Puede ocurrir también que se adopte un texto legal nuevo que reemplace aquel que sirvió de base para el pronunciamiento del tribunal; pero este texto nuevo no rige sino para el futuro, de acuerdo con el principio de la irretroactividad de la ley. Por tanto esa determinación no afecta el juicio que ya ha sido emitido, con base en el texto anterior. Existe tan solo un recurso de revisión, muy escaso que podría poner en discusión, en ciertas circunstancias, la autoridad de la cosa juzgada.

B) *Diferentes categorías de jurisdicción.*—Es necesario distinguir entre las diferentes categorías de actividad jurisdiccional que pueden ser confiadas, según la organización interna del Estado, a tribunales separados o a una misma clase de jurisdicción. Estas categorías pueden clasificarse según la naturaleza del proceso. Normalmente la actividad de la jurisdicción toma la forma de un proceso en el cual se oponen dos partes: una, llamada *demandante*, que entabla la acción en justicia, y otra, llamada *demandado*, que se opone a esta acción. En ciertos procesos una de las personas es el Estado mismo.

Una primera categoría de actividades jurisdiccionales se refiere a los *procesos entre particulares*, sean individuos o personas jurídicas, como las so-

<sup>47</sup> *Digesto*, 50,17, 207.

ciudades comerciales, sea que estos reclamen de los tribunales la interpretación y aplicación de las reglas de derecho establecidas por el Estado, o la interpretación y aplicación de las que ellos establecen entre sí por convención. Esa categoría corresponde a la noción de derecho privado. En esta clase de procesos pueden existir diversas categorías de jurisdicción, según la naturaleza del litigio: civil, laboral, comercial, etc.

Una segunda categoría de actividades jurisdiccionales corresponde a los *procesos represivos*, que caen dentro de la órbita del derecho penal. Su objeto es sancionar a quienes infringen la ley penal, a través de la comisión de crímenes, delitos o contravenciones. Las partes de estos procesos son una o varias personas naturales de un lado y, del otro, el Estado encargado de aplicar la ley. Sin embargo, los particulares víctimas de una infracción penal pueden entablar la acción represiva pública constituyéndose en *parte civil* en el proceso. De todas formas el ministerio público puede entablar la acción oficiosamente, aunque no haya parte civil.

Una tercera categoría de actividades jurisdiccionales concierne *al proceso entre los particulares, sean individuos o personas jurídicas, y el Estado*, a propósito de la legalidad de los actos de la autoridad pública o de los perjuicios que ellos acarrearán a los ciudadanos. El control de la legalidad de los actos cumplidos por el Estado es un elemento del sistema democrático. En esta categoría entra el control de la constitucionalidad de las leyes, que será estudiado posteriormente, y, por supuesto, el llamado contencioso-administrativo. El procedimiento en estos casos se rige por las normas del derecho administrativo y por la Constitución.

### 5.5 Unidad o multiplicidad de jurisdicciones

En algunos países, las diferentes actividades jurisdiccionales que hemos mencionado están confiadas a una misma categoría de jurisdicción, que conoce tanto de los litigios en materia de derecho privado, como de derecho penal y de derecho público; así sucede, por ejemplo, en los países anglosajones. Sin embargo, para ciertos procesos criminales las jurisdicciones se configuran allí de manera especial, mediante la institución del *jurado*: el juez dirige el proceso, pero la decisión es tomada por un grupo de ciudadanos previamente seleccionado por el sistema de sorteo. En Gran Bretaña las jurisdicciones unificadas están muy centralizadas, lo que no ocurre en Estados Unidos en virtud de su forma federativa; en este país se distingue además entre la jurisdicción de cada Estado a la cual corresponde aplicar las normas particulares de ese Estado, y la jurisdicción federal que aplica las normas generales para toda la Nación.

En otros países, entre los cuales se cuenta Colombia, las diversas categorías de actividad jurisdiccional están confiadas a tribunales distintos. Existe, para comenzar, una diferencia fundamental entre los tribunales del orden judicial y los del orden administrativo. Los primeros juzgan los procesos de derecho privado y los procesos penales; el más alto nivel jerárquico corres-

ponde, en Colombia, a la Corte Suprema de Justicia. Los segundos conocen de los procesos de derecho público, suscitados entre los particulares y el Estado. Su máximo tribunal es, entre nosotros, el Consejo de Estado.

Dentro de los tribunales de orden judicial existe otra separación de funciones. De un lado figuran los tribunales judiciales propiamente dichos, compuestos por magistrados de carrera, los cuales poseen una competencia de derecho común en materia de derecho privado, es decir, que conocen de todos los litigios de los cuales la ley no ha atribuido expresamente competencia a otras jurisdicciones. De otro lado figuran las jurisdicciones de excepción, a las cuales la ley atribuye competencias específicas; tales son, por ejemplo, los tribunales de comercio, los de arbitramento laboral o los electorales; estos tribunales son constituidos de manera corporativa.

La independencia de la jurisdicción de los otros órganos del Estado, factor esencial, como se ha recalcado, para el funcionamiento del Estado de derecho, se asegura mediante diversos sistemas, entre los cuales figuran los de nombramiento y reemplazo de los jueces y magistrados, sometidos generalmente a procedimientos tendentes a buscar la tecnificación y apoliticidad en el desempeño de estos cargos, así como el *status* especial que se confiere a quienes los ocupan<sup>48</sup>. Entre estos sistemas está el de la *cooptación* instaurado entre nosotros desde hace algún tiempo, y que consiste en que es la propia rama jurisdiccional la encargada de proveer sus cargos, con independencia de los demás. Este sistema fue, sin embargo, atemperado en la Constitución de 1991.

<sup>48</sup> Sobre los diversos sistemas utilizados para el nombramiento o selección de los miembros de la jurisdicción, ver DUVERGER, ob. cit., págs. 210 y ss.

## CAPÍTULO VI

### FORMAS DE ESTADO Y SISTEMAS DE GOBIERNO

Para comenzar, es preciso distinguir los conceptos de forma de Estado y de sistema de gobierno, que a menudo se suelen confundir. La forma del Estado se deriva de la manera como están organizados y dispuestos los elementos que lo constituyen, esto es la población, el territorio y el poder público, y como se ejerce la soberanía en el interior del Estado. El sistema de gobierno, por su parte, se deriva de la organización y estructura de uno de esos elementos en particular: el poder público. También se suelen confundir estos dos conceptos con el de régimen político. Más adelante explicaremos la distinción correspondiente<sup>1</sup>. Para establecer las formas de un Estado debe tenerse en consideración, en buena parte, la idea que se tiene en una sociedad determinada acerca de los fines de la organización política, así como del papel del individuo frente a esa organización. Su fundamento es, pues, ante todo, de orden sociológico y filosófico.

En cuanto a los sistemas de gobierno, aunque también en su establecimiento deben tenerse en cuenta consideraciones de ese mismo orden, este fenómeno opera de manera más técnica y obedece a una mecánica de organización del poder, cuyo objetivo es el de permitirle al Estado el cumplimiento de sus fines por los medios adecuados.

BISCARETTI explica así la anterior distinción: “Con la expresión *forma de gobierno* se suele indicar la recíproca posición en que se encuentran los diversos *órganos constitucionales* del Estado, tomando el vocablo *gobierno* no en el sentido lato que le es propio como *elemento constitutivo* del Estado, sino en otro más estricto que significa el conjunto solo de las principales instituciones estatales. Así, ya es posible deducir la diferencia intrínseca con la noción de *forma de Estado*, relativa, en cambio, a la posición recíproca en la cual vienen a encontrarse los tres mencionados ‘elementos constitutivos’ del Estado”<sup>2</sup>. Por su parte, para PIZZORUSSO “las principales distinciones entre las formas de Estado son las basadas en la eventual articulación del mismo en diversas entidades dotadas de autonomía” y con la expresión “forma de gobierno se pretende, por el contrario, clasificar la fenomenología de los ordenamientos estatales analizándolos en un ámbito más circunscrito, es decir, por referencia

<sup>1</sup> V. *supra*, págs. 88 y ss.

<sup>2</sup> BISCARETTI, ob. cit., pág. 223.

al modo en que se distribuyen y organizan las diversas funciones del Estado entre los órganos constitucionales”<sup>3</sup>.

## 1. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE ESTADO Y DE GOBIERNO EN LA HISTORIA

En todos los tiempos se han fijado criterios diversos para determinar la forma de un Estado; este concepto ha sido confundido tradicionalmente con las diversas clases de gobierno. Algunos pensadores de la Antigüedad se ocuparon del problema con ciertos detenimientos. HERODOTO en *Los nueve libros de la historia* se refiere a las diversas formas de gobierno clasificándolas en monarquía, democracia y aristocracia. Luego PLATÓN, en *La República*, describió cinco formas de gobierno: *timocracia, oligarquía, democracia, tiranía y aristocracia*. Para él solo esta última es buena, mientras que de la democracia dice que “nace cuando los pobres, después de haber obtenido la victoria, matan algunos adversarios, a otros los destierran, y divide con los restantes, en condiciones de paridad, el gobierno y los cargos públicos, los que son determinados generalmente por sorteos”; agrega que esta forma está caracterizada por la “licencia”. El propio PLATÓN, por otra parte, reproduce en *El político* la tradicional tridivisión tanto de las formas puras como de las formas degeneradas, y define a la democracia como el “gobierno del número” o “gobierno de los muchos” o “de la multitud”. Pero quien se ocupó de la cuestión con mayor profundidad fue ARISTÓTELES, que se sirvió del método inductivo para establecer sus postulados en materia política. Examinó él las constituciones de 158 ciudades griegas y de este examen obtuvo los elementos para poder establecer la clasificación de las formas de gobierno, que dividió en tres. Para hacerlo, tomó en cuenta los titulares del poder en las diversas *polis* que estudió, y se dio cuenta de que, en veces, el poder era ejercido por un solo individuo; a este tipo lo clasificó como *monarquía* (de *monos*: uno). Otras veces el poder era ejercido por un grupo de individuos; ARISTÓTELES denominó esta forma como *aristocracia*. Pero, además, existía otra situación en la cual la titularidad del poder estaba en el conjunto de los ciudadanos; a esta forma la denominó *democracia* o *politeia*. Consideró él la democracia como la forma de gobierno más conveniente; no obstante, para él toda forma encaminada a realizar el bien de la comunidad podía calificarse de *pura* o *perfecta*. A la inversa, cualquiera de esas formas era susceptible de corromperse en su ejercicio y desviarse hacia la satisfacción de los intereses individuales de los gobernantes: así, la monarquía podía degenerar en *tiranía*, la aristocracia en *oligarquía* y la democracia en *demagogia*.

La clasificación aristotélica, no obstante tomar en cuenta tan solo el aspecto exterior del gobierno y no sus cualidades intrínsecas, fue seguida durante mucho tiempo. En Roma, POLIBIO la adoptó, pero basándose en la reali-

<sup>3</sup> A. PIZZORUSSO, ob. cit., pág. 18.

dad de su Estado; consideró él que la mejor forma de gobierno para Roma era la *mixta*, es decir, aquella en que el poder estaba dividido entre el monarca y el pueblo, o entre una aristocracia y el pueblo. La aristocracia estaba representada por el Senado, la monarquía por el Consulado y la democracia por los Comicios. En esta forma todas las fuerzas del Estado concurren a su engrandecimiento, encontrándose los tres poderes en un mismo pie de igualdad. Este pensamiento fue seguido por CICERÓN y por TÁCITO. Luego pasó al cristianismo y, en la Edad Media, fue recogido entre otros por DANTE. Santo TOMÁS, por su parte, se mostró también partidario de los regímenes mixtos: "Es menester combinar los regímenes políticos, no elegir entre ellos". Así se comprende que sus elogios, ya fuera a la monarquía, ya a la aristocracia o ya a la democracia, aludían no exactamente a cada sistema de gobierno en particular, sino a lo que cada uno tenía de positivo para conformar el régimen mixto. De la monarquía, el doctor DE AQUINO exaltaba la unidad como garantía de la paz; de la aristocracia, la vida virtuosa por medio de la cual se pueden lograr mejor los fines de la sociedad; de la democracia, el libre movimiento de la persona humana hacia su propio perfeccionamiento, dentro de los límites impuestos por el bien común. En Italia se mantuvo en boga durante el Renacimiento la idea del gobierno mixto, ejemplo del cual era la República de Venecia. MAQUIAVELO, por su parte, hizo una clasificación bipartita de las formas de gobierno, en el inicio mismo de *El príncipe*: "*Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados*"<sup>4</sup>. Él trató de fundamentar su clasificación no en razones de orden ético como ARISTÓTELES, sino en argumentos de tipo político, tomados de la diferente estructuración del órgano supremo del Estado. LOCKE entendía por *república* no una democracia ni cualquier otra forma de gobierno, sino cualquier comunidad "independiente", y distinguía tres formas de república (*commonwealth*): la *democracia*, la *oligarquía* y la *monarquía*<sup>5</sup>. ROUSSEAU sistematizaba las estructuras gubernativas, siguiendo la línea clásica, en la *democracia*, la *aristocracia* y la *monarquía*<sup>6</sup>. MONTESQUIEU, de su lado, distinguió tres clases de gobierno: el *republicano*, el *monárquico* y el *despótico* y definió al primero como "aquel en que el pueblo o una parte del pueblo tiene el poder soberano"<sup>7</sup>.

La doctrina moderna recibió notoria influencia de MAQUIAVELO. JELLINEK por ejemplo, clasifica las formas de gobierno en monarquía y república, KELSEN las distingue entre autocracia y democracia, sobre la base del número de sujetos que participan en la producción de normas jurídicas<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> N. MAQUIAVELO, *El príncipe*, pág. 25.

<sup>5</sup> LOCKE, ob. cit., pág. 84.

<sup>6</sup> J. J. ROUSSEAU, ob. cit., cap. X, pág. 83.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, ob. cit., lib. II, cap. I, págs. 47-48.

<sup>8</sup> Sobre las teorías de JELLINEK y KELSEN en cuanto a las formas de gobierno, v. H. PALACIOS MEJÍA, ob. cit., págs. 182 y ss.



## 2. CRITERIOS MODERNOS PARA DETERMINAR LA FORMA DEL ESTADO

Como se dijo antes, hoy en día se hace necesario distinguir los conceptos de forma de Estado y de sistema de gobierno. Pueden existir Estados con una misma forma pero que tienen distinto sistema de gobierno; o, al contrario, un mismo sistema de gobierno puede ser común a Estados de forma diversa. Para determinar la forma de un Estado pueden seguirse dos criterios diferentes: un *criterio político* y un *criterio jurídico*.

a) Desde el punto de vista *político* debe tenerse en cuenta, como dice G. BURDEAU, la *idea de derecho* que representa y sirve de impulso al poder del Estado, pues todo poder encarna una idea de derecho de naturaleza muy diferente. Ella corresponde a la adopción, como principio rector de la vida social, de una cierta filosofía política. Es a esta concepción, cuya realización favorece o realiza él mismo, que el Estado debe su forma política<sup>9</sup>.

De acuerdo con el anterior concepto se determinará entonces un Estado como *liberal* o *socialista*, o *corporativo* o *teocrático*, etc. Se trata en estos casos de formas de Estado según criterio político, ya que son la naturaleza, los fines, las tendencias del poder incorporado en la institución estatal los que la determinan. Naturalmente la ideología oficial del Estado influye sobre el sistema de gobierno que él adopte, puesto que no todos los procedimientos de ejercicio del poder convienen igualmente a la realización de los fines que se ha asignado. Es así como ciertos sistemas de gobierno operan más efectivamente que otros en determinadas formas de Estado. Por ejemplo, el régimen parlamentario funciona mejor en un Estado liberal que en un Estado autocrático.

b) Desde el punto de vista *jurídico*, el principio que determina la forma del Estado procede de la estructura interna del poder. Según que este poder tenga un titular único o esté sujeto a centros dispersos, el Estado revestirá formas diferentes, las cuales se han clasificado tradicionalmente en dos grupos: Estado *simple* y Estado *compuesto*. Estas dos formas operan, a su turno, dentro de la clasificación de Estado *soberano*, es decir, aquel que puede ejercer la plenitud de su soberanía tanto interna como externamente, por oposición de los Estados *semisoberanos*, que son aquellos que tienen limitado el ejercicio de su soberanía por otros Estados de los cuales son vasallos o protegidos<sup>10</sup>.

En esta parte del libro estudiaremos las formas de Estado según el criterio jurídico, siguiendo la clasificación tradicional vigente en el mundo contemporáneo. Tenemos pues, así, que la diferencia fundamental estriba en la manera como se articula la estructura del Estado; si se produce esa articulación en torno a un ente central, estaremos frente a un Estado simple o unitario; y si se compone de una pluralidad de entes autónomos (llámense "estados", "provincias", "cantones", "departamentos", "*landers*"), estaremos frente a un Estado compuesto.

<sup>9</sup> G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, ob. cit., pág. 47.

<sup>10</sup> A. CONSTAÍN, ob. cit., pág. 66.

### 3. EL ESTADO SIMPLE O UNITARIO

Estado simple o unitario es aquel que posee un solo centro de impulsión política y administrativa, es decir, aquel en el cual la soberanía se ejerce directamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio. De esta suerte, la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica llamada Estado. Todos los individuos colocados bajo la soberanía de este obedecen a una misma y sola autoridad, viven bajo un mismo régimen constitucional y son regidos por unas mismas leyes<sup>11</sup>. O, como explica Pizzorusso, hay Estado simple o unitario “cuando un país se rige por un único sistema de órganos de gobierno, por lo general con sede en una misma ciudad —la capital— y que actúan sus poderes sobre todo el territorio del Estado”<sup>12</sup>.

En el Estado unitario existe, pues, un solo Parlamento o Congreso cuyas decisiones jurídicas y políticas tienen alcance nacional, un solo gobierno central cuyos decretos y resoluciones tienen igualmente vigencia en todo el territorio del Estado, y una sola Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la justicia ordinaria, con jurisdicción nacional. El Estado unitario se rige por el principio de la *centralización política*, que se traduce en unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia, y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia en todo el espacio geográfico nacional. La centralización política no es otra cosa que una jerarquía constitucional reconocida dentro de la organización jurídica del Estado.

Debe señalarse, sin embargo, que en el mundo contemporáneo no es común encontrar un Estado rígidamente centralizado, es decir un Estado unitario en su forma pura, pues este presenta una serie de matices o de formas mixtas en lo que respecta a las normas que regulan las relaciones entre las autoridades centrales y las locales. De ahí que el Estado unitario actual podría definirse como aquella forma de organización estatal en la cual las autoridades centrales poseen poderes reforzados frente a los que se asignan a las autoridades locales, de tal suerte que la mayor parte de las funciones públicas compete directamente al Estado central, mientras que a los entes territoriales o autoridades locales se les asigna competencia en asuntos relativamente subsidiarios. Empero la órbita de competencia de las entidades territoriales se ha venido ampliando de modo considerable en los Estados unitarios, particularmente a través de la figura de la descentralización.

#### 3.1 *Centralización política y descentralización administrativa*

LIBARDO RODRÍGUEZ define la centralización como “el fenómeno jurídico-político que consiste en que todas las tareas y funciones públicas se radican en

<sup>11</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 44.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

manos de la persona jurídica Estado. Es decir, que el Estado monopoliza todas las tareas y funciones públicas”<sup>12 bis</sup>.

La centralización política en un Estado unitario no es incompatible con la descentralización administrativa. Por el contrario, la tendencia en los diversos Estados unitarios ha sido la de implementar esta última. La palabra descentralización, como explica VIDAL PERDOMO<sup>13</sup> se emplea en sentido genérico y en sentido técnico. De acuerdo con el primero, se le da ese nombre a todo proceso que traslada asuntos de la capital del Estado a las entidades seccionales o locales, cualquiera que sea su índole; así, se habla de descentralización fiscal, o económica, o industrial. En sentido técnico-jurídico, la descentralización significa traslado de competencias de carácter administrativo a manos de autoridades regionales o locales.

Al respecto explica PIZZORUSSO: “El carácter unitario de esta estructura no excluye, sin embargo, que en el ámbito de la organización administrativa o judicial se apliquen principios descentralizadores en virtud de los cuales se atribuyan funciones de ese tipo a órganos del Estado con sede en localidades periféricas; en este último caso, sin embargo, las áreas en que se divide el territorio son meras circunscripciones y nunca el elemento territorial de entes dotados de un ámbito mayor o menor de autonomía. Allá donde se instituyen entes locales —como los municipios u otros análogos— se configura a los mismos como titulares de simples funciones administrativas de importancia secundaria, quedando reducida a la mínima expresión su autonomía administrativa o normativa; en todo caso, se reservan al ente central las funciones administrativas y de orientación política”<sup>14</sup>.

El régimen de descentralización administrativa implica, pues, que en el campo de la administración pública puede haber dualidad de competencias, en la medida en que las autoridades regionales o locales dispongan de atribuciones de este tipo, por mandato de la Constitución y la ley. Su objetivo es el de dar a los entes regionales y locales —provincias, departamentos, municipios— un cierto grado de autonomía en el manejo de determinados asuntos, como pueden ser la inversión fiscal, la prestación de los servicios públicos, la construcción y mantenimiento de vías, la administración de empresas industriales y comerciales del Estado, etc., con miras a lograr una mayor inmediatez y eficacia en la gestión de esos asuntos, de acuerdo con las exigencias de la comunidad. Pero en el Estado unitario la autonomía concedida a las colectividades regionales y locales no puede ir hasta su completa independencia del poder central. Para evitar que ello suceda, se establece que las facultades puestas en cabeza de las autoridades seccionales son delegadas por el poder

<sup>12 bis</sup> LIBARDO RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 42.

<sup>13</sup> J. VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, ob. cit., pág. 97.

<sup>14</sup> *Ibidem*, íd.

central, el cual se reserva en todo tiempo el derecho de concederlas, modificarlas, vigilar su cumplimiento o recuperarlas, conservando para estos efectos el poder legislativo. Es este el llamado "control de tutela", reconocido al poder central, en cabeza de las autoridades administrativas nacionales. Al lado de la *descentralización territorial*, que busca dar un cierto grado de autonomía a los entes seccionales y locales en el manejo de sus asuntos, existe también la llamada *descentralización por servicios*, que hace referencia a la autonomía que se puede otorgar a determinadas personas jurídicas en la prestación de servicios administrativos de carácter especial.

Distinto de la descentralización es el fenómeno de la *desconcentración*, que consiste en el otorgamiento de funciones a un agente local del Estado o de otra entidad de carácter nacional para que las ejerza en nombre de este. Es decir, que —como explica LIBARDO RODRÍGUEZ— a pesar de que las funciones continúan monopolizadas por las entidades nacionales, algunas de esas funciones son desempeñadas por agentes de aquellos, que se desplazan físicamente a las diversas partes del territorio, dada la imposibilidad o inconveniencia de ejercerlas desde la capital. Si bien pueden tomar algunas decisiones, lo hacen en nombre de la entidad nacional y no de la colectividad seccional donde ejercen la función. Es decir que, en definitiva, la desconcentración es apenas un fenómeno de limitación a la excesiva centralización, pero que se ubica todavía dentro de esta última, pues el Estado continúa monopolizando el ejercicio de las funciones.

El tema de la descentralización, en sus diversas modalidades, y de la desconcentración, es objeto de estudio detallado por parte del derecho administrativo.

### 3.2 *El Estado unitario en la actualidad*

La forma de Estado unitario ha sido adoptada por la mayoría de los países del mundo. La tienen casi todos los de Europa, Asia y África. Un ejemplo clásico de Estado unitario ha sido Francia, sobre todo a partir de la época napoleónica, cuando la organización administrativa, con el gobierno central como vértice, se configuró sobre los países rigurosamente jerárquicos, ofreciendo el perfecto y típico ejemplo de "gobierno", de territorios periféricos ("departamentos"), directamente dependientes del gobierno central. En este modelo se inspiraron luego otros Estados europeos entre ellos Italia, desde su unificación hasta la institucionalización de las regiones. Sin embargo, en los últimos tiempos en algunos países europeos se han implementado reformas respecto de la organización territorial, que se traducen en lo que podría calificarse de formas intermedias o mixtas entre el Estado unitario y el federal, por cuanto le han conferido a las entidades territoriales que los conforman —regiones, provincias, etc.— un alto grado de autonomía, tanto política como administrativa, lo cual los hace más cercanos a la forma federalista que a la unitaria. Tal es el caso, por ejemplo, de España, con sus "regiones autónomas",

creadas en la Constitución de 1978, o de Italia, o del Reino Unido. En América Latina el Estado unitario ha sido igualmente adoptado por todos los países, con excepción de Argentina, Brasil, México y Venezuela, en los cuales el federalismo es más teórico o formal que práctico, ya que en la realidad son países en los cuales la injerencia del poder central es casi tan grande como en el resto del hemisferio, habida consideración, sobre todo, de los frecuentes regímenes dictatoriales a los cuales esos países han sido sometidos.

Colombia, por su parte, adoptó definitivamente la forma unitaria, en la Constitución de 1886, cuyo artículo 1° dice: "*La Nación colombiana se constituye en forma de república unitaria*". En esa misma Constitución se consagró el principio esbozado por RAFAEL NÚÑEZ, de "centralización política y descentralización administrativa", habiendo sido esta última implementada en sucesivas reformas constitucionales, particularmente en la de 1985. La Constitución de 1991, por su parte, mantuvo la forma de Estado unitaria, pero adoptando una fórmula de acentuada descentralización: "*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...*" (art. 1°). El término "autonomía", aplicado a las entidades territoriales resulta un tanto ambiguo, puesto que no se especifica a qué clase de autonomía se refiere; si se trata de autonomía política o legislativa —que no es el caso— no se estaría hablando de un Estado unitario sino federal, como se explicará más adelante. Por otra parte la misma Constitución prevé formas de semifederalización, al autorizar la creación de "regiones"<sup>15</sup>.

Con anterioridad a la Constitución de 1886 y desde su independencia (1819), Colombia había ensayado alternativamente, a través de sus sucesivas constituciones republicanas, la forma unitaria (Constituciones de 1830 y 1843), la centro-federal (Constituciones de 1821, 1832 y 1853) y la federal (Constituciones de 1858 y 1863); el federalismo condujo a Colombia a una interminable serie de guerras civiles a partir de 1860, creando lo que se llamó la "anarquía organizada", lo cual condujo al restablecimiento del Estado unitario en 1886.

#### 4. EL ESTADO COMPUESTO

Se llaman Estados compuestos aquellos en los cuales la soberanía no se ejerce de manera uniforme y constante sobre todo el territorio nacional, sino que su ejercicio está fraccionado en entes diversos, colocados en situación jurídica y política similar dentro del Estado, y que gozan de una autonomía casi absoluta para el manejo de sus propios asuntos y para el ejercicio de ciertas funciones. La estructura de los Estados compuestos varía según la rigidez de

<sup>15</sup> Artículos 307 y 308 de la Constitución Política.

los lazos que unen sus partes integrantes o, en otras palabras, según la mayor o menor dependencia del Estado central en ciertas materias. Esta forma de Estado reviste, a su turno, varias modalidades como son los *Estados de unión personal*, los *Estados de unión real*, la *Confederación de Estados* y el *Estado federal*.

#### 4.1 *Estados de unión personal*

Consisten en la reunión, bajo el poder de un mismo soberano, de Estados monárquicos cada uno de los cuales conserva su propia organización administrativa y su legislación interna. Se trata de una forma de asociación eminentemente transitoria y frágil. Se fundamenta en la coincidencia respecto de la persona de un monarca determinado, y se rige, para subsistir, por las disposiciones que reglamentan la sucesión del trono. Ejemplos históricos de este tipo de Estados compuestos en la época moderna fueron la unión del reino de Inglaterra con el de Hanover, asociados por unión personal entre 1714 y 1837, y la de los Países Bajos y el gran Ducado de Luxemburgo, entre 1825 y 1890. Se ha dicho que en el Acta de Independencia de la Nueva Granada, el 20 de julio de 1810, se estableció esta forma de Estado, al reconocer como soberano al rey Fernando VII. Pero la prueba de que los granadinos querían conservar tanto la soberanía interna como externa independientes de la de España, está en la afirmación hecha en el acta de “no abdicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo en otra persona que la de su augusto y desgraciado monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros”, condición esta que se sabía de antemano era imposible de cumplir.

Esta forma de Estado compuesto ha ido desapareciendo en el mundo contemporáneo. La disolución de las uniones personales ocurre, por lo general, por el fallecimiento del monarca común.

#### 4.2 *Estados de unión real*

Esta forma de Estado consiste en la reunión de Estados monárquicos caracterizada no ya solamente por la identidad de un rey común, sino por disposición expresa de sus respectivas constituciones. Además de la existencia de un jefe común, pueden tener también instituciones comunes como un Parlamento y un gabinete. En la unión personal el vínculo es accidental y temporal, en tanto que en la unión real el vínculo es contractual y permanente. Esta forma es también reminiscencia de un pasado no lejano. El ejemplo más sobresaliente es el de Austria-Hungría, que duró de 1867 a 1918. El jefe del Estado tenía el título de emperador de Austria y rey de Hungría; el gabinete ministerial era también común y la unión era fruto de convenciones renovables cada diez años. El imperio austrohúngaro dejó de existir con la caída de los Habsburgos, como consecuencia de la primera guerra mundial. Otros ejemplos de unión real fueron el de Suecia y Noruega, unidas de 1814 a 1905 y el de Dinamarca e Islandia entre 1918 y 1944. Ciertos rasgos de esta forma de Estado

pueden hallarse en la Mancomunidad (*Commonwealth*) británica. La disolución de las uniones reales ocurre con frecuencia por la transformación en un solo Estado de los países que la forman, o de modificaciones constitucionales, o por la ruptura entre ellos ocasionada por motivos políticos o bélicos.

#### 4.3 La confederación de Estados

Esta forma de Estado compuesto surge, generalmente, por el acuerdo entre diferentes Estados que convienen en su unión, pero conservando cada uno de ellos su propia autonomía y su propia soberanía interna. Quedan así unidos solamente por las disposiciones del acta de confederación; en todo lo demás conservan su libre competencia. Están únicamente sujetos a las decisiones del poder confederal en los asuntos expresamente previstos en el pacto; entre estos generalmente se incluye lo relativo a las relaciones internacionales, en lo cual delegan parte de su soberanía con objeto de que la confederación lleve, ante los demás Estados, la representación de sus miembros. La confederación no forma un Estado central distinto de los Estados que la integran. De ahí que esta forma de asociación sea también eminentemente transitoria: o bien los Estados miembros acaban de recuperar la totalidad de su autonomía, o bien deciden integrarse en una forma más coherente: el Estado federal.

Al precisar la distinción entre Estado federal y confederación de Estados, JELLINEK explica que aquel surge de la estructuración que hace del mismo el derecho público interno, en tanto que la confederación se fundamenta en el derecho internacional. En el primer caso se trata de una comunidad nacional; en el segundo, de una comunidad internacional. Además, la federación está formada por el conjunto de Estados miembros, los cuales permanecen unidos por los preceptos constitucionales y sometidos a la soberanía del Estado central que ellos han creado al unirse, en tanto que la confederación se constituye, como hemos dicho, mediante un tratado que da origen a relaciones jurídicas entre los Estados asociados, pero sin que estos constituyan un Estado superior y distinto de cada uno de sus miembros<sup>16</sup>.

La confederación de Estados ha desaparecido prácticamente también en nuestro tiempo, aunque puede haber organizaciones semejantes a ella. La antigua Confederación Helvética (1815-1848), aunque conserva su nombre oficial, se transformó jurídicamente en el Estado federal suizo que hoy conocemos, hace un siglo. Igualmente la Confederación germánica (1815-1866) dio nacimiento al Estado federal alemán en 1871. Los Estados Unidos adoptaron originalmente la forma confederal en 1776, pero solo duró hasta 1787, año en el cual se organizó en forma federativa. El Estado colombiano intentó adoptar primeramente esta forma, mediante el Acta de Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada de 1811, pero el enfrentamiento entre *centralistas* y *federalistas* impidió que ella se hiciera realidad. Más tarde,

<sup>16</sup> G. JELLINEK, ob. cit., pág. 625.

entre 1858 y 1863, existió la llamada “Confederación Granadina”, pero de esta forma tan solo tuvo el nombre: se trataba en realidad de un régimen federal.

#### 4.4 *El Estado federal*

El Estado federal, por su parte, es una asociación de Estados en el cual los miembros están sometidos en ciertos aspectos a un poder central único, pero conservan su propia autonomía para el ejercicio de determinadas funciones internas de carácter administrativo o político. Como características de esta forma de Estado pueden señalarse las siguientes: a) el territorio está constituido por la suma de los territorios miembros, constituyendo una unidad; b) la soberanía es única; el poder supremo lo ejerce el Estado federal. Los Estados miembros participan en él pero solo dentro del ámbito de su circunscripción geográfica y en las materias que les atribuya la Constitución, expresa o tácitamente; c) la personalidad del Estado federal es única. Este representa al conjunto de los Estados en el plano internacional; d) los Estados miembros se reservan el derecho de manejar los asuntos cuya competencia escape al Estado federal.

A) *La participación y la autonomía en los Estados federales.*—La conciliación entre la autonomía que poseen los Estados miembros y su sujeción al Estado central se cumple mediante el juego de dos principios: el de la *participación* y el de la *autonomía*: a) el principio de la *participación* consiste en que los Estados miembros deben colaborar en la toma de las decisiones que vayan a tener incidencia y obligatoriedad para todos ellos en común. De ahí que en toda organización federativa existan instituciones políticas encargadas del manejo de las cuestiones comunes, en las cuales están representados equitativamente los Estados miembros. Estas instituciones poseen una competencia que varía según el grado de intensidad del vínculo federal. Pero cualquiera que sea su amplitud, no habrá federalismo si cada uno de los Estados asociados no participa en la formación de las disposiciones comunes, esto es, de las leyes federales, y no está representado en las instituciones comunes; b) el principio de la *autonomía* consiste en que los Estados miembros o asociados, se reservan, como se ha dicho, una considerable independencia en la gestión de sus propios asuntos. Disponen de autonomía gubernamental que se traduce en el hecho de que poseen, cada uno, su propio sistema legislativo y jurisdiccional y eligen por sí mismos su propio gobierno. Como se señaló atrás, una de las características de esta forma de Estado es que él aparece como una unidad en sus relaciones internacionales pero conservando sus miembros ciertas prerrogativas de soberanía.

B) *Estados federales y colectividades descentralizadas.*—La distinción entre los Estados federales y las colectividades descentralizadas de un Estado unitario, radica en que aquellos participan en la formación de la voluntad del Estado central. En efecto, la organización política del Estado federal comporta, por lo general, una asamblea que representa el conjunto de la población y



otra que representa los Estados en cuanto tales. Además los Estados miembros disponen de una competencia propia fijada por la Constitución federal, en materia legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. La discriminación de competencias entre el gobierno federal y los gobiernos estatales se hace por la enumeración de las competencias respectivas o bien por la simple enumeración de las competencias federales, lo cual implica que las materias no incluidas en ellas son de la competencia de los Estados miembros, o, por el contrario, por la enumeración de las competencias de estos, lo que implica la presunción inversa.

Tenemos así que el Estado federal presenta, a la vez, un carácter unitario y federativo. Es unitario en cuanto posee un territorio propio el cual, aunque repartido entre los diferentes Estados miembros, está sometido al poder único del Estado federal en el ejercicio de su competencia; es unitario, también, en cuanto a que los individuos que lo integran están regidos por la reglamentación federal y forman un cuerpo nacional único; es unitario, en fin, por el hecho de existir órganos centrales cuya voluntad se impone a la colectividad entera. El aspecto federativo, por el contrario, se traduce, de una parte, por la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad de los órganos federales, de otra parte, en la competencia reservada a los Estados miembros para el manejo de los asuntos que le son privativos por la Constitución. Por lo demás, en la asamblea que representa a los Estados, la igualdad de estos está establecida, sin tener en consideración su población ni su territorio.

C) *Situación actual del federalismo.*—Actualmente el número de Estados organizados en forma federal en el mundo no es muy grande. Uno de los primeros países en adoptar esta forma fue Estados Unidos de Norteamérica en 1787. Además se cuentan como Estados federativos, la República Federal de Alemania, Austria, la antigua Checoslovaquia, Suiza; algunos países miembros de la mancomunidad británica, como Canadá, Australia y la India; y Rusia. En América Latina aparecen como Estados federales Argentina, Brasil, México y Venezuela, países que en la práctica, como se anotó, tienen muy poco de esta forma, ya que sus regímenes políticos han impedido que de verdad se afiance en ellos el federalismo. En realidad, si acaso se diferencian del unitarismo en cierto mayor grado de descentralización administrativa. Pero si se los compara con los Estados Unidos de Norteamérica, se verá que su estructura se acerca más a la forma unitaria. De otro lado, con excepción del Brasil, en ellos se presenta en grado sumo el fenómeno del centralismo absorbente por parte de sus respectivas ciudades capitales.

Hoy día se acusa una cierta decadencia de esta forma en el plano interno, mientras que en el plano internacional parece fortalecerse, al encarnarse en organismos supranacionales. En los Estados de estructura federal reciente, el federalismo no es más que una forma de descentralización acentuada. En los Estados federales antiguos, como Estados Unidos o Suiza, puede constatarse un irreversible proceso centralizador. La autonomía de los Estados miembros

pierde terreno en la medida en que estos no pueden ejercer su propio poder legislativo, sino dentro del marco cada vez más estrecho que les fija la Constitución federal. Los factores principales que determinan esta evolución son, de una parte, la complejidad de los problemas económicos del mundo contemporáneo, los cuales no pueden ser abocados independientemente por cada uno de los miembros de la federación sin obedecer a directrices comunes y, de otra parte, la expansión de la política internacionalista, que debe abarcar la reglamentación de los servicios públicos, la asistencia social, los asuntos laborales, etc., en forma armónica y unificada.

## 5. SISTEMAS DE GOBIERNO

Como se señaló al comienzo del capítulo, la expresión *sistemas de gobierno* se reserva para señalar la organización y estructura interna de los órganos del Estado, en lo que hace a sus titulares, ámbitos de competencia, funcionamiento y relaciones mutuas. La distinción que se hace entre los sistemas de gobierno tiene ante todo un fundamento en la realidad histórica y política de los Estados modernos más que en la teoría o la doctrina. Podrían esbozarse muchos sistemas de gobierno diferentes a los existentes en el mundo contemporáneo, pero con ello se entraría en el terreno de la utopía. Lo que nos interesa en el presente curso es el conocimiento de los sistemas que imperan en el mundo de hoy.

Los sistemas de gobierno, como lo anota BURDEAU<sup>17</sup>, se encuentran aún vinculados a las interpretaciones susceptibles de hacerse sobre la teoría de la separación de poderes, con lo cual se da nacimiento a tres sistemas: a) aquel en que se intenta dar aplicación práctica a la regla de separación de poderes, asegurando el equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo; es el sistema *parlamentario*; b) aquel en virtud del cual se establece la preponderancia práctica del ejecutivo: es el sistema *presidencial*; y c) aquel que favorece la preeminencia de una asamblea representativa sobre el ejecutivo: es el sistema *convencional* o de *asamblea*.

Cabría agregar a estos sistemas el *demonarquía absoluta*, puesto que aún subsisten algunas en el mundo contemporáneo. De ellas nos habremos de ocupar al final de la parte tercera del libro<sup>18</sup>, para estudiarla dentro del contexto de los regímenes autoritarios tradicionalistas.

### 5.1 El sistema de gobierno parlamentario

El sistema de gobierno parlamentario —o de gabinete, como también se le denomina— es aquel en el cual el ejecutivo está dividido en dos elementos: un jefe de Estado y un jefe de gobierno, siendo este último, junto con su gabi-

<sup>17</sup> G. BURDEAU, ob. cit., pág. 140.

<sup>18</sup> V. *infra*, pág. 623.

nete, responsable políticamente ante el Parlamento, el cual tiene facultades para revocar su mandato o puede, a la inversa, ser disuelto por el gobierno. Puede agregarse además, que en este sistema el Parlamento ejerce una influencia directa sobre la composición del gobierno, y no se limita a ejercer prerrogativas en la legislación, aprobación del presupuesto y control de la administración<sup>19</sup>. Hay que tener en cuenta que no todo régimen en el cual exista un Parlamento, ni siquiera aquel donde el Parlamento tiene facultades suficientes para hacer contrapeso al ejecutivo, es sistema parlamentario. Para que pueda denominarse como tal, es necesario que concurren en este sistema los elementos contenidos en la noción que de él hemos dado y que a continuación se explican.

A) *Un ejecutivo dualista*.—El ejecutivo dual o dualista, como se explicó anteriormente<sup>20</sup>, es aquel en el cual existen a la cabeza del poder ejecutivo, por una parte un *jefe del Estado* —que puede ser un monarca o un presidente— con funciones ante todo formales, y, por la otra, un *jefe de gobierno* —llámese primer ministro, canciller o presidente del consejo— al cual corresponde, conjuntamente con su gabinete ministerial, el ejercicio de la función ejecutiva propiamente dicha. El jefe del Estado encarna y representa a la Nación y ocupa la más alta jerarquía dentro del Estado. Entre sus funciones figuran, por regla general, la de promulgar las leyes aprobadas por el Parlamento, sancionar los decretos, refrendar los tratados internacionales, designar al jefe de gobierno, aprobar la conformación del gabinete ministerial y, eventualmente, pronunciar la disolución del Parlamento. Naturalmente el contenido y alcance de estas funciones varía según el sistema parlamentario de que se trate. El jefe del Estado en sistema parlamentario es elegido de manera indirecta, bien sea por el Parlamento mismo, por una asamblea especial o por sufragio indirecto, cuando el cargo no es hereditario.

Pero, como se anotó atrás, el ejercicio real del poder ejecutivo corresponde al *gabinete ministerial*, con el jefe del gobierno a la cabeza. Este órgano puede llamarse también *gobierno* a secas, o *ministerio*. Es un órgano colectivo, cuyas decisiones son tomadas en conjunto por sus miembros en *consejo de ministros*. El consejo de ministros es presidido por el jefe de gobierno, excepcionalmente en presencia del jefe del Estado. El jefe de gobierno es designado, por lo general, por el propio jefe de Estado, quien en algunos sistemas es libre de escoger a la persona para ese cargo, en tanto que en otros, como en Gran Bretaña, está prácticamente obligado por tradición a nombrar al jefe del partido mayoritario en la cámara de origen popular, con lo cual esa función viene a ser meramente formal. Al jefe de gobierno y su gabinete corresponden

<sup>19</sup> THEO STAMMEN, *Sistemas políticos actuales*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1969, pág. 44.

<sup>20</sup> V. *supra*, pág. 266.

las funciones propiamente ejecutivas y administrativas. El jefe de gobierno tiene a su cargo la integración del equipo ministerial, que debe someter a la aprobación y nombramiento formal del jefe del Estado. Además, en relación con el Parlamento, le corresponde llevar la vocería oficial del gobierno, presentar ante él proyectos de ley, directamente o a través de sus ministros, y proponer, cuando las circunstancias lo ameritan, la disolución del Parlamento. Por otra parte, el jefe de gobierno dirige la política internacional del Estado y coordina la acción administrativa de los diversos ministerios.

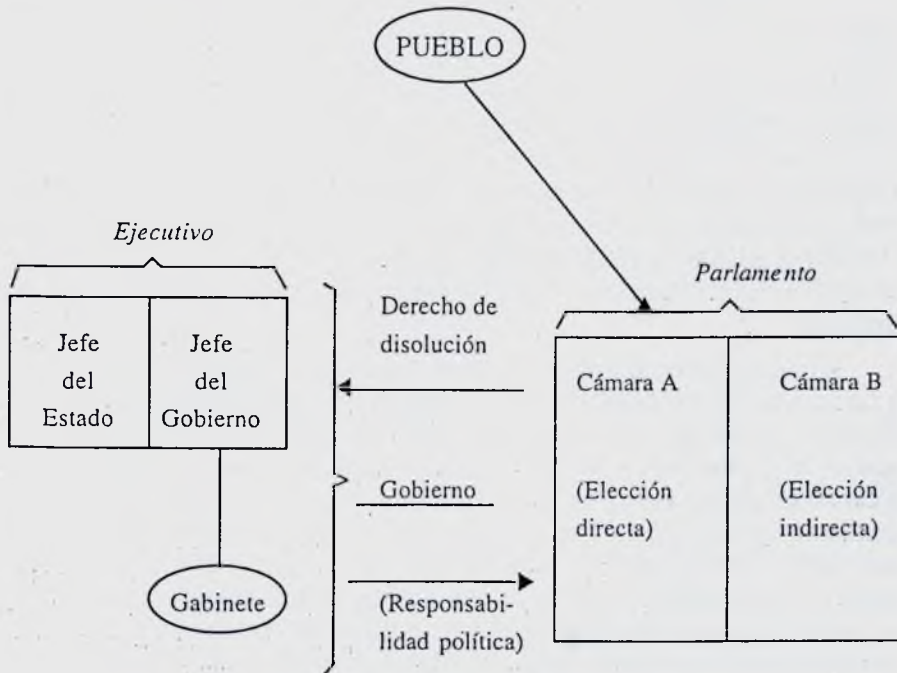
B) *Responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento.*—Se llama *responsabilidad política* del gobierno ante el Parlamento el hecho de que el Parlamento tiene la facultad de obligar al gabinete a presentar su dimisión, mediante la aprobación de una *moción de censura* contra el gobierno, o la negativa a un *voto de confianza* solicitado por este, lo cual se traduce en un “voto de censura”. El voto de censura puede ir contra un ministro en particular, o contra varios, o contra el jefe de gobierno, caso en el cual, de ser aprobado, todo el gabinete tiene que dimitir. El voto —o moción— de confianza debe ser solicitado por el jefe de gobierno, comprometiendo así ante el Parlamento la estabilidad del gabinete; esto ocurre en casos en que el gobierno se proponga llevar a cabo un programa específico y quiera asegurarse el respaldo del Parlamento a ese programa.

La responsabilidad política del ejecutivo ante el Parlamento puede considerarse como el elemento esencial del régimen parlamentario. Si existen dos cámaras, la responsabilidad tiene lugar ante aquella de las cámaras que sea elegida por sufragio universal directo, lo cual se explica por la naturaleza de la responsabilidad; ella se traduce en el hecho de que el gabinete debe gozar de la desconfianza de los representantes directos de la Nación. La responsabilidad no implica solamente que el Parlamento pueda obligar a los miembros del gobierno en forma colectiva, a renunciar, sino además que el Parlamento debe participar en la *investidura* del gabinete. Esta puede ser otorgada por procedimientos diferentes: sea expresamente, mediante el otorgamiento de la investidura a la persona del jefe de gobierno primero, y luego a sus ministros; sea tácitamente, cuando no es necesario el acto de investidura sino que esta se entiende otorgada mientras el Parlamento no tome la iniciativa de depositar una moción de desconfianza, sistema utilizado en los países escandinavos.

C) *El derecho de disolución del Parlamento.*—El régimen parlamentario supone, además, como una consecuencia de la característica anterior, el derecho, por parte del gobierno, de disolver el Parlamento. Esta disolución opera en relación a una de las cámaras, aquella elegida por sufragio universal directo, o sea la misma ante la cual el gobierno es responsable políticamente. Este derecho de disolución tiene por objeto garantizar el equilibrio de los poderes, ya que constituye un contrapeso al derecho del Parlamento de revocar al gobierno. En virtud del derecho de disolución, el pueblo es llamado a arbitrar, en última instancia, en los conflictos institucionales que se presenten entre eje-

cutivo y legislativo, y a solucionar así las crisis políticas graves. En esta forma la intervención del pueblo, mediante el sufragio universal directo, viene a ser un elemento clave para el funcionamiento del sistema parlamentario. La disolución ocurre, por regla general, de manera automática, como consecuencia de la dimisión del gobierno, causada por un voto de censura del Parlamento. Pero, además, el Parlamento se disuelve, también automáticamente, cuando ha transcurrido cierto tiempo —por ejemplo, cinco años en Inglaterra— sin que se haya producido un cambio en el gobierno, con objeto de dar oportunidad a los electores de modificar o ratificar su composición. En todo caso, el gobierno puede, antes de cumplirse ese plazo, proponer la disolución del Parlamento y llamar a *elecciones anticipadas*; esto ocurre en circunstancias en que el gobierno aspira a asegurar, para la continuidad de sus programas, el apoyo del Parlamento, contando, desde luego, con mantener o aumentar sus mayorías en él.

#### ESQUEMA DEL SISTEMA DE GOBIERNO PARLAMENTARIO



Una característica adicional del sistema de gobierno parlamentario es la existencia de un partido gubernamental sometido al estricto control del jefe de gobierno y que, a su vez, controla la mayoría en la cámara de origen popular<sup>21</sup>. Es así como este sistema hace más operante el llamado "esquema gobierno-

<sup>21</sup> THEO STAMMEN, ob. cit., pág. 45.

oposición”, puesto que al partido mayoritario, que ejerce el control del gobierno, hacen contrapeso el o los partidos de oposición representados en las cámaras. Sin embargo, no en todos los países que practican el parlamentarismo se da el esquema mencionado. En efecto, en países multipartidistas como Italia, no siempre es posible hablar de un *partido de gobierno*, por cuanto este frecuentemente está conformado por coaliciones de partidos y movimientos; tampoco puede hablarse de un *partido de oposición*, puesto que son varios los que se encuentran en esta situación. El esquema gobierno-oposición se da en cambio cuando existe el fenómeno del bipartidismo, como ocurre en el Reino Unido, Alemania, Japón y otros países europeos<sup>22</sup>.

### 5.2 Evolución histórica del sistema parlamentario

El sistema de gobierno parlamentario nació en Inglaterra<sup>23</sup>, y allí cumplió la primera etapa de su evolución, para más adelante extenderse a muchas otras naciones europeas y de otros continentes. Esta evolución permitió la transición de la monarquía absoluta a la monarquía limitada y al parlamentarismo moderno, que ha seguido en líneas generales el modelo inglés.

A) *Los antecedentes*.—El sistema representativo inglés tiene su antecedente más importante en la Carta Magna de 1215, al consagrarse en ese documento, entre otras cosas, el compromiso de que el rey debía consultar con los grandes señores la aprobación de los impuestos. A partir del siglo XIII la institución del Parlamento tomó cuerpo, en un proceso que examinamos atrás<sup>24</sup>, y se consolidó en el siglo XVII, como resultado de los triunfos obtenidos por el Parlamento frente a la corona, en las llamadas “revoluciones políticas” de la época. Debido a esos triunfos, plasmados en leyes fundamentales como la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701, se implantó en Inglaterra la monarquía limitada.

B) *La monarquía limitada*.—Este sistema se consolidó definitivamente a raíz de la “gloriosa revolución” de 1688-1689, que destituyó al último rey Estuardo y nombró en su reemplazo al liberal Guillermo III de Orange, con el apoyo del Parlamento. Con el *Bill of Rights* aprobado entonces por ambos, se alcanzó un nuevo orden en la relación de fuerzas en Inglaterra, en el que el dualismo entre el rey y el Parlamento estaba determinado de tal suerte que ambos poderes se necesitaban mutuamente para realizar sus políticas. En esta etapa de la monarquía limitada, el Parlamento poseía el poder presupuestal y un poder legislativo restringido. El rey, continuaba gobernando, junto con los ministros que él nombraba y removía libremente. No existía todavía la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento; tan solo había una res-

<sup>22</sup> V. *infra*, pág. 475.

<sup>23</sup> V. *supra*, págs. 251 y ss.

<sup>24</sup> V. *supra*, págs. 353 y ss.

pensabilidad penal, en virtud de la cual este podía acusar a un ministro ante un tribunal por faltas graves. El rey podía disolver el Parlamento por su propia voluntad. No hay, pues, todavía en esta etapa un equilibrio real de poderes; la balanza se inclina en favor del gobierno, que tiene aún prerrogativas mayores que el Parlamento, aunque sean limitadas por este.

Mientras esto ocurría en Inglaterra, en el resto del continente europeo las instituciones representativas habían desaparecido o estaban en indefinido receso, como era el caso de los Estados Generales en Francia, reunidos por última vez en 1614. Por ello la monarquía limitada inglesa fue objeto de la admiración y el elogio de todos los liberales europeos. En ella se inspiraría MONTESQUIEU para proponer en *Del espíritu de las leyes* su doctrina sobre la separación de poderes. Ella inspiró, además, en gran medida, al movimiento constitucionalista del siglo XVIII que abogaba fundamentalmente por la separación de poderes y las declaraciones de derechos.

C) *El parlamentarismo 'orleanista'*.—A lo largo del siglo XVIII fue consolidándose y adquiriendo su moderna fisonomía el sistema parlamentario inglés. A ello contribuyen varios hechos como fueron:

a) El establecimiento, por el *Act of Settlement*, de la incompatibilidad entre la pertenencia al Parlamento y al gobierno a un mismo tiempo<sup>25</sup>. b) La formación del sistema bipartidista, cuyos comienzos se remontaban al siglo anterior, con la fuerza que tomaron en el seno del Parlamento los partidos *Tory* —conservador— y *Whig* —liberal—, con lo cual aparece la figura de la *oposición legal*; con ella se admitió que el partido que no tuviera mayoría y, por tanto, no estuviera en el gobierno, podía hacer oposición desde el Parlamento, mientras le llegaba su turno en el poder. c) La importancia que adquirió el *gabinete*, con la autonomía obtenida en los tiempos de los reyes Hannover que, por razón de su origen y vínculos alemanes, mostraron poco interés por las reuniones ministeriales. d) La aparición de la figura del *primer ministro*, como vocero del gabinete ante el rey y también ante el Parlamento, doble función que lo convirtió en verdadero jefe del gobierno. e) La estrecha relación entre el gabinete y la cámara baja, de cuyas mayorías dependía la aprobación del presupuesto y las políticas del gobierno. f) El establecimiento de la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento, el cual se comprobó cuando, en 1782, el rey Jorge III se vio forzado a aceptar la renuncia de su primer ministro, como consecuencia de la oposición parlamentaria. Este acontecimiento marcó, para muchos<sup>26</sup>, el punto de partida del funcionamiento efectivo del sistema parlamentario.

A esta etapa, en la que el monarca no ha perdido del todo sus poderes políticos y sigue nombrando libremente a sus ministros, y en la que el gabinete

<sup>25</sup> El *Act of Settlement* establecía: "That no person who has an office or a place of profit under the king shall be capable of serving as a member of the House of Commons".

<sup>26</sup> PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

debe gozar de la doble confianza de aquel y del Parlamento, se le ha llamado en Francia “parlamentarismo orleanista”, porque fue el sistema que adoptó allí el rey Luis Felipe de Orleans, a partir de la revolución burguesa de 1830, ciertamente bajo la influencia política inglesa. En Francia se adoptó el sistema bajo el principio pregonado por GUIZOT, de que “*le trône n'est pas un fauteil vide*”, queriendo así realzar la posición del rey frente al Parlamento.

D) *El parlamentarismo moderno.*—El sistema parlamentario inglés siguió evolucionando a lo largo del siglo XIX, siglo de grandes reformas especialmente en materia electoral, con las cuales se buscó ampliar la base popular para la elección de los representantes. Esas reformas fueron en gran medida fruto del influjo que ejerció en Inglaterra la Revolución francesa, con la aspiración de la clase media burguesa a compartir el poder. La primera de ellas fue la *Representation of the People Act* de 1832, por medio de la cual se hizo una redistribución de los escaños en la Cámara de los Comunes, teniendo en cuenta el aumento de la población y la extensión del derecho al voto del estamento burgués. Fue a raíz de esta reforma que comenzó a hablarse de “sistema de gobierno parlamentario”. Más adelante se aprobaron otras, como las de 1867 y las de los años 80 y 90, orientadas en el mismo sentido de *democratizar* la vida política inglesa y dar una participación cada vez mayor a los ciudadanos de clase media en ella. En el presente siglo, esas reformas se complementaron con otras, como la de 1911 que determinó en cinco años la duración de cada Parlamento, pudiendo disolverse antes de la expiración del plazo legal, la de 1918 que permitió el voto a las mujeres mayores de 30 años, la de 1928 que generalizó el voto femenino, y la de 1949 que redujo el derecho de veto de los Lores de dos a un año. Todas estas reformas contribuyeron a darle su fisonomía actual al sistema parlamentario británico que, como se ha dicho, ha servido de modelo a los demás similares implantados en el mundo.

La evolución de la monarquía absoluta a la monarquía limitada, de esta al parlamentarismo orleanista y de este al parlamentarismo moderno, corresponde al desarrollo progresivo de la legitimidad democrática fundada sobre la elección popular, y a la decadencia correlativa de la legitimidad monárquica, fundada sobre la herencia. Este fenómeno traduce en sí mismo el paulatino ascenso de la burguesía al poder y la decadencia de la aristocracia, como resultado de las transformaciones económicas, sociales, intelectuales y políticas operadas a partir del siglo XVII. En la monarquía limitada de este siglo la legitimidad popular era apenas incipiente frente a la legitimidad monárquica; en el parlamentarismo orleanista, ambas legitimidades están más o menos en un pie de igualdad; en el parlamento moderno, la legitimidad popular triunfa sobre la monárquica, que solo subsiste como un vestigio en las monarquías parlamentarias<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> M. DUVERGER, ob. cit., pág. 188.



### 5.3 *El sistema parlamentario en la actualidad*

A lo largo de los dos últimos siglos el sistema parlamentario ha sido adoptado por muchos países, comenzando por los de Europa en los que las monarquías absolutas fueron sustituidas por monarquías limitadas o por regímenes republicanos. Fue así como ese sistema se implantó paulatinamente en países monárquicos como Suecia, Dinamarca, Bélgica, Noruega, Holanda y Luxemburgo, en los cuales sigue vigente. Francia lo adoptó primero bajo la monarquía orleanista, entre 1830 y 1848, y luego bajo la Tercera República, a partir de 1875, manteniéndose en vigor bajo la Cuarta República, hasta 1958. En la actualidad, el sistema de gobierno francés es —como más adelante se estudiará— semiparlamentario. Italia y la República Federal de Alemania lo adoptaron después de la segunda guerra mundial, en tanto que Portugal y España lo hicieron al restablecerse en esos países la democracia, tras el final de las dictaduras de Oliveira Salazar y de Franco, respectivamente. Hoy en día este sistema rige en todos los países de Europa occidental, con excepción de Suiza. Rige además en las antiguas colonias inglesas que hoy conforman la *Commonwealth*, y que lo adoptaron una vez alcanzada su independencia de la metrópoli, siguiendo el modelo de gobierno de esta: tal es el caso del Canadá, la India, Pakistán, Australia, Nueva Zelanda, etc. En el extremo oriente el sistema rige en el Japón desde 1947. En América Latina, aunque el sistema ha sido propuesto en algunos países, no se ha implantado jamás de manera estable. La tradición política latinoamericana es acendradamente presidencialista<sup>28</sup>.

### 5.4 *El sistema de gobierno presidencial*

Este sistema, como el parlamentario, funciona de ordinario dentro del contexto del Estado democrático liberal, lo cual no excluye que exista en países regidos bajo formas de gobierno autocráticas. Se fundamenta, al igual que el sistema parlamentario, en la participación de los ciudadanos en la elección de sus gobernantes, mediante el sufragio universal, en la separación entre los diferentes órganos del poder público. Sin embargo, existe en el sistema presidencial una cierta supremacía del órgano ejecutivo sobre los demás, en razón de la extensión de las facultades que se otorgan al presidente. Si se lo compara con el sistema de gobierno parlamentario, el sistema presidencial tiene *características* muy definidas, que son las siguientes:

A) *Un ejecutivo monocrático o unipersonal.*—Como ya se ha dicho, en este sistema a la cabeza del poder ejecutivo hay una sola persona —el presidente de la república— quien ostenta a la vez el carácter de jefe del Estado y jefe del gobierno. En esta doble calidad, no solo representa a la Nación y cumple funciones de tipo formal y protocolario, sino que es el jefe de la adminis-

<sup>28</sup> En Chile hubo una modalidad de parlamentarismo, en 1925. En Argentina y Brasil ha habido también tentativas de instaurarlo. En Brasil, una nueva propuesta de sistema parlamentario fue derrotada por referéndum en 1993.

tración pública, nombra y remueve libremente a sus ministros y demás colaboradores inmediatos, preside el Consejo de Ministros, traza la política gubernamental en los diferentes campos de acción, es el director de las relaciones exteriores del Estado y el comandante supremo de las fuerzas armadas. En el sistema presidencial no existe la institución del primer ministro, aunque en algunos países que han adoptado este sistema se le dé ese nombre a un miembro del gabinete.

B) *Elección popular del presidente.*—El presidente de la república es elegido a través del sufragio universal, directo o indirecto, por todos los ciudadanos. Este hecho lo coloca en pie de igualdad política y jurídica con el Parlamento o Congreso, aunque en la práctica tenga frente a este una mayor relevancia, debido a que su base electoral es más amplia: abarca la totalidad del territorio nacional, mientras que la de los parlamentarios o congresistas se limita a su propia circunscripción regional o local.

C) *La responsabilidad política del gobierno es limitada.*—En el sistema de gobierno presidencial no existe la institución de la moción de censura, por medio de la cual, como se ha visto, el Parlamento puede obligar a renunciar a uno o varios ministros, o al gabinete en pleno, con el jefe de gobierno a la cabeza. En este sistema la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento se hace efectiva a través de las citaciones y debates que promuevan en las cámaras a los ministros y otros altos funcionarios gubernamentales, así como de las comisiones investigadoras sobre actos administrativos; pero no puede llegar hasta la destitución de dichos funcionarios por el Parlamento, como resultado de un voto de censura. Menos aún puede el Parlamento destituir u obligar a renunciar al presidente de la república, quien es elegido para un *período fijo*, salvo que se admita una acusación formal contra él, caso en el cual queda suspendido en sus funciones, y se produzca una condena, la cual conlleva su separación definitiva del cargo.

D) *No existe el derecho de disolución del Parlamento.*—Bajo ninguna circunstancia el gobierno puede, en un sistema presidencial, disolver el Parlamento. Ello equivaldría a un golpe de Estado y a la implantación de un régimen *de facto*. El Parlamento tiene un período constitucional fijo, durante el cual se reúne, por derecho propio, en las fechas y por el término previsto. Dentro de las facultades del ejecutivo figura, en cambio, la de convocar al Parlamento a sesiones extraordinarias fuera del tiempo de sesiones ordinarias. El hecho de que ni el Parlamento puede destituir al presidente ni este puede disolver a aquel, se debe a que las dos instituciones tienen cada una su legitimidad obtenida directamente del pueblo, por medio de votaciones separadas, siendo, por tanto, en su existencia política, completamente independientes una de otra.

E) *En la práctica no hay un verdadero equilibrio de poderes.*—Como antes se explicó<sup>29</sup> en el sistema presidencial no existe un verdadero equilibrio

<sup>29</sup> V. *supra*, págs. 273 y 274.

de poderes entre el ejecutivo y el legislativo, dado el cúmulo de atribuciones y prerrogativas que se confieren a aquel, incluyendo las de colegislador. El principio de separación entre las ramas del poder existe, pero no con carácter rígido, sino atenuado con el de la “colaboración armónica” entre ellas.

A las anteriores características podría agregarse la de la *incompatibilidad* entre ser, a un mismo tiempo, miembro del Parlamento y del gobierno. Si bien es cierto los ministros y otros altos funcionarios del ejecutivo pueden provenir de aquel, por el hecho de aceptar el cargo para el cual son nombrados pierden la investidura parlamentaria, la cual pueden recuperar una vez desempeñada su función en el gobierno. Además, las constituciones prevén que un miembro del gobierno no puede, mientras ocupe el cargo, ser candidato a corporaciones públicas de elección popular, y que para tal efecto debe retirarse del cargo con una razonable anticipación.

### 5.5 Sinopsis histórica del sistema presidencial

El sistema de gobierno presidencial fue implantado por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, cuyos autores quisieron hacer del presidente una especie de “monarca elegible” y temporal. La institución de la presidencia adquirió particular relevancia desde el comienzo, primero bajo el gobierno de George Washington (1789-1797) y luego bajo los de sus sucesores John Adams (1797-1801), Thomas Jefferson (1801-1809), James Madison (1809-1817) y James Monroe (1817-1825). Por su parte, a medida que fueron obteniendo su independencia de España, las naciones hispanoamericanas, siguiendo el modelo de los EE. UU. adoptaron el sistema presidencial consagrándolo en sus respectivas constituciones. En algunos países hubo, al inicio de la era republicana, propuestas de implantar regímenes monárquicos a la usanza europea, pero tales propuestas fueron desechadas<sup>30</sup>. Y así, desde su nacimiento, todos los Estados de América Latina, con la sola excepción de tres —Haití, Brasil y México<sup>31</sup>—, han tenido siempre sistema de gobierno presidencial. Sin embargo, este sistema se ha desvirtuado en la mayoría de ellos, para caer en *el presidencialismo* —fenómeno que se analizará más adelante— por obra, principalmente, de las frecuentes dictaduras personalistas que casi todos estos países han padecido a lo largo de su vida republicana.

<sup>30</sup> El Libertador Simón Bolívar se negó sistemáticamente a aceptar la corona que en diversas oportunidades y lugares se le ofreció, convencido de la conveniencia para los países liberados por él, de un régimen democrático y presidencial con un ejecutivo fuerte.

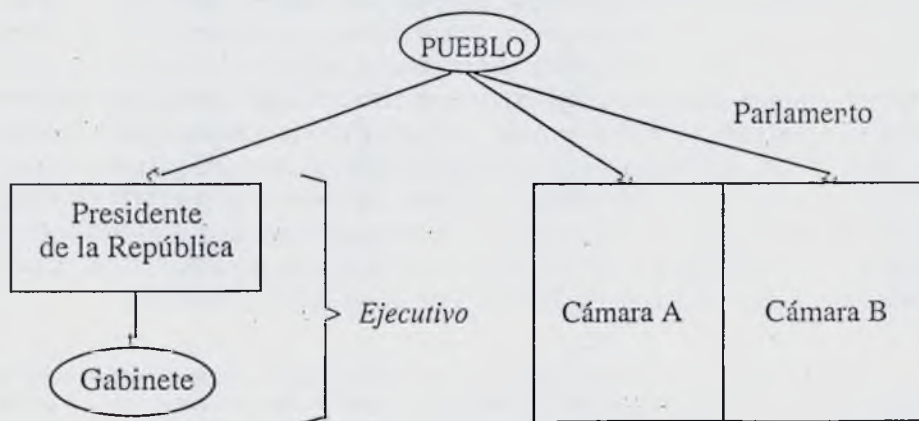
<sup>31</sup> En Haití Jean Jacques Dessalines se proclamó emperador en 1804 y luego Henri Christophe hizo lo propio en 1811. Brasil fue Imperio durante casi todo el siglo XIX: en 1822, al independizarse de Portugal, se proclamó como tal, siendo coronado don Pedro I de Braganza, quien gobernó hasta 1831; luego de un período de regencia (1831-1840) asumió la corona su hijo Pedro II, que gobernó hasta 1889, cuando fue proclamada la república. En México hubo dos breves imperios: el de Agustín Iturbide (1822-1823) y el de Maximiliano de Habsburgo (1864-1867).

En Colombia el sistema presidencial fue adoptado desde el nacimiento mismo de la república, en la Constitución de Cúcuta de 1821, por influjo del Libertador Simón Bolívar y de los próceres fundadores, quienes fueron conscientes de que era el sistema que más se amoldaba a la realidad de una nación carente de tradición monárquica propia, y a la idiosincrasia de su pueblo. El sistema presidencial se ha mantenido a lo largo de todas las constituciones republicanas —atenuado unas veces, fortalecido otras—, incluyendo la Constitución de 1991. Sin embargo, en esta Constitución se ha morigerado, al introducirle un elemento de sistema parlamentario: la moción de censura<sup>32</sup>.

En cambio, en Europa la larga tradición monárquica ha impedido que este sistema se adopte; solamente en Francia, en el breve interregno de la II República (1848-1851), rigió una especie de sistema presidencial que culminó con la designación del “príncipe-presidente” Luis Napoleón Bonaparte, como emperador. El sistema actual de Francia (Constitución de 1958) se ha calificado de “semipresidencial”<sup>33</sup>.

En África muchas de las nuevas repúblicas surgidas de la descolonización en la segunda mitad del siglo XX, adoptaron en sus constituciones el sistema presidencial, pero en ninguna de ellas ha funcionado según el modelo norteamericano, sino que ha caído también en el presidencialismo, bajo regímenes despóticos de tipo personalista. Otro tanto puede decirse de los pocos Estados asiáticos —como Filipinas— que han ensayado este sistema. Ello ha servido de base a DUVERGER para sostener que Estados Unidos es la única democracia occidental que practica un sistema presidencial puro<sup>34</sup> y calificar de presidencialistas a todos los demás.

#### ESQUEMA DEL SISTEMA DE GOBIERNO PRESIDENCIAL



<sup>32</sup> V. *supra*, pág. 262.

<sup>33</sup> V. *infra*, pág. 547.

<sup>34</sup> M. DUVERGER, *Institutions...*, pág. 290.

### 5.6 Sistema presidencial y presidencialismo

Los tratadistas modernos de derecho constitucional y de ciencia política —particularmente los franceses— han esbozado con mucho acierto la noción de *presidencialismo*, para designar la práctica del sistema presidencial en ciertos países. Por presidencialismo se entiende la deformación o desnaturalización del sistema presidencial, cuyas características acabamos de estudiar. Es una deformación de este sistema, porque el presidencialismo ostenta una concentración de poderes muy acentuada en manos del jefe del ejecutivo, presidente de la república, en desmedro de los poderes del Parlamento, que como ocurre las más de las veces, es suprimido y, por consecuencia, el poder legislativo se ejerce por parte del propio gobierno. Es lo que ha sucedido en los regímenes dictatoriales de América Latina, lo mismo que en los del África que han adoptado formalmente el sistema presidencial. Para catalogar a un régimen de presidencialista se requiere examinar el grado de poderes que están concentrados en cabeza del ejecutivo. Es esa mayor concentración de poderes lo que distingue a los presidencialismos del sistema presidencial, tal como ha sido concebido en Estados Unidos. Aunque en este sistema existe de hecho —como se explicó— un cierto desequilibrio en favor del ejecutivo, en él se mantiene el principio de separación entre las ramas del poder público, y el Parlamento actúa soberanamente dentro de su órbita constitucional, ejerciendo además un control político permanente sobre el gobierno.

Desde el momento en que desaparezca la posibilidad de ese control y en que el gobierno ponga obstáculos y limitaciones de hecho a la función legislativa del Parlamento, o de cualquier manera la absorba, se presentará entonces esa hipertrofia de la función ejecutiva que no permite hablar ya de un sistema presidencial sino de un presidencialismo, que en ciertos casos es equivalente a la dictadura. Es el fenómeno que se ha dado —como antes lo dijimos—, con lamentable frecuencia en la casi totalidad de las naciones latinoamericanas, africanas y asiáticas que han adoptado formalmente el sistema presidencial. Pero el fenómeno del presidencialismo no se da solamente en las dictaduras. Formas de presidencialismo, aunque acentuado, encontramos también en países que practican la democracia representativa, pero en los cuales la Constitución confiere excesivos poderes al gobierno, en desmedro de los del Parlamento, o en los cuales los gobiernos abusan de las facultades constitucionales y legales en materia legislativa. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Colombia, con la utilización excesivamente prolongada de los poderes de estado de sitio, por parte de casi todos los gobiernos a partir de 1949 y hasta la expedición de la Constitución de 1991.

Pero el presidencialismo es, además, un fenómeno de carácter sociológico, que se deriva del marcado paternalismo con que en ocasiones se ejerce la

jefatura del Estado, y de la connotación casi mesiánica que los pueblos subdesarrollados le confieren a la figura del presidente de la república, del cual los individuos esperan soluciones hasta para los más mínimos problemas personales. El presidencialismo presenta, pues, una vasta gama que va desde las peores dictaduras personalistas, que son el ejemplo típico de esta figura, hasta los gobiernos paternalistas y mesiánicos, que han sido tan frecuentes en los países del llamado Tercer Mundo.

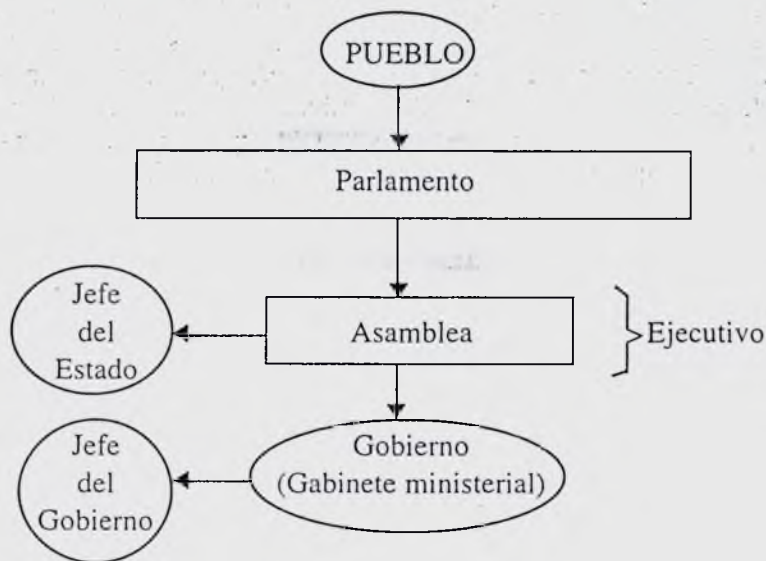
### 5.7 *El sistema de gobierno convencional o de asamblea*

Al contrario del sistema presidencial, el sistema convencional o de asamblea se fundamenta en la preeminencia del cuerpo legislativo sobre el gobierno, o bien en la absorción total de las funciones ejecutivas por una asamblea. Los gobernantes serán entonces delegatarios o agentes de esa asamblea, la cual, por ser generalmente numerosa, no puede atender directamente las tareas del gobierno. De esta manera el gobernante o gobernantes estarán a merced de la asamblea tanto en su nombramiento como en su remoción. La independencia de los gobernantes resulta, pues, limitada al grado de ascendiente que ellos tengan sobre el cuerpo colegiado. A su turno, los miembros de esa asamblea son elegidos por el órgano colegiado que cumple las funciones de Parlamento y que, por su parte, es elegido por votación popular.

Este sistema, utilizado con menor frecuencia que los dos anteriores, se implantó por primera vez en Francia, en plena revolución, con el régimen de la Convención instaurado en 1793. Durante este régimen el poder ejecutivo era ejercido por un consejo de 24 miembros nombrados por la Asamblea Nacional, cuya función era la de hacer cumplir las decisiones tomadas por este cuerpo. Más adelante el sistema fue adoptado en Suiza, donde actualmente sigue en vigor<sup>35</sup>. Y, a lo largo del siglo XX, con posterioridad al triunfo de la revolución bolchevique en Rusia, fue adoptado —aunque con ciertas modalidades—, por todos los Estados socialistas-marxistas que han seguido para ello el modelo implantado en la Unión Soviética. En estos Estados se ha buscado, a través del sistema convencional, mantener en lo político el régimen de partido único, dándole a este una amplia base popular, al menos en el aspecto formal. En ellos el Parlamento es elegido por sufragio universal restringido: en principio solo se vota por las listas oficiales del partido comunista —o su equivalente—, de tal suerte que los miembros del Parlamento pertenecen en su totalidad, o por lo menos en abrumadora mayoría, al partido oficial. A su turno, este Parlamento designa a los integrantes de la asamblea, entre las más destacadas figuras del partido.

<sup>35</sup> V. sistema de gobierno de la Confederación Suiza, *infra*, pág. 551.

## ESQUEMA DEL SISTEMA DE GOBIERNO DE ASAMBLEA



Esta asamblea, cuerpo colegiado como se ha dicho, es el titular del poder ejecutivo. Su denominación varía, según el país de que se trate; por ejemplo en la antigua Unión Soviética se denominaba *Presidium*. Entre sus funciones figuraba el nombramiento de los integrantes del gobierno propiamente dicho, esto es, del gabinete ministerial, el cual depende directamente de ella. Así mismo la asamblea ejerce, en su conjunto, las funciones de jefe del Estado; pero este título lo ostenta el presidente designado por ella de su seno, quien la representa formalmente en actos protocolarios como son la acreditación de embajadores o el otorgamiento de condecoraciones. La jefatura del gobierno le corresponde al primer ministro, cabeza del gabinete.

No obstante en la mayoría de los Estados socialistas-marxistas que han adoptado este tipo de gobierno, la cabeza visible del Estado y a quien corresponde en última instancia su orientación política es, en la práctica, al secretario general del partido comunista (o su equivalente), así este no tenga el título de jefe del Estado o jefe del gobierno. De hecho, la mayor parte de estos Estados han sido regidos de manera omnímoda por un líder que, aunque teóricamente dependiente de la asamblea y responsable ante ella, concentra en sus manos todo el poder, tanto político como gubernamental, en su calidad de secretario general del partido único. Han sido, pues, dictaduras personalistas en nombre de un partido. Tal ha sido el caso de los regímenes de José Stalin, Nikita Krushchev y Leonid Brezhnev en la URSS, el mariscal Tito en Yugoslavia, Mao Zedong en China Popular, Kim il Sung en Corea del Norte, Ho Chi Minh en Vietnam, Janos Kadar en Hungría, Nicolae Ceausescu en Rumania o Fidel Castro en Cuba, entre otros.

Sin embargo, hay que anotar que con los profundos cambios que se experimentaron a raíz de la *Perestroika* impulsada por Mijail Gorbachov<sup>36</sup> en el llamado “mundo socialista”, particularmente en los países de Europa oriental y en la misma Unión Soviética —a los cuales nos referiremos más adelante—, el sistema de gobierno convencional o de asamblea ha venido siendo desmontado en varios de ellos, siendo reemplazado paulatinamente por un sistema parlamentario o semiparlamentario, o por uno semipresidencial.

<sup>36</sup> V. *infra*, págs. 601 y ss.