

CAPÍTULO I

Derecho Público y Privado. El Derecho Constitucional. La Constitución

1. Un concepto provisorio de Constitución

Tan solo como un pretexto expositivo inicial, definiremos por ahora a la Constitución como el “conjunto de normas de Derecho Público que habitualmente tienen el mayor rango jurídico dentro de un país, generalmente contenidas en un solo documento, cuyo contenido principal consiste en el reconocimiento de los Derechos Humanos y en la regulación de la organización y el funcionamiento de los Poderes y órganos del Estado”.

Aunque solo se trata de una definición inicial que más adelante perfeccionaremos, es necesario aclarar algunas de sus expresiones:

- a) Aludimos a normas “de Derecho Público”, precisamente para anunciar el tema que trataremos en el número siguiente.
- b) Decimos que “habitualmente” tienen el mayor rango jurídico, porque eso ocurre así en los países de Constitución rígida, como el nuestro, pero no en los de Constitución flexible; clasificación que estudiaremos –junto con otras– en este Capítulo, en el N° 12.
- c) Expresamos que “generalmente” esas normas están en un solo documento, porque, aunque no son frecuentes, existen Constituciones “dispersas”, es decir sin unidad documental.
- d) Aludimos al “principal” contenido de las normas constitucionales –Derechos Humanos y organización y funcionamiento del Estado– en virtud de que con frecuencia, las Constituciones –por diversas razones históricas, políticas, jurídicas, etc.–, incluyen disposiciones que no regulan solamente tales temas, sino otros que probablemente debieran ser materia de leyes ordinarias y no de la Constitución.

2. Clasificación del Derecho en Público y Privado

a) *Planteo de la cuestión*

Es tradicional y generalizada la admisión de que el Derecho puede ser dividido en dos grandes ramas: Derecho Público y Derecho Privado. Con frecuencia se señala también que esas dos ramas normativas dan lugar a dos respectivas

ciencias (de Derecho Público y de Derecho Privado), lo cual no es más que el reflejo de la distinción entre el Derecho como conjunto de normas y el Derecho como ciencia.

Es también generalmente admitido que el Derecho Público está integrado por el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Procesal, el Derecho Penal y el Derecho Financiero. Asimismo, se considera pacíficamente que el Derecho Civil y el Derecho Comercial, constituyen las ramas típicas del Derecho Privado.

Otra división general frecuentemente manejada, distingue el Derecho Interno (primariamente definible como el que se aplica dentro de un Estado) y Derecho Internacional (primariamente definible como el que trasciende el ámbito estatal, regulando situaciones o relaciones entre Estados o entre individuos o entidades pertenecientes a más de un Estado).

Combinando esta distinción con la que ahora nos ocupa, advertimos que el Derecho Público puede ser Interno o Internacional; igualmente, el Derecho Privado también puede ser Interno o Internacional. La terminología más frecuentemente usada, parece partir inicialmente de la división del Derecho en Interno e Internacional cuando se habla de las respectivas disciplinas: "Derecho Internacional Público", y "Derecho Internacional Privado", y a la inversa cuando se alude a "Derecho Público Interno" y "Derecho Privado Interno". En general, cuando se dice "Derecho Público" o "Derecho Privado" sin otro calificativo, se entiende que se está aludiendo a Derecho Interno; aunque ello no es más que una costumbre de vocabulario.

Suele discutirse la ubicación de algunas ramas jurídicas, especialmente cuando su "institucionalización" —como disciplinas separadas o autónomas desde el punto de vista docente— es más o menos moderna. Así ocurre por ejemplo con el Derecho del Trabajo o Derecho Laboral, respecto del cual se han sostenido muy variadas posiciones; desde la que afirma que integra el Derecho Privado, hasta la que concluye que pertenece al Derecho Público, pasando incluso por la de aquellos autores que estiman que se trata de una rama jurídica muy peculiar, que no puede ser encasillada en ninguno de esos dos términos de la tradicional división. Estas discusiones se originan a raíz de dos tipos de razones; por un lado, cierta imprecisión en cuanto a los límites temáticos de la propia disciplina que se trata de catalogar o ubicar; y por otro, la mucho mayor imprecisión —y relatividad— del criterio o criterios que se utilizan para distinguir el Derecho Público del Derecho Privado, tema que se verá dentro de un instante.

Se acepta que el distingo generalmente admitido entre Derecho Público y Derecho Privado no es meramente académico, sino que su uso proyecta importantes consecuencias jurídico-prácticas. En efecto: se admite que, siendo exacta la unidad armónica de todo el orden jurídico —lo que supone una enorme cantidad de principios comunes al Derecho Público y al Privado— existen ciertas peculiaridades de método, de técnica, etc., según que se esté frente a una u otra de estas ramas. Suele reconocerse, por ejemplo en materia de interpretación

que sin perjuicio de ciertas reglas técnicas comunes aplicables tanto a la interpretación de normas de Derecho Público, como a las de Derecho Privado, existen otras que son específicas para una u otra de esas disciplinas.

Cuanto precede, es el planteo que puede considerarse tradicional, si se quiere el más admitido. Pero no debe creerse que el distingo entre Derecho Público y Derecho Privado sea unánimemente aceptado. Por el contrario autores de singular prestigio han sostenido que es incorrecta (1) o que solo tiene justificación por razones prácticas o didácticas, sin ser científicamente ajustada (2). En la práctica, predomina la opinión tradicional, que admite el distingo, y en los medios dedicados al estudio del Derecho (Universidades, Congresos, etc.), se advierte la formación de las respectivas "especialidades", en torno a esta división. Es frecuente la existencia de "Institutos de Derecho Público" o de "Derecho Privado", o la publicación de revistas científicas de "Derecho Público" o de "Derecho Privado". Todo lo cual muestra a las claras que —por lo menos desde el punto de vista didáctico— esta distinción permanece con todo el auge de su vigencia. El nombre de nuestra materia es una demostración cabal de esto.

b) Normas de Derecho Público y normas de Orden Público

Admitida la distinción entre las esferas del Derecho Público y del Derecho Privado, se desprende como resultado inmediato y casi obvio, que el primero de ellos está integrado por "normas de derecho público" (de acuerdo a lo expuesto antes, serían las normas de la Constitución, las normas administrativas, las normas penales y procesales, las normas financieras, etc.).

La Doctrina se ha preocupado reiteradamente de *distinguir el concepto de "normas de derecho público" del concepto de "normas de orden público"*. Estas últimas son normas cuyas soluciones no pueden ser modificadas por convenios o acuerdos entre particulares, cosa que sí puede ocurrir respecto de normas que no sean "de orden público". Por ejemplo, en nuestro país, diversas leyes de arrendamientos para casa habitación de fincas urbanas, han establecido que el inquilino no puede subarrendar; pero admiten que las partes puedan establecer en el contrato la solución contraria (es decir, la posibilidad del subarriendo). Es un caso de normas que no son "de orden público". En cambio es de "orden público" —verbi gracia— la norma Civil, que establece cuándo se adquiere la capacidad para celebrar contratos por razones de edad; y si ella se adquiere a los 18 años, no puede establecerse una solución distinta o contraria por acuerdos o convenciones entre los particulares.

En lo que interesa a nuestro tema, suele concluirse que el Derecho Público está integrado por normas que son casi siempre "de orden público"; en cambio, el Derecho Privado se compone de normas que con frecuencia no tienen tal ca-

¹ Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", México 1965, pág. 112 y ss.

² Duguit, León, "Traité de droit constitutionnel", Paris 1926, pág. 681 y ss.

rácter ⁽³⁾. Como se aprecia, estamos frente a una regla aproximativa, según la cual el campo más frecuente de las normas de orden público es el Derecho Público; pero no es su campo exclusivo, puesto que el Derecho Privado contiene, aunque con menor asiduidad, normas de orden público.

c) Variedad de criterios para la distinción

Si bien la distinción del Derecho en Público y Privado es generalmente aceptada, o por lo menos utilizada casi unánimemente, está lejos de haberse logrado acuerdo respecto al criterio que debe fundar la distinción. La mayoría de los manuales de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo —ramas consideradas típicas dentro del Derecho Público— suelen comenzar precisamente con la enumeración de los variados puntos de vista sostenidos sobre el tema, que constituye ya un rubro “clásico” en la enseñanza de la ciencia jurídica. Con un enfoque didáctico es tradicional sistematizar las diversas posiciones en torno a cuatro o cinco criterios, los más difundidos ⁽⁴⁾; sin embargo, teniendo en cuenta los finos matices que a veces distinguen una posición de otra, podrían detectarse más de cien criterios utilizados por los distintos autores que se han ocupado del tema ⁽⁵⁾.

Esta falta de acuerdo sobre el criterio para formular la división, ha sido precisamente el argumento más esgrimido por quienes sostienen que dicha división no es correcta.

d) El criterio del “interés tutelado”

Uno de los criterios más difundidos sostiene que el Derecho Público tutela el “interés público”, en tanto que el Derecho Privado tiene en cuenta el interés de los particulares, es decir el “interés privado”. Dentro de esta posición, algunos autores hablan de “utilidad” en lugar de “interés” pero la idea manejada es la misma: cuando es “la colectividad” o “lo colectivo” lo que se tiene presente para la sanción de una norma, ésta será de “Derecho Público”; cuando en cambio la norma ha sido pensada para “lo privado”, “lo particular”, pertenece al Derecho Privado.

Es ya tradicional explicar que este criterio —todavía hoy muy utilizado— proviene del Derecho Romano clásico; difícilmente los manuales omitan la cita de la frase del célebre jurista de esa época, ULPIANO, aunque no siempre se la transcriba íntegramente: “*Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spec-*

³ Conforme BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, “Derecho Constitucional”, Madrid 1973, pág. 147.

⁴ BISCARETTI DI RUFFIA, ob. cit., pág. 145; KELSEN, ob. cit., pág. 112 y ss.; EISENMAN, *Droit public et droit privé*, en *Revue de Droit Public et de Science Politique*, Paris 1952, pág. 203 y ss.; DUGUIT, ob. cit., pág. 681 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. I, págs. 17 y ss.; JELLINEK, Jorge, “Teoría General del Estado”, Bs. As. 1943, págs. 311 y ss.; REAL, Alberto, R. “Estudios de Derecho Administrativo”, t. 1, págs. 1 y ss.

⁵ HOLLIGER, L., “El criterio de la oposición entre derecho público y derecho privado”, cit. por LEGAZ y LACAMBRA “Introducción a la Ciencia del Derecho”, pág. 129.

tat; jus privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publicae utilitiae, quaedam privatim spectat", lo que, en una autorizada traducción no literal sino conceptual (6), significa: "Se llama Derecho Público el que trata del gobierno de los romanos y privado el que se refiere a la utilidad de los particulares".

En rigor de análisis, ULPIANO no oponía "utilidad pública" a "utilidad privada" (o "interés público" a "interés privado" como se señala en otras traducciones) sino que utilizaba un criterio bastante "mezclado", por cuanto para definir al Derecho Privado sí aludía a la utilidad (de los particulares) pero, para caracterizar al Derecho Público, recurría al tema del "gobierno de los romanos"; y este último criterio no es estrictamente "oponible" al anterior, salvo que se entienda —así lo debía entender ULPIANO— que la cuestión del "gobierno de los romanos" era la parte exclusivamente "de utilidad pública". De cualquier forma, por una de esas simplificaciones que con el tiempo —y con las traducciones— se van produciendo, es frecuente citar al clásico ULPIANO como quien utilizó o difundió el criterio de la "utilidad" o del "interés", público o privado, para caracterizar, respectivamente, al Derecho Público y al Derecho Privado.

Este temperamento "del interés" es generalmente criticado afirmándose que no ofrece suficiente precisión, ya que son muy variados los criterios que a su vez pueden utilizarse para calificar un tema o materia como de interés público o de interés privado. También se ha sostenido que, en definitiva, toda vez que el Estado se propone dictar una norma, está en cierta medida en juego el "interés público" ya que, de otro modo, el tema o materia se dejaría librado a la libre voluntad de los particulares sin necesidad de regulación jurídica estatal, por lo cual todo el Derecho sería Derecho "Público".

Las citadas objeciones, por su parte, han sido contestadas; especialmente, mediante definiciones más o menos precisas acerca del concepto de "interés público" (o general, o colectivo) (7) o explicando que si bien éste siempre se tiene en cuenta al dictarse una norma jurídica, cuando ella es de Derecho Público tal consideración es más directa e inmediata, siendo en cambio indirecta o mediata cuando se aprueban normas de Derecho Privado (8).

e) El criterio que atiende al carácter de los sujetos de las relaciones o situaciones jurídicas reguladas

El Derecho, en sus distintas manifestaciones, suele crear, modificar o extinguir relaciones y situaciones jurídicas. Para muchos autores, cuando en esas relaciones o situaciones jurídicas reguladas interviene el Estado u otra persona jurídica estatal, se está en el campo del Derecho Público. En cambio el Derecho Privado crea, modifica o extingue relaciones o situaciones jurídicas en las que

⁶ ORTOLAN, citado por Ricardo BODO en Enc. Juríd. OMEBA, t. VIII, pág. 166.

⁷ Así lo intenta SAYAGUÉS LASO, ob. y t. cit., pág. 20.

⁸ PRESUTTI, "Istituzione di diritto amministrativo italiano", Messina 1931, t. 1, pág. 42.

no interviene el Estado u otra persona estatal. Si para facilitar la exposición se supusiera que el contenido de las normas jurídicas es exclusivamente regular relaciones jurídicas, este criterio podría exponerse así: Derecho Público es el conjunto de normas que regulan relaciones jurídicas en que por lo menos uno de los sujetos es el Estado u otra persona estatal; Derecho Privado es el conjunto de normas que regulan relaciones jurídicas en las que los sujetos son particulares. En el sistema constitucional uruguayo las personas estatales son: el Estado (persona pública mayor compuesta por los tres Poderes del Gobierno y los órganos constitucionales de contralor), los entes autónomos, los servicios descentralizados y los gobiernos departamentales.

El criterio expuesto ha sido objeto de diversas críticas: la más difundida se basa en que muchas veces las entidades estatales actúan como si fueran particulares; por ejemplo, cuando desarrollan ciertas actividades comerciales típicas de la actividad privada, en cuyas hipótesis se crean relaciones jurídicas que, se afirma, se regulan por el Derecho Privado.

f) El criterio que atiende a la igualdad o desigualdad de los sujetos de las relaciones reguladas

Algunos autores consideran al Derecho Público como el que regula relaciones en que uno de los sujetos está en una situación de superioridad o preeminencia sobre el otro, mientras que el Derecho Privado regula relaciones en que ambos sujetos se encuentran en situación de igualdad.

Prácticamente todos quienes usan este temperamento, recurren también – de manera subyacente – al criterio ya mencionado por cuanto suponen que el sujeto de la relación regulada que está en situación de “preeminencia” o superioridad, es una persona estatal. Definitivamente, se trata de un criterio “combinado” que tiende a superar las críticas fundadas en que las entidades estatales actúan en ciertos casos “como si fueran particulares”. Al añadirse la exigencia de que actúen en situación “de superioridad” sobre el otro sujeto de la relación, se pretende obviar la objeción.

Las más frecuentes críticas que se formulan a este criterio, son las siguientes: es posible encontrar numerosas relaciones privadas, entre particulares, en las cuales uno de los sujetos se encuentra en situación de preeminencia, como puede ocurrir en la realidad, en ciertas relaciones entre patronos y obreros o entre padres e hijos, etc. Y, a la inversa, existen relaciones entre personas estatales que actúan en un pie de igualdad, que son sin embargo de Derecho Público.

g) El criterio que atiende al modo unilateral o bilateral de crearse las relaciones jurídicas

Suele afirmarse que el Derecho Público se caracteriza por crear relaciones jurídicas por vía unilateral; en tanto que en el ámbito de Derecho Privado, las

relaciones jurídicas se generan a raíz de actos bilaterales o plurilaterales (contratos, convenios de diversa naturaleza, etc.). No es frecuente la adopción de este criterio como elemento principal para perfilar el distingo; más bien, se señala que una de las características que con asiduidad se da en el Derecho Público, es la creación de relaciones jurídicas por vía unilateral (norma constitucional, ley, acto administrativo, sentencia), mientras que también, con ciertas asiduidad, las relaciones jurídicas de derecho privado se generan por vía convencional. Existe pues un reconocimiento generalizado de que a veces el Derecho Público crea relaciones por vía convencional ⁽⁹⁾, y de que el Derecho Privado contiene también la creación de relaciones jurídicas por vía unilateral.

h) Criterios “combinados” o “mixtos”

El modo simplificado de exponer los distintos criterios de distinción se justifica solamente por razones didácticas o de sistematización. En realidad, todos los autores modernos combinan dos o más de ellos para formular la distinción. Ello ocurre así por variadas razones: a veces, como resultado del examen de los diversos sistemas positivos; en otras ocasiones, para evitar o superar las críticas tradicionales que se formulan a cada uno de los elementos tenidos en cuenta aisladamente. Así se ha visto ya en la breve exposición que precede a este apartado.

Por vía de ejemplos, sumamente difundidos en nuestro país, hagamos referencia al criterio “combinado” que utilizan SAYAGUÉS LASO ⁽¹⁰⁾ y BISCARETTI DI RUFFIA ⁽¹¹⁾.

SAYAGUÉS LASO parte básicamente del criterio del “interés”. El Derecho Público regula “las actividades o situaciones que afectan principal e inmediatamente los intereses generales”; y añade que en el estado actual del Derecho, esos intereses generales —es decir, el campo del Derecho Público— se refieren a “todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de las diversas entidades estatales” y a la “regulación de ciertas actividades de interés colectivo, entre las cuales principalmente aquéllas que realizan las entidades que merecen el nombre de “personas públicas no estatales”, que veremos en el Cap. XX.

BISCARETTI DI RUFFIA expone un razonamiento similar pero partiendo de una distinción previa entre el “Derecho Público en su aspecto institucional más alto” y el “Derecho Público en su aspecto normativo más limitado”. Estos conceptos están basados en la diferenciación que hacen algunos autores de la Escuela Italiana, entre el Derecho como institución y el Derecho como rama normativa, distinción que habremos de analizar más adelante, al analizar la co-

⁹ Se cita como ejemplo, el caso de contratos entre dos o más personas estatales. Por ejemplo, entre un ente autónomo y otro.

¹⁰ Ob. cit., págs. 19 y 20.

¹¹ Ob. cit., págs. 146 y 147.

riente institucionalista, el concepto de "institución" y sus aspectos vinculados. La citada distinción tiene alguna semejanza con el distingo entre el Derecho "como ciencia" y el Derecho "como conjunto de normas", pero no es ciertamente igual.

Para caracterizar el "Derecho Público en su aspecto institucional", este autor utiliza esencialmente el criterio del "interés" (*supra*, d) al que suele llamar el "criterio material". Para perfilar al Derecho Público "en su aspecto normativo", afirma que es el "que regula la organización interna del Estado y de los otros entes menores auxiliares (entes públicos), así como las relaciones entre los particulares, el Estado y los entes mencionados, cuando estos últimos operen *iure imperii* (colocándose en una posición de supremacía frente a los individuos); mientras que el derecho privado regula las relaciones entre particulares y también las de éstos, el Estado y los otros entes auxiliares suyos, en cuanto que estos últimos actúen como individuos".

3. Algunas conclusiones

Puede reconocerse —y así lo hace de manera unánime la doctrina moderna— que cualquiera sea el criterio adoptado para deslindar el Derecho Público del Privado, el transcurso del tiempo o la concepción política del tipo de Estado que se examine, provocan el trasiego de materias de una a otra rama. Con esto se quiere explicar que muchos temas que en cierta época fueron regulados por el Derecho Privado, hoy día han pasado a integrar el campo del Derecho Público, pudiéndose dar también la situación inversa. En el primer sentido pueden citarse numerosos ejemplos: gran parte de la actividad bancaria, ciertos aspectos referidos al arrendamiento de viviendas, algunas actividades comerciales otra librada a la libre voluntad de los particulares y actualmente desempeñadas por entidades del Estado, incluso en régimen de monopolio, etc.

Considerando la evolución histórica en sus líneas más generales, el "trasiego" temático se ha producido en el sentido recién indicado (desde el campo del Derecho Privado hacia el campo del Derecho Público). El desplazamiento de materias en sentido inverso es más escaso, pero también ocurre; por ejemplo, cuando se decide "privatizar" ciertas actividades que hasta ese momento eran desempeñadas por el Estado o por empresas estatales especializadas (tendencia que, en ciertas áreas económicas, se advierte en el Uruguay de los últimos años, con ímpetu inusitado, en el marco del llamado neoliberalismo económico).

La concepción política que informa la organización estatal, también incide para que determinadas materias sean reguladas por el Derecho Público o el Privado.

Las consideraciones precedentes se refieren al relativismo de la temática regulada por el Derecho Público o el Privado; pero parten del supuesto del acierto de la distinción, lo que conlleva el supuesto del acierto de alguno de los criterios utilizados para tal fin. En efecto: científicamente no es posible afirmar

que determinado tema “antes comprendido en el Derecho Privado ha pasado con el tiempo a integrar el campo del Derecho Público” o, a la inversa, si previamente no se parte de un criterio para la delimitación de ambas áreas jurídicas.

La reflexión que antecede nos replantea la duda insinuada al comienzo, referida a si el distingo debe técnicamente aceptarse, en especial por la inseguridad del o de los criterios utilizados para formularlo. Las vacilaciones se ven agravadas, a nuestro entender, por tratarse de uno de los temas en que *la Doctrina ha sido más abundante que rigurosa*, por lo menos desde el punto de vista metodológico. Destacados juristas que impresionan por el rigor científico de sus exposiciones, manuales o tratados, muestran la parte menos profunda de sus planteos, precisamente al tratar el tema que ahora nos ocupa. Es que en general se sigue un método expositivo que consiste en explicar cada uno de los criterios –hoy día son ya “clásicos”– acompañados de sus también clásicas objeciones. Pero con inusitada frecuencia –aun en manuales justamente admirados– subyacen verdaderos “círculos viciosos” de razonamiento. El más flagrante consiste en objetar un determinado criterio, simplemente porque se parte de la exactitud de otro; lo que equivale, casi, a dar por demostrado de antemano el punto sobre el cual precisamente se está discutiendo o discurrendo. Así ocurre *verbi gracia*, cuando se rechaza el criterio que atiende a si interviene o no en la relación regulada el Estado u otra entidad estatal, sosteniéndose que a veces las entidades estatales actúan “como si fueran particulares”, o afirmándose que quedaría fuera del Derecho Público la actuación de las personas públicas no estatales. Tales críticas no hacen más que partir –sin demostración previa adecuada– de otros criterios para la distinción; porque es obvio que si un jurista sostiene que es Derecho Público el que regula relaciones en las que interviene el Estado u otra entidad estatal, ubicará en el campo del Derecho Privado todas aquellas relaciones en que ello no ocurra, y no le interesará que en las primeras, el Estado o la entidad estatal actúe “como los particulares”.

Se detectan actualmente serios esfuerzos por superar el modo de plantear el tema de la distinción entre el Derecho Público y Privado, tradicionalmente propenso a las “peticiones de principio”. Para ello, suele recurrirse a la distinción entre el Derecho visto como conjunto de normas y el Derecho considerado como ciencia; distinción trasladable el tema del Derecho Público y Derecho Privado. Sobre tales bases, se ha sostenido que si bien no existe un criterio aceptable para una separación tajante entre ambas ramas del orden jurídico –en su consideración normativa– es posible, en cambio, admitir la existencia de dos ciencias (de Derecho Público y de Derecho Privado) separables en base a la existencia de ciertos métodos y técnicas peculiares a cada una de ellas. Este razonamiento ha permitido ordenar la deficiente terminología usada en el modo clásico de tratar el punto; habría una ciencia de Derecho Público y otra del Derecho Privado, aunque no exista una rama jurídica (como conjunto de normas) de Derecho Público y otra de Derecho Privado, perfectamente separables.

El esfuerzo, que sin duda tiene sus meritos clarificadores, no deja de contener un cierto traslado del problema esencial, por cuanto la separación de dos ciencias requiere la delimitación de sus respectivos objetos de conocimiento o, por lo menos, los criterios para separar sus respectivos enfoques.

Sinteticemos finalmente nuestras conclusiones sobre el tema, en las siguientes afirmaciones:

Una: Todas las normas internas (de cada Estado) constituyen sin duda una unidad cuya armonía está impuesta por diversos principios jurídicos de formulación y de interpretación de los diversos tipos de actos jurídicos. Correlativamente, el Derecho es una ciencia, de gran amplitud temática: la Ciencia Jurídica o Ciencia del Derecho.

Dos: Como en todas las ciencias caracterizadas por esa inmensa amplitud temática, se ha producido, un proceso de especialización en "ramas" o "sectores", cuya utilidad práctica y didáctica es generalmente aceptada. Hoy día, ningún jurista podría cultivar o enseñar, con absoluta propiedad, toda la Ciencia Jurídica. De ahí que tienda a usarse el plural: Ciencias Jurídicas.

Tres: La división del Derecho en Público y Privado es una manifestación de ese proceso de especialización científica que, reiteramos, presentó en su tiempo, como todo proceso de especialización científica, utilidad práctica y didáctica; pero no está ni de lejos demostrado que el distingo sea indispensable por obedecer a criterios técnicos.

Cuatro: No obstante ello, el derecho positivo uruguayo utiliza en muchas leyes, la expresión "derecho público" o "derecho privado". Esto ya significa para el intérprete –aunque no comparta filosóficamente la distinción– el deber de encontrarle sentido, por cuanto no es una regla válida entender que ciertas palabras de las normas "deben tenerse por no puestas".

En cumplimiento de ese deber interpretativo, utilizamos como concepto central de "Derecho Público", que se trate de normas que regulan al Estado, tanto en su organización y funcionamiento internos, como en sus relaciones con los particulares.

4. El Derecho Constitucional "como derecho"

a) Planteo del tema

La expresión "Derecho Constitucional", suele usarse tanto para referir a una parte del orden jurídico (la integrada por las normas constitucionales), como para denominar a la disciplina que se ocupa del estudio de esa parte del orden jurídico. En el primer caso, se está designando a una rama del ordenamiento jurídico, que constituye una parte, la más importante, del Derecho Público Interno; en el segundo sentido, la expresión designa a una ciencia, precisamente la "ciencia del derecho constitucional".

Esta doble acepción que puede darse a la expresión “Derecho Constitucional”, puede explicarse también diciéndose que a veces se la usa para denominar a la ciencia y otras veces para referir al objeto de la ciencia; porque como ya se habrá advertido fácilmente, el objeto del estudio del “derecho constitucional, como ciencia”, es precisamente, “el derecho constitucional como derecho”.

En el campo de las ciencias naturales, no es común que se use la misma terminología para denominar a una ciencia y a su objeto; así por ejemplo, se habla de la “física” para nombrar la ciencia y de “los fenómenos físicos” para individualizar al objeto del estudio de esa disciplina científica. En cambio, la más frecuente terminología utilizada en el campo de las ciencias jurídicas, recurre a una misma expresión para designar a la ciencia y a su objeto. Recién se señaló esa peculiaridad para el “derecho constitucional”; también ocurre con “derecho civil” —expresión que designa a una rama del derecho privado, a un conjunto de normas y también a la ciencia que estudia esa rama del derecho—; igual pasa con “derecho comercial”, “derecho penal”, etc.

b) Concepto del Derecho Constitucional

Simplemente con carácter de punto de partida expositivo, puede definirse como “la rama o parte del Derecho Público Interno, integrada por las normas constitucionales” más sencillamente todavía, es posible afirmar que el Derecho Constitucional, “como derecho”, es “el conjunto de normas que forman la Constitución”.

Esta manera de plantear el tema, no es la tradicional; generalmente se comienza por discutir, entre otras cosas, las siguientes:

- si el Derecho Constitucional solo está integrado por las normas que componen la Constitución o si, en cambio, lo integran también otras normas (leyes o aún reglamentos) que, por su materia o contenido, deben considerarse “de materia constitucional”;
- si el Derecho Constitucional comprende, además, el estudio de todas las instituciones políticas, aun cuando algunas de ellas no estén reguladas en la Constitución.

Para nuestra manera de ver, estas discusiones no deben complicar la sencilla definición que hemos dado del Derecho Constitucional “como derecho”. Las dudas indicadas en primer lugar, no hacen sino evidenciar la existencia de distintos conceptos de “Constitución”, especialmente el concepto “formal” y el concepto “material”, que luego estudiaremos. Si hemos de aceptar que ciertas normas, por su contenido, integran “el derecho constitucional como derecho”, aunque formalmente sean, por ejemplo, leyes, ello no significa que hayamos trascendido el concepto de “constitución”, sino simplemente, que estamos usando el vocablo en un sentido “material” y no “formal”.

En cuanto a las discusiones indicadas en segundo término, surgen solo como consecuencia de no practicar la debida distinción entre el Derecho Constitucio-

nal “como derecho” y el Derecho Constitucional “como ciencia”. En efecto; ya veremos al estudiar este último concepto (“ciencia del derecho constitucional”) que se trata de una disciplina cuyo contenido u objeto de estudio puede variar según los planteamientos de diversos autores; algunos –especialmente los que no separan nuestra ciencia de la “ciencia política”– incluyen dentro del derecho constitucional, el análisis de todas las instituciones políticas, de todos los “fenómenos de poder”, aun cuando se trate de instituciones o fenómenos no previstos ni regulados por el orden jurídico constitucional. Acaso pueda concluirse, finalmente, que cuando se maneja este concepto tan amplio del derecho constitucional, no se hace más que –como en la situación anterior– usar un especial concepto de Constitución, en sentido “real” (diferente a los conceptos “formal” y “material” de Constitución) que puede definirse, por ahora, como la manera de combinarse y ordenarse en la realidad de un Estado, los distintos factores de poder.

La definición que hemos ensayado del Derecho Constitucional “como derecho”, nos desplaza, inmediatamente, hacia el estudio del concepto de “Constitución”; pero antes de abordar ese tema haremos una referencia, aunque sea sucinta, a la “aparición” de las constituciones como suceso histórico, o sea al inicio y generalización de la costumbre de los Estados, de dictarse “códigos políticos” o “cartas fundamentales” escritas, sistematizadas, con un valor jurídico generalmente “superior” al de las leyes ordinarias; fenómeno que ha dado en llamarse “el constitucionalismo”.

Nos parece oportuno, a esta altura, llamar la atención sobre un problema terminológico, que se vincula a una cuestión de técnica expositiva. El estudio de nuestra ciencia –y así debe ocurrir en todas las ciencias– no puede verificarse cómodamente, si no se intenta un acuerdo previo sobre el sentido a dar a cada uno de los vocablos básicos para su desarrollo; y ello debe intentarse aun cuando ese acuerdo no sea más que un supuesto, o una hipótesis de trabajo. Así, por ejemplo, si hemos distinguido el Derecho Constitucional “como derecho”, del derecho constitucional “como ciencia”, es porque partimos del supuesto de que existe una ciencia a la que llamaremos “derecho constitucional”; y esta terminología es posible que no pase de un mero supuesto expositivo para quienes entienden que el derecho todo es *una* ciencia, y que no existen diversas ciencias jurídicas correspondientes a las distintas ramas del derecho; o para quienes entienden que el Derecho Constitucional no es más que un aspecto, o aun un método, de una ciencia de mayores alcances: la Ciencia Política.

5. El “constitucionalismo”

Especialmente a partir del siglo XVIII, surge y luego se generaliza la práctica de la mayoría de los Estados, de dictarse “códigos políticos” o “cartas constitucionales” o “leyes fundamentales” o, más concretamente, “constituciones”, escritas y sistematizadas. Este fenómeno histórico-jurídico, por el cual los Estados instrumentan en un estatuto escrito su organización política, así como los

derechos de los individuos que los componen, suele denominarse “el constitucionalismo”. Desde luego que esta acepción dada al vocablo “constitucionalismo”, descansa en un supuesto más o menos convencional: está referida a uno de los tipos de constituciones, las constituciones escritas. Con el sentido indicado, no podría hablarse del “constitucionalismo inglés”, para referir al desenvolvimiento constitucional de Inglaterra, ya que este Estado no se caracteriza por haber tenido –ni tiene en la actualidad– una constitución totalmente escrita, sistematizada, codificada; por ello, el sistema constitucional de Inglaterra, requerirá especiales precisiones. Nada impide, por supuesto, que nos pongamos de acuerdo en hablar de un “constitucionalismo escrito”, para referirnos a lo que generalmente se designa como “constitucionalismo”, y, por otro lado, de un “constitucionalismo consuetudinario”, para aludir a los sistemas que, como el inglés, carecen de una constitución totalmente escrita, orgánica y sistematizada.

Refiriéndonos al “constitucionalismo escrito”, y en una ceñida síntesis, es posible formular una división en las siguientes etapas: a) surgimiento del constitucionalismo; b) el constitucionalismo hasta la primera guerra mundial; c) el constitucionalismo posterior a la primera guerra mundial; d) el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial; e) el constitucionalismo de los últimos años.

a) Surgimiento del constitucionalismo

Situar el surgimiento del “constitucionalismo” en el siglo XVIII, no significa, desde luego, perder de vista la importancia de numerosos antecedentes de “normas constitucionales” que pueden encontrarse muchos siglos antes en Grecia, en Roma, en España, en Inglaterra, etc., antecedentes que habrá oportunidad de mencionar más adelante. Pero ocurre que, en el siglo XVIII, se encuentran configurados una serie de presupuestos o condiciones necesarios o propicios para que comiencen a dictarse las constituciones escritas, sistemáticas, de valor superior, cuya aparición –según nos hemos puesto de acuerdo– da lugar al nacimiento del “constitucionalismo”. Ese conjunto de presupuestos o condicionantes, puede sistematizarse de la siguiente manera:

1º) El auge indiscutible de la escuela “jus-naturalista”, según la cual los individuos, por su sola calidad de seres humanos, tienen una serie de derechos “inherentes” a su personalidad; esta idea habrá de dar motivo a declaraciones de derechos o a la formulación de lo que hoy se conoce como la “parte dogmática” de las constituciones.

2º) El auge también de la concepción “contractualista” del origen del Estado, al que se suponía producto de un “pacto” o “contrato” social, idea sostenida casi por la totalidad de los autores “jus-naturalistas”; la constitución escrita, venía a constituir entonces, un medio apto para evidenciar la existencia o “renovación” de ese contrato social.

3º) Cambios revolucionarios en la estructura política-social de Estados ya existentes (caso de Francia y su famosa revolución) o nacimiento de nuevos Estados, que hasta ese momento constituían colonias y obtenían su independencia (caso de los Estados Unidos de Norte América). En ambas hipótesis, una constitución escrita y sistemática constituía un instrumento de proclamación del nuevo régimen, o un indudable modo de evidenciar la existencia organizada de un nuevo Estado.

En la independencia de las colonias inglesas de América del Norte, así como en la Revolución Francesa, se dan en óptimo grado las circunstancias recién apuntadas para el surgimiento de constituciones escritas, sistemáticas. En Francia, por ser un Estado "ya existente", el proceso jurídico-político previo a su primera Constitución escrita, es breve: se produce la Revolución el 14 de julio de 1789 y el 26 de agosto del mismo año se aprueba la famosa "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".

Las colonias inglesas de América del Norte, en cambio, muestran todo un proceso de fórmulas constitucionales parciales que ha de culminar, en definitiva, con la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos de América en 1787. En los primeros años del siglo XVII, grupos de colonos ingleses se desplazan hacia territorio norteamericano; se trataba, en su mayoría más conocida, de conjuntos de religión puritana, cuyas organizaciones se constituyen mediante un acto de formación y adhesión denominado el *covenant*. Muchos autores insisten en que este acto originario de formación de la congregación, constituía una modalidad del "pacto social", en el cual se inspiraron los primeros actos "de constitución" de las colonias en América del Norte. En ese sentido, es tradicional la cita del *covenant* celebrado el 11 de noviembre de 1620 a bordo del buque "Flor de Mayo" que conducía el primer grupo de peregrinos. JELLINEK afirma que las Cartas concedidas por Carlos II a las colonias de Connecticut (en 1662) y de Rhode-Island (en 1663), no fueron más que aprobaciones a las cláusulas de los respectivos "pactos" que dichas colonias ya se habían dado; y cita a tales Cartas como "las Constituciones escritas más antiguas que se conocen en el sentido que se da hoy a este vocablo" (12).

En 1776, se intensifica el movimiento independentista de las colonias; el 12 de junio de ese año, el Estado de Virginia se da su propia Constitución, precedida de una declaración de derechos muchas veces comentada; el 4 de julio de 1776, se produce la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América y, en 1787 se dicta la Constitución de este estado federal que, con diversas enmiendas (más de veinticinco), es la vigente en la actualidad.

Tanto el constitucionalismo de la Revolución Francesa como el de la Revolución Norteamericana, consagran firmemente una ideología política liberal individualista, que expresa de manera típica, el sistema que podemos llamar de

¹² Ob. cit., pág. 421.

“democracia clásica”. Su indudable base filosófica, debe encontrarse en las ideas “jus-naturalistas”, cuyo predominio intelectual era, por aquella época, indiscutible.

Los acontecimientos revolucionarios y sus consecuencias constitucionales, ocurridos en Francia y en Norteamérica, ocurrieron más o menos por la misma época; las diferencias, de unos pocos años como se ha visto, han contribuido, sin embargo, a complicar una fatigosa polémica que existe acerca de la posible influencia que las declaraciones norteamericanas pudieron tener en la francesa, o la medida en que las ideas de ROUSSEAU influyeron en ésta última y en el constitucionalismo norteamericano, etc.

b) Difusión del constitucionalismo hasta la primera guerra mundial

La práctica de dictarse constituciones escritas, sistematizadas, con valor suprallegal, se extiende rápidamente por los *Estados Europeos*, especialmente durante todo el correr del siglo XIX. La influencia del ejemplo francés es indudable; aunque algunos países de Europa lo siguen en cuanto al establecimiento de constituciones escritas y sistemáticas, pero no en lo que se refiere a la forma de gobierno que consagran, aspecto en el cual parecen más bien semejarse al modelo inglés, de monarquía parlamentaria. Es el caso, por ejemplo, de las Constituciones de Bélgica de 1831, de Holanda de 1848, de Suecia de 1809, de Noruega 1814, de Dinamarca de 1849, de Luxemburgo de 1841, de Grecia de 1864. Debe aclararse, no obstante, que estas Constituciones recogieron el sistema de gobierno ya existente en esos países. Respecto de Italia, luego de su unificación, es adoptado como primer texto constitucional sistemático, el llamado “Estatuto Albertino”, otorgado por Carlos Alberto como Rey de Cerdeña en 1848, que establecía una “monarquía representativa”, de tendencia parlamentaria. El Estado federal suizo, se consagra en la Constitución de 1874. En España, se dicta la Constitución de Bayona de 1808, prácticamente impuesta por Napoleón; y, en 1812, la Constitución de Cádiz. Entre 1814 y 1848, se dictan la mayoría de las Constituciones de los Estados alemanes.

En Asia, Japón aprueba el 2 de noviembre de 1890, la Constitución imperial de “Meiji”, bajo el reinado del emperador Mutsuhito.

En América Latina, la atracción de las ideas constitucionalistas nace casi conjuntamente con los primeros movimientos revolucionarios independentistas. Puede considerarse marcada, la influencia de las fórmulas constitucionales de los Estados Unidos de América, en especial, en lo que tiene que ver con la recepción del sistema “presidencialista”, concepto que se estudia al examinar el tema de las “formas de gobierno”.

Las Constituciones dictadas desde el surgimiento del “constitucionalismo escrito” (fines del siglo XVIII), hasta la primera guerra mundial (1914 a 1918), consagran, desde luego, muy diversas formas de gobierno (monarquías o repúblicas, sistemas parlamentarios o presidencialistas, etc.), sin embargo, puede

afirmarse que la tendencia general o, por lo menos, la tendencia de la mayoría de estas constituciones, suponía una concepción que intentaba consagrar y afianzar la democracia liberal individualista o "democracia clásica", como la han llamado algunos autores, concepto que, en alta medida, coincide con lo que Georges BURDEAU denomina "democracia gobernada" (13).

c) El constitucionalismo en la primera postguerra

En 1917, se produce la *Revolución Rusa*, que habrá de traer como consecuencia el surgimiento del "constitucionalismo marxista". Triunfante dicho movimiento revolucionario, que invocaba la concepción de Carlos MARX y los importantes aportes teóricos-prácticos de LENIN, se formula en enero de 1918, la "Declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado", que, prácticamente, va a constituir la "parte dogmática" de la primera Constitución revolucionaria Rusa, aprobada el 10 de julio de 1918.

En 1918 termina la primera guerra mundial. El constitucionalismo de la primera postguerra muestra un reflejo normativo de la evolución que se opera en las democracias liberales, que comienzan a salir de su etapa marcadamente individualista. Además de los clásicos "derechos individuales", se conciben y consagran los llamados "derechos económicos y sociales"; el Estado no debe limitarse ya a sus tradicionales cometidos de "juez y gendarme", respetuoso de los derechos individuales, sino que, además, debe actuar positivamente para que sus habitantes gocen de un mínimo de bienestar económico y social. La democracia "clásica", liberal-individualista, da paso a la "democracia social", concepto que, en cierta medida, coincide con la "democracia gobernante" a que alude BURDEAU (14). Es ya tradicional, citar como ejemplo de las primeras Constituciones características de este período, la Mexicana de Querétaro de 5 de febrero de 1917 y la Alemana de Weimar de 1919. Pero pueden mencionarse además, entre otras, la de Austria de 1920 (redactada principalmente por Hans Kelsen), Polonia de 1921, Estonia de 1920, Yugoslavia de 1921, Dantzig de 1922 y, especialmente, la Constitución Republicana de España de 9 de diciembre de 1931.

En América Latina, esta atenuación del liberalismo individualista, puede apreciarse en diversas Constituciones de este período; por ejemplo: Perú (1933), Brasil (1934 y 1937), Paraguay (1940), Cuba (1940), Uruguay (Constitución de 1934).

Mientras tanto, el constitucionalismo soviético comenzado en Rusia en 1918, continuaba con la Constitución de 31 de enero de 1924, que consagra el sistema federal de la URSS, ya existente políticamente desde 1922, y con la Constitución de 5 de diciembre de 1936 ("de STALIN").

¹³ BURDEAU, Georges, "La democracia. Ensayo sintético", Barcelona 1965, págs. 48 a 65.

¹⁴ Ob. cit., págs. 49 y 50.

d) *El constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial*

Terminada la segunda guerra mundial, que abarcó el período 1939-1944, se dictan numerosas constituciones. Los Estados organizados sobre las bases filosóficas del liberalismo político –ya menos individualista, como se vio–, continúan sus procesos constitucionales. En este sentido, y en una incompleta ejemplificación, se puede mencionar: Constituciones de 1946 y 1958 en Francia; Constitución aprobada el 22 de diciembre de 1947 en Italia; Constitución Alemana de Bonn de 1949; Constitución de 3 de mayo de 1947 en Japón; Constitución de 26 de noviembre de 1949 en India, etc.

En América, pueden citarse las Constituciones de Uruguay (1942, 1952 y 1966), Costa Rica (1943), Guatemala (1945), Bolivia (1945), El Salvador (1945), Colombia (1945), Haití (1946), Panamá (1946), Ecuador (1946), Brasil (1946), Santo Domingo (1947), Venezuela (1947), Nicaragua (1948), etc.

Puede afirmarse que, en líneas generales, las Constituciones mantienen las líneas del período de la primera postguerra; acaso pueda señalarse cierta tendencia dirigida al fortalecimiento del Poder Ejecutivo (por ejemplo, Constitución de Francia de 1958, Constitución del Uruguay de 1967).

En el campo del constitucionalismo soviético y en Europa oriental y en Asia, un conjunto de países adopta el sistema político de las denominadas “democracias populares”.

e) *Algunas novedades en el constitucionalismo de los últimos años*

Aunque simplemente estamos echando una simple “ojeada” a la historia constitucional comparada ⁽¹⁵⁾, es imprescindible mencionar por lo menos, lo siguiente:

1º) La década de los ochenta, presencia el desplome del constitucionalismo de la Unión Soviética, quedando en su lugar una multitud de países que integraban, como “Estados miembros”, ese Estado Federal y pasaron a ser Estados independientes. Cada uno de ellos –incluyendo Rusia– adoptan nuevas Constituciones, que en líneas generales se ajustan a los modelos de Europa occidental, aunque desde luego, con sus peculiaridades. Lo mismo ocurre en los países de Europa Oriental que seguían el modelo soviético. Para expresarlo en términos constitucionales, prácticamente desaparece el modelo de las “democracias o repúblicas populares” característico de todo el bloque comunista de esa zona ⁽¹⁶⁾.

2º) Una serie numerosa de países que fueron históricamente colonias del imperio de Inglaterra, y que luego se independizaron, quedando como naciones libres pero integrando la “Commonwealth” (“Comunidad Británica de Naciones”), dictan sus Constituciones, muy especialmente luego de los sesenta. Entre

¹⁵ Más adelante, al analizar el tema “relación del Estado con las Iglesias”, aludiremos a algunas Constituciones del área musulmana.

¹⁶ Sobre los cambios en la URSS y en Europa del Este en el trienio 1988/90, véase P. BISCARETTI DI RUFFIA, “*Int. al Derecho Constitucional Comparado*”, última edición, México FCE.

ellos, hay algunos que continuaron sus cambios y reformas constitucionales y otros que mantienen su estabilidad política de países que ya no eran colonias desde hace mucho tiempo (por ejemplo, Constitución de Australia de 1900, de Canadá de 1867, de Nueva Zelanda de 1947, de India de 1950, etc.). La gran cantidad de Constituciones que se dictaron en Estados que forman la Comunidad Británica de Naciones luego de los sesenta, han seguido en proceso de evolución, y muchas fueron objeto de algunas modificaciones (Zambia de 1964, Uganda de 1967, Nigeria de 1963, Malasia de 1963, Ghana de 1969, Barbados de 1966, etc.). La enumeración es notoriamente incompleta, pero más que completarla –lo que podría hacerse hoy día simplemente con sacar de una computadora la lista de países de la *Commonwealth*– es útil destacar que muchos de estos países se apartaron de las características principales del sistema constitucional inglés y establecieron Constituciones rígidas y escritas (a diferencia de la de Inglaterra que es flexible y cuasi consuetudinaria), con formas de gobierno presidencialista (a diferencia de la forma “parlamentaria” de Inglaterra); federal (cambiando el clásico modelo británico), etc.

Quizás Canadá y Nueva Zelanda, sean los países de la Comunidad Británica que más mantienen, los rasgos generales del sistema inglés.

3º) Ya en la década de los noventa, mencionaremos –por diversas razones– dos constituciones: la de la República de Sudáfrica de 8 de mayo de 1996 y varias Leyes Básicas del sistema constitucional de Israel.

La mención a la Constitución de *Sudáfrica* nos ha parecido indispensable, por constatar jurídicamente el resultado exitoso de una larga lucha para terminar con su antiguo sistema, de discriminación racial por el color de la piel, y establecer una forma democrática de gobierno, de bases similares a las clásicas democracias, con las previsible peculiaridades vernáculas, como son las normas que enfatizan las soluciones tendentes a evitar el regreso a la tan injusta discriminación racial.

En cuanto al sistema constitucional de *Israel*, está constituido por un conjunto de *Leyes Básicas*, es decir que se trata de un país con Constitución dispersa y no codificada, como ocurre también en Canadá y Nueva Zelanda.

Israel tiene un sistema republicano, democrático, parlamentario, con separación de Poderes, con una muy completa declaración de derechos humanos tanto individuales como sociales. Esa Constitución dispersa tiene, como Leyes Básicas más importantes, las siguientes: la de sus unidades territoriales de 1960, la del Poder Judicial de 1984, la del Presidente del Estado de 1964, la del Poder Legislativo (Knesset) de 1987, la del Poder Ejecutivo de 1992, la de Derechos Humanos de 1994, y otras referidas al estatuto jurídico de temas vinculados a situaciones conflictivas con vecinos.

4º) Por último –en este incompleto panorama de Derecho Constitucional comparado–, una referencia para la Constitución de *Suiza* que en 1999 modifica su antigua Carta de 1874, con innovaciones que entraron a regir el 1º de enero de 2000. El sistema que ahora se establece, en una descripción a “vuelo

de pájaro”, nos sugiere estas dos consideraciones: por un lado, el *mantenimiento* de una de sus más características instituciones: el sistema de Poder Ejecutivo Colegiado, que Uruguay supo tener (en parte en 1918 e integralmente en 1952); por otro lado, un *sinceramiento* en materia de forma de Gobierno, sobre todo en cuanto a reconocer en la realidad la “separación de Poderes”, principio que no surgía de la Constitución de 1874, que consagraba la forma de gobierno “Convencional” (que estudiaremos en el Cap. XVI). Como curiosidad, se advierte que Suiza sigue llamándose oficialmente “*Confederación Helvética*”, aunque su estructura no es la de una Confederación sino la de una Federación.

6. El concepto de Constitución

a) Aclaraciones previas

No es metodológicamente correcto confundir el tema de los distintos *conceptos* que se han dado sobre la Constitución, con el estudio de los diversos *tipos* de Constitución. En el primer caso, se trata de definir la Constitución aunque, como veremos, las opiniones a este respecto son muy variadas. Una vez logrado ese concepto, es decir una vez que nos hayamos puesto de acuerdo acerca de a qué llamamos Constitución, entonces sí, intentaremos una clasificación de los diversos tipos de Constitución. Cuando no se evitan estos errores metodológicos, las discusiones son llamativamente confusas.

El concepto de Constitución, ha sido muy discutido –por lo tanto muy trabajado– en la Ciencia del Derecho Constitucional. No podemos conformarnos pues, con el sentido meramente gramatical del vocablo, que puede verse en el Diccionario de la Lengua Española y según el cual, es posible referirlo a la manera cómo está compuesta una cosa cualquiera. Es obvio que lo que debe investigarse en Derecho Constitucional, es el sentido de la palabra “constitución” referida al Estado (17). Esta aclaración, como puede advertirse, es una primera aproximación en la búsqueda del concepto de Constitución que nos interesa: se trata de la Constitución del Estado.

b) Discrepancias en la doctrina acerca del concepto de Constitución

Mucho se ha escrito sobre el exacto sentido que debe darse al vocablo en la Ciencia del Derecho Constitucional. Algunos autores se han preocupado especialmente de dar su propio concepto de Constitución, como Hans Kelsen (18); otros, sin perjuicio de exponer lo que consideran el verdadero sentido del término, intentan sistematizar los diversos usos que se ha dado al vocablo y las

¹⁷ Conf. PÉREZ PÉREZ, Alberto, “Apuntes sobre la noción de Constitución”, en Rev. D.J.A., t. 65, pág. 161 y ss.

¹⁸ Ob. cit., pág. 325 y ss.