

Capítulo IV EL ESTADO

SUMARIO

30. Generalidades. 31. Origen y desarrollo del Estado. 32. Que es el Estado. 33. El contractualismo de Rousseau. 34. El sociologismo de Duguit. 35. El juridismo de Kelsen. 36. El institucionalismo de Burdeau. 37. El cientismo-político de Toffler. 38. Funciones y cometidos del Estado. 39. Hacia dónde va el Estado. 40. La crisis del Estado. 41. El Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho. 42. Conclusiones.

30. Generalidades

El análisis del Estado es uno de los temas más apasionantes y que ha encendido duras polémicas a fines del Siglo XX y a principios del siglo XXI, entre quienes por un lado preconizan una concepción liberal a ultranza afirmando que el Estado debe ser “juez y gendarme” y no debe entrometerse con la sociedad civil, y quienes por otro lado sostienen una concepción estatista o por lo menos de una fuerte intervención del Estado en la economía. Las tendencias estatistas triunfaron a partir de la década de los 20’ y hasta la década de los 60’, primero a influjo de las ideas socialistas tan en boga a fines del Siglo XIX y principios de esta centuria, cuyo reflejo más claro es la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución soviética de 1918, así como todo el constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial; y luego, en segundo lugar, al impulso de las ideas keynesianas predominantes en todo el mundo desarrollado después de la Segunda Guerra Mundial. Por su parte, el liberalismo o “neo-liberalismo” como se ha dado en llamarlo, tuvo su auge en el mundo entero a partir de los años 80’, siendo los símbolos más evidentes de esta tendencia privatizadora los gobiernos del Presidente Ronald REAGAN en los EEUU y de la Primera Ministra Margaret THATCHER en Inglaterra.

Pero para comprender al Estado, considero imprescindible analizar la concepción clásica sobre el mismo, extremo que supone analizar desde el nombre o vocablo “Estado”, el origen histórico, la formación y la consolidación del Estado tal como lo conocemos hoy en día, pasando por el estudio de algunas teorías o doctrinas sobre la naturaleza del Estado, esto es tratar de desentrañar el manido problema de la naturaleza del Estado, con lo que se trata de responder a la pregunta de ¿qué es el Estado? A ello se le debe agregar la consideración somera de los elementos del Estado, esto es el territorio, la población y el poder étático, seguido del estudio sobre las funciones

jurídicas estatales que se pueden resumir en tres: la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional, aunque se puede agregar una cuarta que es la función constituyente; por último, se habrá de exponer sobre los cometidos o tareas del Estado, análisis que nos podrá permitir entender el alcance de la discusión sobre el “más” o “menos” del Estado, en definitiva sobre el “estatismo” versus “liberalismo”, aunque en lo personal estimo que es errónea esta distinción, porque no es posible defender un estatismo que ahogue o aniquile la iniciativa individual, ni es posible afirmar un liberalismo que deje librada a la suerte de los hombres las leyes del mercado, porque sencillamente el mercado no puede resolver todos los problemas de la sociedad.

Por supuesto que el estudio del Estado no puede realizarse solamente desde un ángulo jurídico, sino que debe integrarse con el análisis político, económico y sociológico, razón por la cual estimo importante realizar esta aclaración inicial, dado que el enfoque que haré será eminentemente jurídico, sin perjuicio de considerar las restantes variables cuando lo estime oportuno.

31. Origen y desarrollo del Estado

A través de la historia, se utilizaron diversas denominaciones para identificar lo que modernamente conocemos como Estado. Así, por ejemplo, en la Grecia clásica se hablaba de la “Polis” como sinónimo de la Ciudad – Estado; por su parte en Roma la denominación usada fue “Civitas”, equivalente a la comunidad de los ciudadanos, o también la “Res-publica” esto es la cosa común.

Pero fue en Italia durante los Siglos XV y XVI, que se comenzó a utilizar la palabra “Strato” para designar a la pluralidad de los Estados italianos, dado que en ese momento habían tres grandes Ciudades – Estados que eran Venecia, Milán y Florencia y otras tres de segunda línea que eran Génova, Ferrara y Bolonia. La doctrina reconoce a Nicolás MAQUIAVELO haber utilizado por primera vez la palabra Estado en forma científica, cuando en su obra “El Príncipe”, publicada en 1515, expresa al comienzo del Capítulo I:

“Cuantos Estados, cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados.”¹

Pero la consolidación de la palabra “Estado” se produce recién en el Siglo XVIII, designando a la totalidad de la comunidad política.

En la Constitución uruguaya de 1967, se utilizan dos vocablos como sinónimos que son “República” y “Estado”, en el sentido de comunidad política en su conjunto. Así es como el art. 1º establece que “*La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio*”, por su parte, en el art. 7º se refiere a los “*habitantes de la República*”, en el art. 10 inciso segundo se hace referencia a que “*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. En cambio en el art. 24 de la Constitución se prescribe que “*El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órga-*

¹ Véase MAQUIAVELO, Nicolás, “*El Príncipe*”, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, pág. 12; JELLINEK, Georg, “*Teoría General del Estado*”, Ed. Albatros, Argentina, 1973, págs. 95-97; PRELOT, Marcel, “*Historia de las Ideas Políticas*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1971, pág. 243.

no del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros en la ejecución de servicios públicos, confiados a su gestión o dirección". Como se ve, en esta disposición se utiliza dos veces el vocablo "Estado": una, la primera vez, lo utiliza en sentido estricto o restringido, para referirse a la llamada "persona pública mayor" o el sistema orgánico integrado por los tres Poderes de Gobierno, esto es el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, mas los tres órganos de creación constitucional, que son la Corte Electoral, El Tribunal de Cuentas y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; otra, la segunda vez, cuando reza "... y, en general, todo órgano del Estado,..." lo utiliza en sentido amplio, comprensivo de la totalidad o el conjunto de los órganos del Estado, del Estado en general. En el art. 34 de la Constitución, en la segunda oración también se utiliza la palabra Estado en un sentido amplio, cuando expresa que *"Toda la riqueza artística o histórica del país"...* estará bajo la salvaguardia del Estado...².

Pero aún más, en la Constitución uruguaya se utiliza otro vocablo que es el de "Nación" en los arts. 4, 24, 34, 58, 77 inciso primero, 82 y 85 numeral 16, extremo que ha generado polémicas en la doctrina uruguaya sobre la identidad entre "Estado" y "Nación, o sobre si el Estado y la Nación son dos personas jurídicas diferentes, o aún todavía si la Nación es un órgano del Estado."³

En mi opinión, en la Constitución uruguaya Estado y Nación son dos nociones diferentes, más allá que desde el punto de vista histórico y doctrinal pueda estar superada la mentada distinción. Pero, a mi juicio, es muy claro que el constituyente patrio distinguió en forma precisa entre Estado y Nación. Primero, es en la Nación en quien radica la soberanía según el art. 4°; segundo, porque es la Nación quien adopta para su Gobierno la forma democrática –republicana según el art. 82 inciso primero; tercero, porque la soberanía de la Nación se ejerce en forma directa por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, y en forma indirecta por los Poderes representativos, esto es los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de acuerdo con el art. 82; cuarto, porque el art. 34 es muy preciso en distinguir entre la Nación y el Estado, al establecer que la riqueza artística o histórica constituye el tesoro cultural de la Nación, teniendo el Estado la salvaguarda de dicho tesoro.

Considero, en definitiva, que el Cuerpo Electoral es un órgano de la Nación, conforme a lo previsto por el art. 77 inciso primero que establece que *"Todo ciudadano es miembro de la soberanía de la Nación"* y por el art. 82 inciso segundo que prescribe la forma de ejercicio directa de la soberanía nacional; en cambio, los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial son órganos del Estado, que expresan en forma indirecta la soberanía de la Nación. Estimo que esta es la única interpretación más razonable sobre el punto, utilizando el método de interpretación lógico-sistemático.

Ahora bien, ¿cómo se produjo el desarrollo histórico del Estado?

Ciertamente que el Estado moderno tal como lo conocemos actualmente se desarrolló y consolidó luego de la formación de los Estados nacionales en Europa a partir

² Sobre el particular puede consultarse CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *"Derecho Público"*, F.C.U., Mdeo., 2009, Nos. 2-3-4, págs. 8-10.

³ Véase el excelente estudio sobre este tema de CADENAS BOIX, Enrique, *"El concepto de Nación contenido en el artículo cuarto de la Constitución Nacional"*, F.C.U., Mdeo., 1971, 55 páginas.

del Renacimiento, si bien se reconoce que ya en el Siglo XI en Inglaterra gracias a los reyes normandos se creó una organización política relativamente fuerte.

Posteriormente, en Sicilia en el Siglo XIII debido a la acción de Federico II también hubo una manifestación precoz del Estado. Pero los orígenes del Estado moderno debemos buscarlo en las Ciudades-Repúblicas italianas a partir del siglo XV.

Sobre el particular, afirma Hermann HELLER que *“la nueva palabra “Estado” designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir el Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja 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.”*⁴

Entonces, nos encontramos que los elementos fundamentales para la consolidación y desarrollo del Estado Moderno son cuatro:

a) La creación de un ejército permanente, con lo que se consagra la unidad del Estado en lo militar.

b) La formación de una burocracia remunerada, ordenada jerárquicamente, dedicada al ejercicio de la función pública.

c) El establecimiento de un sistema tributario, imprescindible para disponer de los recursos financieros necesarios para pagar las remuneraciones del ejército y de la burocracia.

d) Finalmente, para consolidar definitivamente la unidad del poder del Estado, se necesitó instaurar un sistema jurídico, distinguiendo precisamente entre Derecho Público y Privado, entre ley y contrato, etc., extremo que se concretó debido a la recepción del Derecho Romano en las Universidades del norte de Italia.

Estos cuatro elementos, ejército, burocracia, sistema tributario y sistema jurídico, contribuyeron al desarrollo y consolidación definitiva del Estado a partir del Renacimiento. En definitiva, enseña HELLER, “la unidad jurídica y el poder del Estado fue, en el continente europeo, obra de la monarquía absoluta”.⁵

32. ¿Qué es el Estado?

La respuesta a la pregunta ¿qué es el Estado?, nos lleva de la mano a considerar el problema de la naturaleza del Estado, esto es si el Estado es una asociación, si es un hecho social, si es una institución, si es un instrumento de dominación de una clase social, o, en definitiva, si es sinónimo del Derecho. Sobre este punto se han

⁴ HELLER, Herman. “Teoría del Estado”, Fondo de Cultura Económica, México 1971, pág. 145.

⁵ HELLER, Herman, Ob. Cit., pág. 152.

dado diversas interpretaciones, de tal manera que podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que hay tantas teorías del Estado como autores han escrito sobre el tema⁶, no obstante lo cual es necesario realizar un enfoque pragmático y actualizado sobre el tema, con la finalidad de tener una visión general sobre los diferentes enfoques doctrinales.

Pienso que, como afirma VANOSSI, “el Estado es una creación necesaria de la vida social”⁷, o dicho en otros términos, el Estado ha sido creado por la sociedad en un determinado momento histórico como una necesidad para poder organizarse, para poder funcionar y convivir en paz y en orden. Todas las explicaciones o interpretaciones que puedan realizarse tanto desde el punto de vista sociológico, jurídico o político, tienen sólo un valor relativo, porque nadie puede imaginar que haya habido un contrato social en un determinado momento histórico de la humanidad, pero sin embargo el contractualismo ha sido una de las teorías que ha tenido mayor recepción tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista del derecho positivo.

La primera definición que podemos hacer para dar respuesta a la pregunta del Estado, es la clásica de que el Estado es el conjunto de los habitantes que viven en un territorio determinado sometidos al orden jurídico. O en forma mas simple aún, que el Estado es la población asentada en un territorio determinado bajo el poder étático. Esta es una definición de carácter naturalista, en la que se toman en cuenta los tres elementos tradicionales del Estado, esto es la población, el territorio y el poder estatal.

En tal sentido, el art 1° de la Constitución uruguaya de 1967 expresa que “*La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio*”.

Si analizamos esta disposición, comprendemos claramente que se refiere a tres cosas distintas: primero, el nombre del Estado, esto es “*República Oriental del Uruguay*”; segundo, la naturaleza del Estado, cuando manifiesta que “es la asociación política” con una clara filiación contractualista; tercero, los elementos del Estado, cuando se refiere a “los habitantes comprendidos dentro de su territorio”.⁸

En lo que se relaciona con las teorías sobre la naturaleza del Estado, he optado por seleccionar el análisis de algunas que me parecen las más representativas de las diferentes corrientes del pensamiento, tales como el contractualismo de Juan Jacobo ROUSSEAU, el sociologismo de León DUGUIT, el juridismo de Hans KELSEN, el institucionalismo de Georges BURDEAU y el cientismo-político de Alvin TOFFLER.

⁶ En nuestra doctrina nacional pueden consultarse las siguientes obras sobre el tema: BARBAGELATA, Aníbal Luis, “*Teoría del Estado*”, C.E.D., Mdeo, 1967; BONINO, Emilio Osvaldo, “*El Estado*”, Claudio García y Cía. Mdeo, 1940; BRUNO, José Luis, “*Derecho Público I*”, F.C.U., Mdeo, 1973; ESTEVA GALLICHIO, Eduardo G., “*Lecciones de Derecho Constitucional I*”, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Mdeo 1992, Tomo II, “*Teoría del Estado*”, JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, “*Teoría del Estado*”, Organización Medina, Mvdeo, s/f; KORZENIAK, José, “*Derecho Constitucional*” Parte General, Acali Editorial, Mdeo, 1978, Tomo I; “*Primer Curso de Derecho Público-Derecho Constitucional*”, FCU, Mdeo, 2001, págs. 231-276.

⁷ VANOSSI, Jorge Reynaldo, “*El Estado*”, “Foro Político”, Revista del Instituto de Ciencias Políticas, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1993, Volumen VIII, pág. 49.

⁸ Sobre esta tema puede consultarse JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, “*La Constitución Nacional*”, Organización Medina, Mdeo, 1946, Tomo I, págs. 125 – 138.

Corresponde aclarar que con ello no se agota, ni mucho menos el análisis de las grandes tendencias o corrientes de pensamiento sobre el Estado, sino que es una simple pincelada, una aproximación, sobre diferentes puntos de vista que me han parecido más útiles y más necesarios, para evitar la tediosa exposición de las más diversas doctrinas que sólo pueden tener un valor informativo para algunos, importancia histórica para otros y finalmente puede ser de mucha utilidad para aquellos que realizan un trabajo de investigación especializada.⁹

33. El contractualismo de Rousseau

El contractualismo normalmente aparece unido al "jusnaturalismo", afirmándose por lo común por parte de los autores vinculados a esta corriente la existencia de un Derecho Natural, concebido como un Derecho anterior y superior al Derecho Positivo. En esta corriente de pensamiento contractualista ubicamos a Juan Jacobo ROUSSEAU, a John LOCKE y a Thomas HOBBS.

John LOCKE (1632-1704), quien escribiera "Ensayo sobre el Gobierno Civil", afirma que en el estado de naturaleza, la sociedad civil no existe ni siquiera en forma rudimentaria. En el estado de naturaleza, los hombres son libres e iguales, hay un estado de paz, de buena voluntad, de asistencia mutua y de conservación. Pero para evitar las violaciones que se producen en el estado de naturaleza, es que los hombres deciden renunciar al poder de ejercer la ley natural de sancionar las violaciones y lo entrega a la colectividad, esto es al Estado. En otros términos, los hombres viven en sociedad porque han renunciado a reprimir por sí mismos las infracciones a la ley natural, reconociendo que el Estado es quien tiene el poder de coacción y de imponer penas y sanciones¹⁰. Como afirma LOCKE, aunque el estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia, porque esa libertad no le confiere el derecho a destruirse a sí mismo. Agrega que el hombre nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural, teniendo el derecho a defender su vida, su libertad y sus bienes. Por lo que para que exista una sociedad política, es necesario que cada uno de sus miembros renuncie al poder natural de defenderse, entregándolo en manos de la comunidad.¹¹

Por su parte, Thomas HOBBS (1588-1679) con su clásica obra "Leviatán", quien se aparta de la concepción paradisíaca sobre el origen y la naturaleza del Estado, distinguiendo claramente dos etapas, una primera en que se produce una situación de barbarie y de guerra de todos contra todos, un mundo sin germen de derecho, y una segunda etapa, en que nos encontramos con un Estado creado y sostenido por el derecho, un Estado con poder bastante para iniciar y reformar su estructura. El Leviatán, nombre que el autor lo tomara del Libro de Job de la Biblia, obra que fuera publicada originalmente por HOBBS en 1651, "*es un monstruo de traza bíblica, integrado por seres humanos, dotado de una vida cuyo origen brota de la razón humana, pero que bajo la presión de las circunstancias y necesidades*

⁹ Un interesante análisis de mas de veinte teorías sobre el Estado puede verse en BURGOA, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1989, pág. 193 y siguientes.

¹⁰ PRELOT, Marcel, "Historia de las ideas políticas", La Ley, Buenos Aires, 1971, pág. 446.

¹¹ LOCKE, John, "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1963, págs. 33, 108-109.

decae, por obra de las pasiones, en la guerra civil y en la desintegración, que es la muerte"¹². En otros términos, los hombres en determinado momento se unieron, para formar de mutuo acuerdo, una alianza que garantice la paz, constituyendo esa unión el Estado, por lo que cuando los hombres abandonaron el estado de naturaleza, surgió el Derecho. En definitiva, el Estado, que se forma por la fusión completa de los individuos, ejerce una soberanía absoluta¹³.

Juan Jacobo ROUSSEAU (1712 – 1778) expone en su clásica obra "El Contrato Social" o "Principios de Derecho Político", publicada en 1761, que desde el punto de vista metodológico el contrato social es un supuesto o hipótesis de trabajo, pero no es un hecho real. Es así como en el Libro 1 Capítulo VI, atribuye al contrato social un origen tácito derivado de la naturaleza humana.¹⁴ En cuanto al origen de la sociedad, afirma que "el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas", preguntándose cómo se ha operado esta transformación, extremo que ignora, pero cree poder resolver el problema de qué es lo que puede imprimirle el sello de legitimidad; afirma que "el orden social constituye un derecho sagrado, que no es un derecho natural, sino que esta fundado sobre las convenciones."¹⁵ A diferencia de HOBBS que consideraba que el estado de naturaleza era un estado peligroso, y de LOCKE que sostenía que el estado de naturaleza ni era necesariamente bueno, ni fatalmente malo, para ROUSSEAU el estado de naturaleza es un estado de libertad y de felicidad.

En lo referente al "pacto social", ROUSSEAU examina el punto en el famoso Capítulo VI del Libro Primero de su obra clásica, expresando que supone a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él, por lo que en ese estado primitivo el hombre ya no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiara de manera de ser. "*Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, 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*", concluyendo que este es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social. Aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas las partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas, reduciéndose a una sola cláusula: "*la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completa cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás*".

Finalmente, expresa que dado que cada individuo se da a todos, en realidad no se da a nadie, por lo que en lo esencial el pacto social queda reducido a los siguientes términos:

¹² SANCHEZ SARTO, Manuel, Prefacio a "LEVIATAN" de Thomas HOBBS, F.C.E., México, 1992, pág. XIV.

¹³ PRELOT, Marcel, "Historia de las ideas políticas", págs. 392-393.

¹⁴ ROSSEAU, Juan Jacobo, "El Contrato Social", Ed. Los Libros del Mirasol, Argentina, 1961, págs. 161 – 163.

¹⁵ ROSSEAU, Juan Jacobo, Ob. Cit., Libro 1 Cap. I, pág. 153-154.

*"Cada cual se pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo".*¹⁶

Por supuesto que ROUSSEAU no afirma que haya habido en un momento histórico determinado el contrato social, sino que es una hipótesis que se plantea el autor, concepción contractualista que tanta influencia ha ejercido en el proceso independentista en América.

El contrato social garantiza la igualdad y la libertad, considerando que la soberanía del pueblo es la garantía más segura de los derechos individuales. El soberano es la voluntad general, que es la voluntad de la comunidad y no la voluntad de los miembros que constituyen esa comunidad.

El hombre realiza su libertad obedeciendo a las leyes: *"Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no amos; obedece a las leyes, pero no obedece más que a las leyes; y es por la fuerza de las leyes por lo que no obedece a los hombres."*¹⁷

Afirma DEL VECCHIO que el derecho natural de libertad e igualdad constituye el punto de partida y la base de la construcción política de ROUSSEAU. Sólo por la actuación de este principio tiene el Estado razón de ser. Sólo, pues, cuando y en tanto su ordenamiento se conforme con él es un verdadero Estado, o sea un Estado racionalmente legítimo.

Más adelante, agrega estos conceptos sobre la doctrina de ROUSSEAU, expresando que por el contrato social no se produce una enajenación real de la libertad individual, porque ésta es inalienable. Todos los hombres permanecen libres e iguales, como en el estado de naturaleza, mientras que sus derechos adquieren una garantía tuteladora que falta en la situación primitiva.¹⁸

34. El sociologismo de Duguit

León DUGUIT (1859 – 1929), quien fuera Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de Burdeos en Francia, realiza un interesante y original análisis sobre el origen y la naturaleza del Estado, con un enfoque predominantemente sociológico. En efecto, desde el punto de vista metodológico, comienza eliminando toda afirmación apriorística e hipotética, criticando en este sentido a las corrientes "jusnaturalistas".

El autor parte de un hecho incontestable, que es *"que el hombre vive en sociedad, que siempre ha vivido en sociedad y que no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes, que la sociedad humana es un hecho primario y natural, y de ninguna manera el producto de la voluntad humana"*¹⁹. Agrega el ilustre Profesor francés que el hombre tiene conciencia de su sociabilidad, es decir de la dependencia de un grupo humano, pero el hombre también tiene conciencia de su individualidad, aclarando que esta no es una afirmación "a priori" sino una constatación positiva. El

¹⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo, Ob. Cit., pág. 162.

¹⁷ TOUCHARD, Jean, *"Historia de las ideas políticas"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 330.

¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio, *"Filosofía del Derecho"*, Bosch Casa Editorial, España, 1997, págs. 85-86.

¹⁹ DUGUIT, Leon, *"Traité de Droit Constitutionnel"*, E. De Boccard Editeur, París, 1911, Tomo I, pág. 14; *"Manuel de Droit Constitutionnel"*, E. De Boccard Editeur, París, 1923, pág. 7.

hombre está unido a los otros hombres por los lazos de la "solidaridad social" o mejor aún por la "interdependencia social" Es por ello, que DUGUIT analiza la evolución histórica de los grupos humanos, que desde el punto de vista cronológico han sido la horda, la familia, la ciudad y la nación:

a) La horda, donde los hombres viven en conjunto, sin lazos demasiados fijos, unidos por las necesidades comunes de defensa y subsistencia.

b) La familia, que se trata de un grupo más integrado, porque a la solidaridad nacida de la defensa y subsistencia comunes, se agregan los lazos de sangre y la comunidad de religión.

c) La ciudad, que es un conjunto de familias que viven en comunidad, unidas por el origen, las tradiciones y las creencias comunes.

d) La nación, que es la forma por excelencia de las sociedades modernas civilizadas, en donde la constitución se debe a factores muy diversos, tales como la comunidad de derecho, de lengua, de tradiciones, de luchas, de derrotas y de victorias.²⁰

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos esenciales de la "solidaridad social"? Según el autor de marras, los elementos son dos: primero la existencia de necesidades comunes; segundo, la existencia de necesidades diferentes y aptitudes diferentes en todos los grupos sociales. Esto genera dos tipos diferentes de solidaridades, que son respectivamente la "solidaridad por similitud" y la "solidaridad por división de trabajo", porque hay necesidades comunes que no se pueden asegurar su satisfacción sino por la vida en común, y a su vez existen necesidades diferentes y también aptitudes diferentes, cuya satisfacción sólo se asegura por el intercambio de servicios recíprocos, debido al desarrollo y al empleo de las aptitudes diferentes.

DUGUIT sostiene que el fundamento del Derecho está en la solidaridad social, a partir de la constatación positiva de que el hombre vive en sociedad y no puede vivir más que en sociedad y que la sociedad no subsiste más que por la solidaridad que une a todos los individuos que la integran. De allí deduce el Decano de Burdeos, que hay una regla de derecho, cuya formulación es la siguiente: no hacer nada que atente contra la solidaridad social y hacer todo lo necesario para realizar y desarrollar la solidaridad social.²¹

A continuación, DUGUIT estudia la noción del Estado, afirmando que el análisis que ha hecho ha partido de una sociedad imaginaria, en la cual no existiera ninguna autoridad política. Pero, afirma, es evidente que en todas las sociedades humanas, desde las más humildes y bárbaras, hasta las más poderosas y civilizadas, se puede percibir que hay individuos que mandan a los otros individuos y que imponen la ejecución de las órdenes. *"Los individuos que mandan, son los gobernantes; los individuos a los cuales se mandan, son los gobernados"*.²² La autoridad política es siempre un hecho social del mismo orden, sea en la horda, en la familia, en la ciudad o en la nación más civilizada.

Entonces el Estado, en un sentido amplio, *"es toda sociedad humana, en la cual existe una diferenciación política, una diferenciación entre gobernantes y gobernados, según la expresión consagrada, una autoridad política."*²³ En cambio, la pala-

²⁰ DUGUIT, León, *"Traité de Droit Constitutionnel"*, Tomo I, pág. 15.

²¹ DUGUIT, León, Ob.cit., Tomo I, pág. 17.

²² DUGUIT, León, Ob.cit., Tomo I, pág. 22.

²³ DUGUIT, León, Ob.cit., Tomo I, pág. 22.

bra Estado en sentido restringido o estricto, queda reservada para designar a aquellas sociedades donde la diferenciación política ha llegado a un cierto grado.

La verdad es que el poder político es un hecho, que no tiene en sí ningún carácter de legitimidad o de ilegitimidad. Pero en todos los grupos sociales que se califica como Estados, desde los más primitivos y simples, hasta los más civilizados y complejos, se encuentra siempre un hecho único, y es que hay individuos que mandan o que gobiernan y que imponen su voluntad a los demás, poder para imponer la voluntad política que puede ser material, moral, religioso, intelectual o económico.²⁴

En síntesis, para DUGUIT su doctrina es realista y positiva, porque para él el Estado es un hecho, esto es la diferenciación política entre gobernantes y gobernados.²⁵

35. El juridismo de Kelsen

Hans KELSEN (1881-1972), nacido en Praga, pero que cursó todos sus estudios en Viena, realiza un enfoque rigurosamente jurídico sobre el problema del Estado, en la misma línea de pensamiento trazada por Georg JELLINEK (1851-1911), exponiendo lo que lo que podríamos afirmar una verdadera teoría general del Derecho y del Estado, haciendo honor a su tercera obra publicada en Berkeley, California, EEUU, en abril de 1944, donde en el Prólogo reconoce expresamente que es una obra tendiente a formular nuevamente sus ideas y pensamientos expuestos anteriormente.²⁶

La teoría pura del Derecho es una teoría del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del Derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico nacional o internacional. La teoría pura del Derecho busca determinar cómo es y cómo se forma el Derecho, sin analizar cómo es el Derecho o cómo debería ser el Derecho.²⁷

A partir de estas consideraciones iniciales, KELSEN formula la distinción entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales, partiendo del concepto de que el derecho es un fenómeno social. Las ciencias de la naturaleza se rigen por el principio de la causalidad, por el cual se produce una relación de causa a efecto; mientras que la sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres, por lo que el derecho no se rige por el principio de causalidad, sino por el principio de imputación, que dice que "si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado". En esta hipótesis, la sanción se imputa al acto ilícito, en otros términos, el principio de imputación vincula a dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción.²⁸

El fundador de la Escuela de Viena rechaza de plano la distinción entre Estado y Derecho, nociones que la doctrina tradicional comunmente distingue, porque al fin

²⁴ DUGUIT, León, Ob.cit., Tomo I, pág. 37.

²⁵ DUGUIT, León, Ob.cit., Tomo I, pág. 49.

²⁶ KELSEN, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado" Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979; las obras anteriores de Kelsen son "Teoría General del Estado", Ed. Labor S.A., Barcelona, 1934; "Teoría Pura del Derecho", Eudeba, Argentina, 1963.

²⁷ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", pág. 15.

²⁸ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", págs. 16-20.

de cuentas para Kelsen Estado y Derecho son nociones sinónimas, son una sola y misma cosa. En resumen, el Estado es la denominación o el nombre que se da a un ordenamiento jurídico total, comprensivo de ciertos ordenamientos jurídicos parciales.

Concretamente afirma lo siguiente: *"Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico solo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización."*²⁹

Y en su tercera obra, expresa lo siguiente: *"No es el Estado una acción o una suma de acciones, ni es tampoco un ser humano o un conjunto de seres humanos. El Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico, el orden hacia el cual se orientan ciertas acciones del hombre, o la idea a la cual los individuos ciñen su comportamiento."* Enfáticamente concluye afirmando que *"Sólo hay un concepto jurídico del Estado: el Estado como orden jurídico centralizado."*³⁰

Quiere decir, pues, que la concepción de Kelsen sobre el Estado pertenece al mundo del "deber ser" y no al mundo del "ser", dado que para el fundador de la Escuela de Viena el Estado no es un hecho natural o sociológico, sino puramente jurídico, es un sistema de normas jurídicas, lo que es congruente con su Teoría Pura del Derecho en la que elimina cualquier elemento ideológico y político, así como aquellas provenientes de las ciencias de la naturaleza, dado que éstas se rigen por el principio de la "causalidad", mientras que el Derecho se encuentra regulado por el principio de la "imputación". En efecto, una norma jurídica no dice que "si una persona comete un delito será castigada", sino que "si una persona comete un delito debe ser castigada".³¹

Kelsen distingue entre la validez y eficacia de las normas jurídicas. La validez de las normas jurídicas, tiene que ver con el modo de producción de las normas, dado que para que una norma positiva exista debe ser válida, esto es debe haber sido creada de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Una norma extrae su validez de una norma anterior, como por ejemplo la ley que extrae su validez de la Constitución³². La Constitución a su vez, extrae su validez de la Constitución anterior, hasta llegar a la primera Constitución. En otros términos, una norma jurídica es válida si ha sido creada de la forma prevista por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo la Constitución o la ley. En cambio, la eficacia de una norma jurídica, tiene que ver con el grado de acatamiento del ordenamiento normativo por parte de los individuos hacia los cuales se dirige³³.

²⁹ Kelsen, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, pág. 189.

³⁰ Kelsen, Hans, *"Teoría General del Derecho y del Estado"*, pág. 224.

³¹ Kelsen, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, págs. 15-20.

³² Kelsen, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, págs. 35-36.

³³ Kelsen, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, pág. 25.

KELSEN enseña que para que un orden jurídico sea válido, es necesario que sea eficaz. Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida si es eficaz³⁴.

Asimismo KELSEN niega la distinción entre persona física y persona jurídica, expresando en cuanto a la noción de persona, que no es la persona física, el hombre de "carne y hueso", sino que designa "un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto pues, de normas". En tal sentido, distingue claramente entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, de la persona como concepto jurídico, que no es otra cosa que la expresión de "la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos". Y a su vez, la llamada "persona jurídica" no tiene una diferencia de esencia con la llamada "persona física". ¿Por qué? Porque la persona jurídica o moral "designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos".³⁵

En lo que se refiere al dualismo tradicional entre el Derecho y el Estado, enseña KELSEN que *"para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. El es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico."*³⁶ Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico, solo puede comprender la naturaleza del Estado como un orden jurídico que regula la conducta de los hombres. El Estado es un orden jurídico que organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, dado que una comunidad no puede estar regida por dos órdenes distintos. Concluye KELSEN expresando: *"El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización."*³⁷

En síntesis, KELSEN rechaza los dualismos que formula la doctrina tradicional entre Derecho Público y Derecho Privado, entre persona física y persona jurídica, y entre Estado y Derecho. Para KELSEN hay un solo Derecho; la persona, es una noción jurídica que supone un haz de derechos y obligaciones; y finalmente, Estado y Derecho son una misma cosa.

36. El institucionalismo de Burdeau

Georges BURDEAU (1905-1988) pertenece a la corriente doctrinal conocida como el institucionalismo, que tuvo desarrollos en Francia e Italia. En Francia, tuvo como fundador de la misma a Maurice HAURIOU, quien en 1925 publicó en París la obra fundamental en la materia titulada "La teoría de la Institución y de su Fundación"; en Italia, por su parte, el institucionalismo tiene su expresión más trascendente en

³⁴ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", págs. 142-144.

³⁵ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", págs. 125 - 127.

³⁶ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", pág. 187.

³⁷ KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", pág. 189.

la obra de SANTI ROMANO, "El Ordenamiento Jurídico", publicada originalmente el Pisa, Italia en 1918.³⁸

A partir de los referidos desarrollos doctrinales, se produjo una interesante evolución de tal manera que se habla de un "neoinstitucionalismo" cuyos exponentes más importantes son en Francia Georges BURDEAU³⁹ y en Italia Paolo BISCARETTI di RUFFIA⁴⁰.

Ahora bien ¿cuál es el desarrollo de BURDEAU sobre el problema del Estado? Comienza con el estudio del poder, dado que estima que ninguna sociedad puede ser concebida sin que exista un orden y una disciplina. El orden va a ser el que permita encauzar las diferentes actividades individuales en vista del fin a alcanzar. Cualquiera sociedad se estructura en torno a un ideal de vida en común y ese ideal será precisamente el que haga que los miembros de una sociedad se sientan unidos o ligados entre sí. Una determinada sociedad no puede llegar a vivir y no puede pasar a ser una realidad histórica, sino en el caso de que ella se encuentre estimulada por una fuerza que la pondrá en movimientos, una fuerza que va a controlar los diversos aspectos en virtud de los cuales llega a existir el cuerpo o entidad social.

A esa fuerza BURDEAU la denomina el "poder político", dado que según él "poder y sociedad nacen juntos" y no es posible oponerlos antitéticamente como un aspecto de la libertad-autoridad, agregando que "el Poder es una condición del orden y la libertad sólo es posible dentro del orden".⁴¹

Según enseña el autor, el poder político siempre estuvo presente en todas las sociedades, desde las más primitivas hasta las más evolucionadas, pero no siempre el poder político revistió las mismas formas distinguiendo diversas etapas que pueden resumirse en tres: el poder anónimo, el poder individualizado y el poder institucionalizado.

Es así como en las tribus arcaicas el poder se diluye en la masa sometida al conformismo riguroso que imponen las costumbres y las creencias.

Pero en una segunda etapa, el poder se encarna en un hombre, que puede ser el más fuerte, el más prudente o el más hábil, extremo que se produce cuando las necesidades económicas lo exigen o las luchas con los grupos de vecinos lo imponen. Pero para evitar los inconvenientes del poder individualizado, en que se sabe quién manda, pero no se sabe quién tiene derecho a hacerlo, se ha imaginado otra forma del poder político, y es que el soporte del poder sea independiente de la persona, de los gobernantes. Ese soporte es el Estado, expresando BURDEAU que "el Estado es el titular abstracto y permanente del Poder, del que los gobernantes sólo son agentes esencialmente pasajeros".⁴²

³⁸ Véase: HAURIU, Maurice, "La teoría de la Institución y de la Fundación" Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968; SANTI ROMANO, "L' Ordinamento Giuridico", Enrico Spoerri Editore, Pisa, 1918.

³⁹ BURDEAU, Georges, "Traité de Science Politique", Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1967, Tomo II, L' Etat, "Método de la Ciencia Política", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964; "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Editora Nacional, Madrid, 1981.

⁴⁰ BISCARETTI di RUFFIA, Paolo, "Derecho Constitucional", Ed. Tecnos, Tercera Edición Actualizada, Madrid, 1987, con un excelente estudio del Profesor español Pablo LUCAS VERDU sobre el institucionalismo italiano 21-53)

⁴¹ BURDEAU, Georges, "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", pág. 21.

⁴² BURDEAU, Georges, Ob. cit., pág. 23.

Estima que llega un momento histórico, que en Francia lo sitúa en el Siglo XVI, en que las sociedades políticas exigen una nueva justificación del poder político, en el que ya no bastan las cualidades personales de un jefe para explicar la autoridad que ejerce, naciendo de esta manera la disociación entre el poder y el individuo que lo ejerce, agregando BURDEAU que a su juicio “el Estado es una explicación, una justificación y una utilización del fenómeno social que es el Poder”.⁴³

Finalmente, el citado Profesor francés afirma que llama “institucionalización del Poder al acto por el que el fundamento del Poder es transferido de la persona de los gobernantes a una entidad: el Estado”.⁴⁴

37. El cientismo – político de Alvin Toffler

El escritor y politólogo americano ALVIN TOFFLER, ha publicado a partir de 1970 una serie de libros que han provocado el análisis y el comentario por parte de los especialistas, como consecuencia de la particular visión de la historia de la humanidad y fundamentalmente con relación a la prospectiva, es decir cómo será el mundo del futuro, por lo menos de aquí a cincuenta años aproximadamente. Tanto “El shock del futuro”, publicada en 1970, “La tercera ola” publicada en 1980, como “El cambio del poder”, publicada en 1990, son demostraciones palmarias de un particular enfoque sobre lo que el autor llama el cambio, esto es la descripción de los cambios que se han producido y que se están produciendo vertiginosamente en la sociedad actual. En síntesis, según el autor “El shock del futuro contempla el proceso del cambio: la forma en que éste afecta a las personas y a las organizaciones. La tercera ola se centra en las orientaciones de ese cambio: a dónde nos están llevando los cambios de hoy. El cambio del poder aborda el control de los cambios que han de sobrevenir: quién les dará forma, y cómo”.⁴⁵

Su teoría centra el poder, del que afirma que “el poder entraña el uso de la violencia, la riqueza y el conocimiento (en el más amplio sentido) para conseguir que la gente actúe de una forma determinada”.⁴⁶

En cuanto al origen y evolución del Estado, afirma que a lo largo de la historia ha habido tres grandes cambios del poder:

a) El primer cambio del poder, se produjo cuando la comunidad eligió un “protector”, generalmente macho, de entre sus miembros más fuertes, siendo fácil imaginar que ese gorila exigiría una parte del excedente de la comunidad a cambio de sus servicios. El siguiente paso en la formación del Estado se da cuando el “protector” recluta guerreros a su servicio que paga con el dinero de la comunidad.

b) El segundo cambio del poder, se produce cuando se sistematiza la tarea de recaudación de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones), designándose recaudadores. En esta etapa, el dirigente político domina ahora dos de las tres principales herramientas de control social: la violencia y la riqueza, es decir tiene un ejército permanente y tiene los recursos económicos necesarios por medio de la recaudación de los tributos.

⁴³ BURDEAU, Georges, Ob. cit., pág. 24.

⁴⁴ BURDEAU, Georges, Ob. cit., pág. 29.

⁴⁵ TOFFLER, Alvin, “El cambio del poder”, Plaza & Janés editores, España, 1990, pág. 19.

⁴⁶ TOFFLER, Alvin, Ob. cit., pág. 38.

c) El tercer cambio del poder, ocurre cuando los dirigentes políticos más inteligentes se dan cuenta que pueden usar el conocimiento para dominar a su pueblo. Así es como recurren a la seducción o al terror para hacer que el pueblo crea en una apropiada mitología, religión o ideología, mediante la cual persuadir a los súbditos de que el sistema político no sólo es inevitable y permanente, sino moralmente apropiado.

En síntesis, afirma TOFFLER que puede decirse que *"el Estado no es plenamente un Estado, hasta el momento en que domina las tres herramientas básicas del control social: el conocimiento, la riqueza y la posibilidad de usar la violencia"*.⁴⁷

38. Funciones y cometidos del Estado

Finalmente, para poder comprender cabalmente la concepción clásica sobre el Estado, considero necesario analizar el tema de las funciones y los cometidos del Estado. ¿Por qué? Porque, en primer lugar, nos permite distinguir claramente las funciones de los cometidos del Estado; y, en segundo lugar, porque ello nos ayuda a comprender el más o el menos Estado, tema de debate en la llamada "Reforma del Estado".

a) Las "funciones" jurídicas del Estado, son los poderes que el Derecho objetivo asigna a los órganos públicos para que puedan cumplir sus cometidos. Dicho de otra manera, es la potestad o la facultad que tiene un órgano público para poder hacer las tareas que estime convenientes. Doctrinalmente, se distinguen clásicamente tres funciones jurídicas del Estado: la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional. Esta clasificación se inspira en la concepción de MONTESQUIEU, expuesta originalmente en su obra "Del Espíritu de las Leyes", sobre la base de la experiencia del modelo británico y que influyera directamente en la Asamblea General Constituyente francesa de 1789 al proclamar el principio de la "separación de poderes". Hay autores que agregan a las clásicas tres funciones jurídicas del Estado, es decir la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, la función constituyente⁴⁸. Otros consideran que deben tenerse en cuenta también la función de gobierno y la función electoral⁴⁹.

Ahora bien, cuales son los criterios para la clasificación y distinción de las funciones jurídicas del Estado. La doctrina en general distingue varios criterios: el criterio orgánico, el criterio formal, el criterio orgánico-formal, el criterio teleológico, el criterio del grado o rango normativo, el criterio material y el criterio del valor y fuerza.⁵⁰

⁴⁷ TOFFLER, Alvin, Ob. cit., pág. 594.

⁴⁸ SAYAGUES LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, N° 16, pág. 32; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Procedimiento administrativo en el Decreto 500/991", Ed. Idea, Mdeo., 1992, pág. 10; AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo, "Derecho Legislativo", F.C.U., Mdeo., 1997, pág. 21.

⁴⁹ Véase BRUNO, José Luis, KORZENIAK, José y SEMINO, Miguel A., "Temas de Derecho Constitucional", F.C.U., Mdeo, 1974.

⁵⁰ Sobre los diferentes criterios de clasificación de las funciones jurídicas del Estado, puede consultarse: BARBAGELATA, Aníbal Luis, "Teoría del Estado", pág. 155 y sigts.; SAYAGUES LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 34 y sigts.; PEREZ PEREZ, Alberto, "Funciones del Estado", FCU., 1969, pág. 11 y sigts.

Los diferentes criterios para distinguir a las funciones jurídicas del Estado, necesariamente tienen que partir de la noción de "acto jurídico", que siguiendo la concepción de DUGUIT puede decirse que "acto jurídico es toda declaración de voluntad que produce efectos jurídicos".⁵¹

Veamos: el criterio "orgánico", institucional o subjetivo, parte de la base de quién emite el acto jurídico o la declaración de voluntad, afirmando que es función legislativa todo acto jurídico emanado del Poder Legislativo; que es función administrativa todos los actos del Poder Ejecutivo; y que es función jurisdiccional todos los actos del Poder Judicial. Como se ve, este criterio no es exacto para caracterizar a las funciones estatales, dado que ninguno de los Poderes de Gobierno ejerce en forma "exclusiva" una de las funciones del Estado, sino que, por ejemplo, todos los Poderes del Estado ejercen la función administrativa, como es el caso de la designación de los Secretarios por parte de cada una de las Cámaras del Poder Legislativo (Constitución, art. 107) y la designación de los Jueces y Actuarios por la Suprema Corte de Justicia (Constitución, art. 239).

Por su parte, el criterio "formal" toma en cuenta el modo cómo se emite el acto jurídico, teniendo en consideración la forma de producción de la declaración de voluntad. Así, por ejemplo, un acto jurídico que haya seguido el procedimiento formal previsto por la Constitución de iniciativa, discusión, sanción y promulgación, será una ley, por lo que será función legislativa; un acto jurídico del Poder Judicial que haya seguido los procedimientos previstos por el Código General del Proceso, será una sentencia, y en consecuencia nos encontraremos con la función jurisdiccional. Este criterio tiene el inconveniente de que no es posible aplicarlo para la caracterización de la función administrativa, dado que la misma no está sujeta a un procedimiento formal único para su emisión, salvo casos excepcionales como es el ejemplo de la materia disciplinaria o las licitaciones públicas, a diferencia de lo que sucede con las funciones legislativa y jurisdiccional. Así es como hay autores, como es el caso de CAJARVILLE PELUFFO, que sostienen el criterio negativo o residual para caracterizar a la función administrativa⁵².

A partir de los inconvenientes que presentan los dos criterios anteriores, la doctrina encabezada por CARRE DE MALBERG, expone un criterio mixto "orgánico-formal", que se origina en el Derecho Positivo francés ya que "las Constituciones hacen depender la calificación y eficacia jurídica de los diversos actos estatales de una cuestión de forma y de órgano", agregando que "es así que la decisión emitida en la forma legislativa por el órgano de la legislación lleva en la terminología constitucional el nombre invariable de ley, cualquiera sea su contenido y su naturaleza interna".⁵³

Desde el punto de vista práctico, estimo que no es necesario el análisis de los criterios "teleológico" expuesto por Georg JELLINEK⁵⁴, y del "grado o rango norma-

⁵¹ DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1927, 3ª. Edición, pág. 325.

⁵² CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Ed. Universidad Ltda., Mdeo., 1988, págs. 72-73; *Recursos Administrativos*, F.C.U., Mdeo., 2000, pág. 101.

⁵³ CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, Recueil Sirey, París, 1920, N 90, pág. 268.

⁵⁴ JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Argentina, 1973, pág. 460 y sigts.

tivo" preconizado por Hans Kelsen⁵⁵, más allá de reconocer la enorme contribución de este último autor en lo referente a la estructura jerárquica del orden normativo: Constitución, Ley y reglamento. No obstante ello, corresponde expresar que Kelsen afirma que la particularidad del Derecho es que él mismo regula su propia creación, dado que *"una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido."* Sostiene que "hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación -y por consecuencia la validez- de una norma está determinada por otra norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto." En definitiva, para Kelsen *"el grado superior del derecho positivo es la Constitución", agregando más adelante que "inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no solo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas."*⁵⁶

Si en cambio merece especial atención el criterio de clasificación expuesto por DUGUIT, que es el criterio "material", sustancial u objetivo, que toma en cuenta cuáles son las modificaciones que se producen en el ordenamiento jurídico, a cuyos efectos distingue entre "actos-regla", "actos-condición" y "actos-subjetivos". El acto-regla es un acto jurídico objetivo que produce una modificación en el orden jurídico de carácter general y abstracto, como por ejemplo la ley o reglamento; el acto-condición es un acto jurídico que tiene la doble condición de objetivo y subjetivo, dado que condiciona la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho objetivo a una persona determinada, como es el ejemplo de la designación de un funcionario público, ya que a esa persona se le aplicará a partir de su incorporación a la función pública el estatuto del funcionario, norma de derecho objetivo que hasta ese momento no le era aplicable. Finalmente, el acto-subjetivo es aquel acto jurídico a consecuencia del cual aparece a cargo de un sujeto una obligación especial, concreta, individual, momentánea, que no estaba creada por el Derecho objetivo, como por ejemplo un contrato.

Finalmente, el criterio del "valor y fuerza" de los actos jurídicos, expuesto por la moderna doctrina italiana encabezada por Aldo SANDULLI y Serio GALEOTTI⁵⁷ y en que en nuestro régimen constitucional ha sido expuesta por CASSINELLI MUÑOZ a la luz de nuestro Derecho Positivo vigente, distinguiendo entre los actos constitucionales, los actos legislativos y los actos administrativos.⁵⁸

La "fuerza de un acto jurídico" es la posibilidad que tiene ese acto de derogar, de modificar, lo que dispone otro acto de la misma o de otra naturaleza. Así por ejemplo, la ley tiene menos fuerza que la Constitución, ¿por qué?, porque la ley no tiene

⁵⁵ Kelsen, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, pág. 147 y sigts.; *"Teoría General del Derecho y del Estado"*, pág. 303 y sigts.

⁵⁶ Kelsen, Hans, *"Teoría Pura del Derecho"*, págs. 147-149.

⁵⁷ Una interesante exposición sobre este tema puede verse en ESTEVA GALICCHIO, Eduardo, *"Lecciones de Derecho Constitucional I"*, Tomo II, Teoría del Estado, págs. 178-180.

⁵⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *"Derecho Público"*, F.C.U., Mdeo, 1991, Nos. 27-31, págs. 22-25.

fuerza para derogar o modificar la Constitución, por lo que la Constitución tiene mayor fuerza que la ley; pero la ley tiene mayor fuerza que el reglamento e incluso una ley posterior puede derogar, expresa o tácitamente, a una ley anterior. Por su parte, el “valor de un acto jurídico” va a estar dado por el régimen por el cual puede dejarse de aplicar ese acto; así por ejemplo, las leyes no pueden dejar de aplicarse salvo por declaración de inconstitucionalidad declarada por la Suprema Corte de Justicia en el caso concreto; los actos administrativos sólo pueden ser anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En la Constitución uruguaya nos encontramos con tres disposiciones en ese sentido: el art. 144 sobre la promulgación ficta de las leyes por parte del Poder Ejecutivo, cumplidos los diez días, expresando que “tendrá fuerza de ley”; el art. 260 que se refiere a los decretos de los Gobiernos Departamentales “que tengan fuerza de ley en su jurisdicción”; y el art. 329 que prescribe: “Decláranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a las leyes que expida el Poder Legislativo”.

En resumen, puede afirmarse que en el régimen constitucional uruguayo se deben utilizar dos criterios para la caracterización de las funciones jurídicas del Estado: un primer criterio que surge de la Constitución de la República, es el criterio “orgánico-formal” aplicable específicamente para la función legislativa (Constitución, arts. 133-146), por lo que cada vez que el texto constitucional hace mención a la “ley” debe entenderse como el acto legislativo que ha sido dictado por el Poder Legislativo de acuerdo al procedimiento previsto por la Constitución para la sanción de las leyes; un segundo criterio de Derecho Positivo es el criterio del “valor y fuerza” de los actos jurídicos (Constitución, arts. 260 y 329), por lo que debemos distinguir la Constitución como acto constitucional, las leyes y los decretos de los Gobiernos departamentales como actos legislativos, los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo y demás órganos estatales como actos administrativos.

b) Los “cometidos” del Estado, son las actividades o tareas que el Derecho objetivo ha puesto a cargo de las entidades estatales, es decir que son las tareas concretas de seguridad interna, defensa nacional, relaciones exteriores, actividad financiera básica, suministro de energía eléctrica, de agua potable, transporte colectivo, telecomunicaciones, salud pública, educación, etc..

Mientras que las funciones jurídicas del Estado son siempre las mismas, a lo largo de la historia han variado los cometidos a cargo del Estado, porque ello depende de la concepción que se tenga sobre el rol del Estado, si debe ser un Estado liberal a ultranza, que sólo cumpla las actividades básicas de defensa nacional, seguridad interna, relaciones exteriores y recaudación de tributos; o si en cambio debe ser un Estado que intervenga y tome a su cargo los servicios públicos, los servicios sociales y que en un determinado momento el Estado sea empresario, interviniendo en la actividad privada como cualquier particular, como industrial, comerciante o banquero.

En la doctrina, siguiendo las enseñanzas del profesor Enrique SAYAGUES LASO⁵⁹ se distingue entre los cometidos esenciales, los servicios públicos, los servi-

⁵⁹ SAYAGUES LASO, Enrique, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, N° 22, págs. 71 y sigts.

cios sociales y la actividad privada a cargo de la Administración. Un Estado eminentemente liberal, como fue el Estado del Siglo XIX, sólo debe ocuparse de los servicios esenciales, es decir aquellos sin los cuales el Estado no puede existir (seguridad interna, defensa exterior, relaciones exteriores, actividad financiera básica y la justicia). En cambio, cuando el Estado decide intervenir en la economía, como sucedió a partir de las primeras décadas del siglo XX en el Uruguay y en el resto del mundo, el Estado debe tomar a su cargo los servicios públicos tales como la electricidad, el agua potable, el saneamiento, las telecomunicaciones, el transporte colectivo; los servicios sociales, tales como la educación pública, la salud pública, la seguridad social, el cuidado y protección de la niñez y la adolescencia, etc.

En primer lugar, los cometidos esenciales son definidos como aquellas actividades o tareas que el Estado debe cumplir necesariamente, que debe tener a su cargo, porque si no lo hiciera desaparecería como Estado. En otros términos, los cometidos esenciales tienen que ver con la existencia misma del Estado, como es el ejemplo de la defensa nacional a través de las fuerzas armadas; la seguridad interna por medio de la policía; las relaciones exteriores a cargo del servicio diplomático y consular; y la actividad financiera básica, como es el ejemplo de la recaudación de tributos (impuestos, tasas y contribuciones) para el pago de los sueldos de los funcionarios y de los gastos necesarios para el funcionamiento de los órganos públicos, es decir del presupuesto del Estado. También se considera modernamente como un cometido esencial del Estado, la función banco-centralista, es decir la regulación de la actividad monetaria y financiera del Estado a cargo del Banco Central.⁶⁰

En segundo lugar, los servicios públicos, a su vez, han sido definidos en forma amplia por la doctrina clásica francesa de Derecho Administrativo, comprendiendo a todas las actividades realizadas por el Estado, criterio que podemos encontrar recogido en la Constitución uruguaya en diversas disposiciones, como por ejemplo los artículos 6º, 24, 51, 65, 86 y 249. En cambio, la doctrina italiana prefirió utilizar un criterio restringido de la noción de servicio público, que fue seguido en nuestra doctrina por SAYAGUES LASO, comprendiendo aquellas actividades dirigidas a satisfacer una necesidad de carácter colectivo, mediante prestaciones dirigidas en forma directa e inmediata a los individuos⁶¹. Siguiendo este criterio estricto o restringido de la noción de servicio público, se consideran tales a nivel nacional a los servicios de electricidad, de telecomunicaciones, de agua potable, de saneamiento, de transporte colectivo, etc.; mientras que a nivel departamental o municipal, se consideran servicios públicos los servicios de alumbrado, de recolección de residuos, de cementerios, transporte colectivo, saneamiento, limpieza de calles y sitios públicos⁶². A mi juicio, el criterio estricto de servicio público lo encontramos en la Constitución uruguaya en el artículo 47, inciso segundo numeral 3, que establece: *"El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales."*

⁶⁰ Véase DELPIAZZO, Carlos E., *"El Banco Central del Uruguay"*, Ed. Amalio Fernández, Mdeo., 1998, pág. 3; *"Derecho Administrativo Especial"*, Ed. Amalio Fernández, Mdeo., 2009, segunda edición, Volumen 1, págs. 223-237.

⁶¹ SAYAGUES LASO, Enrique, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo I, N° 29, págs. 50-57.

⁶² DELPIAZZO, Carlos E., *"Derecho Administrativo Especial"*, Ed. Amalio Fernández, Mdeo., 2006, Volumen 1, págs. 425-510.

En tercer lugar, los servicios sociales son aquellas actividades o tareas que el Estado ha tomado a su cargo, tomando en consideración criterios de carácter social, como es el caso de la educación, la salud pública, los servicios de seguridad social, tales como las jubilaciones, pensiones, seguros de desempleo, etc., los servicios de protección a la niñez y a la adolescencia, las actividades culturales por medio de los teatros, los museos, la comedia nacional, las orquestas sinfónicas, etc. En este tipo de actividades, el Estado comparte con los particulares en la prestación de este tipo de servicios sociales, por lo que tenemos escuelas, liceos y universidades públicas y privadas. Asimismo, en lo que se refiere a los servicios de salud, tenemos la prestación estatal a través de los hospitales públicos y por otra parte instituciones de salud privadas, como es el caso de las mutualistas o de los sanatorios privados.

En cuarto lugar, nos encontramos con la actividad privada a cargo de la Administración, que son aquellas tareas que el Estado toma a su cargo pero que son típicamente privadas, es decir que siendo actividades que pertenecen a los particulares, sin embargo el Estado en determinado momento considera que debe desarrollarla, sea en régimen de competencia con los particulares, sea en régimen de monopolio. Es el ejemplo de lo que ha sucedido en materia de seguros, de actividad bancaria, de actividades industriales y comerciales, como es el caso de los combustibles, los alcoholes, el portland, la pesca, los hoteles, los casinos, las hipotecas, etc. En este caso, nos encontramos con una mayor intervención del Estado en la economía, un Estado que ya no sólo desarrolla los cometidos esenciales, los servicios públicos y los servicios sociales, sino que también toma a su cargo actividades que son típicamente de los particulares, como las actividades industriales y comerciales, pero que por razones políticas el Estado considera en determinado momento histórico que las debe tener a su cargo, en forma de monopolio, o en libre competencia con los particulares.

Un interesante y novedoso planteo sobre los cometidos del Estado, es el que formula en la doctrina uruguaya CAJARVILLE PELUFFO, haciendo la distinción entre los cometidos constitucionales económicos y sociales del Estado uruguayo. En tal sentido enseña el prestigioso administrativista compatriota: "En relación instrumental con esa concepción de la situación en que deben estar los habitantes comprendidos dentro del territorio de la República, la Constitución asigna determinados papeles al conjunto de las entidades estatales, atribuyéndoles cometidos cuya realización práctica recaerá en definitiva sobre la Administración, entendida como cualquier entidad estatal actuando en función administrativa, regida por ende en su organización y actividades por el Derecho Administrativo." Y agrega estos conceptos: "Del régimen constitucional uruguayo surge una muy distinta concreción de las soluciones en cuanto al papel del Estado según se trate de la materia social o de la materia económica."⁶³

39. ¿Hacia dónde va el Estado?

El planteo que formulo tiene que ver con un problema de perspectiva, o más aún de prospectiva, en el sentido de analizar cuál es el rumbo que tomará el Estado en los próximos años, dado que es imposible en la actualidad, con los vertiginosos cambios

⁶³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Sobre Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 155.

tecnológicos y en un mundo tan cambiante como el actual, hacer pronósticos a un largo plazo.

Una primera pregunta que se puede plantear es la de si desaparecerá el Estado o si en cambio se fortalecerá, si aparecerán nuevas formas de organización de la sociedad, o mejor aún cómo será el Estado del futuro, si será un Estado liberal librado totalmente a las fuerzas del mercado, o si será un Estado protector o benefactor, o un Estado interventor, o si se volverá al estatismo. Todas estas cuestiones no son meros planteos teóricos alejados de la realidad, sino que van a la esencia de lo que es la discusión política y académica sobre el futuro del Estado, análisis filosófico que lo podemos remontar al pensamiento de ARISTOTELES, de SANTO TOMAS DE AQUINO, de LOCKE, de HOBBS, de ROUSSEAU, de MARX y ENGELS.

Testimonio de ello son las obras clásicas de Adam SMITH "La riqueza de las Naciones"; de Max WEBER "Economía y Sociedad"; de Alexis de TOQUEVILLE "La democracia en América"; de LENIN "El Estado y la Revolución"; de John Maynard KEYNES "Teoría general del empleo, el interés y el dinero"; de Friedrich VON HAYEK "Camino a la servidumbre"; de John Kenneth GALBRAITH "El nuevo Estado industrial"; de Milton FRIEDMAN "La libertad de la elección"; de Jean Francois REVEL "El rechazo del Estado", las que cito a simple título de ejemplo sin perjuicio de otras obras muy valiosas que se han publicado sobre el tema del Estado.

Estimo que el problema de la llamada "crisis del Estado" es más bien un problema de cambio o de transformación del Estado que se está produciendo en todas las sociedades, desarrolladas y en vías de desarrollo, integrantes del primer y del tercer mundo, industrializadas o no. Por ello es que es necesario analizar los desafíos del Estado de cara al Siglo XXI, lo que supone estudiar desde la reforma del sistema político o constitucional, pasando por los problemas de transformación de las empresas públicas y de la reforma del Estado, de la descentralización del Estado, así como los referidos a la integración regional, la protección del medio ambiente y la influencia de los cambios tecnológicos. Tomados en su conjunto, nos darán una visión genérica, muy primaria por cierto, de los rumbos hacia los cuales se dirige el Estado de la nueva centuria.

Corresponde agregar al análisis de los factores anteriores, la consideración sobre el Estado Social de Derecho, tema sobre el cual me parece que es necesario profundizar a los efectos de precisar el alcance y los límites del poder estatal, así como la posición del individuo, del ser humano de "carne y hueso" como decía UNAMUNO, frente al "ogro filantrópico" como prefiere denominar al Estado el ilustre escritor mexicano Octavio PAZ.

40. La crisis del Estado

La llamada "crisis del Estado" si bien es un problema que se planteó a partir de los años 80', en realidad es una polémica que nunca ha dejado de estar presente, como con acierto lo afirmaba el destacado jurista español Adolfo POSADA, en una conferencia pronunciada en Buenos Aires en 1921, cuando expresaba que *"El Estado y la ciencia política, sin dudas, jamás han dejado de estar en crisis, mejor, nunca han dejado de transformarse, y toda transformación implica siempre su crisis; es decir, una descomposición y reconstitución de elementos"*.

Agregaba: *"Pero el Estado no se concreta jamás en una cristalización definitiva; y así, la síntesis de esfuerzos humanos sociales en que hoy se define, es necesariamente transitoria, tanto que el Estado parece deshacerse, descomponerse, desintegrándose quizás, estremeciéndose hasta en sus mismos cimientos, cual si allá, en el fondo de la conciencia social, de donde fluye su vida, se produjeran nuevos fermentos con nuevas fuerzas, con nuevas agitaciones y con nuevas ansias, que, si no traen a la realidad una condenación absoluta del Estado, piden acaso una reconstitución del mismo, una readaptación de su estructura, de sus funciones y de su posición entera, en medio de la tormentosa realidad social presente".*⁶⁴

El debate ideológico se ha planteado a partir de la relación "Estado-Sociedad", y es por ello que uno de los grandes críticos del Estado, el pensador francés Jean Francois REVEL afirma que *"la hipertrofia estatal asfixia no solamente a la sociedad, sino al mismo Estado, al que se impide cumplir su verdadera función, de la que se le desvía para abusar y hacer mal uso de él en los sectores en los que es incompetente"*. Completa su pensamiento expresando que *"Cuando el Estado quiere reemplazar a la sociedad civil no cumple la función de ésta y se incapacita de cumplir la suya propia"*, por lo que *"En tal caso, cuanto más se extiende el poder público, menos reina el Estado de derecho y más se desarrollan el fraude y la arbitrariedad. Cada vez se obtiene más Estado y menos legalidad"*.⁶⁵

En tal sentido, enseña VANOSSI que *"Más allá de la grito del mercado, los romanos reajustaron su Estado y, de paso, distinguieron entre el "erario" y el "peculio" (entre paréntesis, cosa que muchos políticos contemporáneos parecen desconocer...).* Más allá de las demagogias de turno, las repúblicas supieron preservar las virtudes y hoy, las más grandes, armonizan con acierto las notas no excluyentes de democracia y eficacia". Concluye afirmando: *"Que el Estado sea y pueda, pero que lo sea y lo pueda con la mira teleológica de procurar el bien común, arbitrando, controlando, equilibrando y removiendo obstáculos; pero no abrazando cualitativa ni cuantitativamente la dimensión elefantiásica o el cariz prebendario que conllevarían al resultado paralizante de la desarticulación y desvertebración de la sociedad misma"*.⁶⁶

La preocupación por el tema del Estado ha llegado incluso al cuestionamiento de la eficacia de la democracia y al examen del tema de la gobernabilidad, de tal manera que se afirma que, en primer lugar existen excesos por parte de la sociedad y en segundo lugar existe una incapacidad de las instituciones gobernantes. Es así como desde el ángulo de la Ciencia Política se sostiene por un destacado politólogo brasileño que *"Una expresión podría sintetizarlo todo: vivimos en una época de crisis -crisis de la gobernabilidad, crisis del Estado, crisis de la política-. Y, por más de un motivo, sería justo afirmar: crisis de las dos grandes tradiciones político-intelectuales con las que el mundo se hizo moderno -la del liberalismo (hoy debilitada*

⁶⁴ Citado por VANOSSI, Jorge Reynaldo en *"El Estado"*, artículo publicado en la Revista "FORO POLITICO", Buenos Aires, 1993, Volumen VIII, pág. 47.

⁶⁵ REVEL, Jean Francois, *"El Renacimiento Democrático"*, Plaza & Janés Ed., España, 1992, págs. 48-49.

⁶⁶ VANOSSI, Jorge Reynaldo, *"El Estado"*, cit., pág. 57.

por los acontecimientos del Este europeo, por la perturbación de su identidad y por la inoperancia políticas de los partidos y movimientos de izquierda)".⁶⁷

Es por ello que incluso se ha hablado que más que una crisis del Estado, en realidad hay una crisis de la democracia como consecuencia de que después de la Segunda Guerra Mundial *"la participación política creció progresivamente, pero no se institucionalizó lo suficiente, y que además se acompañó de una significativa expansión de la intervención gubernamental: se produjo así una especie de "desequilibrio democrático", reforzado y ampliado por la disminución de la confianza de los ciudadanos en las instituciones y por la pérdida de la credibilidad de los gobernantes, con la consiguiente reducción de su capacidad para enfrentar los problemas. En consecuencia, el sistema democrático quedó como "bloqueado", pasando a exigir una reducción paulatina del proceso de democratización, la "neutralización" de ciertas presiones de modo de "aliviar" el sistema político, la reintroducción de diferenciaciones y la descentralización política"*.⁶⁸

Los planteos sobre la crisis del Estado, a no dudarlo, tienen mucho que ver por una parte por el auge de las corrientes de pensamiento llamadas "neo-liberales" o conservadoras, pero también se relacionan con la llamada "sociedad post-moderna", dado que como afirma Gilles LIPOVETSKY *"... se disuelve la confianza y la fe en el futuro, ya nadie cree en el porvenir radiante de la revolución y el progreso, la gente quiere vivir enseguida, aquí y ahora, conservarse joven y no ya forjar el hombre nuevo..."* *"... cultura postmoderna detectable por varios signos: búsqueda de calidad de vida, pasión por la personalidad, sensibilidad ecologista, abandono de los grandes sistemas de sentido, ... de la participación y de la expresión, de lo regional, de determinadas creencias y prácticas tradicionales"*.⁶⁹

De allí que en virtud de las críticas sobre la estructura y funcionamiento del Estado, lo que ha llevado a decir a Alvin TOFFLER que se necesita *"un Estado con más músculos y menos grasas"*, un destacado pensador francés sobre los problemas del Estado, Michel CROZIER, haya propuesto para la salida de la crisis del Estado *"una política modesta para un Estado modesto, al servicio de una sociedad más libre, más activa y más rica"*.

La mentada crisis del Estado no es otra cosa, a mi juicio, que los nuevos desafíos que deben enfrentar el Estado ante una realidad mundial que cambia vertiginosamente, ante un estado de turbulencia permanente, en que lo único seguro es la "inestabilidad de los procesos políticos y sociales". De tal manera que a la integración regional, la configuración de los diferentes bloques económicos, la competencia de mercado mundial, el avance tecnológico a pasos agigantados, se agrega una demanda cada vez mayor por parte de la sociedad, en donde desde la protección del medio ambiente a la protección del consumidor, pasando por una mayor libertad de la iniciativa privada, así como por una mayor participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Frente a estos desafíos el Estado debe responder, debe adaptarse, debe reestructurarse, debe transformarse, porque ya no se concibe más a los Estados

⁶⁷ NOGUEIRA, Marcos Aurelio, *"Democracia política, gobernabilidad y representación"*. en *"Reforma y Democracia"*, Revista del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo). Caracas, 1994, N° 1, pág. 10.

⁶⁸ NOGUEIRA, Marcos Aurelio, Ob. cit., pág. 14.

⁶⁹ LIPOVETSKY, Gilles, *"La era del vacío"*, Anagrama, Barcelona, 1986, pág. 79 y siguientes.

nacionales encerrados en sus propias fronteras, frente al desafío que supone la apertura de las economías y la integración regional.

Según ha dicho el Presidente del B.I.D., Cr. Enrique IGLESIAS, *"la América Latina entró a la crisis de los años ochenta como consecuencia de tres grandes problemas: la inestabilidad relacionada fundamentalmente con los déficit fiscales, la ineficiencia resultante del proteccionismo excesivo e indiscriminado, que mantuvo enclaustrada a la América Latina, que es una de las regiones de mayor desigualdad en la distribución del ingreso en el mundo moderno. Esa desigualdad refleja no solamente una mala distribución de los activos, inclusive la distribución de la tierra, sino que también denota los efectos de las políticas económicas y de los niveles de tributación que han derivado en una baja capacidad para resolver los problemas sociales de la región"*. Ante estos problemas, tres han sido las medidas adoptadas para enfrentar la crisis en los países de América Latina: las reformas macroeconómicas centradas en torno a la reforma fiscal; la creciente apertura externa con la rebaja de aranceles; la reforma del Estado por medio de la privatización y de la descentralización.⁷⁰

Es indudable que la llamada "crisis del Estado" no es sólo un problema técnico estructural de "más" o "menos" Estado, sino que va más allá de las políticas macroeconómicas, repercutiendo en las políticas sociales a efectos de eliminar la "pobreza crítica", mal endémico en los países de América Latina, punto sobre el cual el Estado no puede ser prescindente so pena de generar un caos social y una aguda crisis política e institucional, como lamentablemente ha sucedido en el Continente en los casos de Argentina, Perú y Venezuela y en ciudades de los EEUU como Los Angeles, por ejemplo. Téngase presente que la pobreza afectaba en 1980 aproximadamente al 38% de los latinoamericanos, es decir que 4 de cada 10 habitantes de la Región estaban por debajo de la línea de pobreza, y en 1990, según datos de las Naciones Unidas, se estima que la pobreza afecta a 270 millones de latinoamericanos, es decir casi el 62% del total de la población de América Latina.⁷¹

En síntesis, pues, la crisis del Estado afecta el problema de los cometidos o tareas del Estado, en la elección entre un Estado "liberal" o un Estado "intervencionista" o "estatista". A mi juicio, no es posible reducir el problema a términos absolutos, dado que considero que el Estado si bien debe permitir la mayor libertad a la iniciativa individual, mediante la desregulación, la eliminación de monopolios, fomentando la actividad privada y la economía de mercado, no por ello debe ser un Estado "prescindente", sino que debe ser un Estado "fiador" o "garante" del cumplimiento de aquellas actividades o tareas que el mercado o la actividad privada no las resolverán jamás, tales como la protección del medio ambiente, la protección del consumidor, la eliminación de la pobreza crítica, las políticas sociales en materia de vivienda, educación y salud, el control y la regulación de determinados tipos de actividades de interés general para la comunidad, etc.

⁷⁰ IGLESIAS, Enrique, *"Integración Regional"*, conferencia pronunciada en el Seminario Interamericano de Contabilidad, celebrado en Montevideo entre el 14 y el 16 de abril de 1993.

⁷¹ Sobre el tema puede consultarse la excelente obra *"Pobreza, un tema impostergable"*, compilada por Bernardo KLIKSBURG, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 432 págs.

41. El Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho

El Estado de Derecho nace con el constitucionalismo, a partir de las Revoluciones inglesa de 1688, norteamericana de 1787 y francesa de 1789, en donde se afirma claramente el principio de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos individuales, especialmente los derechos civiles y políticos, así como por la influencia ejercida por el pensamiento liberal de ROUSSEAU, LOCKE, HOBBS y MONTESQUIEU, entre otros. La noción de Estado de Derecho fue inventada por la doctrina alemana de Derecho Público, en oposición al Estado de Policía. En nuestra doctrina, Alberto Ramón REAL enseña que la palabra "Estado de Derecho" fue creada por VON MOHL en una obra publicada en 1832, cuyo título es "Ciencia de la Policía según los principios del Estado de Derecho", destacando tres períodos históricos del Estado: a) El Estado patrimonial, en el que el gobierno absoluto administra el Estado como si fuese un patrimonio personal del soberano; b) El Estado de Policía, que es el gobierno absoluto del Estado dirigido con fines de bien público, pero con normas arbitrarias y reglamentarias; c) El Estado de Derecho, es el gobierno regido por la ley y cuyo fin es al mismo tiempo la justicia y el bien público ⁷².

Sobre las características del Estado de Policía, enseña el profesor argentino GORDILLO que pueden señalarse entre otras las siguientes: en primer lugar, no se podía demandar al Estado; en segundo lugar, estaba consagrada la irresponsabilidad del Estado, dado que se sostenía que "el Rey no podía dañar"; en tercer lugar, se afirmaba la teoría de los "actos del príncipe", que era como un acto de Dios por encima del orden jurídico, que se transformó luego en la teoría de los "actos de gobierno" que no pueden ser revisados por ninguna autoridad en vía jurisdiccional; en cuarto lugar, la tesis de la "doble personalidad del Estado", esto es el Estado como poder soberano, que no podía ser demandado y que era irresponsable, y el Estado como sujeto de derecho, cuya denominación fue la de Fisco, como una especie de manifestación privada del soberano, en un pie de igualdad con los particulares; en quinto lugar, la concepción de la "justicia retenida" en que el soberano decidía por sí las contiendas entre las partes, sustituida luego por la "justicia delegada", en que el rey delega la potestad jurisdiccional a un consejo que depende de él; en sexto lugar, el poder de policía, que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar las órdenes que el soberano creyera conveniente. ⁷³

Desde el punto de vista histórico, es necesario tener en cuenta que la tendencia a limitar el poder político tiene precedentes muy antiguos, pudiéndose citar como precedentes más próximos a la doctrina del Derecho Natural, representada entre otros por GROCIO y KANT, así como la doctrina de la separación de poderes, cuyos exponentes más conocidos son LOCKE, HOBBS y MONTESQUIEU. Asimismo, puede citarse entre los antecedentes de la doctrina del Estado de Derecho, la concepción del "garantismo" sostenida en Francia por Benjamín CONSTANT en su "Cours de politique constitutionnelle" (1818-1820). En forma similar, aunque histórica y

⁷² Véase REAL, Alberto Ramón, "Estado de Derecho y Humanismo Personalista", F.C.U., Montevideo, 1974, págs. 115-116.

⁷³ GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, Cuarta edición, Tomo 1, pág. II-6 y sigts..

esencialmente diferente, nos encontramos con el principio constitucional inglés del "Rule of Law" (gobierno del derecho), que se distingue con la doctrina del Estado de Derecho, cuyos principios que informan el Estado liberal constitucional del siglo XIX fueron fruto del pensamiento político, mientras que el "Rule of Law", recogido por la doctrina del liberalismo político y jurídico, era ya desde tiempo atrás un principio consuetudinario constitucional plenamente vigente en el siglo XVII.⁷⁴

Según el destacado magistrado y politólogo francés, Bela FARAGO, la noción de Estado de Derecho de tipo occidental, tiene tres dimensiones:

a) En un primer nivel, el Estado de Derecho implica "la sumisión de los gobernantes a la regla de derecho", por lo tanto es un Estado donde el orden jurídico es respetado.

b) En un segundo nivel, el Estado de Derecho supone "la sumisión del Estado al Derecho", prohibiéndose la actuación estatal arbitraria.

c) En una tercera dimensión, el Estado de Derecho es un Estado donde los ciudadanos o los habitantes "gozan de garantías efectivas, protectoras de su libertad"⁷⁵.

Enseña el recordado profesor español GARCIA PELAYO que el Estado de Derecho es una concepción "debida al genio jurídico del pueblo alemán", que fue preparada por el iusnaturalismo con su reducción del Derecho a pura razón independiente de la voluntad, pero que le quita sustancia posteriormente el positivismo, hasta ser neutralizado definitivamente por parte de Hans Kelsen. Agrega que el Estado de Derecho surgió como un concepto polémico frente al Estado autoritario, intervencionista y burocrático del absolutismo, afirmando que el Estado debe renunciar de preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciudadanos, limitándose a garantizar la libertad por medio del orden jurídico.⁷⁶

Sobre el significado y alcance del "Estado de Derecho, afirma el constitucionalista español Francisco FERNANDEZ SEGADO que *"desde su formulación inicial, la cláusula del 'Estado de Derecho' ha encerrado un conjunto de convicciones y creencias, esto es, un orden axiológico determinado. El Estado de Derecho fue ante todo un Estado garante de la libertad y seguridad individuales"*. Agrega estas reflexiones que me parecen muy importantes para la caracterización del Estado de Derecho: *"En nuestros días, esa cláusula no sólo no ha perdido su vertiente valorativa, sino que, bien al contrario, ésta se ha convertido en su elemento nuclear. El Estado de Derecho se legitima en tanto en cuanto se asienta en un conjunto de valores, en un orden valorativo al que debe responder, y que ha de impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico"*.⁷⁷

Desde otra perspectiva, se define al Estado de Derecho *"cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que*

⁷⁴ Véase DE VERGOTTINI, Giuseppe, *"Diritto Costituzionale Comparato"*, Edizioni Cedam, Italia, 1993, págs. 262-263.

⁷⁵ FARAGO, Bela, *"Reformes politiques et possibilités de transition vers l'Etat de droit"*, en *"Vents d'est vers l'Europe des états de droit ?"*, ed. PUF, Recherches politiques, París, 1990, págs. 101-102.

⁷⁶ GARCIA PELAYO, Manuel, *"Derecho Constitucional Comparado"*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pág. 157.

⁷⁷ FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *"El sistema constitucional español"*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 114.

los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el interés general."⁷⁸

En la doctrina alemana, Peter HÄBERLE prefiere utilizar la denominación de "Estado constitucional", que se compone de elementos ideales y reales que son: *"la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero entendida no como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura ("Kulturstaat") abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo."*⁷⁹

En la doctrina nacional, REAL define al Estado de Derecho como *"aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los derechos de éstos, se somete el mismo a un régimen de derecho y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se reservan los ciudadanos (los habitantes en general) y segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado."*⁸⁰

Por su parte, JIMENEZ DE ARECHAGA que prefería distinguir entre los "gobiernos de opinión" y los "gobiernos de fuerza", expresa que las características del Estado de Derecho se pueden sintetizar en *"la idea de que el Estado es limitado en cuanto a sus fines; la idea de que el Estado está limitado por el derecho; la idea de que el derecho está limitado por la razón; la idea de que el gobierno es limitado, en cuanto lo es el Estado mismo; es limitado, en cuanto lo es el derecho que él produce y es limitado también en cuanto su actuación está subordinada al derecho."*⁸¹

Considero que "el "Estado de Derecho", y más especialmente el "Estado Social de Derecho", supone una preocupación no sólo por el sometimiento de los gobernantes y de los gobernados al Derecho, a las normas jurídico-constitucionales, sino también una preocupación por el hombre, por el ser humano de carne y hueso, a fin de que puede realizarse íntegramente dentro de la sociedad".⁸²

⁷⁸ LUCAS VERDU, Pablo y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *"Manual de Derecho Político"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 269.

⁷⁹ HÄBERLE, Peter, *"El Estado constitucional"*, págs. 81-82.

⁸⁰ REAL, Alberto Ramón, *"Estado de Derecho y Humanismo Personalista"*, pág. 125.

⁸¹ JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *"Teoría del Gobierno"*, F.C.U., Mdeo., 1974, Tomo I, pág. 69.

⁸² CORREA FREITAS, Ruben, *"Los nuevos desafíos del Estado"*, Ed. Byblos, Mdeo., 1994, pág. 82.

Desde una perspectiva axiológica, BRITO prefiere definir al Estado de Derecho por su finalidad: “concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana”, por lo que se configuran dos valores fundamentales, como son la primacía de la persona humana y la acción del Estado para su protección y desarrollo.⁸³

En síntesis, “lo que hoy denominamos Estado de Derecho es la cristalización de una larga aspiración humana: la supresión de la arbitrariedad y el despotismo”.⁸⁴

Fue a partir de la sanción de la “Ley Fundamental de Bonn” de 1949, que era la Constitución de la entonces República Federal Alemana, y que hoy es la Constitución de Alemania, que se difundió en el Derecho Comparado la noción del “Estado Social de Derecho”, concepto que vino a complementar al clásico “Estado de Derecho”⁸⁵. Es así como el art. 20 parágrafo 1 de la Constitución alemana reza: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”. A su vez, la Constitución española de 1978 prescribe en el art. 1 parágrafo 1 que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Las Constituciones latinoamericanas de Colombia de 1991 y de Paraguay de 1992, en sus artículos 1 consagran expresamente la fórmula del “Estado social de derecho”. La Constitución uruguaya de 1967, si bien no tiene una declaración expresa sobre el punto, reconoce claramente a partir de la Constitución de 1934 el “Estado Social de Derecho” tal como ha sostenido toda la doctrina nacional⁸⁶. En efecto, la tendencia del constitucionalismo a partir de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y de la Constitución alemana de Weimar de 1919, a la que se adhirió el constituyente patrio, fue la consagración de los derechos económicos y sociales además de los clásicos derechos individuales de la Revolución francesa de 1789, poniendo fin al Estado “liberal burgués” del Siglo XIX.

El “Estado de Derecho” supone la sumisión de los gobernantes a la regla de Derecho, pero también supone la sumisión del Estado al Derecho, es decir que por un lado el Estado de Derecho es aquel donde el orden jurídico es respetado y por otro lado se prohíbe la actuación estatal arbitraria.⁸⁷

El Estado de Derecho es el modelo de Estado que ha adoptado la civilización occidental judeo-cristiana, cuyas raíces filosóficas las encontramos en el pensamiento de los filósofos liberales de los siglos XVII y XVIII, caracterizado fundamentalmente por el respeto a las libertades públicas y a los derechos humanos.

⁸³ BRITO, Mariano R., “*Derecho Administrativo su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*”, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2004, pág. 256.

⁸⁴ DE ESTEBAN, Jorge y LOPEZ GUERRA, Luis, “*El régimen constitucional español*”, Ed. Labor, Barcelona, 1980, Tomo 1, pág. 113.

⁸⁵ CORREA FREITAS, Ruben, “Los Derechos Humanos en la Constitución uruguaya”, págs. 9-19.

⁸⁶ Véase sobre este punto: REAL, Alberto Ramón, “*Estado de Derecho y Humanismo Personalista*”, F.C.U., Mdeo., 1974, pág. 147 y sigts.; JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, “Panorama institucional del Uruguay a mediados del Siglo XX”, en “*Escritos y Discursos*”, Pub. Del Instituto “Artigas” del Servicio Exterior, Mdeo., 1992, pág. 205 y sigts.; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “*Derecho Público*”, Volumen I, Nos. 47-54, págs. 36-41; KORZENIAK, José, “*Curso de Derecho Constitucional 2*” F.C.U., Mdeo., 1976, Tomo I, págs. 63-64.

A mi juicio, la clave para entender al Estado de Derecho, es el respeto por los derechos humanos en su plenitud, comenzando por el derecho a la vida, al honor, a la dignidad y a la libertad del ser humano, independientemente de su origen, sexo, nacionalidad, raza, religión, partido político, sindicato gremial, así como cualquier otro hecho o circunstancia que pueda generar diferencias o discriminaciones entre los seres humanos⁸⁸.

El "Estado Social de Derecho" toma en cuenta el fin de justicia social que debe primar en una sociedad, que se complementa con el principio de la "legitimidad democrática". Mientras que el "Estado de Derecho" es la legitimidad formal, el "Estado Social de Derecho" es la legitimidad material que traduce la vigencia y aplicación de los valores jurídico-políticos vigentes en un determinado momento histórico de la sociedad. En especial, porque se reconocen las desigualdades naturales que existen en la sociedad, tratándose de proteger a los más desvalidos, a los niños, a las mujeres, a los trabajadores, a los ancianos, estableciendo normas programáticas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad social, consagrando expresamente la función social de la propiedad, con lo que se deja de lado el viejo principio burgués de que la propiedad es un derecho "sagrado e inviolable". Como enseña el profesor mexicano Diego VALADES, "el surgimiento del constitucionalismo social con las Constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), también generó un nuevo enfoque del Estado de derecho", afirmando que en estas Constituciones "se constató que el Estado de derecho, al estatuir una igualdad formal ante la ley, produce desigualdades económicas. Así, el aparente paraíso del Estado de derecho ocultaba profundas contradicciones."⁸⁹

Ahora bien, ¿cuáles son los principios del "Estado Social de Derecho"? Siguiendo al profesor español GARCIA PELAYO, puede afirmarse que son tres: el principio de legitimidad, el principio de la separación de poderes y el control de la constitucionalidad y de la legalidad.⁹⁰

Veamos:

a) En principio, parece obvio que la vigencia del Estado Social de Derecho depende del respeto a la legitimidad formal y material, es decir no sólo el sometimiento del Estado y de los gobernantes a la regla de Derecho, sino también la efectiva puesta en práctica de los principios de justicia social.

b) Pero para que exista un Estado Social de Derecho también es imprescindible la vigencia efectiva de la separación e independencia de los Poderes de Gobierno, esto es de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, porque el desconocimiento de dicho principio supone la concentración del poder y por lo tanto el autoritarismo y la dictadura.

c) Finalmente, para que un Estado sea de Derecho no sólo se debe respetar la legitimidad y deben estar separados los Poderes u órganos de gobierno, sino que

⁸⁷ CORREA FREITAS, Ruben, "Los nuevos desafíos del Estado", págs. 82-83.

⁸⁸ CORREA FREITAS, Ruben, "Los Derechos Humanos en la Constitución uruguaya", pág. 18.

⁸⁹ VALADES, Diego, "Problemas constitucionales del Estado de derecho", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, págs. 13-14.

⁹⁰ GARCIA PELAYO, Manuel. "Las transformaciones del Estado contemporáneo". Alianza Editorial, Madrid, 1977, págs. 51-66.

deben existir controles de constitucionalidad y de legalidad. Así por ejemplo, las leyes sancionadas por el Poder Legislativo deben poder ser declaradas inconstitucionales por los órganos del Poder Judicial, como la Suprema Corte de Justicia en el caso uruguayo, o por otros órganos independientes como los Tribunales o Cortes Constitucionales de Alemania, Francia, Italia, España y otros países europeos. Pero también los actos administrativos deben ser objeto del control de legalidad, ora por los órganos del Poder Judicial, ora por órganos especializados como el Consejo de Estado en Francia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Uruguay; debe haber un control de la legalidad financiera de los gastos y pagos del Estado a través de los Tribunales o Cortes de Cuentas.

En la doctrina alemana, cuya Constitución de 1949 en el art. 20.1 define a Alemania como un Estado federal, democrático y social, se afirma que si bien al principio la interpretación fue de que la cláusula del Estado social era un concepto en blanco carente de sustantividad, de carácter programático, hace mucho tiempo que fue superada esta interpretación original por otra, en el sentido de que “es un principio rector vinculante para los poderes públicos; es considerado como una prescripción de fines del Estado o como un principio rector.” Mas adelante, enseña Ernesto BENDA: “La decisión constitucional a favor del Estado social de Derecho subraya la responsabilidad, tarea y competencia del Estado para la configuración social. El Estado ha recibido un mandato para hacer política social, y lo ejerce con profusión.”⁹¹

Desde la perspectiva del “neoconstitucionalismo”, en la doctrina italiana FERRAJOLI afirma que *“el derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de los otros sistemas deónticos por dos esenciales características estructurales: de un lado, por su carácter positivo y por tanto artificial y convencional, que es el rasgo específico, frente a los sistemas no jurídicos y al derecho premoderno, del iuspositivismo y del estado legislativo de derecho; de otro, por el sometimiento de sí mismo al derecho no sólo en cuanto a la forma de producción sino también en cuanto a los contenidos producidos, que es el rasgo específico del ius-constitucionalismo, o sea del estado constitucional de derecho.”*⁹²

En otra obra, enseña el destacado profesor de la Universidad de Roma: *“La tesis de que el constitucionalismo, con su pretensión de someter a las leyes a normas superiores estipuladas como inderogables, expresa una instancia clásica del iusnaturalismo, es una idea que resurge, sostenida desde que la expresión “constitucionalismo” pasó del léxico filosófico-político al léxico filosófico-jurídico. Según esta tesis, el constitucionalismo equivaldría a una superación o, directamente, a una negación del positivismo jurídico, que ya no resultaría idóneo para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitucionales. Al haber incorporado las constituciones principios de justicia de carácter ético-político, con la igualdad, la dignidad de las personas y los derechos fundamentales,*

⁹¹ BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, “Manual de Derecho Constitucional”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1996, págs. 521 y 539.

⁹² FERRAJOLI, Luigi, “*Principia iuris*” Teoría del derecho y de la democracia, Ed. Trotta, Madrid, 2011, Tomo 1, pág. 803.

*habría desaparecido el principal rasgo distintivo del positivismo jurídico: la separación entre Derecho y moral, o entre validez y justicia. La moral, que en el viejo paradigma iuspositivista correspondía a un punto de vista externo al Derecho, habría pasado ahora a formar parte de su punto de vista jurídico o interno.”*⁹³

*En otros términos, como enseña el filósofo alemán Jürgen HABERMAS, “la moral ya no está suspendida en el aire, sobre el Derecho, tal como sugería la construcción del Derecho natural en los términos de un conjunto supra-positivo de normas; ahora la moral se introduce en el corazón mismo del Derecho Positivo.”*⁹⁴

42. Conclusiones

Es indudable que es necesario tener una visión general sobre la concepción clásica del Estado, con la finalidad de poder comprender el alcance de los desafíos que se le presentan al Estado en el Siglo XXI. Las diferentes concepciones sobre el origen y la naturaleza del Estado, si bien no nos resuelven la cuestión, nos dan una guía o una orientación sobre los diferentes puntos de vista que ha esbozado la doctrina tratando de entender este fenómeno complejo que no puede reducirse a la pura forma jurídica como lo pretende Kelsen, pero que tampoco puede concebirse a la luz del contractualismo dieciochesco de Rousseau, ni a la mera diferenciación entre gobernantes y gobernados como lo concibe Duguit, o a la utilización conjunta de la violencia, de la riqueza y del conocimiento como lo propone Toffler.

Como explicación del fenómeno histórico de la consolidación del Estado, me parece muy acertada la concepción de Hermann Heller quien une los elementos ejército, burocracia y sistema tributario como decisivos en dicho proceso.

Por último, la distinción entre funciones y cometidos del Estado nos permite comprender claramente la permanencia de las funciones jurídicas del Estado y la evolución de los cometidos o tareas del Estado a lo largo de la historia. Las funciones son siempre las mismas, los que cambian son los cometidos. De ello dependerá la concepción que se tenga sobre el rol del Estado en la sociedad.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi, *“Un debate sobre el constitucionalismo”*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 17-18.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen, *“Diritto e morale”*, Einaudi, Torino, 1992, pág. 36, citado por FERRAJOLI, Luigi, *“Un debate sobre el constitucionalismo”*, pág. 18, llamada 11.

