

CARLOS S. FAYT

DERECHO POLÍTICO

Tomo II

7^a. EDICIÓN INALTERADA

76057



EDICIONES *Desclée* BUENOS AIRES

1988

ADVERTENCIA

Este libro, como elemento de información, está destinado a los estudiantes. De ahí el desarrollo de lo fundamental del programa de enseñanza, sobre la base de las lecciones impartidas en los cursos y las múltiples referencias y comentarios a las opiniones de los autores de mayor prestigio. La inclusión de una síntesis al término de cada capítulo se justifica por la necesidad de una síntesis conceptual que clarifique el orden lógico de la exposición.

El autor

ISBN 950-14-0276-2 (ob. compl.)
ISBN 950-14-0278-9 (vol. II)



EDICIONES *Depósito* BUENOS AIRES

Talcahuano 494

Hecho el depósito que establece la ley 17.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

SUBJETO: 1. Derecho constitucional en el sistema del Derecho político. 2. Constitucionalismo: concepto. 3. Origen del constitucionalismo. 4. Surgimiento del constitucionalismo. 5. Auge del constitucionalismo. 6. Crisis del constitucionalismo. 7. Constitucionalismo social. 8. Concepto de constitución. 9. Sentido formal de constitución. 10. Sentido material de constitución. 11. Clases. 12. Poder constituyente y constituido. 13. Reforma, alteración y derogación de constituciones. 14. Superlegalidad y supremacía constitucional. 15. Principio de subordinación al derecho. 16. Sistemas de garantías: político y jurisdiccional; contenidos; realización de nuestra constitución.

I. El Derecho contiene normas de organización. Esas normas de organización, que determinan la estructura, actividad, competencia y funciones del poder en el Estado, se resumen en la Constitución. La Constitución, como ~~ley fundamental de la organización~~, forma parte del sistema del Derecho Político debido a que la forma política moderna se caracteriza por la institucionalización del poder, realizada precisamente, a través de la Constitución como norma o derecho fundamental de la organización política.

La ordenación jurídica del poder en el Estado es el punto de enlace entre lo político y lo constitucional. El Derecho Político, después de haber examinado la estructura de la sociedad y de la organización política, tiene como instancia terminal el ordenamiento del poder en el Estado. El Derecho Constitucional, en cambio, tiene en ese ordenamiento su punto de partida toda vez que su objeto específico consiste en el estudio de la concreta actividad funcional del poder, sus funciones y sus órganos, así como los principios que lo rigen. La Constitución, de este modo, es una frontera común en la que tienen término y principio, respectivamente, cada una de las disciplinas.

Entre organización y orden jurídico existe una íntima correlación.

Las colonias se dieron sus cartas, y algunas de ellas, como las de Connecticut de 14 de enero de 1639, y la de Rhode Island de 1683, han sido consideradas por algunos autores como las primeras constituciones escritas. No obstante, por su conexión con la corona inglesa y la naturaleza de las mismas, no puede hablarse de constitución propiamente dicha.

Recién el 12 de junio de 1776, el Estado de Virginia, mediante una Convención reunida en Williamsburg, adoptó una Constitución precedida de una declaración de derechos o *bill of rights*. Esta es la primera constitución escrita, que reúne todos los elementos requeridos formalmente para ser considerada tal. En ella se expresa que todo poder reside en el pueblo, y, por consiguiente, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él; que el gobierno debe ser instituido para el beneficio común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; que de todos los modos y formas de gobierno, la mejor es la que sea capaz de producir el más alto grado de felicidad y seguridad, y que esté más eficazmente garantizada contra el peligro de una mala administración; y que cuando un gobierno resulte inadecuado o contrario a estos fines, la mayoría de la comunidad tiene el derecho inalienable a reformarlo, cambiarlo o abolirlo del modo que juzgue más adecuado para el bien público, consagrándose así el derecho de resistencia a la opresión. En cuanto a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial, debían ser separados y distintos, y sus miembros renovados por elecciones fréquentes, ciertas y regulares, impidiendo que incurran en opresión. Se protegía y garantizaba a todos los miembros de la comunidad, los derechos naturales a la vida, a la libertad y al goce de la propiedad. Tal, pues, el punto de partida del constitucionalismo moderno. Días después, el 4 de julio de 1776, se producía la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, histórico documento cuya redacción es obra de Thomas Jefferson. Las trece colonias se emancipaban de la dominación de Inglaterra, para tomar entre las naciones lugar aparte e igual, y declaraban que todos los hombres han nacido iguales; estando dotados de ciertos derechos inalienables; entre estos derechos se cuentan la vida, la libertad y el procurarse la dicha. Reconocían que los gobiernos se establecen sólo para garantizar estos derechos y que su poder emana del consentimiento de los gobernados. La Constitución de los Estados Unidos se adopta en 1787 y ha servido de modelo para todas las constituciones de las repúblicas sudamericanas, en particular la nuestra.

La Revolución Francesa de 1789 contribuyó con la formulación

y reconocimiento de los derechos del hombre, en su impermecedora Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Las leyes inglesas, como lo reconoce Jellinek en su estudio sobre la declaración de derechos⁽¹³⁾, no tienen ni la fuerza ni la intención de limitar los derechos legislativos ni principios respecto de una legislación del futuro, manteniendo la omnipotencia del Parlamento, cuyas leyes tienen igual valor como normas constitucionales que como leyes ordinarias. Las declaraciones americanas, en cambio, pretenden formular ciertas bases de organización política determinando las fronteras de separación entre el individuo y el Estado. Frente a ellas, la declaración de derechos de la Revolución Francesa se eleva como un apasionado evangelio político-social, expresando los puntos esenciales de la filosofía racionalista gestada en medio de la profunda fermentación social, política y económica que conmovió la segunda mitad del siglo XVIII. En realidad, postulan un nuevo orden social. Debe señalarse que el art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789 contiene la precisa formulación del concepto formal de Constitución, al proclamar que "toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de constitución".

Para Sánchez Viamonte, "los Estados Unidos consagraron el constitucionalismo y los derechos del hombre y del ciudadano en su derecho positivo, pero se abstuvieron de darles un fundamento filosófico o simplemente racional. Los tenían como verdades indiscutibles, sin que ninguna duda acerca de ellos obligase al razonamiento y a la discusión. Francia tuvo a su cargo esa tarea, que había comenzado antes de la emancipación norteamericana, y que después de ella adquirió el carácter de una firme constitución doctrinaria"⁽¹⁴⁾. Hasta la fecha, Francia ha tenido trece constituciones, habiéndose mantenido fiel el principio de la Constitución escrita.

A partir de este momento, el movimiento de constitucionalización se difunde y expande en Europa y América. La Constitución escrita, solemnemente formulada, con carácter de ley fundamental y suprema,

(13) G. Jellinek, *La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano*, pág. 80/3.

(14) Carlos Sánchez Viamonte, *La revolución norteamericana y la revolución francesa*, "La Nación", 5 de setiembre de 1948, 2^a sección, pág. 2. Según Carl Schmitt, "La teoría del Estado de la Revolución Francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente, sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna teoría de la Constitución. El poder constituyente presupone el pueblo como una entidad política en existencia; la palabra nación designa en sentido expresivo, un pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política", en *Teoría de la Constitución*, op. cit., pág. 57.

vino a ser una necesidad en el Estado liberal moderno. Es realidad, su catecismo y su programa. Porque el constitucionalismo era una consecuencia de la unificación nacional y del triunfo de los principios del liberalismo. De ahí que en su origen asumiera contornos no democráticos, sino puramente liberales, y que la fase de su democratización corresponda a una etapa posterior. Esto se explica, si se tiene en cuenta, conforme lo sostiene Friedrich, que la difusión del constitucionalismo siguió de modo bastante paralelo la curva de la industrialización, ya que fue la clase media, es decir, comerciantes y hombres de profesiones liberales, quienes, además de realizar la Revolución Industrial, formularon la demanda de gobierno constitucional. Por otra parte, existe una relación esencial entre la estructura política y la estructura social y económica. La Constitución es expresión formal y por más que influye en la realización de lo moral y lo material, un notorio desajuste entre sus formulaciones y la realidad las condensa a la ficción. Esto ha ocurrido en América Latina, donde su vida constitucional ha mostrado un desajuste entre los preceptos constitucionales y las costumbres políticas y sociales y las formas económicas. Es que se necesita algo más que una Constitución escrita para gozar de libertad, igualdad y seguridad. Sin hábitos políticos, sin costumbres adquiridas en el ejercicio de los derechos, sin una organización social y económica adecuada, no puede existir una organización política democrática. Las vicisitudes del constitucionalismo en América Latina, la larga crónica de las violaciones constitucionales, nos demuestran que ni siquiera como Estado formal de derecho ha podido cobrar vigencia. Ya dijimos, siguiendo a Ranelletti, que sólo puede denominarse Estado de derecho aquel Estado que con normas de derecho regla, cuanto más sea posible, la propia actividad y organización en las relaciones con los ciudadanos y por el derecho asegura la actuación también en relación a sí mismo, mediante adecuados institutos jurídicos. Las relaciones, por consiguiente, entre el Estado y los ciudadanos, como reguladas por el derecho, son relaciones jurídicas; y los poderes en el Estado, encontrando en aquella norma su fundamento, son poderes jurídicos.⁽¹⁵⁾

Las profundas modificaciones que se produjeron en la sociedad a lo largo del siglo XIX, como consecuencia de la Revolución Industrial, el cambio en la estructura de las formas y medios de producción, gravitaron necesariamente en el constitucionalismo. En líneas genera-

(15) Oreste Ranelletti, *Instituzioni di diritto pubblico, parte generale*, Milán, 1948, pág. 140.

les, puede decirse que lo democratizaron, ampliando el ámbito funcional del poder del Estado. De un modo u otro, el constitucionalismo refleja en ese siglo la declinación del liberalismo político y el auge de la concepción socialista que reclama un poder político activo que impone justicia en la relación entre el capital y el trabajo. La crítica marxista, en particular, consideró a la democracia y al liberalismo utilitaria como ideologías de la clase media al servicio de la perpetuación de un orden social basado en la explotación del proletariado, y mostró al capitalismo como una forma inhumana de servirse del trabajo ajeno, subordinando los objetivos de la vida humana a sus fines de lucro. La respuesta vino no sólo de las líneas de la democracia socialista, sino del neoliberalismo, parcialmente tributario de la doctrina social de la Iglesia. Tres grandes documentos perfilan esta doctrina: la Encíclica *Rerum Novarum*, dictada por el Papa León XIII, el 15 de mayo de 1891, la Encíclica *Quadragesimo Anno*, subscrita por el Papa Pío XI, el 15 de mayo de 1931 y la Encíclica *Mater et Magistra*, del Papa Juan XXIII, dada a conocer en 1961. En conjunto, abarcan y enjuician setenta años durante los cuales se han producido profundas transformaciones en la vida de la sociedad. Su base común es el reconocimiento de la propiedad privada como derivada de la naturaleza humana. Pero difieren fundamentalmente en la estimación del capitalismo, al que ya la *Quadragesimo Anno* consideraba como un régimen decadente, a punto tal que "presente, anuncia y casi bosqueja nuevos tipos de organización económica"⁽¹⁶⁾. Pero la propiedad debe limitarse en función del interés social, particularmente en la última, que muestra a la Iglesia enrolada en el liberalismo social, o si se quiere, con el proceso actual del constitucionalismo social. En cuanto al Código Social de Malinas, preparado por la Unión Internacional de Estudios Sociales de Malinas, en 1920, bajo la dirección del cardenal Mercier, postula en su artículo 4º una posición intermedia entre el individualismo y el socialismo, entendiendo como tal "la innata dignidad del individuo y la necesidad de la sociedad para su integral desenvolvimiento". Al reconocer la intervención del Estado con miras a asegurar el bien común, no obstante el mantenimiento de una serie de principios tradicionales por otra parte en documentos de esta índole, el Código de Malinas actualiza la doctrina social de la Iglesia, intentando su adaptación a las exigencias de la sociedad contemporánea. La Constitución de Irlanda de 1937 se encuentra inspirada direc-

(16) A. Martín Artajo y Máximo Cuervo, *Doctrina social católica de León XIII y Pío XI*, con prólogo de Angel Herrera, Barcelona, 1939, págs. 15/17.

tamente por la doctrina social de la Iglesia, habiendo reconocido a la familia "como base necesaria del orden social y como indispensable al bienestar de la Nación y el Estado", orden social cuyo objetivo se encuentra determinado por la "justicia y la caridad". En cuanto a la propiedad, si bien se la reconoce como "un derecho natural", se la somete a las limitaciones derivadas de las "normas de la justicia social".

5. Al término de la guerra mundial de 1914 se produce el momento de apogeo del constitucionalismo. El régimen constitucional aparecía establecido no sólo en Europa y América, sino en vastas regiones de Asia, África y Oceanía. Al decir de Alcalá Zamora, "todo anuncia la generalización indiscutida del régimen constitucional, hacia el cual se orientaban los esbozos iniciados en el territorio que formaron el disuelto imperio de los sultanes turcos, y que fueron sometidos a mandatos" (17). Este auge del constitucionalismo se encuentra determinado por la clara tendencia a *racionalizar el poder*, tratando de someter el conjunto de la vida colectiva al derecho. Demoraba, en el más alto nivel de las realizaciones constitucionales, "la idea de la supremacía del derecho, la idea de la unidad del derecho, y que toda la vida del Estado está basada en el derecho e informada por él". Según Mirkine Guetzovich, para quien la democracia equivale a Estado de derecho, toda vez que éste no es otra cosa que la racionalización jurídica de la vida, las constituciones dictadas durante este período "tendieron a crear un nuevo derecho que no solamente expresara las conquistas realizadas o anheladas, sino que pudiera encerrar en el recinto jurídico las nuevas exigencias de la vida" (18). Linares Quintana al examinar las circunstancias que dieron origen a ese clima particularmente propenso a la constitucionalización de los Estados, señala el papel destacado que le correspondió a la ciencia jurídica, toda vez que grandes teóricos del derecho, como Preuss en Alemania y Hans Kelsen en Austria, intervinieron en la redacción de las constituciones de sus respectivos países. La intervención de Preuss, autor virtual de la Constitución alemana de Weimar, y la de Kelsen, en la Constitución de Austria, afirman su juicio de que "los teóricos del derecho ejercieron gran influencia y en varios países se esforzaron por redactar un texto en el que aplicaron las más modernas doctrinas, cuando no se inspiraron en los clásicos y seculares principios de la democracia directa, una vuelta a

(17) Niceto Alcalá Zamora, *El valor de una legalidad constitucional*, en "La Prensa", 17 de noviembre de 1942, pág. 5.

(18) Mirkine Guetzovich, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, versión castellana de Alvarez Gendín, Madrid, 1934, pág. 11.

la cual pareciera observarse durante los dos primeros lustros del siglo que vivimos" (19).

En realidad, este período de elaboración teórica corresponde a un instante de auge de la democracia política, acosada ya por la cuestión social y el hecho concreto de la revolución rusa de 1917. De ahí que el constitucionalismo de la primera postguerra se haya orientado a *racionalizar el poder*, intentando aprisionar con preceptos jurídicos las potencias vitales que golpeaban insistente en el orden jurídico con requerimientos imposergables de justicia. Tenían preferentemente en cuenta la seguridad jurídica, que es lo formal del derecho, y no la justicia, que es el contenido material, la esencia, la substancia del derecho. Y las construcciones jurídicas elaboradas en ese tiempo son imponentes estructuras formales, lógicamente perfectas, pero sin vida, sin contenido real, como formulaciones teóricas vacías de existencia concreta. Es que el orden social, la vida colectiva no tenía cabida dentro de esos recintos jurídicos. Las constituciones reflejaban un orden que pertenecía al pasado, mantenía incólume, tras de sus fórmulas jurídicas, de sus normas de orden y de fin, un sistema que era, ante la conciencia de los hombres, injusto. El viejo orden político de la burguesía se había atrincherado, creyendo que el orden económico podía seguir siendo mantenido oculto, en la superestructura de la constitución política.

La igualdad ante la ley, las garantías contra los privilegios, la libertad asegurada contra las detenciones ilegales, el catálogo de derechos políticos y civiles que contenían las constituciones, no eran ya suficientes frente a la sujeción económica a que se encontraban sometidas las mayorías de las poblaciones. La realidad de su vida de todos los días hacía ver a las clases económicamente débiles que el módulo de la cuestión residía en el problema de la propiedad, de las situaciones y condiciones económicas. Se percibía con claridad que el engranaje político de la democracia liberal era ineficaz, y tras la acción de los partidos, los grupos económicos y las fuerzas sociales, el poder auténtico estaba en manos de los que poseían los medios de producción y la tierra. El mecanismo del poder, la burocracia gubernativa, sus instituciones, estaban levantadas para defender la propiedad privada. Y ese tipo de propiedad fue el campo de tensión donde se encontraron las corrientes en pugna, y el escenario donde actuaban los dos protagonistas encarnados: la burguesía y el proletariado. Ese es el nudo de la presente crisis universal. La lucha entre el capital y el trabajo, entre la

(19) Segundo V. Linares Quintana, *Gobierno y Administración*, t. I, pág. 45.

burguesía y el proletariado, entre las corrientes de la democracia liberal y la democracia social, se centran en el concepto de propiedad.

6. Cuando a partir de la tercera década del presente siglo hizo su aparición el Estado totalitario, como una de las derivaciones naturales del Estado liberal, quedó al descubierto que esa tendencia del constitucionalismo de la primera postguerra no elaboró sino fantasías jurídicas, un constitucionalismo de imitación hecho por grandes teóricos, que nada tenían de común con la realidad social y política de los pueblos para quienes habían sido dictadas. Desvertebradas, se produjo el proceso de desconstitucionalización de los Estados con el surgimiento del autoritarismo. El poder político, encarnado en el personaje carismático, numénico, devendía el intérprete de las necesidades populares, ante cuya voluntad los preceptos jurídicos eran símbolos sin sentido ni vigencia. El ideal simulacro de la vida, el recinto jurídico que se supuso eficaz, era un instrumento al servicio de la decisión política (²⁰). Las causas de este proceso de regresión política radicaban en la lucha social y en el desajuste entre las constituciones y la realidad social y económica de los pueblos que pretendían regir. La crisis del constitucionalismo fue la crisis del Estado de derecho formal, típicamente liberal, que los régimes fascista y nacionalsocialista, como contracción del capitalismo, negaron hasta el límite de la destrucción. La autocracia marxista, establecida en Rusia, hizo cuanto pudo porque ese aniquilamiento se llevara a cabo. Pero la revolución puede hacerse por la ley, y gradualmente conquistar la libertad por medio de la libertad.

7. Es así como, en las postrimerías de la segunda guerra mundial, se hace visible una tendencia que marca el resurgimiento del constitucionalismo, y que ha sido denominado por Linares Quintana como fase del constitucionalismo social, en relación de correspondencia con la democracia social que se va cristalizando como régimen político en la sociedad contemporánea. Tiene como antecedentes mediatos, la Constitución alemana de Weimar, de 1919, que establecía en su artículo 151 que la economía debía estar al servicio de la colectividad, con miras a asegurar a todos una existencia digna, subordinando los intereses individuales al interés general y consagrando el derecho al trabajo y a la seguridad social. En América, la Constitución de los Estados Unidos de México, de 1917, establece la propiedad en función del interés social, regulando quiénes y bajo qué condiciones pueden

(²⁰) Carlos S. Fayt, *Presupuestos para una reforma constitucional*, separata de la "Revista Jurídica de Buenos Aires", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1958, pág. 43.

tener propiedad privada, y enunciando, prolijamente, un amplio catálogo de derechos sociales, que va de la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal y la reducción de la jornada del trabajo de menores y el salario mínimo, al reconocimiento del derecho a huelga. Sus antecedentes inmediatos son la Carta del Atlántico, de agosto de 1941, la Declaración de Filadelfia, aprobada el 10 de mayo de 1944 por la XXVI Conferencia Internacional del Trabajo, el Acta de Chapultepec, el 21 de febrero de 1945 aprobada por la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Paz y la Guerra, y la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en la Conferencia de San Francisco el 21 de junio de 1945. Sobre la base del derecho exclusivo de los pueblos a elegir sus gobiernos y a vivir en paz, gozando de libertad y seguridad. Y teniendo en cuenta que la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad en todas partes, se fueron formulando una serie de principios que luego tuvieron cristalización en las constituciones de la segunda postguerra, es decir, en estos últimos años. A través de ellos se han ido modelando los derechos sociales, como nuevos símbolos jurídicos, como cristalización de la revolución de nuestro tiempo. Esas fórmulas consagran que el orden social está fundado en el trabajo, cimiento y base de la organización del Estado; que el capital industrial nace del esfuerzo humano y quienes participan con su esfuerzo tienen derecho al goce de una vida digna de ser vivida, debiéndose proteger al hombre contra la miseria, el infortunio, la incapacidad y la muerte. Que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, pliegan el derecho de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica, y de igualdad de oportunidades, protegiéndose en el orden social, económico y cultural, la realización de su personalidad humana. Esto hace que la propiedad se encuentre subordinada al interés social, clave de la efectividad de la realización del constitucionalismo social.

Esos principios fueron consagrados en la Constitución francesa de 1946, y en la Constitución italiana de 1947, entre otras. En el orden de las formulaciones internacionales, debemos mencionar dos instrumentos de singular importancia: en primer lugar la Carta Interamericana de garantías sociales, aprobada por la novena Conferencia Interamericana reunida en Bogotá, en 1948, y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sancionada el 10 de diciembre de 1948 por las Naciones Unidas. En el orden nacional argentino, la reforma de 1957 incorporó, bajo la forma de artículo 14 bis, los derechos sociales al orden jurídico constitucional. Respecto del futuro del constitucionalismo, repitiendo una cita de Gurvich, podríamos decir

que "el mundo de ayer ha concluido. Un nuevo mundo está naciendo... El nuevo mundo, el siglo del pueblo, puede nacer vivo o muerto. Nacerá vivo, en victoria, libertad y esperanza, si probamos ser merecedores del nuevo mundo libre que buscamos".

8. La Constitución es la ley primera, fundamental y suprema de la organización política. Se nos presenta como resultado y ordenamiento de los factores reales de poder, conjugando tres elementos esenciales: los derechos individuales y sociales y sus defensas directas e indirectas; un gobierno y su organización; y los fines y los medios del gobierno instituido. Estos elementos se vinculan por relaciones de finalidad imponiendo un orden determinado. Por su origen, es el resultado de los elementos históricos de un pueblo determinado, el compendio de un momento de su desenvolvimiento. Por su contenido, representa la síntesis de un orden social deseable, resultante de las ideas económicas, políticas y sociales dominantes que buscan realizarse de un modo determinado. La Constitución no sólo contiene un orden creado, sino que crea un orden que deberá realizarse. De este modo, se proyectan en el tiempo.

Toda constitución tiene un espesor, dado por sus fuentes reales y formales, que las transforma en una relación de generaciones, especie de fundación perpetua, basada en la serie sucesiva y cambiante de factores reales de poder. La potestad de autodeterminación de una generación para consigo misma está limitada en extensión e intensidad por la potestad que ejercitaron las generaciones anteriores, y la propia, que habrá de ejercitarse a su turno la generación que suceda a la presente. Es que es una transacción entre fuerzas en constante proyección. Todas estas características que pueden atribuirse a la Constitución dejarán abierta, como lo señala Hermann Finer, la cuestión de la forma y substancia, haciendo poco menos que imposible abarcarnos en una única definición de "extensión razonable" (21) todos sus elementos materiales y formales.

Etimológicamente, el término "constitución" proviene del latín *statuere, statutum* y significa reglar, establecer, ordenar, regular. Jurídicamente se la considera una norma, ley o derecho fundamental de organización. Es decir, como un conjunto de normas jurídicas que organizan el poder en el Estado. Es la ley primera, porque ninguna le es anterior; fundamental porque de ella derivan y provienen todas las leyes; y suprema, por ser inviolable para todos los que habitan el

(21) Herman Finer, *Theory and practice of modern government*, New York, 1950, pág. 116.

territorio sobre el que tiene imperio, debiendo conformarse a ella la actividad del poter en el Estado.

Aristóteles define la Constitución como "la organización, el orden establecido entre los habitantes de la ciudad", es decir, como "la organización regular de las magistraturas" (*La Política*, libro III, Cap. 1).

Dicey considera que ella abarca "todas las reglas que interesan, directa o indirectamente, el ejercicio del poder soberano del Estado" (22) y Thomas M. Cooley estima que el término se aplica a aquellas reglas fundamentales que "no sólo definen la manera como han de ser elegidos o designados aquellos a quienes se les ha de confiar el ejercicio de los poderes soberanos sino que también imponen restricciones eficaces sobre dicho ejercicio, con el propósito de proteger los derechos y privilegios de los individuos, poniéndolos al abrigo de cualesquiera tentativas para abrogarse poderes arbitrarios" (23).

Bryce la define como "el complejo total de leyes que comprende los principios y las reglas por los que la comunidad está organizada, gobernada y defendida" (24).

Hauriou dice que ella es "el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta" (25).

9. En sentido formal, es decir, en cuanto a su forma y efectos jurídicos, la Constitución se nos presenta como una norma de organización, generalmente escrita, solemnemente formulada por un organo investido del poder constituyente, que contiene una parte dogmática, donde se consignan los derechos individuales y sociales, las declaraciones y garantías, y una parte orgánica, donde se determinan las funciones y órganos del poder en el Estado, en competencias separadas. Enuncia, así, por una parte, los derechos de la personalidad humana, los de la libertad y los del patrimonio, y los que hacen a su razón política, rodeando a la persona humana de un área de seguridad mediante las garantías y las declaraciones, afirmando los principios de radicación del poder en el pueblo, la igualdad natural de todos los individuos y el imperio de la ley, y por la otra, organiza el

(22) A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, versión francesa de A. Patud y G. Jéze, París, 1902, págs. 20/21.

(23) Thomas M. Cooley, *Principios generales de derecho constitucional de los Estados Unidos de América*, versión de Julio Carré, Buenos Aires, 1898, pág. 19.

(24) James Bryce, *Studies in history and jurisprudence*, Oxford, 1901, t. I, pág. 217.

(25) Maurice Hauriou, *Traité*, op. cit., págs. 295 y ss.

gobierno para la función de formular la ley en sus etapas de sanción, ejecución y aplicación, confiéndolo a órganos distintos e independientes, destinados a coexistir equilibrada y armoniosamente, por un sistema de limitaciones, frenos y contrapesos reciprocos por la interdependencia originada en las tres etapas del proceso formativo de la ley positiva. Completa su estructura formal, con el enunciado de la forma política y la forma de gobierno, la determinación de los fines y medios hacia los cuales deberá orientar y utilizar, respectivamente, sus funciones normales el gobierno que instituye, y establece el mecanismo de su propia reforma, a la que rodea de especiales condiciones y solemnidades. Los presupuestos mínimos de una Constitución, desde este punto de vista formal, se reducirían a la garantía y enunciado de los derechos individuales y a la determinación de la separación de poderes, como límite de la actividad funcional del poder, si nos atenemos al enunciado del art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789. Corresponde señalar que la Constitución en sentido formal ha sido llamada por Lasalle "tira de papel", por oposición a la Constitución real, viviente o material. También se la ha denominado constitución jurídica, o racional-normativa.

10. En sentido material, es decir, en cuanto a su esencia, la Constitución se nos presenta como el orden concreto dentro del cual actúan las fuerzas sociales, como una forma de vida o sistema de relaciones a través del cual se realiza la efectividad del obrar humano. Predomina lo sociológico y político, de ahí que se la haya denominado Constitución real o viviente.

García Pelayo, tratando de ordenar los conceptos de constitución en unos cuantos tipos, distingue entre: a) *concepto racional normativo*, equivalente a constitución en sentido formal, es decir, como un sistema de normas, que regulan las funciones fundamentales del poder en el Estado, sus órganos, competencias y relaciones, y que parte de la creencia de que es posible establecer, de una vez y con cierto grado de permanencia, un orden racionalmente concebido, reduciendo a un sólo módulo todo el acaecer político; b) *concepto histórico tradicional*, según el cual la Constitución no es un producto de la razón sino del proceso histórico, que refleja situaciones, usos y costumbres formados lentamente en correspondencia con el espíritu o carácter de cada pueblo. Burke, por ejemplo, afirmaba que la constitución no es otra cosa que la "herencia vinculada que nos ha sido legada por nuestros antepasados y que debe ser transmitida a nuestra posteridad como una propiedad que pertenece esencialmente al pueblo sin referen-

cia a ningún derecho más general o anterior", según puede leerse en sus *Reflexiones sobre la Revolución francesa*. Este criterio facilita la personalización del poder, no distinguiendo entre leyes constitucionales y ordinarias; c) *concepto sociológico*, que estima a la constitución como una forma de ser, no de deber ser, es decir, como un producto o resultado de las situaciones y estructuras sociales imperantes. Considera que al margen de la constitución en sentido formal, la sociedad tiene su propia vida, su propia "legalidad", rebelde, según García Pelayo, a la pura normatividad e imposible de ser reducida por ella. El típico representante de esta posición es Fernando Lasalle, para quien la constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen en un país. Se toman los factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, "se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, no son simples factores reales de poder, sino que se han convertido en Derecho" (26).

De Maistre, por su parte, contestándose al interrogante de qué es una constitución, decía: "¿No es cierto que no es otra cosa que la solución del problema siguiente? Dadas la población, las riquezas, las buenas y las malas cualidades de una determinada nación, encontrar las leyes que le convienen" (27).

En lo que respecta al Derecho, señala García Pelayo que la concepción racional gira sobre el momento de la validez, la concepción histórica sobre el de la legitimidad y la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia. En última instancia, la consideración de la constitución en sentido material se resuelve en la oposición de dos criterios divergentes: el primero sostiene que lo jurídico-político determina lo socio-económico; el segundo, que "la estructura política real de un pueblo no es creación de la normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente" (28), es decir, que lo jurídico y lo político constituyen un reflejo o epifenómeno de la estructura social económica. En la medida en que de hecho coincida la constitución jurídico-política con la constitución real, se operará como síntesis su vigencia y eficacia.

Lasalle, a quien hemos señalado como el más conocido representante de la concepción de la constitución en sentido material so-

(26) Fernando Lasalle, *¿Qué es una constitución?*, trad. de W. Roces, Madrid, 1931, pág. 65.

(27) De Maistre, *Considérations sur la France*, 1796, cap. IV, pág. 90.

(28) Manuel García Pelayo, *op. cit.*, págs. 48/9.

ciológico, afirma que "los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho, sino de poder; la verdadera constitución reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen". Factores, en el sentido de elementos, que en su tiempo y en su país (Prusia) eran, a su juicio, la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía, la clase obrera y el ejército.

Por su parte, Sánchez Agesta construye el concepto material de constitución, con independencia de toda forma efectiva, estimando que puede formularse una síntesis valedera distinguiendo los criterios con que en la actualidad se trata al Derecho. Así, para quienes consideran a la constitución como norma, ésta es el derecho positivo formal, en su unidad lógico-jurídica. Es el *concepto material normativo de constitución*, cuyo representante es Hans Kelsen. La norma fundamental hipotética, es decir, la constitución en sentido lógico jurídico, constituye el fundamento de su unidad. Por tanto, en sentido material, no es otra cosa que la unidad del orden jurídico.

Para quienes la consideran como decisión, ésta es el derecho nuevo, que quiebra un orden precedente de normas con el impulso del poder. Es el *concepto material decisionista de constitución*, cuya representante es Carl Schmitt. La constitución no vale porque vale, sino porque deriva de un poder constituyente que la impone mediante un acto de voluntad, razón por la cual no es otra cosa que una decisión fundamental sobre la forma y especie de la unidad política. Emerge en primer plano, según Sánchez Agesta, la acción de un poder que impone el orden.

Por último, quienes sostienen que la constitución es un orden concreto, es decir, el derecho vivo emanado del propio sistema de fuerzas de un medio social, consideran que el derecho está constantemente adecuándose en un nuevo orden de instituciones. Es el *concepto material de constitución como orden concreto*, basado en que el poder que quiebra el derecho para imponer un nuevo orden deriva de las fuerzas sociales, ya como necesidades de un medio, como sentimiento de injusticia respecto del orden existente, o como imperativo para realizar un orden nuevo de más plena justicia. A su juicio, son variantes de este concepto material de la constitución como orden concreto el punto de vista sociológico, de Lasalle; el punto de vista histórico, de Donoso Cortés, para quien la constitución es producto de la empresa común hacia un destino determinado; el punto de vista institucionalista, de Hauriou, qué se refiere a la constitución material en términos

de "instituciones vivientes", y por último, el punto de vista de Santi Romano, para quien la constitución es el "ordenamiento supremo del Estado", como un orden fundamental anterior a la formulación de toda constitución formal (29).

11. Las constituciones pueden clasificarse en escritas o codificadas y no escritas o dispersas, según que las normas de organización se encuentren reunidas en un texto único o en distintos documentos. Estimamos que las constituciones no escritas son siempre formas intermedias, en transición. La certeza del orden jurídico que las primeras establecen, la estabilidad que siempre poseen en cuanto determinan claramente los límites de las atribuciones de los gobernantes y el reconocimiento de los derechos individuales y sociales que ellas contienen, las hacen preferibles a las constituciones no escritas, las que en mayor o menor grado carecen de fijeza, sujetas siempre a las transformaciones que el órgano legislativo, confundido eternamente con el poder constituyente, les da por el solo hecho de cumplir con su función de sancionar las leyes. Puede señalarse la ausencia de la garantía de inconstitucionalidad, que es inherente a toda constitución escrita.

El ejemplo típico de constitución no escrita lo brinda Inglaterra, en la que la Magna Carta, de 1215, la Petición de Derechos de 1628, la ley de Habeas Corpus, de 1679, el Bill de Derechos, de 1689, el Acta de Unión de los Reinos de Inglaterra y Escocia, del 12 de mayo de 1707, el Acta de Unión entre la Gran Bretaña e Irlanda, del 1º de julio de 1801 y el common law —leyes comunes o derecho común— que el Parlamento inglés dicta reglando lo público y lo privado, integran la constitución de ese país. Esta constitución, que no posee un cuerpo único de codificación, disperso como está, cuyas instituciones en mayor o menor intensidad han sido madres de las que hoy ostentan gran número de naciones, respondiendo a una forma de transición tardía o temprano habrá de reunirse en un texto único, porque las transformaciones de orden económico y social exigirán, en su momento, de modo imperativo, con la supresión paulatina de todo privilegio, la certeza y estabilidad que sólo las constituciones escritas brindan, en especial, con relación a los derechos individuales de orden patrimonial. El Estado de Israel tampoco tiene constitución escrita, pero existe una fuerte corriente de opinión en el sentido de adoptarla, una vez superado el estado de emergencia nacional en que vive desde su fundación, en 1948.

(29) Luis Sánchez Agesta, *op. cit.*, págs. 291 y ss.

El tradicional ejemplo de constitución escrita está dado por la hasta hoy vigente de los Estados Unidos de Norteamérica, sancionada en 1787, que es, al decir de Joaquín V. González, "el instrumento más perfecto del derecho constitucional codificado" y, según Carlos Sánchez Viamonte, "la primera constitución completa". Se comparten o no estos criterios, lo cierto es que al analizar cada uno de los contenidos institucionales de la Constitución de los Estados Unidos, se tiene la exacta noción de la coordinada trama de derechos y obligaciones sobre los que asienta su vida en libertad un pueblo, y se percibe con cuánta justicia ha sido ella el modelo obligado de las constituciones sudamericanas. Los principios de la "igualdad natural, del imperio de la ley, de la radicación del poder y la soberanía en el pueblo, juntamente con el de la separación de funciones, base esencial del gobierno democrático, que en las sociedades modernas es siempre representativo, la división del gobierno en tres departamentos, ramos o poderes destinados a obrar en tres momentos de la formulación de la ley, el legislativo que sanciona la ley disponiendo permanentemente sobre lo futuro, el ejecutivo, que procura la realización de sus contenidos en el presente y el judicial, que asegura el cumplimiento de la ley, juzgando sobre lo pasado, y que erigido en tercer poder político, importa, al obrar independiente de los otros dos, en su esfera, la más singular e importante conquista del derecho constitucional moderno son las bases que han hecho perdurable, la Constitución del pueblo de los Estados Unidos.

Además, pueden las constituciones ser rígidas y flexibles, según el mayor o menor grado de dificultades que exista para su reforma. Es una clasificación formulada por Bryce. Las constituciones rígidas, estacionarias o no elásticas, son aquellas que establecen para su reforma un procedimiento especial y solemne, generalmente a cargo de una asamblea extraordinaria que recibe el nombre de convención reformadora. Las constituciones flexibles, modificables o elásticas, no establecen un procedimiento especial ni solemne, pudiendo ser modificadas por el órgano legislativo ordinario. En principio, toda constitución escrita es rígida, y toda constitución no escrita es flexible. No obstante, pueden darse distintos grados de flexibilidad en las constituciones escritas, según la índole de los procedimientos que se establezcan para su modificación.

12. El poder constituyente ha sido definido por Sánchez Viamonte como "la soberanía originaria extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado,

para darle nacimiento y personalidad, y para crearle los órganos de expresión necesaria y continua. Originaria, porque es su primera manifestación y da origen al orden jurídico; extraordinaria, porque, a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el poder constituyente sólo actúa cuando es necesario dictar una Constitución o reformarla, y cesa cuando ha llenado su cometido; suprema, porque es superior a toda otra manifestación de autoridad, desde que la crea o constituye, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites; directa, porque, según la doctrina que inspiró su creación, su ejercicio requiere la intervención directa del pueblo" (30).

De este modo, el poder constituyente es aquella clase de poder en el Estado de cuyo ejercicio es titular el pueblo y a través del cual actúa soberanamente dándose una organización política, o la modifica, total o parcialmente, en caso necesario. El poder constituyente se denomina *originario*, cuando se ejerce sin sujeción a norma preconstituida alguna y con el objeto de establecer la organización política por medio de una Constitución; y se denomina *constituido* o *instituido*, cuando se ejerce con arreglo a la Constitución, y con el objeto de la reforma parcial o total de la norma fundamental de organización. Como todo poder en el Estado es un poder jurídico destinado a producir efectos jurídicos, del que resulta el orden de la organización política.

El poder constituyente establece y organiza el poder de autoridad en el Estado, es decir, los poderes constituidos. Esta distinción es fundamental para el constitucionalismo y caracteriza al Estado de derecho.

13. La idea de que todo gobierno de hombres es naturalmente imperfecto sirve de fundamento a la doctrina de la reforma constitucional. Esta idea fue expuesta por Hamilton en *El federalista*, la famosa colección de artículos que tanta influencia tuvo en la redacción de la constitución norteamericana. Hamilton sostenía la necesidad de proteger el sistema "por igual contra esa facilidad extrema que hará a la Constitución demasiado variable y contra esa exagerada dificultad que perpetuaría sus defectos manifiestos. Además, capacita al gobierno general y al de los Estados para iniciar la enmienda de los errores, a medida que los descubra la experiencia de uno u otro sector". John Story, en sus comentarios sobre la Constitución estadounidense, dice que "es imposible prever todos los acontecimientos que exigirán mo-

(30) Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1956, pág. 91.

dificaciones, ni proveer de antemano a las necesidades futuras del pueblo. Un gobierno siempre inconstante en su marcha está próximo a la anarquía, y por otra parte, todo gobierno que no haya previsto por alguna disposición facilitar los medios que se hayan hecho necesarios, quedará estacionario, se hará impropio a las necesidades nuevas del país. Degenerará en despotismo, o la fuerza de las cosas lo arrojará en las revoluciones. Un gobierno sabio, y, sobre todo, un gobierno republicano, deberá pues, proveer a los medios de modificar la Constitución, según los tiempos y los acontecimientos, a fin de tenerla al nivel de las circunstancias nuevas". Hacer posibles los cambios, pero dentro de condiciones que aseguren contra la precipitación informa la doctrina de la reforma constitucional. En otras palabras, hacer permanente pero no inmutable al ordenamiento constitucional. Este principio de cambio en el contenido con permanencia de la forma es aplicable a toda clase de constituciones, sean rígidas o flexibles. Podrán variar las modalidades que adopten los mecanismos de reforma, facilitar o dificultar el proceso de la reforma en sí, ser más o menos complicados, pero la reforma, en su más amplio sentido, debe producirse en los casos y por los órganos previstos en el ordenamiento constitucional. La vida histórica está de este modo sometida a dos condiciones necesarias: encauzarse en las formalidades prefijadas que resultan del principio de permanencia intrínseca a la constitución y el consentimiento del pueblo, como origen de la constitución misma. La relación entre esas dos condiciones tiene por consecuencia la reforma.

En el caso de las constituciones flexibles, que se caracterizan porque pueden ser reformadas por el mismo órgano y por los mismos métodos que las leyes ordinarias, su adaptación constante a las tendencias y relaciones sociales y políticas las muestra dinámicas, fluidas, con capacidad para conformarse sin violencia a los cambios y mutaciones de la vida. Por lo contrario, en las constituciones rígidas, conercios de los componentes de ambas Cámaras lo consideren necesario, un mecanismo fijo, con todo un sistema montado para dificultar los cambios, el proceso de adaptación es lento y proclive a dos consecuencias: la ruptura revolucionaria, o su falseamiento o quebrantamiento material. "Una cosa es indudable —dice Jellinek—: que las constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelvan junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito; de suerte que aún en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material" (31). Ese de-

recho constitucional no escrito, de índole material, importa mutación constitucional y está dotado por las prácticas políticas y usos constitucionales y por la interpretación judicial, con alteración del contenido intrínseco y originario, se elabora como resultado de la evolución social y política y es producto del necesario ajuste entre la vida y la norma de organización.

La mutación constitucional puede operarse por el desuso en que caen determinadas normas constitucionales; y por la decisión política, a tenor de la cual se hace la interpretación de los preceptos. La mutación es, por consiguiente, un cambio al margen del orden del cambio inherente a la reforma. No implica necesariamente falseamiento del orden constitucional, pero sí discontinuidad o insuficiencia del ordenamiento para responder a los requerimientos de las fuerzas vitales que presionan sobre la decisión política. La vía que entonces se elige es la de la interpretación, que permite emancipar al poder de la normatividad formal para adecuar su acción a la normatividad material.

La reforma constitucional, en todos los casos, se mantiene dentro del campo de la normatividad como "el orden del cambio que posibilita el cambio dentro del orden" (32). El poder proviene del pueblo, pero éste no puede modificar la Constitución ni la distribución del poder sino por el mecanismo fijado formalmente en la Constitución. La reforma puede ser total o parcial y debe hacerse mediante los procedimientos previstos. Estos procedimientos varían, según los Estados. La tendencia contemporánea, como consecuencia del surgimiento del constitucionalismo social, se inclina a instrumentar sistemas que implican el mantenimiento de la rigidez no obstante haber incorporado el referéndum como forma activa en el proceso de la revisión constitucional.

El tradicional sistema rígido está establecido en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos: "El Congreso, siempre que dos tercios de los componentes de ambas Cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución, o a pedido de las legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará una Convención para proponer enmiendas, las cuales en ambos casos serán válidas para todos los fines y propósitos, como parte de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los diversos Estados, o por Convenciones reunidas en las tres cuartas partes de los mismos, según que uno u otro modo de ratificación haya sido propuesto al Congreso". Este sistema compli-

(31) G. Jellinek, *op. cit.*, pág. 405.

(32) Manuel García Pelayo, *op. cit.*, pág. 139.

gado de enmiendas ha favorecido el proceso paralelo de mutación como consecuencia de las exigencias de adaptación de la ley fundamental al cambio de las situaciones.

La Argentina adoptó un sistema también rígido, pero menos complicado que el de los Estados Unidos, estableciendo en el artículo 30 de su Constitución que ella puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, permitiendo la revisión amplia de su contenido pero estableciendo como presupuestos formales que la necesidad de la reforma sea declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros; pero que no se efectuará sino por una convención convocada al efecto. El mecanismo de revisión constitucional, por tanto, en la República Argentina tiene dos momentos: la declaración de la necesidad de la reforma y su alcance, con fijación de los puntos que deberá revisarse, por una parte; y la reforma en sí. Lo primero se encuentra confiado al Congreso; lo segundo, a una convención convocada al efecto.

En la doctrina, se suele dar el nombre de *destrucción* de la constitución a la supresión de una constitución con cambio del titular del poder constituyente. Tal sería el caso mencionado por Carl Schmitt, de la destrucción de la organización monárquica francesa por la Revolución y el establecimiento de una nueva constitución por un nuevo titular del poder constituyente, en ese caso, la nación en reemplazo del rey. La *alteración* de la constitución, por lo contrario, implica una mutación del sentido de una o más de sus cláusulas o preceptos, por vía de interpretación judicial o por medio de una ley, modificándose de este modo sus disposiciones. Esto confirma el aserto de que, por lo general, todo pueblo tiene tres constituciones: la constitución formal, la constitución según resulta de la interpretación de los tribunales, y la constitución real o material.

14. Por superlegalidad constitucional podemos entender dos cosas distintas: 1º) que la Constitución, como ley fundamental de la organización, no sólo es la ley primera y suprema, sino que se encuentra por encima de todas las demás leyes en posición subordinante. Su carácter y naturaleza, el mecanismo especial previsto para su formulación y reforma, depositado en un "superlegislador" para distinguirlo de los órganos ordinarios encargados de la legislación común, su primacía sobre todas las otras leyes, que deben subordinarse a ella, la hacen que revista el carácter de "superley". En este sentido, el término *superlegalidad* se nos presenta como equivalente a *supremacía*, expresión tradicional en el derecho y la doctrina constitucional

americana que ha determinado con precisión su contenido; y 2º) que existe un conjunto de principios situados por encima de la constitución escrita. Este es el sentido que asigna al término "superlegalidad" la doctrina europea. Así, Maurice Hauriou denominó *superlegalidad constitucional* a los principios fundamentales de la organización del Estado, a los que colocaba por encima de la Constitución escrita, como inherentes al orden social y político y actuando dinámicamente como límites del poder constituyente no originario. Dos consecuencias extraídas de ese supuesto de la existencia de principios superiores a la propia Constitución: en primer término, que los derechos individuales y la forma de gobierno no podían ser motivo de enmienda o revisión constitucional, pues son principios fundamentales de la existencia y continuidad de la organización política, formando parte de una legitimidad constitucional superior a la Constitución escrita y, por consiguiente, a toda ley ordinaria (33); y en segundo término, la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma constitucional, si han violado esos principios fundamentales.

Este criterio de la "superlegalidad" es incompatible con la doctrina americana de la supremacía constitucional. Oculta detrás de las palabras una posición conservadora del orden existente. En efecto, afirma la existencia de una constitución en sentido material, cuyos principios superpone a la constitución formal. Pero en lugar de considerar como dinámicos los principios que integran la constitución en sentido material, orientados hacia formas más plenas de justicia e igualdad, los concibe estáticos, inmutables, funcionando como frenos o límites de toda revisión que exceda el marco configurado por las instituciones existentes. Por otra parte, ¿quién y con qué criterio puede decir que unos principios integran y otros no la constitución real o material de un pueblo? Hasta ahora se ha actuado por intuición, jugando un papel importante el coeficiente de subjetividad del intérprete o investigador. Pero científicamente ese contenido se encuentra indeterminado, requiriendo un profundo estudio sociológico de la realidad política y económica, estudio que hasta el presente no ha sido realizado.

De ahí que la doctrina dominante y válida sea la de la supremacía constitucional y no la de la superlegalidad.

Los principios que sirven de fundamento a la doctrina de la supremacía de la constitución son los siguientes: primero, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos; segundo, que la

(33) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 327.

Constitución es la ley fundamental y que le están subordinadas todas las leyes que en su consecuencia se dicten; tercero, que las facultades de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial del gobierno se encuentran organizadas y limitadas en su función y competencia por la Constitución; cuarto, que los jueces son los guardianes de la Constitución y deben mantener su imperio, rehusándose a aplicar las leyes que estén en conflicto con ella; y quinto, que el caso de conflicto entre una ley ordinaria y la ley suprema debe ser decidido por los jueces y tribunales de justicia.

15. La supremacía de la Constitución es una consecuencia lógica del principio de subordinación al Derecho que impera dentro de la organización política. Cuando se sanciona una Constitución, dice Bielsa, se quiere establecer normas fundamentales necesarias para la existencia del Estado y su orden jurídico. "Esas normas, por eso mismo, están sobre todo otro poder, y, desde luego, sobre el legislador. Si no fuere así, no tendría razón de ser un sistema básico de normas, pues bastaría librarlo todo al legislador. Trátase, pues, de limitaciones impuestas al poder discrecional del legislador. Y comoemanan del pueblo, que quiere asegurar con ello sus derechos primordiales, cualquiera a quien la norma o garantía protege puede invocar la garantía y pedir al magistrado su protección. El que recurre contra una ley inconstitucional no pide al juez la revisión de la ley; solamente le pide que no aplique la norma inconstitucional, sino la fundamental, que obliga tanto a los gobernados como al gobierno y, a cualquiera de sus poderes" (34).

Este principio se encuentra consagrado en el art. VI, inc. 2º de la Constitución de los Estados Unidos, cuando establece: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella sean hechas y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la tierra, y los jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, a pesar de lo que en contrario dispongan la Constitución o las leyes de cada Estado". La Constitución Argentina lo ha establecido en su art. 31, cuando dice: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; las autoridades de cada Provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provin-

ciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859".

En virtud de este principio, el poder en el Estado debe conformar su actividad con la Constitución, que tiene jerarquía de ley de leyes, o ley suprema de la Nación. La supremacía se da a la Constitución, no a los gobernantes, con lo que en definitiva se atribuye el gobierno a la ley y no a los hombres. Correspondió a la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretar el alcance de la disposición constitucional que establece el carácter supremo de la ley fundamental. En una causa célebre (*Marbury v. Madison*), ese tribunal supremo dijo, por boca del juez J. Marshall, que los poderes que tienen a su cargo la función legislativa son limitados y definidos y que precisamente para que esos límites no sean confundidos ni olvidados la Constitución es escrita. ¿Por qué estos poderes serían limitados y por qué estos límites serían consignados en un escrito, si ellos pudieran ser, en todo momento, traspasados por aquellos mismos que se ha tenido la intención de contener? "La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, puede ser modificada. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado." De este modo, toda ley repugnante a la Constitución es nula, correspondiendo a los tribunales y a los jueces decidir sobre el conflicto entre una ley ordinaria y la ley suprema.

La Corte Suprema nacional, por su parte, en distintos fallos, dejó establecido su carácter de intérprete final de la Constitución, por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia se encuentra sujeta a revisión de la Suprema Corte. Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos

(34) Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936, págs. 52/3.

posibles e involuntarios de los poderes públicos. Por otra parte, la misión más delicada de la justicia de la Nación, es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el poder judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución.

16. Establecido el principio de la supremacía constitucional, se hace necesario establecer un sistema de garantías que asegure su vigencia y lo preserve de violaciones. Llámase, por consiguiente, sistemas de garantías del orden constitucional al conjunto de facultades y procedimientos establecidos en defensa de la Constitución con el objeto de asegurar no sólo su permanencia sino su primacía, como ley fundamental de la organización política. Existen dos sistemas de garantías: el político y el jurisdiccional.

Como la cuestión se centra en vigilar la observancia de la Constitución, se ha considerado conveniente confiar esa función a un órgano político. Invocando antecedentes como la institución de los éforos en Esparta, encargados de la defensa de la constitución, Kersaint, en el seno de la Asamblea legislativa francesa propuso se estableciese un cuerpo de censores. Sieyès, en la Convención del año III, solicitaba la creación de un jurado de la Constitución, con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra toda violación de la Constitución. En América, Franklin proponía para Pennsylvania también un cuerpo de censores. En realidad, el sistema del contralor político de la constitucionalidad de los actos y de las leyes no ha dado resultado. Según Barthélemy y Duez, el modo político no ha suministrado ninguna garantía seria contra las usurpaciones legislativas y gubernativas. "La dificultad consiste, para obtener un rendimiento satisfactorio, en asegurar la independencia efectiva, con respecto al Parlamento y al gobierno, del órgano político que se pronuncia sobre la constitucionalidad de los actos." (35)

Linares Quintana entiende que, "a pesar de la trascendencia política que indiscutiblemente tiene o puede tener la declaración de la inconstitucionalidad de los actos públicos, esta última tiene una naturaleza esencialmente jurídica y no puede ser formulada sino por un órgano de la misma índole. Atribuirla a un órgano político importa sacar tan importante función de su verdadera órbita y, por ende, des-

(35) Barthélemy y Duez, *Traité*, París, 1933, pág. 206.

naturalizarla" (36). No obstante, este sistema de garantía existe en Ecuador, cuya Constitución dispone en su art. 189 que "sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y de resolver las dudas que se susciten sobre la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos", teniendo la facultad exclusiva de "declarar si una ley o decreto legislativo son o no inconstitucionales". La Constitución francesa de 1946 establece un Comité constitucional encargado de pronunciarse acerca de si las leyes votadas por la Asamblea nacional implican una reforma de la Constitución, disponiendo un procedimiento previo a la promulgación de toda ley, siempre y cuando el Consejo de la República hubiera tomado la decisión de promover su trámite, por mayoría absoluta de sus miembros.

En la Constitución del Uruguay, corresponde a la Comisión Permanente integrada por miembros del Congreso vigilar la observancia de la Constitución. En nuestra Constitución no existe el contralor político de la constitucionalidad de las leyes, pero diversas disposiciones atribuyen al Congreso, y en su receso, al Poder Ejecutivo, la custodia del orden constitucional. Esas atribuciones son de tres clases: las relacionadas con el llamado sistema de seguridad, comprensivo de todos los casos de conmoción interior y que abarca el supuesto crítico del ataque exterior, a cuyo efecto faculta a declarar el estado de sitio; las relacionadas con el llamado sistema de garantía federal, que facultan a intervenir las provincias para restablecer la forma republicana de gobierno; y el juicio político como procedimiento para destituir al Presidente y Vicepresidente de la Nación, los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los miembros de los demás Tribunales inferiores de la Nación y los ministros del Poder Ejecutivo.

En cuanto al sistema de garantía jurisdiccional, consiste en atribuir a los jueces el contralor de la constitucionalidad de las leyes. Estos tienen la misión de aplicar las leyes y juzgar de su constitucionalidad confrontándolas con las disposiciones de la Constitución, cuyo imperio les está confiado. Si la Constitución es la ley fundamental y suprema, primera entre todas las leyes, deben los jueces velar por la observancia de todas y cada una de sus normas, principios, declaraciones y garantías contra cualquier avance de los otros poderes y aun del pueblo mismo. Los jueces, en los casos concretos sometidos a su decisión, pueden declarar que los actos realizados por el Poder Ejecutivo son contrarios a la Constitución, que las leyes formuladas

(36) S. V. Linares Quintana, *Tratado*, op. cit., t. II, pág. 281.

por el Poder Legislativo son incompatibles con la Constitución, rehusándose a aplicarlas. Tienen como función esencial, dentro del sistema americano, mantener el imperio de la Constitución y como consecuencia de ello mantener la supremacía del Poder constituyente sobre el Poder Legislativo: la del Poder Legislativo sobre las legislaturas locales; guardar la armonía, en los Estados federales, entre la Nación y las provincias, y, en definitiva, el mantenimiento de la soberanía del pueblo.

Este inmenso poder de naturaleza jurídico-política, que hizo temer que pudiera conducir al "gobierno de los jueces", ha sido objeto de limitaciones por parte de las Cortes y tribunales supremos de los Estados donde se encuentra vigente el sistema del contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes. Así, la Suprema Corte de los Estados Unidos limitó su función a la solución de controversias o causas efectivas, es decir, resolver pleitos reales. Charles Evans Hughes, en su conocido trabajo sobre la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuenta que recién comenzando su funcionamiento, el presidente Washington, a instancias de su gabinete, requirió la opinión de la Corte acerca de una serie de problemas en relación con la controversia con Francia, contestándole ésta que consideraba inadecuado exponer opiniones sobre cuestiones que no hubieran surgido de pleitos sometidos a su conocimiento. Ha resuelto también que no pueden serle conferidas, ni directamente ni en apelación, jurisdicción legislativa ni administrativa. Una segunda limitación que señala Hughes es la de que "la Corte no debe entender de cuestiones que sean consideradas como de naturaleza puramente política y no judicial. Una controversia de este tipo surgió de la revolución del Dorr, en Rhode Island, en 1841, dando motivo a que la Corte se pronunciara declinando jurisdicción sobre cuestiones exclusivamente políticas⁽³⁷⁾". En esa oportunidad, como en otras posteriores, se dejó establecida la necesidad de distinguir entre el deber legislativo de determinar las cuestiones políticas implícitas en toda decisión referida a la forma republicana de gobierno y la facultad del poder judicial de hacer cumplir y apoyar los preceptos constitucionales, dentro de una controversia planteada correctamente. La Corte no inquire los motivos que el Congreso o las legislaturas han tenido para dictar las leyes, ni se pronuncia en los casos en que no sea necesaria la solución constitucional.

(37) Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, versión española de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1946, págs. 23 y ss.

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin detenerse a examinar si la realidad institucional y política era idéntica o no a la de los Estados Unidos, adoptó similares limitaciones funcionales. Así, además de reconocerse intérprete final de la Constitución, ha señalado que la misión más delicada de la Corte es la de saber mantenerse dentro de la esfera de su jurisdicción, a cuyo efecto el poder judicial nunca procede de oficio. "Es necesario tener presente —ha dicho la Corte—, que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra ley sean absolutamente incompatibles, que haya entre ellas una evidente oposición, según la expresión de El Federalista. Así lo exige el respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes. La incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura o da lugar a diversas interpretaciones" (*in re, Avegno c/Prov. de Buenos Aires*). Otra de las limitaciones es el pronunciarse exclusivamente en casos particulares. A este respecto ha dicho la Corte que "uno de los caracteres esenciales del poder judicial consiste en pronunciarse en casos particulares y no sobre principios generales ni por vía de medida general". En consecuencia, no corresponde al poder judicial hacer declaraciones en abstracto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, sino en casos concretos, provistos por parte interesada.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es sin duda uno de los más delicados mecanismos de defensa de la constitución. Se encuentra incorporado en casi todas las constituciones modernas, como un sistema que hace posible el imperio del derecho.

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

- | | |
|---|--|
| <p>1) La Constitución en el sistema del Derecho Político:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) La Constitución como ley fundamental de la organización, forma parte del Derecho Político, debido a que la forma política moderna se caracteriza por la institucionalización del poder, realizada, precisamente a través de la Constitución. 2) La ordenación jurídica del poder en el Estado es el punto de enlace entre lo político y lo constitucional. 3) El Derecho Político tiene por instancia terminal el ordenamiento del poder en el Estado. El Derecho Constitucional, por punto de partida. <p>2) Constitucionalismo. Concepto:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Es el proceso de institucionalización del poder mediante una constitución escrita, a cuyas normas se subordina el poder. 2) Significa libertad individual, sistema de derechos y garantías, limitación y división del poder en competencias. <p>3) Origen del Constitucionalismo:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Su origen puede situarse a comienzos del siglo XIII, en la transición de la baja Edad Media al Renacimiento, con la génesis de las naciones y la aparición de la idea de soberanía. <ul style="list-style-type: none"> a) las cartas y fueros medievales (Carta Magna de 1215 y los fueros de Aragón); b) las "leyes fundamentales" o leyes del reino (Francia); c) los "covenant" americanos; d) antecedentes tales como el <i>Agreement of the people</i> y el <i>Instrument of government</i> (1653) en Inglaterra. 2) Comprende: <p>4) Surgimiento del Constitucionalismo:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) El constitucionalismo surge con la Constitución de Virginia (1776), la Constitución de los Estados Unidos (1787), la Revolución Francesa de 1789 y sus numerosos experimentos constitucionales. 2) El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, enuncia el sentido formal de Constitución cuando dice "toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución". 3) A partir de entonces, la constitución escrita, solemnemente formulada, con carácter de ley fundamental y suprema, vino a ser una necesidad en el Estado liberal moderno. 4) Las transformaciones que se produjeron a lo largo del siglo XX como consecuencia de la Revolución Industrial, gravitaron necesariamente en el constitucionalismo, democratizándolo. <p>5) Auge del Constitucionalismo:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Al término de la guerra de 1914 se produce el apogeo del constitucionalismo. Se tiende a <i>racionalizar el poder</i>, tratando de someter el conjunto de la vida colectiva al derecho. | <p>5) Auge del Constitucionalismo:</p> <ul style="list-style-type: none"> 2) Teóricos así dentro como Freuss, en Alemania, y Kelsen, en Austria, intervienen en la redacción de la Constitución de Weimar, el primero; y en la de Austria, el segundo, intentando hacer realidad la tendencia a la <i>racionalización jurídica</i> de la vida. <p>6) Crisis del Constitucionalismo:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Se produce con la aparición de los Estados autoritarios, en la tercera década del presente siglo. 2) A su influjo, se opera el proceso de <i>desconstitucionalización de los Estados</i>. Aparece el Führer, en los regímenes totalitarios, sobre la base de autorocracias de partidos únicos. 3) La crisis del constitucionalismo fue la crisis o estallido del Estado liberal de Derecho. <p>7) El Constitucionalismo social:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) El resurgimiento del constitucionalismo en las postrimerías de la segunda guerra mundial, se hace bajo el signo del constitucionalismo social. 2) Reconoce como antecedentes mediados la Constitución de México (1917) y la Constitución de Weimar (1919). 3) Son sus antecedentes inmediatos: a) La Carta del Atlántico (1941); la Declaración de Filadelfia de la XXVI Conferencia Internacional del Trabajo (1944). El Acta de Chapultepec de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Paz y de la Guerra (1945); y la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945). 4) Sus principios sociales y económicos fueron consagrados en la Constitución francesa de 1946 y en la Constitución italiana de 1947. Además, en documentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre sancionada el 10 de diciembre de 1948 por las Naciones Unidas. 5) El constitucionalismo social se caracteriza por la <i>ratificación institucional de los derechos sociales</i>; el reconocimiento de la propiedad en función del interés social; la protección del hombre contra la opresión política, económica y social. <p>8) Concepto de Constitución:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) La Constitución es la ley primera, fundamental y suprema de la organización política. Es resultado de los factores reales de poder y reúne tres elementos: los derechos individuales y sociales y sus garantías; un gobierno y su organización; y los fines y los medios del gobierno instituido. 2) Etimológicamente proviene del latín <i>statuare</i>, <i>statum</i> y significa regular, establecer, ordenar, regular. 3) Juridicamente se la considera una norma, ley o derecho fundamental de organización. 4) Aristóteles la define como "la organización, el orden establecido", es decir, "la organización regular de las magistraturas". 5) Bryce la define como "el complejo total de leyes que comprende los principios y las reglas por los que la comunidad está organizada, gobernada y defendida". |
|---|--|

- 9) **Sentido formal:**
- 1) Se refiere a su forma y efectos jurídicos.
 - 2) En este sentido la Constitución es: a) una norma de organización; b) generalmente escrita; c) solemnemente sancionada por un órgano investido del poder constituyente; d) que contiene una parte dogmática (los derechos, declaraciones y garantías) y una parte orgánica (las funciones y órganos del poder en el Estado).
 - 3) Los presupuestos mínimos son: "declaración de derechos y división de poderes".
- 10) **Sentido material:**
- 1) Se refiere a su esencia, substancia o contenido. Es la constitución real o viviente.
 - 2) Para García Peñaloya hay tres conceptos de constitución:

1) racional-normativo;	2) histórico-tradicional;	3) sociológico;	{
valididad;	vigencia;	legitimidad;	
 - 3) Sánchez Agesta construye el concepto material de constitución haciendo una síntesis de los criterios con que en la actualidad se trata al Derecho. Distingue así tres conceptos:
 - a) Concepto material normativo de constitución (Hans Kelsen). Es el derecho positivo y la Constitución, en sentido material, no es otra cosa que la unidad del orden jurídico.
 - b) Concepto material decisionista de constitución (Carl Schmitt). Es el derecho nro. La Constitución vale porque es un acto de voluntad de un poder constituyente. Por tanto, es una decisión fundamental sobre la fuerza de la realidad política.
 - c) Concepto material de Constitución como orden concreto. Es el derecho vivo emanado del sistema de fuerzas sociales. El orden nuevo deriva de las fuerzas y relaciones sociales. Son variantes de este tipo de concepto material de constitución, el punto de vista sociológico, de Laasle; el histórico, de Donoso Cortés; y el institucionalista de Hauroiu.
- 11) **Clasificación:**
- a) Según que se encuentre en un solo texto o dispersas:

escrita o codificada;	no escritas o dispersas;
-----------------------	--------------------------
 - b) Según el mayor o menor grado de dificultad para su reforma:

a) rígidas;	b) flexibles.
-------------	---------------
- 12) **Poder constituyente y poderes constituidos:**
- 1) Poder constituyente es aquella clase de poder en el Estado de cuyo ejercicio es titular el pueblo y a través del cual actúa soberanamente dándose una organización política, o la modifica, total o parcialmente, en caso necesario.
 - 2) Poderes constituidos son aquellos dotados del poder de autoridad y que derivan de la Constitución, es decir, que han sido establecidos y organizados por el poder constituyente.
- 13) **Reforma, alteración y destrucción de constituciones:**
- 1) La doctrina de la reforma constitucional se basa en la idea de que todo gobierno de hombres es naturalmente imperfecto.
 - 2) Hacer posibles los cambios, dentro de condiciones que aseguren contra la precipitación, constituye uno de sus principios. La reforma, en definitiva es "el orden del cambio que posibilita el cambio dentro del orden".
 - 3) La reforma puede ser total o parcial y debe hacerse mediante los procedimientos previstos. Estos procedimientos varían según los Estados.
 - 4) Por el artículo 30 de la Constitución Nacional, ésta puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso por el voto de las dos terceras partes de sus miembros y se efectúa por medio de una convención convocada al efecto.
 - 5) Recibe el nombre de destrucción de la Constitución la supresión de una constitución con cambio del titular del poder constituyente.
 - 6) La alteración de la constitución es la modificación de algunas de sus cláusulas por vía de la interpretación judicial o por medio de una ley.
- 14) **Superlegalidad y supremacía constitucional:**
- 1) Por superlegalidad podemos entender:
 - a) que la Constitución es ley suprema, especie de "super ley", colocada por encima de las leyes comunes. Es equivalente a supremacía constitucional;
 - b) que existe un conjunto de principios colocados por encima de la Constitución escrita. Es el criterio con que utiliza el término la doctrina europea.
 - 2) En América la doctrina dominante es la de la supremacía de la Constitución. Los principios en que esta doctrina se basa son los siguientes:
 - a) distinción entre poder constituyente y poderes constituidos;
 - b) la Constitución es la ley fundamental y le están subordinadas todas las otras leyes;
 - c) la Constitución organiza y limita todos los poderes en el Estado;
 - d) los jueces son los guardianes de la Constitución y deben mantener su imperio, rehusándose a aplicar las leyes que estén en conflicto con ella;
 - e) el conflicto entre una ley ordinaria y la ley suprema debe ser decidido por los jueces y tribunales de justicia.
- 15) **Principio de subordinación al derecho:**
- 1) Es una consecuencia lógica de la supremacía de la Constitución. Cuando se dicta una Constitución se quiere establecer normas fundamentales necesarias para la existencia del Estado y su orden jurídico.
 - 2) En virtud de este principio, el poder en el Estado debe conformar su actividad con la Constitución, que tiene jerarquía de ley de leyes.

16) Sistemas de garantías político y jurisdiccional:

- 1) Son el conjunto de facultades y procedimientos establecidos en defensa de la Constitución, con el objeto de asegurar no sólo su permanencia sino su supremacía, como ley fundamental de la organización política.
- 2) ¿Quién debe vigilar la observancia de la Constitución? Según se confie esa función a un órgano político o a los jueces, el sistema será político o jurisdiccional.
- 3) *Sistema de control político de la constitucionalidad de los actos y las leyes:* En Ecuador, el Congreso tiene la facultad exclusiva de declarar si una ley o decreto son o no inconstitucionales. En el Uruguay, la Comisión Permanente, integrada por miembros del Congreso, vigilan la observancia de la Constitución. En Francia, según la Constitución de 1946, un comité constitucional es el encargado de pronunciarse acerca de si las leyes votadas por la Asamblea Nacional implican una reforma de la Constitución.
- 4) *Sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.* Los jueces, en los casos concretos sometidos a su decisión, pueden declarar que los actos realizados por el Poder Ejecutivo son contrarios a la Constitución y que las leyes dictadas por el Poder Legislativo son incompatibles con la Constitución, rehusándose a aplicarlas. Tienen como función, mantener el imperio de la Constitución.

22

ORGANIZACIÓN DEL PODER

SUMARIO: 1. La organización del poder en el Estado. 2. Formas de Estado. 3. Formas de gobierno. 4. Clasificaciones: síntesis en los principales pensadores. 5. Formas mixtas. 6. La teoría de la separación de poderes: su raíz política. 7. Desarrollo histórico de las doctrinas en el pensamiento político. 8. El criterio de M. Hauriou. 9. La separación de funciones y órganos (Jellinek). 10. Criterio de Carré de Malberg (poder, función y órganos: las operaciones propias de la actividad estatal). 11. Jerarquía del poder de gobierno. 12. Subordinación: doctrina del ordenamiento jurídico (Kelsen).

1. La organización del poder en el Estado comprende al poder constituyente, depositado en el pueblo, y a los poderes constituidos, o simplemente gobierno, depositado en el conjunto de órganos e individuos investidos de autoridad a los fines del cumplimiento de la actividad funcional del Estado.

El gobierno materializa el poder en el Estado teniendo a su cargo la dirección jurídica y política en sus instancias de decisión, acción y sanción. El poder de que se encuentra investido es poder de autoridad porque la dominación en el Estado moderno tiene por fundamento el supuesto de la dominación legal, de carácter racional, basada en la creencia en la legalidad de ordenamientos impersonales y objetivos. Es el orden legal quien confiere autoridad a los gobernantes. Los gobernados, al obedecerlos, obedecen al derecho racionalmente establecido, que regula por igual la conducta de todos los miembros de la comunidad política. En el Estado se obedece al derecho, no a las personas. Los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden impersonal en que fundan sus disposiciones, y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formulación participaron. La dominación legal requiere una organización del poder

de autoridad, una dirección y un equipo de transmisión y ejecución, es decir, un cuadro administrativo basado en el saber profesional especializado, que asegura precisión, continuidad, disciplina y eficacia en el cumplimiento de la actividad estatal⁽¹⁾. En formas políticas anteriores al Estado moderno o en régimenes donde con alteración del principio del imperio de la ley predomina lo personal sobre lo impersonal y lo subjetivo sobre lo objetivo, se puede distinguir entre *autoridad* y *potestas o imperium*, es decir, entre prestigio y fuerza o mando, distinción que no tiene sentido con referencia al poder en el Estado moderno, cuyo fundamento y esencia reside en la dominación legal, impersonal y objetiva.

El poder del gobierno se ejerce mediante funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, confiadas a órganos cuya actividad se encuentra delimitada o prefijada por competencias. El gobierno es ejercido por hombres, cuya voluntad se considera voluntad del poder en el Estado en la medida que su actividad se realizaba dentro del orden o se orienta a la cristalización del orden social deseable. La organización estatal no tiene voluntad propia. La que se expresa a través de sus órganos sigue siendo exclusivamente voluntad humana, que al objetivarse, en virtud del ordenamiento jurídico, se la considera voluntad de la comunidad. La organización del gobierno, su estructura, funciones, órganos y competencia provienen de la Constitución, que institucionaliza el poder en el Estado. El poder se encuentra subordinado al derecho, que condiciona su actividad. La voluntad de los gobernantes se encuentra sometida a su función, la que debe cumplirse dentro de los cuadros previstos en la Constitución. Es ella quien determina quiénes y bajo qué condiciones tienen derecho a gobernar y de qué manera desempeñarán su función gubernamental. Su investidura proviene de la Constitución que confiere legitimidad a sus actos en virtud de la función que desempeñan. Es legítimo un gobierno instituido conforme a las previsiones constitucionales. Un gobierno legítimo es también un gobierno legal cuando realiza su actividad según las normas jurídicas, cuando actúa conforme a las leyes positivas. Legitimidad y legalidad son dos momentos de la existencia del poder de autoridad, el primero se refiere a su investidura, el segundo a su actividad.

2. Forma de Estado es la relación estructural de los elementos de la organización política. Según que esa relación sea simple o com-

(1) Carlos S. Fayt, *Teoría de la Política*, cit., 241.

puesta, con uno o más centros o núcleos de poder, el Estado será unitario o federal. De este modo, las formas de Estado pueden clasificarse en unitaria y federal.

El Estado unitario, también llamado simple o centralizado, es aquel que tiene un único centro de dirección jurídico-política, en sus instancias de decisión, acción y sanción. El Estado federal, compuesto o descentralizado, en cambio, tiene varios centros de dirección jurídico-política, por más que reconozca a uno de ellos como supremo. En el Estado unitario hay un poder ejecutivo, legislativo y judicial que regula la conducta de los individuos en todo el ámbito espacial. En cambio, en el Estado federal, además de las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales conferidas al poder central, existen funciones y órganos legislativos, ejecutivos y judiciales en las provincias o Estados particulares, que dentro de su esfera actúan regulando la actividad individual.

3. La forma de gobierno se refiere a la estructura del poder en el Estado, es decir, a la organización del poder de autoridad. La forma de gobierno, en cuanto articulación funcional del poder, dependerá de las condiciones generales del Estado, de las circunstancias del medio y de las consecuencias que los dos elementos anteriores produzcan en lo político, económico y social. Distinguimos así un aspecto estructural y un aspecto funcional en la forma gubernamental, vinculándose el primero al número de magistraturas, al sistema de autoridades cuya voluntad la Constitución hace imputable al poder en el Estado, y el segundo a la actividad que cumplen, a las funciones que desempeñan.

Alberdi decía que "la elección de una forma de gobierno no es materia de abstracciones. Se hace por motivos prácticos de conveniencia"⁽²⁾, toda vez que cada pueblo tiene su modo de ser peculiar, sus costumbres, sus antecedentes históricos. La forma de gobierno debe ser la expresión política de cada pueblo, en íntima relación con su disposición natural, sus costumbres y condición social y económica. Sin perjuicio de estas consideraciones, la forma de gobierno se resuelve en una cuestión de técnica gubernamental, la de saber quiénes y para qué funciones desempeñarán el gobierno.

4. La realidad política ofrece tal diversidad de gobiernos y tantos modos distintos de ejercer el poder que la formulación de una

(2) Juan Bautista Alberdi, *La revolución de Sud' América*, Obras Selectas, t. XII, págs. 75/6.

clasificación de las formas de gobierno será necesariamente incompleta, no ofreciendo, al decir de Burdeau, "sino una imagen imperfecta de la realidad política" ⁽³⁾. Esa dificultad proviene: a) de la falta de un criterio capaz de comprender por igual a todas las formas de gobierno históricamente dudas; b) por la desaparición y el surgimiento de nuevas formas, distintas de las que les precedieron, que hacen insuficientes a las antiguas clasificaciones; y c) la complejidad de las funciones del Estado social contemporáneo que influye en la estructura del gobierno. Así, por ejemplo, la democracia es hoy menos una forma de gobierno que un régimen político y con mayor vigor aún el principio de legitimidad del poder en los actuales modos de organización política.

Dejando de lado, pues, tanto la cuestión de la forma ideal, necesariamente circunstancial y variable, subordinada a las condiciones de cada Estado y la cuestión de una clasificación de valor universal, pasamos a enumerar los intentos que se han hecho para clasificar las formas de gobierno.

En la antigüedad, la clasificación de los gobiernos se hizo atendiendo a su aspecto estructural, sobre todo, al número de personas que tiene a su cargo el ejercicio del gobierno. Herodoto, en *Los nueve libros de la historia*, al tratar de la organización de los persas, en el diálogo que sostienen Otanes, Megabizo y Darío pone en labios del primero el consejo de que se dejase en manos del pueblo la suma potestud del Estado, pareciéndole que nadie podía en adelante ser nombrado monarca por ser tal gobierno ni agradable ni provechoso a la sociedad, considerando al gobierno popular como el mejor. A su vez,

Megabizo se pronuncia por la aristocracia, negando que exista acierto en pasar al "vulgo" la autoridad soberana, que obra "sin saber lo que hace ni por qué lo hace". La autoridad soberana debe darse a un consejo compuesto por los hombres de mayor mérito y reputación. Por último, Darío argumentó en favor de la monarquía, a la que estimaba como la mejor forma de gobierno.

Plató se refiere a las formas de gobierno en *La República* y en *El Político*. Señala que hay necesariamente tantos caracteres de hombres como especies de gobierno, porque la forma de gobierno de los Estados no procede "de las encinas o de las rocas, sino de las costumbres mismas, de los miembros que las componen y de la dirección que este conjunto de costumbres imprime a todo lo demás" (*La República*, Lib. VIII). Estas formas son la monarquía, es decir, el go-

bien de uno; la aristocracia, el de los pocos, y la democracia, el de la multitud. "El gobierno monárquico, el de los pocos y el de la multitud —se lee en *El Político*—, son los tres que hemos tratado desde el principio. Dividimos cada uno de ellos en dos, de manera que formen seis, haciendo del séptimo el verdadero gobierno. De la monarquía nace el reinado, y la tiranía; del gobierno de pocos, la aristocracia y la oligarquía, y en cuanto al gobierno de la multitud, le hemos llamado simplemente con el nombre de democracia; pero ha llegado el momento de dividirlo en dos a su vez, porque se puede mandar según las leyes o con desprecio de ellas en este gobierno como en los demás."

Aristóteles adopta, en líneas generales, la clasificación de Platón, pero la desarrolla sistemáticamente en base a un doble criterio, cuantitativo o estructural y cualitativo o teleológico. Estas formas puras son la monarquía, la aristocracia y la democracia, cuantitativamente el gobierno de uno, de pocos y de muchos, y cualitativamente tienen en vista el bien general. Las formas impuras, que tienen en cuenta el interés de los gobernantes, se encuentran viciadas en su base no siendo más que una corrupción de las buenas; son la tiranía, la oligarquía y la demagogia. La clasificación tripartita de Aristóteles se encuentra expuesta en *La Política* y en *La Ética*. "La tiranía es una monarquía cuyo solo fin es el interés del monarca, la oligarquía tiene en cuenta sólo el interés de los ricos; la demagogia, el de los pobres. Ninguno de estos gobiernos piensa en el interés general" (*La Política*, p. 96). La profundidad del pensamiento aristotélico, la adición al elemento estructural de un criterio ético o teleológico, han convertido en clásica su clasificación de las formas gubernamentales.

Polibio considera que existen tres formas de gobierno: real, aristocrático y democrático. La monarquía es gobernada "más por razón que por miedo y violencia"; la aristocracia es "aquella donde se escogen los más justos y prudentes para que manden"; y la democracia es aquella donde "el sentimiento que prevalece es el del mayor número" (*Historia*, Lib. VI, II).

Cicerón, en *La República*, acepta la clasificación tripartita. "La autoridad —dice— puede ejercerse por uno solo, por algunos hombres escogidos o por la muchedumbre misma. Cuando el gobierno de todas las cosas está en manos de uno solo, ese señor único toma el nombre de rey, y esta forma de gobierno se llama monarquía. Cuando la dirección la ejercen algunos hombres escogidos, el gobierno es aristocracia. Gobierno popular es aquel en que el mismo pueblo lo dispone todo."

(3) George Burdeau, *Traité de la science politique*, t. IV, pág. 292.

combinaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana y cuanta peor en otros. Cuando se pregunta de un modo absoluto cuál es el mejor gobierno, se hace una pregunta que no puede ser contestada, porque es indeterminada, o, si se quiere, tiene tantas soluciones como combinatorias posibles hay en las posiciones absolutas y relativas de la triada aristotélica, ha dado origen a las clasificaciones modernas los pueblos.

bipartito. Conviene señalar que en la clasificación de Maquiavelo subyace una cuestión histórica, la de la oposición entre principes y pueblos; y que en los *Discursos sobre la primera década* de Tito Livio (lib. I, c. II) alude a las seis formas aristotélicas, "tres de ellas pésimas, las otras tres buenas en sí mismas, pero tan fáciles de corromperse que acaban por ser perniciosas".

Montesquieu, en *El Espíritu de las Leyes* (lib. II y III) divide a los gobiernos en monarquías, repúblicas, que se subdividen en aristocráticas y democráticas, y en despotismos. "El gobierno republicano es aquél en el cual el pueblo, en conjunto o sólo una parte de él, tiene el poder soberano; el monárquico, aquél en el cual sólo uno goberna, pero por leyes fijas y establecidas, mientras que en el despotismo, uno solo, sin ley y sin regla, hace todo según su voluntad y capricho." La monarquía se funda en el honor, el despotismo en el miedo, la república aristocrática en la moderación; y la república democrática en la virtud, es decir, en el amor a la igualdad. La novedad de la clasificación de Montesquieu reside, precisamente, en estos "principios" como fuerzas o móviles de las acciones humanas, que se relacionan con la "naturaleza" del gobierno.

Locke, para quien *república* (*commonwealth*) equivale a forma política, distingue como formas de la república a la perfecta democracia, la oligarquía y la monarquía. (Ensayo sobre el gobierno civil cap. X, par. 133.) Rousseau, en *El Contrato Social* (lib. III) se refiere a la democracia, a la aristocracia y a la monarquía. "El soberano puede, en primer lugar, confiar el depósito del gobierno a todo el pueblo o a su mayoría, de suerte que haya más ciudadanos magistrados que simples particulares. A esta forma de gobierno se da el nombre de democracia. O puede también reducir o limitar el gobierno depositándolo en manos de los menos, de manera que resulten más ciudadanos que magistrados. Este sistema toma el nombre de aristocracia. Puede, por último, concentrar todo el gobierno en un magistrado único de quien los demás reciben el poder. Esta tercera forma es la más común y se llama monarquía o gobierno real." En todas las épocas, dice Rousseau, se ha discutido mucho sobre la mejor forma de gobierno, sin considerar que cada una de ellas es la mejor en ciertos casos y la

Kant distingue "según que uno mande a todos, o que algunos, iguales entre sí, manden reunidos, a todos los demás"; o que todos juntos manden a cada uno, y, por consiguiente, cada cual a sí mismo"; tres formas de gobierno: autocracia, aristocracia y democracia.

Jellinek considera que las formas de gobierno históricamente fundamentales e irreducibles son la monarquía y la república, de las que a su vez surgen numerosas variedades. La monarquía, en la que el Estado es dirigido por una voluntad física, se puede dividir en absoluta y hereditaria, electiva y limitada, y esta última, a su vez, subdividirse según que la limitación provenga de clases, o sea de índole constitucional o parlamentaria. A su vez, la república, es decir, la no monarquía, puede dividirse en aristocrática, oligárquica o democrática. Esta última puede subdividirse en antigua y moderna, y ésta, a su vez, en representativa, representativa con instituciones de democracia directa y de asambleas populares.

Hans Kelsen afirma que "la forma es ante todo método de creación del derecho" y por consiguiente existen dos tipos: democracia y autocracia. Esta distinción se basa en la idea de la libertad política. La democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia (4).

Burdeau entiende que hoy asume importancia la clasificación de los régimenes políticos, antes que las formas de gobierno. Estas se encuentran influidas de tal modo por aquéllos, que todos los elementos tradicionales se disuelven sin reencontrarse en algún criterio único, o cuanto menos, unificador. Las cuestiones relacionadas con el origen, fundamento, fines y modo de ejercicio del poder se combinan en los régimenes políticos contemporáneos. Hoy dos Estados pueden presentar idéntica técnica gubernamental y ser completamente opuestos ideológicamente. A la inversa, pueden tener técnicas gubernamentales opuestas y tener identidad ideológica. De acuerdo con esto, sostiene que "el mejor método para abordar una clasificación de los régimenes

(4) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, cit., pág. 408.

quizás es atenerse a la opinión del profano, conforme a la cual dos grandes formas políticas dividen al mundo: los regímenes autoritarios y los regímenes democráticos”⁽⁵⁾. Opinión que implica reconocer la imposibilidad de elaborar una clasificación de las formas de gobierno que, aun sin tener valor universal, sirva para abarcar a las formas gubernamentales que existen en los Estados contemporáneos.

5. Diversos autores han señalado la existencia de una cuarta forma de gobierno que resulta de la combinación de las formas o tipos propios. Esta nueva forma, llamada mixta, ha sido estimada como la que ofrece más apreciables ventajas en la realidad de la vida estatal. Polibio vio en la forma mixta la causa de la grandeza de la república romana, entendiendo que el consulado, el senado y los comicios contenían los principios monárquico, aristocrático y democrático, respectivamente, asegurando a la forma gubernamental la estabilidad necesaria para conciliar los intereses y responder a todas las necesidades. Estima que “la mejor forma de gobierno es la que se compone de las otras tres”. Ese mismo criterio es seguido por Cicerón, quien en la República (I) por boca de Scipión desaprueba a las tres formas de gobierno, separadamente, considerando superior a la que nace de las tres reunidas. “Parécesme —dice— que, de las tres primeras formas, es preferible la monarquía; pero esta misma es inferior a un gobierno que reúna lo mejor que aquéllas tienen y amalgame en justa proporción los tres poderes”. El mismo Maquiavelo, antes de simplificar la clasificación aristotélica, se muestra, en los Discursos (lib. I, cap. II), partidario de la forma mixta de gobierno. “Digo, pues, que todas estas formas de gobierno son perjudiciales: por la brevedad de su vida las tres que calificamos de buenas, y las otras tres por la malignidad de su finido. El legislador prudente que conozca estos defectos, huirá de ellas, estableciendo un régimen mixto que participe de todas, que será más seguro y más estable, porque en una constitución donde coexistan la monarquía, la aristocracia y la democracia, cada uno de estos poderes vigila y contrarresta los abusos de los otros.”

Bluntschli considera que tal forma mixta no existe. Si por gobierno mixto se entiende una moderación o una limitación de la monarquía, de la aristocracia o de la democracia por otros factores políticos, por ejemplo una monarquía templada por un senado aristocrático o por una asamblea democrática es evidente que no se trata de una forma nueva, porque el poder supremo estará siempre concentrado en manos, sea

(5) George Burdeau, *Tratté de la science politique*, cit., págs. 358/64.

del monarca, sea de la aristocracia o del pueblo. Y esto es lo esencial para entender si puede o no darse tal forma mixta como nueva.

Algunos han creído, dice Bluntschli, hallar un ejemplo de esto en la Constitución inglesa; el poder estaría dividido en tres autoridades supremas, el rey, la cámara alta y la de los comunes, cuya división perfeccionaría esta constitución, ideal de la forma mixta. Esto es completamente erróneo. La constitución inglesa no ha nacido de la división del poder, sino que tuvo desde un principio un carácter esencialmente monárquico, que luego se atenuó siendo su espíritu más bien aristocrático. Se olvida, además, generalmente, que la división aristotélica tiene por base la oposición de gobernantes y gobernados y se pregunta a quién pertenece el poder supremo del gobierno. No hay gobierno que sea mitad monárquico, mitad democrático. Menos aun que pueda dividirse por terceras partes y sea, respectivamente, monárquico, aristocrático, democrático. Existe oposición entre las formas simples y si bien pueden darse algunas mezclas por la supervivencia de instituciones de un orden distinto al principio imperante, tal como la monarquía democrática, esto no puede tener sino un sentido: o bien que la monarquía se apoya en el pueblo y permanece estrechamente unida a él; o bien que el pueblo conserva un elemento tradicional, meramente decorativo, como símbolo de la unión de la comunidad nacional en el Estado⁽⁶⁾.

En realidad, la llamada forma mixta de gobierno no es otra cosa que la separación funcional del poder en el Estado. Cuando Polibio analiza la constitución romana, desde la perspectiva de la división tripartita de las formas gubernamentales de Aristóteles, y enuncia su teoría de la forma mixta de gobierno, descubre el mecanismo de la separación de poderes y su interrelación funcional, pero lo denomina inapropiadamente. Según Friedrich, la teoría de Polibio sobre la forma mixta de gobierno, que ejerció influencia hasta la época moderna, sirvió a los teóricos políticos del siglo XVII para elaborar la teoría de la “separación de poderes”, a través de la indagación histórica y funcional de ciertas funciones o “poderes” básicos⁽⁷⁾.

6. La teoría de la división o separación de los poderes se presenta en conexión con el proceso de constitucionalización de los Estados y con la forma representativa de gobierno, constituyendo uno de los ele-

(6) Juan Gaspar Bluntschli, *op. cit.*, t. I, págs. 274 y ss.

(7) Carl J. Friedrich, *op. cit.*, pág. 172. En la nota correspondiente, este autor señala que el famoso estudio de Polibio (*Historia*, lib. VI, cap. VI y s.) fue desarrollado en el derecho constitucional inglés en el libro de Thomas Smith, *De Republica Anglorum* (1538).

mentos substanciales del concepto formal de constitución. Es una categoría histórica, un instrumento de lucha política contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política, el Estado liberal, que emerge como conquista de la libertad.

Se nos presenta como un sistema de restricciones a la actividad del Poder, y, consecuentemente, como una garantía de la libertad individual. Reparte el poder de autoridad y regula su actividad en función de la libertad. Atribuye a los distintos órganos una fuerza determinada, necesaria para la efectividad de las funciones que les asigna, y traza una relación de equilibrio fijando órbitas de actividad, límites de autonomía, a fin de que actúen externamente separadas pero internamente vinculadas, por una íntima interrelación funcional. Se reduce, en fin, a un procedimiento de ordenación del poder de autoridad, buscando un equilibrio y armonía de fuerzas mediante una serie de frenos y contrapesos, a fin de que sean iguales, independientes y separados, sin que por ello deje de existir una necesaria coordinación funcional.

La raíz política de la teoría, en conexión con el régimen liberal, fue expuesta por Montesquieu en *El espíritu de las leyes* (lib. XI, cap. VI). "Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo el legislador; si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares". Como vemos, se trata de una teoría sobre la actividad del poder en el Estado, que atribuye a los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales el nombre de poderes y formula una división funcional del poder político con miras a garantizar la libertad individual. El punto de partida para el examen de la teoría de la separación de los poderes está dado, pues, por la equivalencia de significación que atribuye a "poderes" y "órganos" y la determinación de lo que debe entenderse por "funciones".

En efecto, la actividad del poder en el Estado se realiza mediante órganos a quienes se confía el cumplimiento de una función objetiva.

El poder en el Estado se distribuye entre el pueblo, depositario de la soberanía, titular del poder constituyente; y el gobierno, depositario del poder de autoridad o constituido. El gobierno está formado por un conjunto de órganos investidos de poder de autoridad y cuya competencia y actividad funcional se encuentra jurídicamente condicionada. El poder de autoridad, como fuerza o energía organizadora de la vida social, se deposita en el gobierno, cuyos órganos se encuentran investidos de autoridad para el cumplimiento de la actividad funcional del Estado. Función es, pues, la actividad que deben cumplir los órganos que forman parte del poder en el Estado; la forma de actuación efectiva del poder en el Estado. De esta manera, los órganos son las personas o instituciones que hacen efectiva la actuación del poder en el Estado. El poder actúa a través de funciones que se cumplen mediante los órganos.

Fiel a su origen histórico, la división de poderes moderna se elaboró racionalmente con miras a debilitar el poder repartiéndolo entre distintos titulares, pero en realidad no dividía los "derechos de mando", es decir, los poderes, sino las funciones, las competencias. Elevada a la categoría de dogma por la filosofía política del siglo XVIII, incorporada al constitucionalismo como base del concepto formal de constitución, la teoría de la división de los poderes se mantiene más por su contenido de racionalidad axiológica, es decir, por su relación con los valores de libertad y seguridad jurídica, que por su racionalidad técnica, que la reduce a una separación y coordinación de funciones.

7. De un modo más o menos manifiesto —dice Jellinek—, todos los escritores que se han ocupado de la teoría de las actividades del Estado, sus poderes o funciones, han tomado como base la realidad histórica, el estado concreto de su tiempo, partiendo del sistema de los órganos del Estado y sus atribuciones tal como se ofrecía en su época, reduciendo su actuación a funciones fundamentales, pasando de lo histórico a lo racional y de lo particular a lo general (8).

Platón, en *Las Leyes*, al examinar la decadencia de la monarquía en Mesenia y Argos, ve su debilidad en su constitución, diferente de la de Esparta. La monarquía dual, coexistiendo con el Senado y con los éforos, no sólo establecía un reparto del poder real de los dos reyes, sino también aseguraba un contrapeso del mismo en el Senado, admitiendo un freno en la función confiada a los éforos.

Aristóteles, en *La Política*, describe los caracteres de la *polis*, la

(8) George Jellinek, *op. cit.*, pág. 451.

asamblea popular, el Senado, el tribunal popular, las autoridades y las funciones o actividades a su cargo, resultando de esto una división de los "asuntos" del Estado. Señala Aristóteles que en todo Estado hay tres partes o elementos que deben ser bien organizados. El primero es la asamblea general, que deliberá sobre los asuntos públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es necesario fijar; y el tercero el cuerpo judicial. La asamblea general decide en punto a la paz y a la guerra, a la celebración y ruptura de tratados; hace las leyes; impone la pena de muerte, la de destierro y la confiscación, y toma cuentas a los magistrados. Aquí es necesario seguir uno de estos dos caminos: o dejar las decisiones todas a todo el cuerpo político, o encomendarlas todas a una minoría, por ejemplo, a una o más magistraturas especiales; o distribuirlas, atribuyendo una a todos los ciudadanos y otras a algunos solamente. El encomendarlas a la generalidad es propio de la democracia, que busca sobre todo este género de igualdad. Estima al cuerpo deliberante como el verdadero soberano del Estado. Las magistraturas son el segundo elemento de gobierno, y su duración, elección y reelección, facultades y formas de ejercicio son establecidos conforme al principio y utilidad de los diferentes gobiernos. La asociación política exige muchas clases de funcionarios. Por regla general, las funciones que dan derecho a deliberar, decidir y ordenar ciertas cosas son las que constituyen las únicas y verdaderas magistraturas políticas. El derecho de ordenar es el carácter realmente distintivo de la autoridad. En cuanto a cuáles son las magistraturas esenciales y su número, sostiene que lo numeroso de los ciudadanos permite multiplicar las magistraturas. No puede negarse que un empleo está mejor desempeñado, cuando la atención del magistrado se limita a un solo objeto, en vez de extenderse a una multitud de asuntos diversos. En los pequeños Estados es necesario centralizar las diversas atribuciones en algunas manos; siendo los ciudadanos muy pocos, el cuerpo de magistrados no puede ser numeroso. Muchas veces necesitan las mismas magistraturas y las mismas leyes que los grandes Estados; sólo que en los unos, los cargos recaen frecuentemente en unas mismas manos; y en los otros, esta necesidad sólo se reproduce de largo en largo tiempo. Pero no hay inconveniente en confiar a una misma persona muchas funciones a la vez, con tal que estas funciones no sean por su naturaleza contrarias. La forma del nombramiento puede variar desde la suerte hasta la elección. En cuanto a las atribuciones que se les puede asignar, son muy variadas, desde el mando de los ejércitos hasta la jurisdicción para entender en los contratos que se celebran en el mercado público. El tercer elemento son

los tribunales. Las diferencias entre los tribunales sólo pueden recaer sobre tres puntos: su personal, sus atribuciones, su modo de formación. En cuanto a su personal, los jueces pueden tomarse de la universalidad o sólo de una parte de los ciudadanos; en cuanto a sus atribuciones, los tribunales pueden ser de muchos géneros; y en fin, respecto al modo de formación, pueden ser creados por elección o la suerte. La división de poderes, a la que ya se refiere Platón en *Las Leyes*, tiene en Aristóteles amplio desarrollo, distinguiendo entre el poder legislativo o consultivo, el ejecutivo y el judicial. Sin embargo, Aristóteles no tiene idea de la relación funcional entre las magistraturas ni considera un peligro la acumulación de funciones en una sola mano, interesándose, únicamente, que esas funciones no sean opuestas por naturaleza.

Marsilio de Padua y los monarcómacos, durante la baja Edad Media, distinguen dos poderes: uno, de orden legislativo, en manos del pueblo; y otro, relacionado con el cumplimiento de la ley, en manos del monarca. Particularmente Marsilio de Padua, en *Defensor Pacis*, insiste sobre el derecho del pueblo a sancionar la ley señalando a la autoridad ejecutiva como instrumento de la función legislativa.

Locke, en su Tratado sobre el gobierno civil, se refiere a cuatro poderes: legislativo, ejecutivo, federativo y discrecional o de prerrogativa. El poder legislativo —dice— es el que tiene derecho a dirigir el empleo de las fuerzas del Estado con el objeto de preservar a la comunidad y a sus miembros. Mas sería una tentación demasiado grande para la frágil naturaleza humana, que tiende a abusar del poder, que las mismas personas que detentan el poder legislativo poseyendo también en sus manos el poder de ejecutar sus decisiones, de tal manera que podrían eximirse de la obediencia a las leyes que sancionaran y hasta acomodar la ley, en su forma y ejecución, a su propia conveniencia, y, en consecuencia, venir a tener un interés distinto al del resto de la comunidad y contrario a la finalidad de la sociedad y del gobierno. Por eso en un Estado bien organizado, donde el bien de todos es considerado como debe serlo, según un recto criterio, el poder legislativo está puesto en manos de diversas personas que, debidamente reunidas, tienen por ellas mismas o por su unión con otras, el poder de sancionar leyes, que, desde entonces, son obligatorias aun para los mismos que las han hecho; lo que constituye un nuevo y fuerte motivo que induce a los legisladores a obrar exclusivamente en mira del bien público. Para la ejecución de las leyes es necesario que exista un poder en continua actividad que vigile la ejecución de las leyes y se mantenga siempre fuerte. Así el poder legislativo y el ejecutivo están a menudo separados. En cuanto al poder federativo, fundado en la razón

de ser de todo el cuerpo político, consiste en el poder de guerra y paz, de formar ligas y alianzas, y todas las transacciones con cualquier persona o comunidad extranjera. Podría decirse que consiste en la dirección de la seguridad estatal y de los intereses públicos en sus relaciones con todos los pueblos extranjeros. Aunque el ejecutivo y el federativo sean distintos, es difícil separarlos y colocarlos en distintas manos.

En cuanto a la prerrogativa, no es sino el poder que posee el príncipe a fin de proveer al bien público en los casos que dependen de sucesos imprevistos e inseguros y en que las leyes fijas e inalterables no ofrecen garantía suficiente. Tal el caso de que el pueblo tenga nueva representación (disolución del Parlamento); es decir, todo lo que se haga con la intención manifiesta de proveer al bien público y de reconstruir la autoridad gubernamental sobre sus verdaderas bases es, y siempre será, según Locke, "una justa y legítima prerrogativa".

Montesquieu, como hemos visto, en el capítulo que dedica al estudio de la constitución de Inglaterra, en el espíritu de las leyes, traza de modo orgánico la teoría de la división de los poderes. Hay en todos los Estados, a su juicio, tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil. Por el primero el príncipe o magistrado hace leyes, para algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Este último debe llamarse poder judicial y el otro simplemente poder ejecutivo del Estado. La reunión de poderes en una misma persona o cuerpo de magistrados hace que no exista libertad. El poder de juzgar no debe confiarse a un tribunal, sino ser ejercido por personas sacadas del cuerpo del pueblo, como en Atenas, en ciertas épocas del año y de la manera que prescribe la ley, para formar un tribunal que dure el tiempo que exija la necesidad. De tal manera, la facultad de juzgar, tan terrible entre los hombres, no hallándose vinculada en ningún estado ni profesión, viene a ser, por decirlo así, invisible y nula. No se tiene delante continuamente a los jueces; se teme a la magistratura y no a los magistrados. Es necesario que en las acusaciones graves el reo designe sus jueces, en concurrencia con la ley; o, por lo menos, tenga el derecho de recusar tal número de ellos, que los que queden puedan reputarse de su elección. Los otros dos poderes podrían más bien darse a magistrados o cuerpos permanentes, porque sus decisiones no recaen sobre ningún particular, no siendo el uno más que la voluntad general

del Estado, y el otro la ejecución de esta voluntad. Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representasen una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone.

En los Estados libres, sigue diciendo Montesquieu, donde todo hombre, en quien se reconoce un alma libre, debe gobernarse a sí mismo, sería preciso que el poder legislativo correspondiese al pueblo en cuerpo; pero como esto no es posible en los Estados de gran extensión y ofrece numerosos inconvenientes en los pequeños, se necesita que el pueblo haga por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo.

Resumiendo, pues, el pensamiento de Montesquieu, puede decirse que con él la teoría de la división de los poderes alcanza completa formulación, radicando su originalidad en tres circunstancias: en atribuir a la justicia carácter de poder estatal, a diferencia de Locke que no lo menciona como poder, pues, conforme a la realidad de su tiempo, la Cámara de los Lores tenía las funciones propias del más alto tribunal inglés; en haber hecho de la división de poderes una garantía esencial para la existencia de la libertad, y, por último, haberla considerado como base de la organización constitucional de los Estados.

Benjamín Constant, en su Curso de Política Constitucional, adopta la teoría de la división de poderes de Montesquieu pero le agrega dos poderes más: el real, en mano del monarca, ejercido en poder "neutro" destinado a conciliar y dar término a toda diferencia o conflicto entre los otros poderes; y el poder municipal. Dice Guizot: Los poderes constitucionales son el real, el ejecutivo, el representativo y el judicial, si que puede añadirse el municipal. Los tres poderes políticos, tal como lo hemos conocido hasta ahora, es decir, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, son tres resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general; pero cuando éstos, sacados fuera de su lugar, se mezclan entre sí, se chocan o molestan, es necesario buscar una fuerza que los ponga en su lugar. Esta fuerza no puede existir en ninguno de los tres resortes, porque serviría para destruir a los demás; y así, debe estar fuera, y ser neutra en cierta manera, a fin de que su acción se aplique en todas las partes donde sea necesario, y para que preserve y repare sin ser hostil. La monarquía constitucional tiene esta gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de un rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable, y de un poder de opinión, que sirve de base al político. El interés verdadero de este rey no es en

manera alguna que uno de los poderes destruya a otro, sino que todos se apoyen, se comuniquen entre sí, y obrén de concierto. El poder legislativo reside en las asambleas representativas con la sanción del rey, el ejecutivo en los ministros, y el judicial en los tribunales. El primero hace las leyes, el segundo provee a su ejecución general, el tercero las aplica a los casos particulares. El rey está entre medio de estos tres poderes como autoridad neutra o intermedia, sin ningún interés bien entendido en romper el equilibrio. Constant estima a ese poder "neutro" como la clave de toda organización política, reconociendo la paternidad de la idea a M. de Clermont-Tonnerre. A su juicio, el vicio de casi todas las constituciones ha sido el no haber creado un poder neutro, y haber puesto la suma de la autoridad, de que él debía estar investido, en uno de los poderes activos.

La división funcional del poder político, que, como hemos visto a lo largo de esta visión general de su desarrollo histórico, toma forma definitiva en Locke y Montesquieu, refleja una larga evolución de las instituciones políticas. Ella resume, en gran medida, los resultados institucionales de la revolución inglesa del siglo XVII y la revolución americana y francesa del siglo XVIII. Hasta entonces, el destino político de Europa había estado dominado, alternativamente, por la aristocracia feudal, el clero y el trono, y los avances hacia la libertad eran un producto de su coexistencia y de su lucha. Estas revoluciones son el estallido y triunfo de una nueva fuerza, la de la burguesía y en definitiva del pueblo, que se apoderó del poder político por los mismos medios y con el mismo derecho con que a su turno lo habían hecho las otras fuerzas.

Estas revoluciones hicieron de la división de los poderes uno de los viñetos del gobierno libre. En Estados Unidos fue incorporada a la Constitución como principio fundamental de la organización política. Madison, en *El Federalista*, había dicho que "la acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, sean de uno, de unos pocos o de muchos, sean hereditarios, autodesignados, o electivos, constituye justamente la verdadera definición de la tiranía", y Jefferson, poco menos que con idénticos términos, había señalado que "la concentración en las mismas manos es precisamente la definición del sistema despótico". Desde entonces, conforme lo ha sostenido invariablemente la Corte Suprema norteamericana, uno de los principales méritos del sistema americano de derecho constitucional escrito es que todos los poderes investidos en el gobierno, sea nacional o estadal, están divididos en tres grandes departamentos: el ejecutivo, el legislativo y el judicial; que las funciones asignadas a cada una de

las ramas del gobierno estarán investidas en un cuerpo separado de servidores públicos, y que la perfección del sistema requiere que las líneas que separan y dividen a esos departamentos estén clara y precisamente definidos. Es también esencial al funcionamiento exitoso del sistema, que a las personas investidas con poder en cualesquiera de esos temas no les sea permitido usurpar los poderes confiados a los otros, sino que cada uno esté por la ley de su creación limitado al ejercicio de los poderes asignados a su propio departamento y no a otros (*Caso Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 188) (9).

En Inglaterra, el principio se mantuvo a pesar de la fusión de las ramas ejecutiva y legislativa en el Parlamento. En Francia, la separación de los poderes fue un credo de la doctrina revolucionaria, que la llevó más allá de donde quería el propio Montesquieu, pues consagró la separación absoluta de poderes. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la proclamó en su artículo 16 y en la Constitución de 1791 la teoría adquiere carácter de institución, difundiéndose como elemento esencial del proceso del constitucionalismo, gradual y sucesivamente, en todos los Estados.

8. Maurice Hauriou, antes de examinar la cuestión relativa a la división de los poderes, estudia la doctrina del poder del Estado. Sienta dos premisas: a) que existen unidades compuestas; y b) que hay dos formas del poder del Estado: el poder minoritario y el mayoritario, porque en todo grupo, o manda la minoría o la mayoría, pudiendo existir un entrecruzamiento, mandando una y vigilando la otra, como ocurre, a su juicio, en las democracias. Define al poder como una libre energía dotada de superioridad, considerando que es, a la vez, una libertad (autonomía), una energía (fuerza) y una superioridad (voluntad e inteligencia).

El poder asume la empresa de gobierno de un grupo humano y gobierna por la creación continua del orden y del Derecho. Existen poderes de varias clases: religiosos, políticos, económicos, considerando que el poder del Estado moderno presenta dos caracteres que estima como notables: por una parte, es un poder político, temporal y civil, del cual se han separado los elementos de poder económico, de poder religioso y de poder militar, y por otra parte, es un poder centralizado. El poder político consiste en el gobierno directo de los hombres, bajo la amenaza de sanciones penales. El poder económico consiste en el gobierno indirecto de los hombres, por la posesión de las cosas que

(9) Segundo V. Linares Quintana, *Gobierno y Administración*, cit., pág. 73.

Estos poderes pue... se reúnen, bajo la amenaza de reunirnos a condición de hambrientos. Estos dos poderes pueden reunirse en las mismas manos, o pueden separarse casi completamente, según el régimen que impere, apareciendo dos formas de sociedades, la sociedad política y la sociedad económica, que pueden superponerse o competir entre sí según la dominación que exista y la organización que se establezca. El poder religioso es el gobierno indirecto de los hombres a través de sus necesidades espirituales. Se comprende que cuando están en las mismas manos el poder político y el poder religioso haya menos libertad.

La separación de los poderes hace que surjan autoridades diferentes, y que, en cierta medida, se controlen y equilibren. En cuanto al poder militar, que resulta de su fuerza, se encuentra subordinada al poder político. El proceso de su centralización puso en manos de un núcleo de poder los instrumentos políticos, civiles y militares. En cuanto a los orígenes del poder, Hauriou sostiene que fue minoritario, en manos de una pequeña minoría de gobernantes. Al institucionalizarse el poder, se convierte en un poder de derecho, es decir, lo opuesto a un poder de fuerza, definiéndolo como "aquel cuyos elementos internos están de tal manera dispuestos que, subordinándose el poder de dominación a la autoridad y a la competencia, resulta el poder dueño de sí mismo y puede consagrarse a su función" (10). De esta manera, hay en el poder dos elementos: el de autoridad y competencia, que permite que una minoría (élite) política asuma la empresa del gobierno de un grupo, haciéndose obedecer por los demás hombres en nombre del orden; y el de dominación, que reduce la obediencia al empleo de una fuerza de coacción material. El poder político es una mezcla de autoridad y dominación. Esta distinción ha engendrado una separación entre el poder ejercido por los funcionarios y el poder del personal político. La institución gubernamental y su personal de funcionarios tiene autoridad y competencia (poder minoritario según Hauriou), y los hombres políticos, salidos del sufragio, poder de dominación, es decir, mayoritario.

Sentadas estas bases, Hauriou define a las funciones del Estado como "las diversas actividades de la empresa de gobierno, consideradas con arreglo a las directivas que les imprimen las ideas estatales" (11) (justicia, legislación, gobierno y administración), entendiendo que

cada una de las ramas de actividades puede comportar varias clases de actos.

En cuanto a la función gubernamental, o simplemente gobierno, consiste "en solucionar, a compás de los sucesos, los asuntos excepcionales que afectan a la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales", y la función administrativa "consiste en gestionar los asuntos públicos ordinarios". Define a los "poderes públicos" como modalidades del poder de que se sirve el Estado para realizar sus funciones.

Son "operaciones de voluntad" tales como la decisión ejecutoria, la deliberación, el consentimiento. No se puede confundir a los poderes con las funciones ni con los órganos. Lo prueba el hecho que un mismo poder interviene en muchas funciones, tanto principales como accesorias; por otra parte reciben el concurso de los otros, no realizando solos sus funciones. Respecto de los órganos, debe tenerse presente que en varios casos el poder público es una síntesis de una pluralidad de órganos. Es que el poder del Estado es una unidad compuesta, idea que según Hauriou deriva de la *psicología positiva*. Según esto, no hay contradicción lógica entre unidad y multiplicidad si se adopta la noción de la unidad compuesta. Sostiene que la verdadera interpretación del principio de la separación de poderes es el de "una separación mitigada compatible con el hecho de la participación de los poderes en las mismas funciones, es decir, de un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el gobierno del Estado, una vida interior permanente y continuada, al mismo tiempo que una garantía de la libertad" (12); criticando a quienes por interpretar mal a Montesquieu niegan la existencia o utilidad de la separación de poderes, y a quienes, confundiéndolos con las funciones y los órganos, tratan de substituir la separación de poderes por la de las funciones. Montesquieu, según Hauriou, entendió la separación de poderes de un modo flexible, de recíproca colaboración, a fin de que "el poder limite al poder" mediante un equilibrio, que los haga marchar de acuerdo. Es decir que en Montesquieu la separación no es absoluta ni rígida, y la distinción entre poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial eran realmente competencias de la voluntad política, es decir, tenían papel político, en su tiempo. En virtud de los cambios operados, entiende que actualmente los poderes son tres: el poder ejecutivo, el poder legislativo, y el poder del sufragio, considerando que el judicial, al perder carácter político, se ha reducido a lo contencioso, no pudiendo por tal

(10) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 180.

(11) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 372.

(12) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 377.

razón tener entrada en la doctrina francesa de la separación de los poderes.

Por último, Hauriou señala que existe una jerarquía normal entre los tres poderes que enuncia: los poderes de decisión (ejecutivo y deliberante) deben prevalecer sobre el poder del sufragio (asentimiento), porque la decisión es superior al asentimiento. Y entre los dos poderes de decisión, debe prevalecer el ejecutivo sobre el deliberante, porque la esencia de la deliberación encarna en la decisión. Esta jerarquía no se ajusta a la realidad política, donde, por el advenimiento de la democracia, ocupa el primer término el poder de sufragio, el segundo el deliberante, y en último término, el poder ejecutivo.

En suma: Hauriou defiende el principio de la separación de poderes, distinguiéndolo de las funciones y los órganos e interpretando el pensamiento de Montesquieu. Proporciona una base psicológica a su justificación, referida a la "voluntad", que se expresa en forma de actividad. Afirma que existen unidades compuestas, por lo cual no hay contradicción entre la unidad y la multiplicidad, enunciando su propia clasificación de poderes, en poder de ejecución, deliberación y de sufragio, a los que considera normalmente jerarquizados.

9. La consagración constitucional de la teoría de la división o separación de los poderes, que fue elevada por Kant a la categoría de triada política al afirmar que todo Estado encierra en sí tres poderes en correspondencia con las tres proposiciones de un razonamiento práctico, no impidió su crítica ni su negación. Ya Rousseau, en "El Contrato Social", había sostenido que no podía dividirse ni separarse la soberanía en su principio, fuerza y voluntad. "Pero nuestros políticos, dice, no pudiendo dividir la soberanía en su principio, la dividen en fuerza y voluntad, en poder legislativo, y poder ejecutivo..."

"Hacen del soberano un ser químerico, formado de diversas partes reunidas, lo que si formasen un hombre con varios cuerpos, de los cuales tuviera uno los ojos, el otro brazos, el otro pies y nada más", y luego de compararlos con los charlatanes del Japón, de quienes se cuenta que despedazan un niño en presencia de los espectadores, y, arrojando en el aire sus miembros el uno después del otro, hacen caer al niño vivo y unido enteramente, concluye: "Como éstos son, poco más o menos, los juegos de nuestros políticos: después de haber desmembrado el cuerpo social, unen sus piezas sin que se sepa cómo, valiéndose de uno de esos trucos de feria". Del mismo tenor es la crítica

de Bluntschli, quien usando parecidos términos expresa que "dividir los poderes del Estado y ponerlos realmente en perfecta igualdad, es romper el cuerpo social. Separar la cabeza del cuerpo y hacerlos iguales, es matar al hombre" (13).

Garnier, por otra parte, dice que la estricta separación de los poderes "no sólo es impracticable como un principio de actuación en el Gobierno, sino que no es deseable. La experiencia de la Constitución inglesa y de otras, en las que el principio no es estrictamente observado, demuestra que no es una condición necesaria para las instituciones libres" (14). Laband, al señalar que los escritores alemanes que se ocupan de política y de derecho público rechazan desde hace tiempo casi unánimemente la teoría de la separación de los poderes, afirma que "no trae ninguna utilidad hacer la crítica de esta teoría, que destruye la unidad del Estado y no es ni lógica ni práctica..." (15).

La crítica, en consecuencia, se centra en la afirmación de que la teoría de la separación de los poderes destruye la unidad del Estado. Desde esta perspectiva de la indivisibilidad de la potestad estatal, Jeilinck sostiene que la teoría de la división de los poderes no es otra cosa que una división de las funciones. El poder no se divide, lo que se dividen son las competencias. A su respecto dice que la complejidad de las funciones del Estado admite que se la pueda considerar desde distintos puntos de vista sometiéndola a diversas divisiones. Señala que ninguna división puede ofrecer una perfección lógica, porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aun cuando se dirija a la práctica, está a menudo privado de lógica. Es así como estima como primera división legítima a la doctrina de la división de poderes. Si bien la doctrina de Montesquieu ha sido rechazada por la ciencia alemana, ella acepta la división tripartita de las funciones del Estado, formulada, por supuesto, "de otra manera a como lo habían hecho Montesquieu y sus continuadores". La doctrina alemana rechaza el doctrinarismo de atribuir cada función a un órgano y la separación entre éstos para el ejercicio de las funciones.

Separar las funciones en materiales y formales. Las funciones materiales están dadas por la relación entre la actividad y los fines jurídicos, políticos y culturales, apareciendo dos funciones: normativa la una, de realización la otra. Existen, así, tres funciones materiales del Estado: legislación, jurisdicción y administración. "La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de

(13) Juan Gaspar Bluntschli, *op. cit.*, t. I, VII.

(14) Conf.: Adolfo Posada, *op. cit.*, t. I, pág. 466.

(15) Laband, *Le Droit public de l'Empire Allemand*, t. II, cap. VI, pág. 54.

en un acto individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones o intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas o dentro de los límites de ésta, valiéndose de medios que ante una investigación honda aparecen como un sistema complejo" (16).

Las funciones materiales están distribuidas entre los distintos órganos. La separación de funciones corresponde a la separación de órganos. Pero esa separación no es absoluta sino relativa.

En cuanto a las funciones formales, éstas corresponden a la actividad del Estado según actos de legislación, administración y justicia, y son ejercidas por los órganos legislativos, administrativos y judiciales. Así, la administración en sentido formal tiene un poder reglamentario y de decisión; los órganos legislativos tienen funciones formales de administración, y los órganos judiciales tanto administrativas como ciertas funciones legislativas, como en el caso de que ejerzan el control constitucional de las leyes. Existen funciones ejecutivas del legislativo, legislativas del ejecutivo y ejecutivas del judicial. De todo esto se deduce que la separación de funciones además de ser relativa está en cierta subordinación jerárquica respecto del órgano supremo, que puede ser el legislativo o el ejecutivo según se trate de los sistemas imperantes en Europa o América. En otras palabras, que no puede hablarse de división, equilibrio, independencia ni igualdad de poderes, sino de separación de funciones, interrelacionadas jerárquicamente.

Por otra parte Jellinek distingue entre actividad libre y actividad reglada, según esté o no determinada por una regla jurídica especial. La primera corresponde a la actividad legislativa y a cierta actividad de dirección dentro de la administración donde este elemento recibe el nombre de Gobierno. "Un Estado con un Gobierno que obrara sólo según leyes, no sería posible políticamente. La dirección de la actividad del Gobierno necesariamente está sustraída a reglas jurídicas. Si hay algo que por su naturaleza no sea susceptible de normas, es la iniciativa que en su parte más importante corresponde a todo Gobierno" (17).

10. Carré de Malberg sostiene que, en principio, la potestad del Estado es una, consistente en el poder de querer que tiene el Estado, a través de sus órganos y de imponer su voluntad a los individuos. Los

(16) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 462.

(17) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 468.

factores por intermedio de los cuales se ejerce la potestad estatal son manifestaciones de la voluntad del Estado que es una e indivisible. Establecida la unidad del poder del Estado, distingue desde el punto de vista jurídico entre este poder que es uno, y las funciones del poder, que son múltiples, y también de los órganos, que pueden ser igualmente múltiples. Las funciones del poder son las diversas formas de actividad del Estado: dictar la ley, o aplicarla, son funciones del poder. Los órganos del poder son los diferentes personajes o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones del poder. El cuerpo legislativo, por ejemplo, es el órgano que desempeña la función legislativa del poder estatal. Puntualiza Carré de Malberg que esta distinción tan sencilla entre el poder, sus funciones y sus órganos, está obscurecida, desgraciadamente, por el lenguaje usado en materia de poder, lenguaje que es completamente vicioso.

En la terminología vulgar, y hasta en los tratados de derecho público, se emplea indistintamente la palabra "poder", para designar a la vez, sea el mismo poder, o sus funciones, o sus órganos. Así, por ejemplo se emplea el término "poder legislativo", bien para designar a la función legislativa, o bien para referirse a las asambleas que redactan las leyes. Es evidente, sin embargo, que el cuerpo legislativo y la función legislativa son dos cosas muy diferentes. En virtud de la misma confusión se designa por costumbre con el nombre de "poderes públicos" o "poderes constituidos" a diversas autoridades, como jefes de Estado, Cámaras, Ministros, etc., que poseen las diferentes funciones de la potestad del Estado. Dicha terminología ilógica y equívoca es peligrosa, pues su naturaleza suscita y mantiene numerosos malentendidos en esta materia. Así, por ejemplo, ha contribuido a embrollar y agravar la controversia sin fin que reina entre los autores en lo referente al problema fundamental del número de los "poderes". Un lenguaje claro y preciso es la primera condición en todo estudio científico. Débese emplear, concluye, separadamente, los tres términos: poder, función y órganos para designar respectivamente a la potestad del Estado, a las diversas actividades que entraña y a las varias autoridades que ejercen esas actividades (18).

Sentada esta premisa, Carré de Malberg estudia en primer término la teoría de las funciones del Estado, es decir, la actividad, manifestaciones o modos de ejercicio de la potestad estatal, a la que distingue claramente de los fines (atribuciones o cometidos) del Estado. Reduce las funciones estatales a tres grandes clases de actividad: la legislación,

(18) Carré de Malberg, *op. cit.*, nota en pág. 249.

la administración y la justicia, sobre cuyo fundamento existen doctrinas divergentes. En primer lugar, la escuela representada por Jellinek, para quien la distinción de las funciones corresponde a la diversidad de fines estatales, criterio que ha sido seguido por G. Meyer; en segundo término, la doctrina de Laband, que separa los actos del Estado según contengan operaciones intelectuales o actuantes. La legislación y la jurisdicción se basan en operaciones intelectuales; la administración en operaciones actuantes, es decir, actos positivos; luego, la doctrina que resulta del derecho constitucional vigente, según la cual los actos del Estado serán de legislación, de administración o de justicia, según tengan por autores a los órganos legislativos, judiciales o administrativos, ateniéndose esencialmente al aspecto formal; y, por último, la que distingue entre funciones en sentido material y en sentido formal, que conduce a la división entre leyes materiales y formales que sirven de base a la delimitación de las competencias legislativa y administrativa. El gran interés práctico de esta última doctrina consiste en que pone de manifiesto, para cada una de las categorías de los órganos del Estado, cuál es en principio el campo reservado a su competencia especial. Esta teoría dualista de las funciones es hoy la prevalente.

Respecto de la separación de las funciones entre órganos distintos, a quienes se confía las operaciones de deliberación, legislación, gobierno, administración y justicia, estima Carré de Malberg que ella corresponde a la idea de que los órganos estatales no tienen en igual grado la potestad del Estado. Es decir que existe en este sentido cierto reparto o separación de poderes. Pero que nada tiene en común con la doctrina de la separación plural de poderes de Montesquieu, la que a su juicio debe ser rechazada, por ser inconciliable con el principio de la unidad del Estado y de su potestad. "No existen en el Estado tres poderes, sino una potestad única, que es su potestad de dominación. Esta potestad se manifiesta bajo múltiples formas: su ejercicio pasa por diversas fases: iniciativa, deliberación, decisión, ejecución. Los diversos modos de actividad que entraña pueden necesitar de la intervención de órganos plurales y distintos. Pero, en el fondo, todos estos modos, formas o fases concurren a un fin único: asegurar dentro del Estado la supremacía de una voluntad dominante, que no puede ser otra que una voluntad única e indivisible" (¹⁹). De todo lo cual se infiere que en el Estado moderno no cabe distinguir tres poderes desde el punto de

vista subjetivo, lo mismo que, en su potestad, no se pueden distinguir tres poderes desde el punto de vista objetivo.

Precisamente, para señalar esta unidad subjetiva del poder estatal es para lo que se ha formado, según Carré de Malberg, la teoría contemporánea del órgano del Estado. Expresa la idea que los titulares de la potestad del Estado carecen de personalidad propia diferente de la del Estado componiendo un todo con ésta, siendo simplemente sus órganos.

El Estado puede tener múltiples órganos, investidos de competencia, sin que su unidad se vea disminuida, ya que cada uno de ellos no hace sino ejercer, en la esfera de su competencia, la potestad unitaria de la persona única que es el Estado. La doctrina de la separación de poderes se reduce a una simple distribución de competencias, pues "los titulares de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial reciben estas funciones, no ya como trozos de potestad estatal, destinados a incorporarse separadamente en cada uno de ellos, y cuya posesión los convertiría en fuerzas políticas concurrentes o en personas soberanas llamadas a tratar juntas a medo de contratantes que alegasen derechos e intereses diferentes, sino que estos múltiples titulares reciben la misión de cooperar al ejercicio de la potestad única y colaborar en la formación de una voluntad estatal única y común" (²⁰).

Claro que la libertad pública exige que el ejercicio de la potestad estatal no dependa exclusivamente de la voluntad de una sola y misma autoridad; pero, por encima de estas necesidades, domina el principio de la unidad del Estado, que hace necesario que exista coordinación en la producción de una voluntad unitaria, a pesar de la multiplicidad de las autoridades y la especialización de las competencias.

Esa coordinación no excluye la jerarquía que se establece entre las funciones y que entraña una desigualdad entre los órganos, derivada de haberse dado superioridad a la función legislativa o a la ejecutiva, según los casos, sobre las demás funciones.

De todos modos, la organización del poder en el Estado no se resiente en su unidad, si se tiene en cuenta que la coordinación y jerarquía de funciones y la distribución de competencias, que ha venido a substituir a la doctrina de la separación de poderes, sólo debe producirse en el orden de los poderes constituidos, permaneciendo subordinados al poder constituyente, como poder superior y la primacía de una voluntad originaria o inicial: la voluntad del pueblo.

(¹⁹) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 760.

(²⁰) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 763.

— — — — — de la separación de poderes no acarrea nada respecto del poder constituyente, que es, por otra parte, el punto de partida de la organización de los poderes constituidos.

En suma: Carré de Malberg considera a la separación de poderes como irrealizable. Ni la división, ni la independencia, ni la igualdad de los poderes o de las autoridades encargadas de ejercerlos han sido reconocidos como posibles. De haberlo sido, se habría paralizado la potestad del Estado y destruido su unidad. Existe una distribución de competencias o poderes atribuidos a cada clase de órganos y una jerarquía entre los órganos. En todo Estado hay un órgano, simple o complejo (Presidente, Congreso, Parlamento), considerado preeminente, porque nada puede hacerse sin su voluntad o contra su voluntad. Sólo en ese sentido, que no es el de Montesquieu, y partiendo de una distinción de las funciones, puede hablarse de separación de poderes, es decir, que hay "una gradación de poderes más bien que un sistema de separación de poderes" (21).

11. Esta gradación de poderes, en Europa, muestra como preeminentes al cuerpo legislativo. En América al órgano unipersonal encargado de la función ejecutiva, es decir, al Presidente. Teóricamente, la función legislativa está situada en un grado más alto que las demás funciones, pues tiene la potestad más alta: la de establecer el derecho. Las leyes que dicta obligan a las demás autoridades u órganos. Prácticamente, y en escala mundial, existe un proceso de centralización del poder en las funciones del ejecutivo. Es una consecuencia de la crisis, de la violencia y las tensiones de la sociedad contemporánea. Las instituciones acuñadas a lo largo del siglo XIX son insuficientes e ineficaces para gobernar la vida de la sociedad del siglo XX. Una muestra de ello es el crecimiento de las facultades del poder ejecutivo en los Estados Unidos, el país que adoptó celosamente la separación y equilibrio de los poderes. En las expresiones de Edward S. Corwin se ha operado el tránsito de la "presidencia personalizada" a la "presidencia institucionalizada" con el crecimiento de la Oficina Ejecutiva del Presidente, por una parte, y la Oficina de la Casa Blanca, por la otra. Se ha originado la rutinización de la responsabilidad presidencial y un desdoblamiento entre presidente y presidencia.

Existe una immense maquinaria institucional auxiliar compuesta por un cuerpo de asesores técnicos para trabajos financieros y administrativos. Para el programa legislativo, para lo concerniente a las

(21) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 839.

medidas económicas y sociales, para lo exterior y lo militar, organizado al margen de la constitución, como respuesta a las exigencias de la realidad social y política contemporánea. A este cuerpo de asesores se agrega el cuerpo burocrático que secunda al presidente en el ejercicio de sus deberes. Ese desdoblamiento entre presidente y presidencia, como consecuencia de la rutinización y burocratización de la función ejecutiva, acrece las facultades genéricas de la función ejecutiva y su posición de pieza subordinante en la gradación de los poderes (22).

12. Kelsen sostiene que el "poder estatal", concebido como la validez del ordenamiento jurídico, es una unidad indivisible, razón por la cual la idea de partición de esta validez es un absurdo, que no puede justificarse hablando de "funciones" (ejecución, legislación y jurisdicción) en lugar de "poderes". El error consiste en considerar que esas funciones o poderes coexisten sin tener entre sí la menor relación, lo que conduce a la destrucción del principio de unidad del poder estatal. La verdad es que en la distribución de los órganos estatales se manifiesta la articulación esencial del proceso jurídico. Ese proceso, del que deben excluirse los contenidos posibles del orden jurídico (negocios exteriores, administración interna, finanzas, justicia y defensa nacional, como direcciones, operaciones o ámbitos de la actividad estatal), se centra en la legislación y jurisdicción como creación y aplicación del Derecho. "En la función legislativa, el Estado establece reglas generales, abstractas; en la jurisdicción y en la administración, despliega una actividad individualizada, resuelve directamente tareas concretas" (23). La distinción entre *legis latio* y *legis executio* constituye la médula, según Kelsen, para una teoría de las funciones del Estado, pero, para que esto resulte claro, debe tenerse presente que no puede identificarse el concepto de creación del Derecho (*legislación* o *legis latio*) con la actividad de ciertos órganos, lo que conduce al error de confundir el concepto de Derecho con el de "ley"; y además que la antítesis entre legislación y jurisdicción no es absoluta, sino relativa. A este efecto, debe comprenderse a la ley como una forma posible del "Derecho".

Toda función del Estado es función del Derecho, es el proceso graduado y sucesivo del establecimiento de normas. "El Derecho tiene la peculiaridad de que él mismo regula su propia creación, de tal modo que la producción de una norma de Derecho constituye una situación, que está regulada por otra norma jurídica "superior"; y al propio

(22) Carlos S. Fayt, *Argentina 1930-1960*, Ed. Sur, Bs. Aires, 1961, pág. 122.

(23) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, cit., pág. 301.

tiempo la norma inferior creada por ésta determina a su vez el modo de creación de otra norma subordinada a ella. Todo hecho de producción de una norma representa, además, con respecto a la norma superior que lo regula, un acto de ejecución de la misma" (24). Este proceso de creación y formulación del Derecho, de *legis latio* y de *legis executio*, incessante y perenne, significa que entre las funciones existe una relación de oposición relativa, de subordinación, como grados sucesivos del proceso productor del Derecho. Esta relación de subordinación "desemboca en la norma fundamental, sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico en su propia relación dinámica". El órgano primario es el órgano constituyente que determina la base del sistema jurídico, establece la constitución positiva, que establece y fija la competencia de los órganos legislativos y ejecutivos. El grado inmediatamente inferior a la constitución es la legislación ordinaria, es decir, el establecimiento de normas jurídicas generales, cualquiera sea el órgano que lo desarrolle. Los reglamentos constituyen respecto a la ley un grado inferior. Las sentencias judiciales, en cuanto norma jurídica individual (individualización o concreción de la norma general o abstracta), son la continuación del proceso productor del Derecho; como así el *negocio jurídico*, que se da entre la ley y la sentencia, y que consiste en que las partes, por delegación de la ley, establecen normas concretas sobre su conducta recíproca.

La función de administración, a la que habitualmente se llama ejecución, consiste también en la individualización o concreción de las leyes. Debe distinguirse entre administración *indirecta o mediata*, y administración *directa o inmediata*. La primera no se diferencia funcionalmente de la sentencia y se produce cuando impone a la conducta contraria de la prescripta una consecuencia coercitiva, es decir, una pena o ejecución administrativa y toma la forma de resoluciones de los funcionarios administrativos. La segunda es la realización de los fines de la administración, directamente por el Estado, verbigracia, construcción de hospitales, de escuelas, etc.

Con referencia a la teoría de la separación de los poderes, Kelsen expresa que responde a un postulado político según el cual las tres funciones fundamentales del Estado, la legislación, la jurisdicción y la administración, deben ser conferidas a tres órganos o grupos de órganos independientes y técnicamente aislados unos frente a otros, no habiendo podido nunca ser totalmente realizado. Como idea de una división de la fuerza política, a fin de evitar su concentración, ese fin

se logra no tanto asignando las tres funciones esenciales a tres órganos distintos, sino mucho mejor mediante la división de una misma función entre varios titulares con intereses políticos opuestos; es decir, haciendo que una misma función esté desempeñada por un órgano compuesto por elementos con intereses políticos diversos.

En suma, el criterio de la subordinación de las funciones en razón del proceso de creación y ejecución del Derecho, doctrina del ordenamiento jurídico que tiene en Kelsen su principal expositor, presupone necesariamente la separación entre poderes constituidos y poder constituyente. Como lo señala Carré de Malberg, una separación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial sólo es posible y puede concebirse si existe por encima de las autoridades a separar una autoridad superior que establezca entre ellas la separación, como ocurre entre nosotros, donde el pueblo, depositario del poder constituyente u originario, y por consiguiente fuente de toda autoridad, delega separadamente los tres poderes en tres clases de órganos, constituyéndolos en una situación de independencia en sus relaciones recíprocas, pero dependiendo de él los tres. La unidad del Estado se ha realizado desde el primer momento por el órgano constituyente colocado por encima de las autoridades constituidas. Esta separación externa, con esferas de competencia y límites de actividad, requiere necesariamente una coordinación interfuncional, por la situación de subordinación al ordenamiento jurídico en que se encuentran y la relación de grado que entre ellos existe. De este modo, la separación de los poderes tiene una nueva forma y contenido, distinta de la teoría concebida por Montesquieu (25).

(24) Hans Kelsen, *Compendio*, cit., pág. 190.

(25) Carré de Malberg, *op. cit.*, nota de págs. 859/60.

1) La organización del poder en el Estado:

- 1) El poder en el Estado comprende:
 - a) el poder constituyente, primario y originario, depositado en el pueblo;
 - b) los poderes constituidos (gobierno), derivados, depositados en el conjunto de órganos o individuos, investidos de autoridad para el cumplimiento de la actividad funcional del Estado.
- 2) El gobierno materializa el poder en el Estado, teniendo a su cargo la dirección jurídica y política, en sus instancias de decisión, acción y sanción.
- 3) El fundamento del gobierno y de la autoridad de los gobernantes reside en la dominación legal, impersonal y objetiva.
- 4) El poder del gobierno se ejerce mediante funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, confiadas a órganos cuya actividad se encuentra prefijada por competencias. La organización del gobierno, su estructura, funciones, órganos y competencias, provienen de la Constitución, que institucionaliza el poder en el Estado. Ella determina quién, y bajo qué condiciones, tiene derecho a gobernar.

2) Forma de Estado:

- 1) Es la relación estructural de los elementos de la organización política.
- 2) Según que esa relación sea simple o compleja, con uno o más centros o núcleos de poder, el Estado será unitario o federal.

- 1) Es la estructura del poder en el Estado; la organización del poder de autoridad.

- 2) Cómo articula-
ción funcional del
poder dependerá:
 - a) de las condiciones generales del Estado;
 - b) de las circunstancias del medio.

- 3) En toda forma de gobierno hay:
 - a) un aspecto estructural (número de magistraturas);
 - b) un aspecto funcional (la tarea que realizan).

- 4) La forma de gobierno se resuelve en una función de técnica; saber quién o quiénes, y para qué función desempeñarán el gobierno.

- 1) La diversidad de gobiernos y modos de ejercer el poder hacen que las clasificaciones sean incompletas, proporcionando "una imagen imperfecta de la realidad política".

- 2) No existe una clasificación de valor universal por:
 - a) falta de un criterio omnicomprensivo;
 - b) desaparecen y surgen nuevas formas;
 - c) la creciente complejidad de las funciones.

3) Formas de gobierno:

4) Clasificaciones.
(Síntesis de los principales pensadores.)

- 3) Heredero (Los nueve libros de la historia): se refiere al gobierno popular, a la aristocracia y a la monarquía.
- 4) Platón (La República y El Político): distingue entre monarquía (gobierno de uno), de la que nace el reino y la tiranía; gobierno de pocos del que nace la aristocracia y la oligarquía; y gobierno de muchos o democracia, de la que nacen otras dos formas, porque se pueden mandar según las leyes o con desprecio de ellas.
- 5) Aristóteles, en La Política, adopta en líneas generales la clasificación de Platón, pero la desarrolla en base a un doble criterio: a) cuantitativo o estructural; y b) cualitativo o teleológico. Las formas puras son: la monarquía, la aristocracia y la democracia; las formas impuras: la tiranía, la oligarquía y la demagogia, según que el gobierno sea de uno, pocos o muchos y esté o no orientado hacia el bien general.
- 6) Polibio, en su Historia, considera que existen tres formas de gobierno: real, aristocrático y democrático.
- 7) Cicerón, en La República, acepta la clasificación tripartita y menciona a la monarquía, la aristocracia y el gobierno popular.
- 8) Maquiavelo, en El Príncipe, divide a las formas de gobierno en principados y repúblicas. Es clásica su clasificación bipartita.
- 9) Montesquieu, en El espíritu de las leyes, divide las formas de gobierno en monarquía, despotismo y república, a las que subdivide en aristocráticas y democráticas.
- 10) Locke, en Ensayo sobre el gobierno civil, distingue entre democracia, oligarquía y monarquía.
- 11) Rousseau, en El Contrato Social, se refiere a la democracia, a la aristocracia y a la monarquía.
- 12) Kent considera que hay tres formas de gobierno: autocracia, aristocracia y monarquía.
- 13) Jellinek considera que las formas de gobierno fundamentales son la monarquía y la república, de las que surgen numerosas variedades: la monarquía puede ser absoluta y hereditaria, electiva y limitada, y esta última, a su vez, de clases, de índole constitucional o parlamentaria. La república puede dividirse en aristocrática, oligárquica y democrática; en antigua y moderna; en directa o indirecta, etc.
- 14) Kelsen, de acuerdo al método de creación del Derecho, menciona dos: la autocracia y la democracia.
- 15) Burdeau clasifica, no a las formas sino a los regímenes políticos, en autocáracteres y democráticos.

4) Clasificaciones.
(Síntesis de los principales pensadores.)

5) Formas mixtas:

- 1) Algunos autores consideran que existe una cuarta forma de gobierno que resulta de la combinación de las formas o tipos puros. Es la forma mixta.
- 2) Polibio estimó que esa forma mixta existía en la república romana: el consulado, el Senado y los comicios contenían, respectivamente, los principios monárquico, aristocrático y democrático. Ese mismo criterio es compartido por Cicerón. Maquiavelo, en Los Discursos, se muestra partidario de este tipo de forma de gobierno.

- 5) *Formas mixtas:*
- { 3) Bluntschli afirma que tal forma de gobierno no existe. El poder supremo estará concentrado sea en manos del monarca, de la aristocracia o del pueblo. Existe oposición entre las formas simples.
- 1) La teoría de la separación de poderes:
- { a) es una categoría histórica;
 - b) un instrumento de lucha política contra el absolutismo;
 - c) un elemento del concepto formal de constitución y uno de los cimientos del Estado liberal moderno.
- 2) Se presenta básicamente:
- { a) como un sistema de restricciones a la actividad del poder;
 - b) como una garantía de la libertad individual.
- 3) Se reduce:
- { a) a un sistema de orientación del poder de autoridad, buscando un equilibrio y armonía de fuerzas mediante frenos y contrapesos;
 - b) supone la separación, igualdad e independencia de los poderes.
- 6) *La teoría de la separación de poderes:*
- 4) Su raíz política se encuentra en el régimen liberal. Fue expuesta por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, como un reparto del poder político con miras a garantizar la libertad.
 - 5) Actualmente ha sido desplazada por la teoría de la gradación de poderes o la separación de funciones, que le proporcionan un contenido distinto del que concibiera Montesquieu: se reconoce la existencia entre los poderes o funciones de una interrelación funcional, una gradación y una subordinación al ordenamiento jurídico que no puede tener en cuenta el autor de *El espíritu de las leyes*.
 - 6) Su ~~extrema~~ ~~teoría~~ se basa partiendo de la noción de poderes, funciones y órganos.
 - a) "poderes": fuerza o energía organizadora de la vida social que el pueblo delega en el gobierno, a quien inviste de autoridad;
 - b) "función": la actividad que deben cumplir los órganos; la forma de actuación efectiva del poder en el Estado;
 - c) "órganos": son las personas o instituciones que hacen efectiva la actuación del poder en el Estado.
- 7) *Desarrollo histórico de la doctrina en el pensamiento político:*
- 1) Platón en *Las Leyes*, al referirse a Mesenia y Argos las compara con Esparta, cuya fuerza veía en su constitución: monarquía dual, Senado de 28 ancianos y los 5 éforos.
 - 2) Aristóteles, en *La Política*, al describir los caracteres del gobierno de la *polis* estudia la organización y funcionamiento de la asamblea popular, el Senado, el tribunal popular y las magistraturas, afirmando que en todo Estado hay tres partes o elementos que deben ser bien organizados. Distingue entre el poder legislativo o consultivo, el ejecutivo y el judicial; pero no tiene idea de la relación funcional ni considera un peligro la acumulación de funciones en una sola mano.
- 3) Marsilio de Padua, en *Defensor Pacis*, insiste sobre el derecho del pueblo a sancionar la ley, señalando a la autoridad real como instrumento de la función legislativa. Distingue, así, entre poder legislativo y poder ejecutivo.
- 4) Locke se refiere a cuatro poderes: legislativo, ejecutivo, federativo y discrecional o de prerrogativa. No menciona al poder judicial, pues en ese entonces, la Cámara de los Lores actuaba como el más alto tribunal de justicia.
- 5) Montesquieu es quien elabora de modo orgánico la teoría de la separación de los poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, sobre la base de que un poder debe frenar al otro poder. Su originalidad consiste en haber hecho de la división de poderes la garantía de la libertad. Quiere un poder judicial móvil.
- 6) Benjamín Constant, en su *Curso de Política Constitucional*, enumera cinco poderes: legislativo, ejecutivo, judicial, real y municipal. El poder real, en manos del monarca, es un poder "neutro", destinado a conciliar toda diferencia o conflicto entre los otros poderes. Lo considera la clave de toda organización política.
- 7) Madison, en *El Federalista*, considera la acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, como la verdadera definición de la tiranía.
- 8) La doctrina de la división o separación de los poderes fue incorporada en los Estados Unidos a su constitución, como principio fundamental de la organización política. En Inglaterra, el principio se mantuvo a pesar de la fusión de las ramas ejecutiva y legislativa en el Parlamento. En Francia fue un credo de la doctrina revolucionaria; como tal se la consagró en la Declaración de Derechos de 1789 y se la incorporó a la Constitución de 1791.
- 1) Para Heuricu, los "poderes públicos", como modalidades del poder del que se sirve el Estado para realizar sus funciones, son "operaciones de voluntad", tales como la decisión ejecutoria, la deliberación, el consentimiento.
- 2) Sostiene que no se pueden confundir los poderes con las funciones y los órganos. Un mismo poder interviene en muchas funciones, recibiendo el concurso de los otros. Respecto de los órganos, en varios casos el poder público es una síntesis de una pluralidad de órganos.
- 3) Afirma que el *poder del Estado es una unidad compuesta*, idea que hace derivar de la psicología positiva; y que la separación, que según él realmente existe, es mitigada en forma de coparticipación de los poderes en las mismas funciones, de lo que resulta un sistema ligado y equilibrado de poderes, que garantizan la libertad.
- 4) Entiende que actualmente los poderes son tres: el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder del sufragio, entendiendo que el judicial, al perder carácter político, se ha reducido a lo contencioso.
- 5) Admite una jerarquía normal entre los tres poderes: los poderes de decisión (ejecutivo y deliberativo) deben prevalecer sobre el legislativo. En la realidad política ocurre lo contrario: prevalece el poder del sufragio sobre el legislativo; y éste sobre el ejecutivo.

8) Criterio de Rousseau:	6) Hauriou defiende el principio de la separación de poderes, dando base psicológica a su justificación. Afirma que existen unidades compuestas, por lo cual no hay contradicción entre la unidad y la multiplicidad.	5) La organización del poder en el Estado no se resiente en su unidad, si se tiene en cuenta que la coordinación y jerarquía de funciones y la distribución de competencias, que ha venido a substituir a la doctrina de la separación de poderes, sólo debe producirse en el orden de los poderes constituidos, permaneciendo subordinados al poder constituyente como poder superior; y a la primacía de una voluntad originaria o inicial: la voluntad del pueblo.
9) La separación de funciones (Jellinek):	1) La consagración constitucional de la división de poderes no impidió su crítica ni su negación. Rousseau sostuvo en <i>El Contrato Social</i> que el poder no podía dividirse ni separarse. Garner dice que la estricta separación de poderes no sólo es impracticable sino que no es deseable. En ninguna constitución el principio es estrictamente observado, lo que prueba que no es condición necesaria de las instituciones libres. Laband afirma que destruye la unidad del Estado, no siendo ni lógica ni práctica.	6) Concluye que sólo en este sentido, que no es el de Montesquieu, y partiendo de una distinción de las funciones, puede hablarse de separación de los poderes, es decir que "hay gradación de poderes más bien que un sistema de separación de poderes".
10) Criterio de Carré de Malberg. Las operaciones de la actividad estatal:	2) Desde la perspectiva de la unidad e indivisibilidad de la potestad estatal Jellinek sostiene que la teoría de la división de poderes no es otra cosa que una división de las funciones. El poder no se divide, lo que se divide son las competencias. Admite, así, en su reemplazo, la división tripartita de las funciones en legislativas, ejecutivas y judiciales, separación de funciones que además de ser relativa, está en cierta subordinación jerárquica respecto del órgano supremo, que puede ser el legislativo o el ejecutivo, según se trate de Europa o América.	1) Esta gradación de poderes, en Europa, muestra como predominante al poder legislativo. En América al ejecutivo.
	3) En otras palabras: que no puede hablarse de división, independencia ni igualdad de poderes, sino de separación de funciones, jerárquicamente relacionadas.	2) Teóricamente, la función legislativa está situada en un grado más alto que las demás funciones, pues tiene la potestad más alta: la de establecer las leyes.
	4) Sostiene que el poder es uno; las funciones y los órganos son múltiples. Las funciones del poder son las diversas formas de actividad o serie de operaciones a través de las cuales actúa el Estado. Los órganos, las diferentes personas o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones del poder.	3) Prácticamente, y en escala mundial, existe un proceso de centralización del poder en las funciones del ejecutivo, como consecuencia de la crisis, la violencia y las tensiones actuales.
	5) Reduce las funciones estatales a tres grandes clases de actividad: la legislación, la administración y la justicia.	4) Kelsen sostiene que en la distribución de los órganos estatales se manifiesta la articulación esencial del proceso jurídico.
	6) Rechaza la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu, por ser inconciliable con la unidad del poder y del Estado. Sostiene que no existen en el Estado tres poderes, sino una potestad única, que es su potestad de dominación. Esta potestad se manifiesta bajo múltiples formas: su ejercicio pasa por diversas fases: iniciativa, deliberación, decisión y ejecución. Los diversos modos pueden requerir la intervención de órganos plurales y distintos. Pero en el fondo, todos estos modos, formas y fases, concurren a un fin único: asegurar dentro del Estado la supremacía de la voluntad dominante, que no puede ser otra que una voluntad única e indivisible.	5) Ese proceso se centra en la legislación y en la ejecución como creación y aplicación del Derecho. La constitución, las leyes, los reglamentos, las resoluciones, las sentencias, tienen entre sí una relación de subordinación, que desemboca en la norma jurídica fundamental, sobre la cual se basa el orden jurídico en su propia relación dinámica.
	7) Existe coordinación y jerarquía entre los órganos, derivada de haberse dado superioridad a la función legislativa o ejecutiva, según los casos, sobre las demás funciones.	6) Toda función del Estado es función del Derecho, es el proceso graduado y sucesivo del establecimiento de normas.
		7) La subordinación de funciones en razón del proceso de creación y ejecución del Derecho, presupone la separación entre poderes constituidos y poder constituyente.
		8) Una separación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial sólo es posible y puede concebirse, si existe por encima de las autoridades a separar, una autoridad superior que establezca entre ellas la separación, como ocurre entre nosotros, donde el pueblo, depositario del poder constituyente u originario, delega separadamente los tres poderes en tres clases de órganos, a los que coloca en situación de independencia recíproca, pero dependiendo de él los tres.
		9) En este caso la unidad del Estado se ha realizado desde el primer momento por el órgano constituyente colocado por encima de las autoridades constituidas.
		10) Esa separación externa, con esferas de competencia y límites de autoridad, requiere necesariamente una coordinación interfuncional. De este modo, la separación de poderes tiene una nueva forma y contenido, distinta de la teoría concebida por Montesquieu.

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

SUMARIO: 1. La actividad del poder en el Estado: actos, órganos y funciones. 2. Gobierno y administración: distinción. 3. Actos de gobierno y actos administrativos. 4. Delegación de competencia y el equilibrio institucional. 5. La burocracia.

1. Toda forma política impone al Poder un mínimo de actividad en relación con el orden social deseable. Esta actividad se traduce en funciones orientadas a dar satisfacción a los requerimientos y demandas sociales, organizando la cooperación social territorial, mediante la realización del Derecho. Son funciones del poder y no del Estado, por más que en definitiva se impute a éste los resultados de los actos llevados a cabo por los órganos, a quienes se confía esa actividad. Las funciones fundamentales, que constituyen la razón de ser o esencia del Poder, reducidas a su mínima expresión, son la legislación, la ejecución y la justicia, toda vez que la comunidad necesita que alguien formule las reglas de disciplina interior, las aplique y sancione sus violaciones.

En la forma política moderna, cualificada por el imperio de la ley o dominación legal, la actividad del poder en el Estado es actividad jurídica, y los órganos realizan sus funciones mediante una serie de operaciones o actos jurídicos, que pueden comprender una mayor cantidad de vida social y económica según el régimen político que impere en el Estado. En general, las normas de organización, es decir, las constituciones, definen las funciones por las atribuciones o facultades conferidas a los órganos, a quienes confía el ejercicio de los "poderes" ejecutivo, legislativo y judicial.

Los órganos, en cuanto sujetos encargados de realizar una función, son quienes adoptan las decisiones, formulan los mandatos y dan las

como lo señala Burdeau, es práctica y racionalmente imposible descubrir, en el origen de la puesta en marcha del poder en el Estado, otra voluntad que la de los mismos órganos. Es que la organización estatal no tiene voluntad propia. La que se expresa a través de los órganos sigue siendo exclusivamente voluntad humana. El gobierno es ejercido por hombres y son éstos quienes desempeñan y cumplen las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales y su voluntad se considera voluntad del Estado en la medida que su actividad se ajusta a las normas jurídicas y se orienta a la realización del orden social deseable, en la esfera de sus competencias.

Esto hace que en todo órgano existan dos elementos, uno de carácter institucional u objetivo, representado por las atribuciones y deberes que le son conferidos para hacer efectiva una función, y otro de carácter personal o subjetivo, referido a la persona o conjunto de personas que, individual o colectivamente, realizan dicha función. Pueden distinguirse entre órganos y empleos. Los primeros tienen individualidad jurídica; los segundos, individualidad administrativa. En cuanto a su naturaleza en relación con el Estado, la teoría clásica de la representación considera a los órganos como mandatarios o representantes del titular del poder en el Estado, sea del pueblo, sea de la persona jurídica Estado; mientras que la teoría de la personalidad colectiva sostiene que los órganos son "fragmentos de la colectividad" que expresan la voluntad del Estado, la voluntad de la comunidad o la voluntad nacional, y así Carré de Malberg, por ejemplo, llega a considerar al órgano como formando "una unidad con el grupo, por lo que las decisiones que toma pueden considerarse como manifestaciones de la voluntad del grupo".

En realidad, son medios o instrumentos a través de los cuales se expresa el poder en el Estado, como energía política de una comunidad. Carecen de personalidad propia, lo que explica la unidad del Poder no obstante la pluralidad de órganos. Ellos forman en conjunto el poder en el Estado. Su voluntad debe moverse dentro del campo de su competencia, que es el límite de la voluntad psicológica o arbitrio del órgano. De ahí que exista *omisión*, si no cumple plenamente su función o competencia; *desviación de poder*, si sale del marco o esfera de su función o competencia; y *exceso de poder*, cuando el arbitrio o voluntad psicológica rebasa la esfera de su competencia o función.

En cuanto a su clasificación, los órganos pueden ser, de acuerdo a su posición jerárquica: constitucionales o inmediatos, que ejercen las

funciones de dirección en sus fases de decisión, acción y sanción, derivando directamente de la constitución; y subordinados o mediatos, que forman el equipo de transmisión y ejecución de las decisiones y cuya existencia no deriva directamente de la constitución encontrándose en situación de subordinación a los órganos de creación constitucional. De acuerdo a su estructura: individuales, colegiados y asambleas, según que la función esté atribuida a uno, a varios o a un conjunto numéricamente importante de personas; simples y complejos, si la función se cumple plenamente por uno o por varios órganos. De acuerdo a su función, en legislativos, ejecutivos y judiciales; y, según su relación con el pueblo, en representativos y no representativos; y en gobernantes o magistrados, funcionarios y empleados o agentes según ejerzan facultades de dirección, decisión y sanción o no, o sean simples agentes de los dos primeros. Corresponde señalar que la Constitución, que organiza el poder en el Estado, se refiere a autoridades y empleos, no haciendo mención del término "órgano". Nada impide, por consiguiente, prescindir de la expresión y utilizar en cambio las de autoridades y empleados para referirse al poder en el Estado, o, simplemente, al Gobierno. Por otra parte, de la Constitución proviene "el poder de manifestar una voluntad que es imputable al Estado" (1). Los actos que realiza tienen, por consiguiente, carácter jurídico.

Estos se clasifican, según sus efectos, en actos materiales, y según sus manifestaciones, en actos formales. Los actos materiales se dividen en: actos normativos (actos regla) destinados a establecer normas jurídicas generales, objetivas e impersonales, v.g.: leyes y reglamentos; actos subjetivos, destinados a producir efectos sobre situaciones jurídicas individuales, v.g.: el ascenso de un funcionario; actos-condición, que incorporan una persona a una situación jurídica preexistente, v.g.: el nombramiento de un funcionario; y actos jurisdiccionales, v.g.: sentencias y resoluciones, es decir, pronunciamientos sobre un conflicto o controversia.

Los actos formales se dividen en unilaterales y plurilaterales, según el número de voluntades cuyo acuerdo se requiera para la producción del acto. Los plurilaterales, a su vez, se subdividen en contractuales y convencionales, según persigan fines opuestos o coincidentes (2). Según los órganos que intervengan, los actos formales pueden ser legisla-

(1) Justino Giménez de Aréchaga, *Teoría del gobierno*, Montevideo, t. I, pág. 24.

(2) Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, pág. 31.

tivos, ejecutivos y judiciales, y según intervengan uno o más órganos, simples y complejos. Sayagues Laso en su Tratado de Derecho Administrativo, nos proporciona dos ejemplos ilustrativos del enlace de las distintas categorías de actos materiales y formales. Así, una ley de pensión graciable, dictada por iniciativa del Poder Ejecutivo, es materialmente un acto administrativo, formalmente un acto de legislación, unilateral y complejo; orgánicamente mixto, porque han intervenido el ejecutivo y el legislativo. Un reglamento de la Suprema Corte —dice—, que determina los deberes de los funcionarios judiciales, es, desde el aspecto material, un acto legislativo; en su aspecto formal un acto de administración; es unilateral y simple, y un acto judicial, teniendo en cuenta el órgano ejecutor del acto.

Respecto de las funciones, éllas se dividen, como los actos mediante los cuales se manifiestan, en materiales y formales. Las funciones materiales, teniendo en cuenta su substancia, contenido y efectos, son legislativas, si están destinadas a la formulación y establecimiento de normas jurídicas generales, impersonales y objetivas; ejecutivas o administrativas, si se orientan a la aplicación de las normas generales a la serie de situaciones jurídicas particulares o a las situaciones concretas; y judiciales o jurisdiccionales, si están destinadas a pronunciarse en conflictos o controversias en forma de sentencias y resoluciones. Las funciones materiales lo son por su naturaleza, por la materia de que la actividad trata, y no por los órganos de las que provienen. Las funciones formales, en cambio, tienen simplemente en cuenta el modo de manifestarse, es decir, el órgano de las que provienen, razón por la cual las funciones serán legislativas, ejecutivas o administrativas y judiciales, según se manifiesten o provengan de los órganos legislativos, ejecutivos o judiciales. En el concepto de función en sentido material predominan los efectos, la naturaleza o contenido de la actividad, con abstracción de los procedimientos y órganos de las que provienen. En el concepto de función en sentido formal, predominan los procedimientos y órganos, con abstracción de la materia de que traten o de los efectos que produzcan.

Esta distinción técnica —no sociológica, sino jurídica—, entre funciones materiales y formales, que determina la distinción entre leyes materiales, según su contenido y efectos jurídicos, y leyes formales, según el órgano del que derivan, en este caso, los órganos legislativos según los procedimientos prescriptos por la norma fundamental para la sanción de las leyes, no se encuentra establecida en las constituciones. Es una elaboración de la doctrina jurídica que

no está consagrada en el derecho constitucional vigente. Este reconoce como funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, respectivamente, a las actividades que realizan los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales. Pero no puede decirse que se atiene exclusivamente al aspecto formal, pues al atribuir facultades a las autoridades u órganos, les confiere, además de las funciones que, desde el punto de vista formal y material, serían las específicas, otras que desde el aspecto material corresponderían a los demás órganos. Así, cuando se refiere a las autoridades legislativas (poder legislativo), les atribuye no sólo facultades legislativas, tales como dictar las leyes sobre aduanas y derechos de importación y exportación, reglar el comercio interior y exterior, dictar los Códigos civil, comercial, penal o de minería o del Trabajo y la Seguridad Social, según los casos, y hacer las leyes y reglamentos para el ejercicio de los poderes del gobierno; atribuciones políticas, como la admisión de nuevas provincias, declarar el estado de sitio, garantizar a las provincias el goce de sus instituciones o intervenirlas, y admitir o desechar la admisión del Presidente y Vicepresidente; atribuciones económicas y financieras, como imponer contribuciones, realizar empréstitos, fijar el presupuesto de gastos de la administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión; atribuciones militares e internacionales, como proveer a la seguridad de las fronteras y fijar la fuerza militar en tiempo de paz y de guerra; sino que también le confiere atribuciones coejecutivas, tales como los acuerdos que debe prestar el Senado para el nombramiento de magistrados judiciales, el nombramiento de diplomáticos y la provisión de empleos militares, autorizando al Presidente para ausentarse de la Capital; administrativas, tales como cuando califica la utilidad pública para las expropiaciones o establece tribunales inferiores, crea y suprime empleos, fija sus atribuciones y decreta honores, y aun atribuciones judiciales, tales como el juzgamiento de los acusados y sometidos a juicio político (Presidente, Vicepresidente, ministros de la Corte Suprema, etc.); o cuando concede amnistías generales.

En cuanto a las autoridades judiciales (poder judicial), además de atribuciones judiciales, como conocer y decidir las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes y tratados internacionales, tiene atribuciones legislativas cuando dicta su reglamento interior, y facultades administrativas como cuando nombra todos sus empleados subalternos.

Esto significa que si bien las funciones conferidas a los distintos órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, son predominantemente funciones de legislación, ejecución y justicia, les confiere otras que, en

su aspecto material, corresponden a las otras funciones. Lo cual es una consecuencia de la necesaria interrelación funcional existente entre los distintos órganos que desempeñan los poderes del gobierno.

2. La función ejecutiva comprende dos especies diferentes de actividad: gubernativa o política, la una, administrativa, la otra. La primera se refiere a la dirección de la organización política; la segunda a la ejecución o aplicación de las leyes con miras a la concreta satisfacción de los requerimientos sociales. De ahí que Dabin señale como "función gubernativo-administrativa" a la función ejecutiva, pudiendo hablarse de un aspecto político de la función ejecutiva, o simplemente función gubernamental o política; y de un aspecto administrativo o, simplemente, función administrativa. Esta distinción encuentra su significación específica en la tendencia a diferenciar mediante órganos especializados la función gubernamental y la función administrativa, separando relativamente al gobierno de la administración.

Originariamente, la función gubernativa o de dirección política del Estado, en virtud de la doctrina de la separación de los poderes, se confió preferentemente a los órganos legislativos, quienes, a través de las leyes, debían orientar políticamente la vida de la comunidad, expresar su voluntad y dar satisfacción, de modo general, a sus requerimientos, disponiendo para lo futuro, dejando reservada a los órganos ejecutivos la misión de dar inmediata ejecución a las leyes, aplicándolas respecto del presente; en tanto que los órganos judiciales debían decidir sobre su aplicación en los casos ocurridos, es decir, juzgar sobre lo pasado. La función ejecutiva, por consiguiente, quedaba reducida o limitada a la administración, participando secundariamente en la actividad de dirección o función política. En la realidad constitucional, la dirección política se repartió, en Europa, por el sistema parlamentario, entre el legislativo y el ejecutivo, y en América, entre los tres poderes, pues el poder judicial, en virtud de su control sobre la constitucionalidad de las leyes, tuvo jerarquía de poder político. Al ampliarse las funciones no en su aspecto técnico, sino a su esfera de actividades con relación a la vida social, al extender su actividad hacia todos los planos de la vida de la comunidad, se multiplicaron los órganos administrativos, se sumaron nuevas formas de control, produciéndose, debido a la complejidad de las nuevas direcciones de la actividad administrativa, a la progresiva especialización orgánica y a la necesidad de centralización de la dirección, un acrecentamiento paralelo de la función política de los órganos encargados de la función ejecutiva. Es decir, de la concepción del poder ejecutivo como agencia del

poder legislativo, por un proceso impuesto por la dinámica de la vida política, se pasó a la de coparticipación de la dirección política, y por último, en los hechos, a que el poder legislativo fuera una agencia del poder ejecutivo.

Lo que caracteriza a la función política es su autonomía de iniciativa y su libertad de acción, dentro de los límites de su competencia. Esa actividad, formalmente libre, materialmente condicionada sólo por los preceptos constitucionales, no sujeta en principio al control jurídico sino al político, tiene en el poder ejecutivo, por la continuidad en el ejercicio de su función, los medios e instrumentos de acción, y la acumulación de información, una expresión efectiva, en cuanto actividad discrecional. No hay dudas de que el Congreso, o el Parlamento, en su caso, conservan gran parte de la dirección política, y que consideran que el poder ejecutivo, dentro de ciertos límites, le debe estar subordinado. Pero tampoco hay dudas de que éste obra con autonomía, imprimiendo a su acción política una dirección propia, y que, como lo ha señalado Corwin, considerada en conjunto, la historia del poder ejecutivo desde el advenimiento del constitucionalismo moderno "ha sido una historia de engrandecimiento" (3).

En cuanto a la función administrativa, ella consiste en la ejecución de las leyes, o bien, como la definía Duguit, en la creación de situaciones de derecho. Es decir, está referida al gobierno de las personas y a la organización y gestión de los servicios públicos.

3. La actividad ejecutiva de carácter gubernativo o político, se manifiesta mediante los actos políticos. Se ha pretendido caracterizarlos por su referencia con el poder o con el Estado, teniendo en cuenta los motivos que los originan o los intereses a los que buscan tutelar, entendiendo por actos políticos los que el gobierno ejecuta por motivos políticos o con el fin de proteger o salvaguardar tanto el ejercicio mismo del poder, como la seguridad general o el bienestar de la comunidad. Algunos estiman que su nota distintiva radica en la ejecución de prescripciones del ordenamiento constitucional, y otros, en fin, sostienen como criterio de distinción el de que los actos políticos son esencialmente discretionarios, es decir, no reglados jurídicamente.

En efecto, lo que precisamente distingue al acto político es que se encuentra libre de condicionamiento previo de carácter legislativo, cumpliéndose en un marco de autonomía y libre acción del que carecen

(3) Edward S. Corwin, *El Poder Ejecutivo*, trad. de Laura E. Pellegrino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pág. 354.

los demás actos, pero sujetos a las prescripciones de orden constitucional, que determinan la esfera de competencia dentro de la cual esa autonomía y libre acción pueden y deben desenvolverse. Es decir, los actos políticos que realiza el poder ejecutivo ejercitados sin otro control ni responsabilidad que la puramente política frente a su partido o al electoral. Tales son los actos vinculados al hecho de tener la dirección y conducción del gobierno directo sobre las personas, como la declaración del estado de sitio; el nombramiento y remoción de ministros. Difieren de los actos administrativos, en que en éstos domina la noción de funciones y servicios públicos, jurídicamente determinados, tratándose de actos reglados, realizados por los agentes administrativos.

Rafael Bielsa sostiene que entre poder administrador y poder ejecutivo hay una relación de especie a género, pues el poder administrador, subistivamente considerado, está comprendido en el poder ejecutivo. La actividad ejecutiva gubernamental se ejerce sin otro control, en principio, que el político, y la responsabilidad que genera es política. La actividad administrativa, a diferencia de la política, está sometida a un control jurisdiccional que varía según los sistemas legales, pero que genera recursos jurídicos protectores de los derechos, aun de los intereses del individuo, y más precisamente del administrado. La actividad administrativa, a diferencia de la gubernativa, es siempre legal, esto es, que se desenvuelve en una esfera limitada por la ley⁽⁴⁾. Conforme lo señala Linares Quintana, la tendencia actual se orienta a someter a la revisión jurisdiccional todos los actos del poder ejecutivo, tales como los actos concernientes a la seguridad externa de la Nación y las relaciones con los demás Estados; el nombramiento y remoción de ciertos funcionarios, el estado de sitio, entre otros. Pero la clave de la distinción entre gobierno y administración

(4) Rafael Bielsa, *Principios de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 1942, pág. 48. Manuel M. Dez, en *El acto de gobierno: su contralor jurisdiccional*, trabajo presentado al Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, 13-16 de agosto de 1960, sostiene que los llamados actos de gobierno nacieron de la actividad pretoriana del Consejo de Estado francés y que no puede hacerse diferencias en cuanto a su contralor jurisdiccional. El poder ejecutivo, dice, para dictar el acto de gobierno, sube de grado. Pero las actividades de uno y otro órgano legislativo y ejecutivo, distintos al órgano legislativo y al ejecutivo. Por lo que se refiere al legislador, la Constitución le reconoce un poder ilimitado, tanto en lo que se refiere a las decisiones que pueda tomar, como en lo relativo a los objetos a los cuales puede extender su actividad. Por lo contrario, el acto de gobierno no se funda en un poder ilimitado, sino que se realiza en virtud de una autorización constitucional especial, que se refiere a un objeto determinado, o a una categoría particular de atribuciones.

sigue siendo la distinta naturaleza de los actos de gobierno o políticos y los de administración, dominando en los primeros un criterio de discrecionalidad y en los segundos una idea de funciones y servicios públicos reglados jurídicamente.

4. La evolución de las formas políticas marca los distintos planos que han abarcado las funciones del Poder. En la forma política moderna, los tipos de Estado liberal, o Estado gendarme; el Estado totalitario y el Estado social contemporáneo, se distinguen, precisamente, por el área dentro de la cual se han realizado y se realizan las funciones. El Estado liberal admitía como esfera funcional del poder en el Estado, y, por consiguientes, como funciones esenciales y exclusivas, asegurar la justicia, mantener la seguridad interior y exterior, administrar el dominio nacional, cuidar de la salubridad pública y de las vías de comunicación. El Poder no podía intervenir en las actividades individuales, y, muy especialmente, en las de orden económico, debiendo ser neutral frente a los procesos sociales y económicos. En el Estado totalitario, por lo contrario, no hay nada en la vida social o económica que se encuentre exenta de su intervención. El individuo y la sociedad son instrumentos del Estado, cuyo engrandecimiento y glorificación es el fin supremo al cual deben supeditarse aquéllos. Por último, en el Estado social contemporáneo, gradual y progresivamente, las funciones se extienden a la realización de aspiraciones colectivas, de cultura, de bienestar económico, cuidando de la conservación y el perfeccionamiento del todo social, como condición necesaria para el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana. Esta amplificación de la esfera y medida de las funciones en el Estado social actual fue pronosticada por Ihering, para quien individuo, asociación y Estado forman una gradación histórica por donde se elevan las instituciones sociales. "El individuo discierne, desde luego, el fin social, lo reage la asociación, el Estado se apodera de él cuando adquirió plena madurez. Si es permitido —dice— trazar el porvenir en vista del pasado, llegará un momento en que el Estado habrá absorbido todos los fines sociales"⁽⁵⁾.

Sin llegar a tales extremos, no hay duda que las funciones del Estado se han ampliado orientándose hacia el reconocimiento de un nivel mínimo de vida a todo individuo, la seguridad social, la plenitud de empleos, la protección contra toda forma de opresión social y económica, planificando la economía y creando condiciones sociales com-

(5) Ihering, *El fin en el Derecho*, trad. de L. Rodríguez, Madrid, pág. 194.

patibles con el respeto de la persona humana. Ese acrecentamiento de funciones requiere un aumento paralelo de funcionarios, técnicos y empleados, con lo cual aparece en el nivel del poder político la tecnoburocracia, como nuevo grupo estatal, haciendo del Estado un Estado de funcionarios y técnicos. Pero la tecnoburocracia no es sólo un fenómeno administrativo. Es también un fenómeno esencialmente político. La planificación implica el contralor de la economía, la imposición de regulaciones en las formas de desenvolvimiento social, la intervención de los órganos con facultades de decisión en los planes de las situaciones concretas. Se plantea, así, en primer lugar, el problema de la delegación de funciones, o, más precisamente, el de la delegación de competencias. Ya hemos visto que la doctrina tradicional de Montesquieu, de la separación de poderes, de un gobierno de poderes limitados, controlados, divididos, en un equilibrio construido racionalmente en base a frenos y contrapesos, fue considerado un absurdo. Que la distinción entre funciones materiales y formales demuestra de qué manera los diversos órganos realizan funciones materiales múltiples, y que sólo en sentido formal u orgánico puede hablarse de exclusividad de la función legislativa, ejecutiva o judicial para los órganos constitucionalmente encargados de ejercer esas actividades. Asimismo, que la separación ha sido substituida por una coordinación y una gradación funcional entre los llamados poderes, y que la organización del poder en el Estado requería un cierto equilibrio institucional, como garantía contra los abusos, las desviaciones o los excesos del poder. Pues bien: sobre el principio de que la relación de fuerzas debe conservar el equilibrio institucional para posibilitar la actuación unitaria del poder y servir de garantía a la libertad individual, se ha considerado que la delegación de competencias no sólo es inconstitucional, sino lesiva de la libertad individual. Se afirma que si se opera la delegación de competencias y se acumula la potestad de un órgano en otro distinto y no subordinado, se quiebra esa relación de fuerzas en detrimento de la necesaria coordinación que debe existir en la actividad funcional del Estado. Más aun, que se altera el ordenamiento jurídico con peligro para la libertad y la seguridad de los individuos.

Esa delegación de competencias puede producirse: 1) en casos críticos, como el estado de sitio; en momentos de anormalidad excepcional que haga necesaria la simplificación de la legislación, o en los llamados estados de necesidad, en que la transferencia de funciones o competencias se opera como legítima defensa frente a peligros de la existencia misma del poder, y aun de la organización política; como sería

el de una guerra, o invasión, o ataque exterior; 2) en los casos de gobiernos de facto, en que el grupo dominante asume las funciones y goberna mediante "decreto-leyes"; 3) en situaciones normales, por el sistema de transferencia o delegación legislativa para instrumentar el contralor efectivo de la economía nacional, o planificar una determinada actividad en función del interés social; 4) cuando se delega facultades legislativas en instituciones o asociaciones con jerarquía de personas jurídicas o no, con el objeto de que dicten convenios obligatorios para todos los individuos pertenecientes a un ramo determinado de la actividad económica nacional, sean miembros o no de dichas instituciones o asociaciones, como cuando se atribuye a los sindicatos facultades para celebrar convenios colectivos de trabajo, reconociendo a éstos, por un proceso de homologación al margen de la autoridad u órganos legislativos, fuerza obligatoria; 5) cuando se delegan o confían funciones judiciales a órganos administrativos, para la solución de controversias o conflictos ocurridos, aun admitiendo recurso de apelación por ante los órganos jurisdiccionales específicos.

Los que defienden el sistema de la delegación legislativa y judicial afirman, como Carl Schmitt, que el sistema se justifica en los casos críticos, estados de emergencia o de necesidad, como un medio legal que permite tanto volver a la normalidad constitucional anterior, como conducir a una constitución completamente nueva, valorándola como "una preciosa piedra de toque" de la realidad constitucional, remitiendo el problema de su constitucionalidad a lo que al respecto establezcan las constituciones de los distintos Estados. James Hart considera a la delegación como el único instrumento que tiene la democracia política para el contralor efectivo de la economía norteamericana. En su trabajo sobre Límites de la delegación legislativa⁽⁶⁾ combate la doctrina de la Corte Suprema norteamericana, prohibitiva de la delegación, como una clausura de la posibilidad de que la más compleja economía del mundo pueda ser eficazmente controlada por las agencias administrativas del gobierno. Sostiene que no existe cláusula constitucional alguna que prohíba al poder legislativo delegar sus funciones, deteniéndose a probar que es imposible determinar con precisión matemática los límites entre la acción legislativa y la acción ejecutiva. Admite como una consecuencia del racionalismo, o de la época del *laissez faire* la prohibición de la delegación del poder legislativo, pero francamente inadmisible en la época actual, donde el interven-

(6) James Hart, *Limits of legislative delegation*, "The American Academy of Political and Social Science", mayo 1942, pág. 87.

cionismo es una necesidad imperiosa impuesta por las condiciones de la vida social y económica, que en definitiva se traduce en denegar al mismo poder legislativo la facultad de que sus leyes se hagan efectivas a través de una adecuada actuación del poder ejecutivo, que no puede ni debe encontrarse constreñido a ser un órgano pasivo, burocrático o ministerial. Louis L. Jaffe, en su *Ensayo sobre la delegación de poderes legislativos*⁽⁷⁾, sostiene un criterio similar al de Hart, afirmando que la delegación, como asistente de la reglamentación, es poco grata a quienes detentan el poder económico, pero que debe tenerse en cuenta el interés general, base de toda decisión política. Se puede estar de acuerdo sobre la necesidad de mejorar el nivel de vida, pero no en los medios, con lo que se deja al ejecutivo sin fuerza alguna para poder hacer lo que es necesario. "Debemos reconocer —dice—, que la legislación y la administración constituyen procesos complementarios más bien que procesos opuestos, y que la delegación representa el término y métodos formales para la mutua cooperación". La delegación de poder a la administración, a su juicio, constituye "el dinamo del moderno Estado social". Reconoce que la Corte Suprema de los Estados Unidos veda totalmente la delegación de competencias, y que la doctrina judicial que insiste en la delegación limitada es una réplica a aquella concepción.

Entre nosotros, Bielsa admite la delegación limitada. A este respecto dice que: a) el poder legislativo puede delegar facultades de su competencia en el poder ejecutivo, y también en entidades autárquicas —si en este caso no se afecta la unidad administrativa y el orden jerárquico, conforme al art. 86, inc. 1º de la ley suprema— en materia de administración, siempre que no importe remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar, aprender, ni la inviolabilidad del domicilio; b) en toda delegación debe limitarse la extensión de la misma expresa o virtualmente; c) no comporta delegación la cláusula frecuente de que el poder ejecutivo reglamentará la ley, porque dicha facultad corresponde a este último poder por la Constitución; d) la delegación no importa aumento de competencia del poder ejecutivo, puesto que por principio el poder ejecutivo no puede aumentar ni disminuir las atribuciones que la Constitución da a los otros poderes; en la delegación, el que delega da al delegado un

(7) Louis L. Jaffe, *An assay on delegation of legislative power*, "Columbia Law Review", mayo 1974, vol. XLVIII, nº 4, págs. 592/3.

encargo para hacer algo y, en consecuencia, mantiene esa atribución de revocar la delegación en cualquier momento; e) la disposición del poder Ejecutivo, dictada en virtud de la delegación, puesto que integra a la ley, puede ser impugnada de inconstitucional lo mismo que si emanara del propio legislador, pero por su contenido, no por el hecho de la delegación misma⁽⁸⁾.

Linares Quintana sostiene que toda delegación que pase por encima de los límites que la Constitución señala a la competencia de los poderes es inconstitucional, "en cuanto comporta el hecho de que un poder constituido, ubicándose en el mismo plano del poder constituyente, modifica por sí la ley suprema del país, dejando de lado nada menos que el principio de la separación de poderes, columna vertebral del gobierno constitucional y el más firme baluarte de la garantía de la libertad"⁽⁹⁾. Rechaza, por consiguiente, toda delegación que el órgano legislativo pueda hacer de su función legislativa en el órgano ejecutivo o en reparticiones dependientes de este último departamento de gobierno. Coacuerda en esta posición con Esmein y con Santi Romano, quienes consideran inadmisible la delegación, cuando se tiene una constitución rígida, pues ella comportaría una derogación de la constitución. También la delegación es rechazada por Barthélémy, Duguit, Hauriou y Jéze.

La moderna constitución italiana admite la delegación legislativa. Dice en su art. 76: "El ejercicio de la función legislativa, solamente puede ser delegada al gobierno con determinación de principios y de criterios directivos y sólo por un tiempo determinado y para objetos definidos"; y en su art. 77 dice: "El gobierno no puede, sin delegación de las cámaras, expedir decretos con validez de ley ordinaria. Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el gobierno adopta, bajo su responsabilidad, medidas provisorias con fuerza de ley, debe, en el mismo día presentarlas para ser consideradas por las cámaras". Jorge Aja Espil considera que la delegación legislativa tiene cabida dentro de nuestra Constitución, desde que "no habiendo limitado la libertad del legislador, no se ve que ésta no pueda delegar en el ejecutivo ciertas facultades legislativas"⁽¹⁰⁾. Entiende que no sólo tiene

(8) Rafael Bielsa, *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, 1959, págs. 480/1.

(9) Segundo V. Linares Quintana, *La delegación del Poder Legislativo como negación de los poderes y del constitucionalismo*, trabajo presentado al Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, 13-16 de agosto de 1960, pág. 9.

(10) Jorge Aja Espil, *Delegata potestas non potest delegare*, trabajo presentado al Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, 13-16 de agosto de 1960, págs. 7 y ss.

cabida la delegación de competencia en materia reglamentaria, sino también respecto de ciertas facultades legislativas, que materialmente no tienen carácter legislativo, tales como las de hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras, arreglar y establecer postas y correos, autorizar al ejecutivo para declarar la guerra, fijar fuerzas de línea de tierra y de mar, etc. Por otra parte, la consagración en el art. 14 bis del sindicato, le hace inferir el establecimiento constitucional de la delegación toda vez que significa el reconocimiento de los contratos colectivos celebrados por éstos. Consideramos que este criterio es el que se ajusta a la realidad constitucional, y está acorde con las necesidades impuestas por los cambios y transformaciones sociales de nuestro tiempo.

5. La racionalización del poder, su institucionalización a través de ordenamientos impersonales y objetivos, la dominación legal substituyendo la tradicional y carismática y la amplificación de funciones, dio origen al nacimiento de la burocracia como equipo de transmisión y ejecución de las decisiones de los órganos ejecutivos. Como lo señala Pedro J. Frías, la Constitución nació como un ordenamiento total de las competencias: la burocracia, más modestamente, nació competente; no como poder, sino como eficiencia, no como derecho, sino como idoneidad. Pero la competencia y la idoneidad fueron ganando derechos y acumulando poder sobre el poder de las competencias, por lo que se ha producido, a su juicio, una transferencia de poder: de la política a la administración de la representación a la gestión (11).

La razón decisiva —según Weber— que explica el progreso de la organización burocrática ha sido siempre su superioridad técnica sobre cualquier otra organización. "Un mecanismo burocrático perfectamente desarrollado actúa con relación a las demás organizaciones de la misma forma que una máquina con relación a los demás métodos no mecánicos de fabricación. La precisión, rapidez, oficialidad, continuidad secreto, uniformidad, rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones son infinitamente mayores en una administración burocrática, servida por funcionarios especializados, que en todas las demás organizaciones de cualquier otro tipo" (12). La complicación de las tareas, la exi-

gencia de una tramitación más rápida y continua, la precisión en las operaciones, la celeridad de los medios de comunicación que exigen una tarea eficaz y objetiva para un ordenamiento de igual género, tiene en la burocracia su imagen y su respuesta. La imagen y su respuesta. La imagen de un trabajo donde el óptimo de posibilidad le quita todo carácter personal, donde lo subjetivo humano no cuenta, aniquilado por las formas de trabajo, más eficientes, cuanto más objetivas, más competentes cuanto menos humanas.

La respuesta a un sistema de vida secundario, altamente diferenciado, donde la vida social administrada intensifica la administración, en una vasta red de reglamentos y resoluciones que se expanden, para hacer impersonal tanto la decisión como la responsabilidad. Al multiplicarse las funciones se multiplican los funcionarios, con encargo de una cuota de actividad y una cuota de autoridad. Autoridades pequeñas, según Freyer, con facultades parciales pero importantes para la empresa cotidiana, autoridades medianas con poderes ramificados y previsibles, y autoridades superiores con un poder que obra cual el destino. No se trata aquí de poderes soberanos desplegados dramáticamente, sino de simple poder fáctico en sentido técnico, que resulta del enredo de las cosas administradas. "Se trata del poder del guardaagujas para hacer que el tren vaya en una u otra dirección, del poder de los puestos reguladores de corriente eléctrica o de agua para imponer horas de clausura, del poder de la dirección del sindicato para declarar la huelga, del poder de establecer el valor de la moneda; se trata de una rica escala en la autoridad efectiva de disponer, según la concentración de los medios y la personalidad del campo de acción" (13). El sistema se parece a una red. Nos afecta en determinadas funciones. Nos abandona en todas las demás. Cada extensión de la red toma un sector de la vida social, económica, cultural. Crea un instrumento de control efectivo, un medio de poder. Freyer nos proporciona un ejemplo ilustrativo: cuando las noticias se divulgaban con mensajeros había que apresar a todos los caballos del país para impedir su divulgación o para influir en su contenido. Hoy basta ocupar unas cuantas emisoras para lograr esos fines.

Pero ese proceso ha sido el natural dentro del Estado moderno. En todos ellos el crecimiento de la burocracia ha sido continuo e incierto. En muchos casos, sin relación con el crecimiento de las poblacio-

(11) Pedro S. Frías, *Algunos problemas de la burocracia en el Estado moderno*, trabajo presentado al Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, 13-16 de agosto de 1960, pág. 1.

(12) Max Weber, *op. cit.*, t. IV, pág. 103.

(13) Hans Freyer, *op. cit.*, pág. 118.

nes. En Inglaterra, los funcionarios, de 153.000 en 1901, aumentan a 3.336.000 para una población de 48.000.000. En Francia, de 443.000 en 1901, llegan a 1.429.000 en 1946 sobre una población de 40.000.000. En Alemania, de 907.000 en 1901, se llegaba ya en 1925 a tener 1.187.000 funcionarios. Hoy no existe gobierno sin burocracia. Ella es el "alma" del Estado moderno. La administración se ha expandido como consecuencia de la ampliación de la esfera de las funciones, y se ha tecnificado. Y tanto una como la otra han influido en la estructura efectiva del poder en el Estado. Particularmente, en sus fases de decisión, acción y aplicación. En realidad, han contribuido al desplazamiento del centro de la autoridad real. Con su habitual penetración, Burdeau señala que los órganos constitucionales son "siempre asiento aparente del poder. Este reside en innumerables oficinas, en las que, bajo el manto de estudios y ensayos técnicos, se preparan las decisiones. Las figuras políticas siguen ocupando el escenario y asumiendo la responsabilidad política de las decisiones. La verdad es que no han hecho otra cosa que suscribir el trabajo cumplido, en la misma forma que lo hubiera hecho un monarca constitucional, que reina pero no gobierna" (14). Los "expertos" son, en última instancia, los que gravitan en la dirección de los asuntos nacionales.

Las cuestiones que la burocracia origina, con relación al equilibrio institucional, a la jerarquía, coordinación y actividad de las funciones, responden al hecho de que, además de condicionar las decisiones, concentran el poder. Como funcionalmente debe ejecutar las decisiones políticas, la acumulación de controles que de esto resulta la convierten en el centro activo del gobierno efectivo sobre las personas. Es un elemento, un factor de poder, como equipo de transmisión y ejecución. Jurídicamente su función está condicionada y subordinada al poder político. En los hechos, los órganos condicionantes dependen de ella. En términos de poder político, la cuestión se reduce a saber si el poder de la burocracia conducirá o no al ascenso de la burocracia al poder. Mario Justo López afirma que la democracia necesita de la burocracia. Un sistema constitucional que no pueda funcionar eficazmente no puede sobrevivir, y la burocracia, como forma instrumental de la dominación legal, es garantía de eficacia. Por otra parte, no es la burocracia la causante de la concentración del poder que se opera hacia ella, sino su consecuencia. En la medida que los órganos encargados de las funciones de decisión mantengan la fiscalización o los controles necesarios, la burocracia cumplirá su función instrumental o adjetiva respecta-

do del poder. Pero no solamente un control formal, sino efectivo. "La dominación sobre el aparato técnico-burocrático —dice López—, sólo será posible mediante la combinación feliz de muchos factores reales y no meramente formales y sobre la base de una comprensión total y verdadera de lo que aquél significa y de los peligros que entraña" (15).

(14) George Burdeau, *Traité*, t. VII, págs. 447/8.

(15) Mario Justo López, *Los problemas de la tecnocracia y de la burocracia en el Estado moderno*, trabajo presentado en el Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, 13-16 de agosto de 1960, pág. ... Harold J. Laski, en *El peligro de ser ignorante y otros ensayos*, señaló el hecho de la intervención cada vez más directa y profunda del Estado en la vida social y económica, multiplicándose las leyes sociales, arbitrando los medios para ayudar a los campesinos, incluso salvar a ciertas empresas en dificultades, como a los bancos; acumulando toda clase de servicios, a pesar de la ideología oficial y de las protestas de liberalismo y las denuncias de estatismo. ¿Por qué? Porque en el fondo todo el mundo las reclama: los jefes de empresas, que quieren socializar sus pérdidas; los sindicatos, para no perder prestigio ante sus comitentes. El Estado liberal se encamina hacia el Estado-provincia, el Welfare State, responsable del bienestar y la seguridad de sus miembros. Karl Mannheim, en *Libertad y Planificación Social*, ha emitido similares conceptos. Las democracias de Occidente, escribe, en su estado creciente de desarrollo, están transformando gradualmente la concepción liberal del gobierno en otro social. Esto debe principalmente a que el Estado ya no limita su atención a las tres esferas legislativa, administrativa y judicial, sino que se está transformando en un Estado de servicio social (págs. 305/6).

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

- 1) La actividad del poder se traduce en funciones
- a) satisfacer los requerimientos sociales;
 - b) organizar la cooperación social-territorial;
 - c) realizar el Derecho.
- 2) Son funciones del Poder y no del Estado, por más que se impute a éste los actos realizados por los órganos dentro de los límites de su competencia.
- 3) Las funciones esenciales son tres: legislación, ejecución y justicia. En el Estado moderno las funciones son jurídicas y se cumplen mediante órganos y una serie de operaciones o actos jurídicos.
- 4) Los órganos son los sujetos o instituciones encargados de realizar una función. En todo órgano hay dos elementos:
- objetivo (lo institucional): sus atribuciones y deberes.
 - subjetivo (lo personal): las personas o conjunto de personas.
- 5) Los órganos deben actuar dentro del campo de su competencia; éste es el límite de la voluntad psicológica o arbitrio del órgano.
- a) Existe:
- 1) omisión: si no cumple plenamente su función;
 - 2) desviación de poder: si sale del marco de su función o competencia;
 - 3) exceso de poder: cuando el arbitrio o voluntad psicológica rebasa la esfera de la función o competencia.
- 1) de acuerdo a su posición jerárquica:
- constitucionales e inmediatos; subordinados o mediados.
- 2) de acuerdo a su estructura:
- individuales; colegiados; asambleas.
- 3) según que la función se cumpla por uno o varios órganos:
- simples; complejos.
- 4) de acuerdo a su función:
- legislativos; ejecutivos; judiciales.
- 5) según su relación con el pueblo:
- representativos; no representativos.
- 6) según sus facultades:
- magistrados; funcionarios; empleados.
- b) Se clasifican:

NOTA: la Constitución no se refiere a órganos sino a autoridades y empleos.

- c) Los actos jurídicos pueden ser:
- materiales: por sus efectos, naturaleza y contenido.
 - formales: por su modo, manifestación o procedimientos.
- 1) **actos regla (normativos):** leyes y reglamentos.
- 2) **actos subjetivos:** v. g.: ascenso de un funcionario.
- 3) **actos condición:** v. g.: nombramiento de un funcionario.
- 4) **actos jurisdiccionales:** sentencia, resoluciones.
- Los actos materiales se dividen:
- 1) La actividad del poder en el Estado (actos, órganos y funciones):
- Las actos formales pueden ser:
- 1) unilaterales y plurilaterales: contractuales; convencionales.
 - 2) simples y complejos.
 - 3) según los órganos que intervengan: legislativos; ejecutivos; judiciales.
- 6) Las funciones pueden ser materiales y formales. Es decir, que un órgano puede tener funciones materialmente diversas; v. g.: una ley de pensión graciada es materialmente un acto administrativo; formalmente un acto legislativo.
- 1) La función política comprende:
- una actividad gubernamental o política;
 - una actividad administrativa.
- 2) La función gubernamental se refiere a la duración política de la organización. La función administrativa, a la ejecución de las leyes, a los servicios públicos.
- 3) Lo que caracteriza la función política es su autonomía de iniciativa y su libertad de acción dentro de los límites de su competencia; no está en principio sujeta al contralor jurisdiccional sino al político. Es una actividad discrecional.
- 4) La función administrativa en la creación de situaciones de Derecho (Duguit). Se refiere al gobierno de las personas y a la organización y gestión de los servicios públicos.
- 1) Actos de Gobierno y actos Administrativos:
- a) Se originan por motivos o intereses puramente políticos;
 - b) Tienden a realizar preceptos constitucionales;
 - c) Son esencialmente libres (discretionales), no reglados jurídicamente;
 - d) No están sujetos a previo condicionamiento de carácter legislativo;
 - e) No tienen otro contralor en principio que el político.

3) *Actos de Gobierno y actos Administrativos:*

2) *Actos administrativos:*

- a) Se originan en cumplimiento de normas;
- b) Tienden a realizar la organización y gestión de los servicios públicos;
- c) Son actos reglados, es decir, sometidos a previo condicionamiento legislativo;
- d) Están sujetos a recursos y revisión jurisdiccional.

4) *Delegación de competencia y el equilibrio institucional:*

2) *Hay tres criterios:*

- a) es inconstitucional toda delegación de competencia o funciones (Linares Quintana);
- b) el legislativo puede delegar ciertas y limitadas facultades en el ejecutivo (Biela y Aja Espil);
- c) el legislativo puede delegar en el ejecutivo todas las facultades que considere convenientes y que no le hayan sido expresamente prohibidas (Hart).

- 1) La burocracia constituye el equipo de transmisión y ejecución de las decisiones de los órganos ejecutivos. Es integrada por los técnicos o expertos, los funcionarios y empleados de la administración pública.
- 2) La organización burocrática tiene superioridad técnica sobre cualquier otra organización. Se caracteriza por: la precisión, la rapidez, continuidad, secreto, uniformidad, subordinación e idoneidad de su actividad.
- 3) El crecimiento de la burocracia ha sido continuo e incesante. Hoy no hay gobierno sin burocracia, siendo ésta el "alma" del Estado moderno.
- 4) Con relación al equilibrio institucional, se observa que va concentrado el poder y se le imputa ser la beneficiaria de una transferencia de poder. Pero la democracia necesita, por ahora de la burocracia, para realizarse política, social y económicamente. Debe sí, extremar los controles necesarios para que la burocracia cumpla su función instrumental o adjetiva respecto del poder.

24

CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

SUMARIO: 1. Centralización y descentralización: política, administrativa y burocrática. 2. La descentralización económica (criterio de Dabin). 3. Confederación y federación, doctrinas de la indivisibilidad y pluralización del asiento de la soberanía. 4. Distribución de competencias en los Estados federales actuales.

1. La forma del Estado es unitaria o federal según que los elementos de su estructura se encuentren articulados con referencia a uno o varios centros de poder. Esta centralización o descentralización política influye en la organización del poder en el Estado. Cuando la forma es unitaria, el poder es ejercido por autoridades cuyas funciones comprenden todo el territorio y la población de la organización política. Hay un solo orden gubernativo y una unidad de dirección en las fases de decisión, acción y sanción. El orden jurídico vale para todo el territorio, no pudiendo existir dos normas referidas al mismo objeto con una esfera de vigencia igual. Hay, así, un gobierno central único encargado de las funciones de legislación, ejecución y justicia. Cuando la forma es federal, por lo contrario, el poder es ejercido por un gobierno central y gobiernos locales. Si bien el orden jurídico tiene vigencia en todo el territorio del Estado, las formuladas por el gobierno central tienen validez en todo el territorio coexistiendo con otras normas, limitadas a parte del mismo, emanadas de los órganos autónomos locales. La centralización o descentralización política comprende a la totalidad del poder constituido, es decir, del Gobierno. No puede existir de modo parcial, afectando sólo a una función o a un órgano. O es unitario, o es federal. Esto obedece a la circunstancia de que influye sobre toda la estructura de la organización política la existencia de un centro unitario o plural de Poder. Afecta al territorio,

a la población, al orden jurídico. Incluso a los elementos modales de la estructura, particularmente a la soberanía, en torno a la cual se plantea el problema de su radicación en el Estado federal. En cambio, la centralización y descentralización administrativa está referida a la función ejecutiva, así como la de orden burocrático comprende únicamente uno de los aspectos de la actividad de la función ejecutiva.

A la descentralización política, utilizando el término que Kelsen usa para caracterizar el establecimiento de los municipios en la estructura espacial del Estado, podemos calificarla de descentralización por autonomía, pues las entidades o unidades políticas surgidas de este modo, o reconocidas como tales por vía de preexistencia, se autodeterminan y se encuentran descentralizadas, dándose sus constituciones y sus autoridades, que cumplen sus funciones de legislación, ejecución y justicia dentro de una esfera de competencia limitada jurídicamente por la constitución y las leyes del poder central y la existencia de otras unidades políticas autónomas. Es el caso de las provincias, y dentro de éstas, de los municipios.

Hay centralización administrativa cuando la actividad de los órganos que desempeñan la función ejecutiva responden a un centro de coordinación según principios de unificación. La descentralización administrativa corresponde a la diversificación de la coordinación administrativa. En el primer caso, el gobierno central o nacional asume la dirección de los servicios públicos; en el segundo, se limita a dirigir los servicios generales, dejando, según Barthélémy, "la dirección de los servicios regionales, locales o especiales, a autoridades sobre las cuales no se reserva sino un poder de contralor" (1). Podemos caracterizar a la descentralización administrativa como descentralización por autarquía revistiendo la forma de administración indirecta. Así como la autonomía implica autodeterminación política dentro de ciertos límites, la autarquía significa capacidad de administración, particularmente en el aspecto económico. Es decir, consiste en la capacidad de administrarse a sí mismo que la ley reconoce y confiere a un órgano de la administración pública, ya sea una institución, entidad o persona jurídica pública, dentro de los límites del derecho objetivo. En general, su fin es cumplir los servicios de la administración pública y se encuentran sujetos a control legal de los órganos subordinantes en la función ejecutiva.

Kelsen considera que la descentralización administrativa representa un caso de descentralización incompleta en la esfera de lo ejecutivo.

(1) Barthélémy, *op. cit.*, pág. 112.

tivo. La centralización y descentralización burocrática, por su parte, se relaciona con uno de los dos aspectos que presenta la actividad de lo ejecutivo: con la actividad administrativa, y está referida a si la decisión se encuentra o no centralizada en los órganos subordinantes. La descentralización burocrática, por consiguiente, es descentralización por jerarquía. No se altera la subordinación, el poder jerárquico y el poder disciplinario que relacionan a los agentes y funcionarios que integran la burocracia, dentro de un determinado orden. Con miras a lograr una mayor racionalidad de las tareas, o la simplificación de las funciones, se confiere a los agentes ciertas facultades de decisión, limitándolas reglamentariamente. Es decir, se amplía la esfera de competencia del agente, asignándole una atribución, en correlación con los requerimientos de racionalidad del propio servicio a la que se encuentra afectado.

2. Para Dabin (2) la descentralización se refiere a la estructuración del poder político. No desde el aspecto de la actividad funcional, sino de las zonas de intervención, abarcando la hipótesis de descentralización local o regional, en orden de lo político, lo administrativo y burocrático, y las formas vinculadas a lo profesional o económico. Lo agita una idea corporativista.

En cuanto a la descentralización con base territorial, luego de sostener que el poder está centralizado cuando la autoridad que rige el Estado monopoliza la potestad pública, gobernando a los hombres y administrando las cosas y poniendo en práctica la coerción y realizando los actos de gobierno y administración, legislación y jurisdicción; afirma que el poder está descentralizado cuando "se admite que ciertos grupos más o menos naturales existentes en el seno del Estado —comunas, provincias, regiones, agrupamientos nacionales o corporativos— posean en propiedad determinados atributos de la potestad pública, que ejercitan por medio de órganos escogidos por ellos e independientes del Estado" (3). Existe en este caso un poder central y poderes descentralizados, secundarios, pero que participan de la potestad pública, dentro del cuadro de la competencia que se les ha confiado. Esta es la descentralización política. La descentralización administrativa concierne a la organización de los servicios públicos que suplen a las actividades privadas, que se organizan con fórmulas flexibles, confiándoseles la dirección de uno o más servicios sin subordinación inmediata y directa de los órganos supremos. La ventaja de la descentralización

(2) Jean Dabin, *op. cit.*, pág. 304.

(3) Jean Dabin, *op. cit.*, pág. 305.

política y administrativa radicaría en que se descarga al poder central de una multitud de deberes de interés público que serían desempeñados por las autoridades locales, con más eficacia y menos costos. No se trataría de dispensar lo específico del poder, sino aquellas funciones y servicios que pueden estar a cargo de los grupos sociales. Supone, de este modo, una idea de colaboración de los grupos sociales con el Estado en mira a la armonía general. Esto puede lograrse, según Dabin, con la descentralización en base al principio de los *intereses* de orden económico y social que se ligan a los criterios de profesión y de clase. Entendiendo que la autoridad pública es emanación de una representación de intereses especiales y fragmentarios con la finalidad de equilibrar, arbitrar y dominar a los intereses, nada impediría la descentralización en procura de la colaboración de esos intereses, "en su rango y en cuanto a su especialidad", con el poder político y "no sólo por vía de consulta, sino también por vía de decisión". Los intereses actúan agrupados en sindicatos y corporaciones. Pero para que exista descentralización y no "desconcentración" esas formaciones por intereses deben ser libres y privadas, no dependiendo para nada del Estado. El propio Dabin reconoce que esto es simple teoría, que prefiere el término de los antagonismos sociales, la armonía de los grupos, hombres vieran realmente en su próximo un igual, y lo amaran como a sí mismos, no existirían diferencias sociales ni económicas, ni odios ni violencias, y, quizás, fraternidad y amor entre los individuos. Concluyen diciendo que, no obstante la situación caótica que la realidad presenta, el Estado debería atribuir "a los grupos económicos y sociales ciertos derechos de decisión reglamentaria, administrativa y aun jurisdiccional esto último mediante un sistema de magistraturas profesionales, en las materias relativas a su especialidad, en que el Estado estima que debe reconocerles competencia" (4). Si se examina el sistema, comprendemos que la postulación de Dabin no se refiera ni al "federalismo económico" ni a la descentralización. Se reduce a la abstracta formulación de un pensamiento corporativista, de reminiscencia medieval, no intervencionista, temeroso del fascismo, que se sirvió instrumentalmente de las corporaciones, y que postula con el fin ideal de "asegurar el reinado de la justicia para todos los individuos y el pueblo entero". Por otra parte, mientras el Estado no tome a su cargo la concreta gestión de los intereses económicos, o cuanto menos su dirección planificada, no se percibe cómo puede operarse

(4) Jean Dabin, *op. cit.*, pág. 338.

ese descentralismo económico. Tiene razón Laski cuando dice que las leyes tienden más a proteger la posesión de los privilegios existentes que a extenderlos y que la división de la sociedad en ricos y pobres hace que los imperativos legales del Estado actúen en ventaja de los ricos. Y esa división, tan elemental, origina que las diferentes clases de la sociedad parezcan, según la famosa frase de Disraeli, "más bien pertenecer a dos naciones que a un mismo pueblo" (5). "Cuakquiero que observe los métodos por los cuales la política del Estado del siglo XIX se ha transformado en el servicio social del siglo XX, comprenderá cómo la desigualdad sólo puede mantenerse consintiendo concesiones por las cuales tiene que pagar. Y estas concesiones aumentan en volumen. Los pobres comprenden la desigualdad de un sistema social que equilibra proporcionalmente el trabajo y la ganancia en la vida".

3. La confederación es una forma de unión permamente entre Estados soberanos. Su fundamento jurídico es una carta o pacto de derecho internacional y su finalidad esencial la defensa común. Esta unión requiere una organización cuya estructura debe relacionarse con la conservación de la soberanía por parte de los Estados miembros. No tiene carácter supraestatal sino interestatal, razón por la cual sus relaciones son del orden del derecho internacional, careciendo de la capacidad incondicionada de obligar a los Estados confederados ni a sus poblaciones, pues los poderes que posee son derivados y limitados, subordinados al acuerdo de los Estados miembros. No tiene soberanía, habiendo sido definida por Jellinek como "una comunidad internacional con órgano común" (6).

La confederación es una formación política moderna. Las confederaciones antiguas, como la liga aquea en Grecia y la Confederación de las ciudades latinas, en Roma, no tienen semejanza con las confederaciones modernas. Corresponden a uniones entre formas políticas distintas de la forma política moderna, es decir, del Estado. No tienen nada en común ni con la confederación americana, que existió de 1777 a 1787, con la confederación helvética, que duró hasta 1848, en que se transformó en Estado federal, ni con la confederación germánica, que existió de 1815 a 1866.

Estas tuvieron personalidad internacional, con una esfera de competencia determinada en el pacto o carta de establecimiento, adoptada por unanimidad de los miembros. Se realizaron entre Estados sobe-

(5) Harold J. Laski, *Introducción a la política*, cit., pág. 41.

(6) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 574.

ranos que conservaron, y llegado el caso ejercitaron, el derecho de secesión, es decir, de separarse de la confederación; y el derecho de nulificación, destinado a obtener la revisión y la no aplicación de la decisión contraria al pacto o al derecho interno de los Estados confederados. La confederación no tiene poder directo sobre los pueblos. Sus recursos materiales y humanos provienen de los Estados miembros. En los hechos, la confederación expresa una relación de intereses, a la que los Estados se someten en tanto no sea divergente de los propios. Los Estados confederados no son circunscripciones descentralizadas de la confederación, sino Estados plenamente soberanos e independientes, que se mantienen dentro de la confederación con la finalidad de defensa como objetivo supremo, pero que no han renunciado a ninguno de sus atributos como Estados, y que no vacilan en provocar la ruptura del pacto si lo consideran inconveniente. De ahí que esta forma permanente de unión no constituye una unión firme, no existiendo en la actualidad ninguna confederación. Es una forma muerta. La más importante confederación de la época moderna, la suiza, la norteamericana y la germánica se transformaron en federaciones. Esto ocurrió —según Ranelletti— por el sentimiento de racionalidad y la necesidad de asegurar la propia existencia e independencia, mediante una organización más estrecha, que proporcione una mayor eficacia a la acción política interna y externa. Esto determinó una transformación del vínculo de naturaleza internacional que existía en la confederación, en un vínculo de índole constitucional, originándose el Estado federal⁽⁷⁾. Nace como un Estado de Estados, o, si se quiere, como un "súper-Estado". Los Estados miembros pasan a ser partes del nuevo Estado, la soberanía queda depositada en el poder originario, o poder corporativo, y en su titular, el pueblo, y emerge un solo y único Estado federal, descentralizado en unidades políticas autónomas que poseen órganos propios y facultades de autodeterminación limitadas por la Constitución federal, que es el fundamento y soporte jurídico del nuevo Estado.

El Estado federal, por consiguiente, es una unión de Estados de derecho político interno, investido de soberanía y de los derechos de legislación y jurisdicción, formando una unidad política, existiendo un gobierno central y gobiernos locales. Se caracteriza esencialmente porque los Estados particulares o provincias tienen autonomía y además concurren y participan en el gobierno central, en la formación de la

(7) Oreste Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pág. 151.

voluntad del poder en el Estado, o, usando la terminología de Le Fur, "en la formación de la voluntad soberana del Estado central"⁽⁸⁾. En efecto, los Estados particulares o provincias se encuentran representados en una de las dos Cámaras del Congreso, y, además, sus poblaciones envían representantes a la otra, interviniendo en la elección indirecta del órgano ejecutivo, y por elección de tercer y cuarto grado, en la de los órganos judiciales.

Burgess considera impropio que se siga denominando *Estados* a las unidades políticas que integran el Estado federal. Afirma que carece de sentido, manteniéndose sólo por inercia mental, con la desventaja de provocar confusión de ideas⁽⁹⁾. De todas maneras, el uso se vincula al hecho de que el establecimiento del Estado federal es consecuencia de circunstancias y condiciones históricas y no una construcción jurídica. No debe olvidarse que las unidades locales presidieron la creación del Estado federal, y que, por lo general, el gobierno central se encuentra investido de un conjunto determinado de funciones constitucionalmente limitadas, en tanto que las provincias o Estados particulares se reservan los poderes no delegados. Menos frecuente es el caso inverso, tal como el de Canadá, en que los poderes asignados a los Estados están definidos, conservando el remanente el poder central. Pero en todos los casos, conforme Greenwood, el gobierno nacional es legalmente competente para ejercer solamente poderes limitados y es incapaz de aumentar su propia autoridad a voluntad. A su juicio, "federalización significa, no solamente que la división de poderes debe ser hacia en forma rígida, sino también que esferas muy considerables de actividad gubernativa deben ser dejadas a las unidades locales. Quien compare el tipo de materias manejadas por las autoridades locales, por ejemplo, en Inglaterra, con el tipo manejado por las autoridades estatales en una estructura federal, ha de reconocer que la medida de gobierno local constituye una distinción muy real entre los sistemas federal y unitario"⁽¹⁰⁾.

Jellinek define al Estado federal como "un Estado soberano formado por una sociedad de Estados", y lo caracteriza, primero, porque los Estados federados no son soberanos; segundo, porque la organización descansa en una constitución considerada forma o ley fundamental; tercero, en virtud de la prevalencia del Estado federal sobre los

(8) Luis Le Fur, *Droit international public*, Ed. Dalloz, París, 1937, pág. 193.

(9) Burgess, *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, trad. esp., t. II, cap. III.

(10) Gordon Greenwood, *The future of Australian federalism*, págs. 8/12.

Estados miembros, éstas pierden el carácter de formas políticas específicas, es decir, de Estados; cuarto, los Estados miembros conservan facultades de autodeterminación subordinada dentro de los límites que les reconoce la Constitución federal; quinto, participan en el gobierno central; y, sexto, el Estado federal constituye una unidad en la que se funde la pluralidad de los Estados federados. Predomina la competencia del poder central y el territorio y el pueblo conforman, con el poder central y el ordenamiento jurídico general, una unidad (11).

En cuanto a su origen, sin incluir la suma de los factores históricos, él no se encuentra ni en los poderes originarios, ni en las situaciones preexistentes, ni se reduce a disputas sobre si la soberanía es o no conservada por los Estados particulares y si conservan o no el carácter de anteriores a la federación, sino que debe verse en el acto constituyente. Las fuerzas se orientan a la manifestación del poder constituyente, y éste es quien, a través del acto constituyente origina al Estado federal.

El Estado federal excluye la posibilidad de doble racionalidad y de doble soberanía: convierte a un pueblo en una nación y a una pluralidad de soberanías en una sola, depositada en un titular, el pueblo, y en un órgano, el poder constituyente. El proceso de formación del Estado federal lo demuestra. En Suiza, de la Unión Confederal de los cantones es pasó a la federación, manteniéndose el nombre de Confederación Helvética sólo por tradición; en los Estados Unidos, las colonias formaron una Confederación de Estados (1778) basada en los Artículos de la Confederación sancionados en Filadelfia, la que al dictarse la Constitución federal, en mayo de 1787, y entrar en vigencia en marzo de 1789, pasó a ser federación. Entre nosotros, como en los Estados Unidos, el acto constituyente estableció el gobierno federal, creando una unidad política donde las competencias están repartidas entre el poder central y las provincias; hay un gobierno central con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que abarcan con su actividad a todo el territorio y a la población; y gobiernos locales, con autonomía para dictar sus constituciones y sus leyes, y aun con idénticas funciones que deben realizar dentro de la esfera de competencia que la Constitución nacional establece. Las provincias son iguales entre sí y sus actos y procedimientos tienen eficacia y validez en todas las demás. Tanto el gobierno federal como los gobiernos locales actúan directamente sobre el pueblo, pero sus esferas de actuación son distintas. Actúan coordinadamente cada uno dentro de una órbita pro-

(11) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 579.

pia. Dentro de su esfera son independientes. Pero existe una graduación que resulta de la supremacía de la Constitución y de las leyes nacionales. Pero esto no altera el principio federal, según el cual coexisten el gobierno nacional y los gobiernos locales, coordinadamente, cada uno de ellos dentro de los límites establecidos por la Constitución nacional.

En lo referente al asiento de la soberanía en el Estado federal, teniendo en cuenta que no existe un tipo único, sino por lo contrario, tantos federalismos como Estados federales hay, y así, mientras Rusia se aproxima a la confederación, al reconocer a los Estados miembros el derecho de secesión, Canadá, en el otro extremo, reconoce a las provincias únicamente aquellos derechos expresamente delegados por el poder central, se han formulado distintas teorías. Faustino Legón clasifica las soluciones propuestas, según mantengan o no el principio de la indivisibilidad de la soberanía, en las siguientes:

"Primera: hay una sola y única soberanía, la del Estado federal; no son soberanos sino autónomos los Estados particulares, provincias, países o cantones. Es incontestable, según Le Flur, en su clásica obra, que en el verdadero Estado federal, la soberanía le pertenece; los miembros no son soberanos ni Estados aunque coparticipen en el ejercicio y la substancia de la soberanía, contribuyendo a la formación del Estado Federal íntegro. Esta es la posición de los centralistas norteamericanos, empeñados en contener las aspiraciones excesivas de los Estados, sólo dominadas después de una trágica guerra civil. Esta doctrina de Lieber, Story y Webster, es la que prevaleció en Europa."

"Segunda: también partiendo del postulado de la indivisibilidad, los defensores de la amplitud de los derechos locales, como Calhoun en América y Seydel en Alemania, entienden que la soberanía reside en los Estados particulares."

"Tercera: para mantener el principio de la unidad de la soberanía, y no obstante ello atribuiría al Estado central, y a los Estados particulares, Gierke y Haenden insinuaron que la soberanía radicaba en el poder constituyente, por encima del gobierno central y de los gobiernos locales."

"Cuarta: la solución típicamente plural consistió en suponer que la soberanía puede considerarse dividida, siendo soberanos en relación a sus propias competencias, tanto el Estado central como los particulares. Madison así lo indicó; la Corte norteamericana lo sigue." (12)

(12) Faustino J. Legón, *Cuestiones de política y derecho*. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1951, págs. 65/6.

Por su parte, Aranha Bandeira de Mello clasificó las doctrinas sobre esta cuestión en las siguientes:

a) *Teoría de la división de la soberanía*: Sostiene que la soberanía se divide o reparte entre el Estado federal y los Estados locales, permitiendo que en ciertos aspectos ellos constituyan un cuerpo político único, y en otros aspectos se encuentren separados. Se expuso por primera vez en *El Federalista*, por Hamilton, Madison y Jay, siendo sostenida posteriormente por Tocqueville y más tarde por el jurisconsulto germano Waitz.

b) *Teoría del derecho de los Estados miembros*: Esta doctrina fue expuesta por Jefferson, y luego sustentada por Tucker, Rawle y Calhoun. Seydel la divulgó en Europa. Asimila el Estado federal a la confederación de Estados, sosteniendo que las únicas entidades soberanas son los Estados miembros.

c) *Teoría de la participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad del Estado federal*: La soberanía, según esta doctrina, tiene su asiento en el gobierno central y no en los Estados miembros, quienes gozan de autonomía, participando en la formación de la voluntad nacional. Fue sostenida por Zorn, Borel y Le Fur.

d) *Teoría de los Estados no soberanos*: Esta doctrina, de la escuela alemana, expuesta por Meyer y compartida por Laband, Jellinek, Rosin y Brie, sostiene que la soberanía no constituye el signo característico del Estado. Basta que posea el poder de dominación en grado de autogobierno. De este modo, admite la existencia de Estados soberanos y no soberanos, encontrándose en esta situación los Estados miembros de un Estado federal ya que soberano es únicamente el Estado federal.

e) *Teoría del Estado de facto*: Duguit es el expositor de esta doctrina. El Estado no es otra cosa que el dominio de ciertos individuos que tienen fuerza mayor, pudiendo imponer su voluntad a los demás miembros de la comunidad política. El Estado federal sería aquel en cuyo territorio existen dos grupos de gobernantes: los federales y los locales. Establecida esta dualidad, no puede modificarse sin consentimiento de los mismos.

f) *Teoría de la escuela austriaca*: Expuesta por Kelsen, Kunz, Verdross y Gidel. La idea fundamental consiste en que mientras el Estado federal está sujeto al derecho internacional, constituyendo un Estado en el sentido internacional, los Estados federados están sujetos al derecho y constituyen Estados en el sentido nacional. La federación comprendería tres órdenes distintos: la colectividad central, las colec-

tividades miembros y la comunidad total. Los primeros órdenes son jurídicamente iguales, porque están subordinados en la misma medida a un orden jurídico superior, el de la comunidad total; y son órdenes parciales, pues sus competencias se circunscriben solamente a ciertas materias que les han sido conferidas por el orden jurídico total. Los órdenes jurídicos parciales, a la vez que se encuentran subordinados al orden jurídico total, se encuentran entre sí en una relación de coordinación.

g) *Teoría de las competencias exclusivas*: Sostenida por Haines, Dicey, Bryce, Willoughby y Durand, puede ser considerada como la de la escuela angloamericana. Considera al Estado federal como un Estado descentralizado. Esta descentralización se halla prescripta por la propia Constitución federal, la cual debe ser rígida; además, entre las atribuciones reconocidas a los Estados miembros, algunas son de la competencia exclusiva de los mismos. En realidad, se resume en la repartición de la soberanía, por vía de la determinación de competencias exclusivas.⁽¹³⁾

4. La distribución de competencias es una cuestión esencial para el sistema federal. Consiste el problema en determinar la esfera de atribuciones que corresponden al gobierno central y a los gobiernos locales. Linares Quintana afirma que el acierto o desacuerdo de esta distribución, atendiendo a los múltiples factores sociales, políticos y económicos, gravita en el éxito o fracaso del sistema federal, no vacilando en calificarlo como crucial en la organización de todo Estado federal. La existencia de dos órdenes gubernativos, uno nacional y otro local, y los intereses y propósitos de cada uno de esos órdenes convierten al sistema federal en una transacción entre fuerzas en conflicto latente. El reparto de las competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales puede efectuarse con tres criterios distintos. En primer lugar, enumerando taxativamente todas las facultades y atribuciones del gobierno central, por una parte; y las de los gobiernos locales, por la otra; en segundo, enumerando taxativamente, del modo más completo posible, las facultades y atribuciones del gobierno central; dejando en manos de los poderes locales todas las facultades remanentes; y por último, enumerando taxativamente, del modo más completo y detallado posible, las facultades y atribuciones de los gobiernos locales; dejando en manos del gobierno central las facultades no enumeradas.

(13) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Naturaleza jurídica do Estado federal*, San Pablo, 1937, págs. 17 y ss.

La dificultad consiste en trazar un criterio cuando se sabe que el Estado federal es una concreción histórica, no una construcción racional; que hay tantos federalismos como Estados federales y que la realidad torna impotente toda elaboración teórica.

El sistema federal opera en forma distinta según el régimen político que detiene el poder: muy diversa es su actividad bajo el imperio del liberalismo que bajo un régimen de regulación e intervención estatal; por otra parte, las condiciones económica y sociales de cada país ponen su sello en el funcionamiento del sistema. Esto hace que cada Estado federal sea un sistema en sí mismo, unas veces anómalo, otras heterogéneo, siempre diferente. En unos Estados se detalla lo que puede hacer el gobierno federal, en otros no. En algunos se establece que los poderes originarios están reservados a las provincias, como en la Argentina; en otros, como en Canadá, quien se reserva los poderes originarios y no delegados es el poder central. La división de las competencias, "la esfera dentro de la cual puede operar cada uno de los poderes, tiene que variar y varía en realidad según las circunstancias" (14). Es que la realidad, como dice Burdeau, no puede encuadrarse en una teoría del Estado federal; "es la diversidad de los sistemas federales; no es el federalismo único auténtico, de los Estados Unidos o de Suiza, con exclusión de la organización soviética, que disfrazaría, bajo una apariencia de federalismo, una descentralización más conciliable con el Estado unitario. La realidad son los múltiples aspectos de federalismos determinados por las realidades humanas y políticas, ante las cuales no podría prevalecer la elegancia de una teoría". Y esa realidad es la que hace que el federalismo en Rusia se aproxime a la confederación; que el de Canadá y Sudáfrica linde con el unitarismo; que el de los Estados Unidos se mantenga dentro de un plano intermedio; y que en la Argentina haya seguido su curso un proceso de

(14) Carl J. Friedrich, *op. cit.*, pág. 207. Woodrow Wilson decía al respecto: "En cada etapa de nuestro desarrollo nacional hemos debido encontrarnos con esa cuestión, y ninguna definición de estadistas o de jueces la ha apaciguado o resuelto. No puede ser solucionada por la opinión de una generación, porque es una cuestión evolutiva, y cada etapa sucesiva de nuestro desarrollo político y económico plantea un nuevo aspecto, genera una nueva cuestión" (Woodrow Wilson, *Constitutional government of the United States*, Nueva York, 1908, pág. 173). J. A. Corry, *The federal dilemma*, "The Canadian Journal of Economic and Political Science", Toronto mayo 1941, pág. 215, afirma que "una unión federal es siempre un matrimonio de conveniencia... en el que las partes insisten en conservar sus identidades y personalidades y de preservar una gran medida de su independencia". Conf.: Segundo V. Linares Quintana, en *Gobierno y Administración de la República Argentina*, t. II, págs. 2 y ss.; y *Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional*, t. 8, págs. 215 y ss.

centralización. Lo que explica que en la Argentina, Estados Unidos, Australia, México y Venezuela los gobiernos centrales tengan competencias predeterminadas, poderes delegados y definidos y los gobiernos locales los poderes remanentes, reservados e indefinidos; y que en Canadá y Sudáfrica se dé el fenómeno inverso, teniendo el gobierno central poderes indefinidos y reservados en tanto que los gobiernos locales tienen poderes delegados y definidos, taxativamente determinados.

CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN DEL ESTADO FEDERAL

1) Centralización y descentralización (política-administrativa-burocrática):	<p>1) La centralización y descentralización política se refiere a la forma de Estado; la administrativa a la actividad de los órganos que desempeñan la función ejecutiva; y la burocrática a una de las ramas de la actividad ejecutiva.</p> <p>2) En el orden político, el Estado puede ser unitario o federal, según que los elementos de su estructura se encuentren articulados con referencia a uno o varios centros de poder. Es decir, que exista un gobierno central único para toda la nación; o un gobierno central y gobiernos locales, coordinados con esteras de competencia delimitadas. Sería una descentralización por autonomías.</p> <p>3) En el orden administrativo habrá centralización cuando la actividad de los órganos que desempeñan la función ejecutiva responden a un centro de coordinación según principios de unificación. Descentralización cuando existe diversificación de la coordinación administrativa. En el primer caso el gobierno central asume la dirección de los servicios públicos, en el segundo deja la dirección a autoridades locales o regionales, conservando un poder de control. Sería una descentralización por autarquías.</p> <p>4) En el orden burocrático, habrá centralización o descentralización según que se faculte o no a los funcionarios o empleados subordinados a resolver ciertas cuestiones o adoptar determinadas resoluciones dentro de los límites de una competencia reglamentada. Es una descentralización por jerarquía dentro del orden administrativo.</p> <p>5) Dabin, no limita la descentralización a lo político, administrativo y burocrático. Estiende que debe extenderse a lo profesional o económico.</p> <p>6) Alienta un corporativismo atenuado, de reminiscencias medievales: Propicia la descentralización de los intereses de orden económico y social con criterios de profesión y de clase, a fin de asegurar su colaboración, con miras a la armonía social, dentro del orden existente. A tal fin entiende que deberá darse a los sindicatos y corporaciones participación en el poder político, no sólo por vía de consulta, sino de decisión.</p>
2) Descentralización económica (Dabin):	<p>3) Esas facultades de decisión pueden ser reglamentarias, administrativas y aún jurisdiccionales; pero no debe revestir el aspecto de "un federalismo económico" ni de una descentralización. Temeroso del fascismo que utilizó instrumentalmente a las corporaciones, entiende que deben ser libres, privados, no dependientes del Estado.</p>
3) Confederación y federación. Doctrinas sobre el asiento de la soberanía:	<p>4) Confederación:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Concepto: forma de unión permanente entre Estados soberanos. b) Fundamento jurídico: una carta o pacto de derecho internacional. c) Su finalidad: la defensa común, la paz.
1) Confederación:	<p>d) Organización: al conservar los Estados su soberanía, la organización es interestatal; débil, con un órgano deliberadamente sin otros poderes que los nacidos del acuerdo unánime de los confederados.</p> <p>e) Carece de soberanía: no es un Estado, sino una liga de Estados.</p> <p>f) Los Estados miembros: conservan los derechos de soberanía y nullificación.</p> <p>g) No existen en la actualidad: las uniones entre Estados tienen hoy otras características. No obstante, las Naciones Unidas, las organizaciones regionales, las comunidades de orden internacional, presentan semejanzas que, en más de un sentido, permiten asimilarlas a las confederaciones.</p>
2) Federación:	<p>1) Concepto: El Estado federal es una unión de Estados de derecho político interno, investido de soberanía, formando una unidad política.</p> <p>2) Se caracteriza: porque los Estados particulares o provincias tienen autonomía participando en el gobierno nacional, y a través de éste, en la formación de la voluntad del poder en el Estado.</p> <p>3) Federación o gobierno federal: significa la coexistencia y coordinación de dos órdenes de gobierno: uno central y otro local.</p> <ul style="list-style-type: none"> 1) Los Estados federados no son soberanos. 2) La organización se basa en una Constitución. 3) Prevalece el Estado federal sobre los Estados miembros. 4) Los Estados federales tienen autonomía dentro de los límites fijados por la Constitución. 5) Los Estados locales participan en la formación del gobierno nacional.

3) Confederación y federación. Doctrinas sobre el asiento de la soberanía:

4) La distribución de competencias:

2) Federación:	4) Sus notas principales serían:	6) El Estado federal es una unidad fundada sobre la pluralidad.
	5) Su origen: el acto constituyente.	
3) Doctrinas sobre el asiento de la soberanía en el Estado Federal:	a) de la indisolubilidad:	1) en el poder central. 2) en los poderes locales. 3) en el poder constituyente.
	b) de la pluralidad o típicamente federal:	Se divide la soberanía entre el poder central y los Estados particulares, siendo cada uno soberano en relación a sus propias competencias.
1) Es cuestión esencial para el sistema federal saber qué atribuciones tiene el poder central y cuáles los gobiernos locales. Es decir, determinar las esferas del gobierno central y los gobiernos locales.		
	2) El reparto de las competencias entre el gobierno central y los gobiernos locales puede hacerse de tres maneras distintas:	
a) enumeración taxativa de atribuciones tanto del gobierno central como local;		
	b) enumeración de las atribuciones del poder central. Los poderes locales se reservan los no enumerados, indefinidos, remanentes o no delegados.	
c) enumeración de las atribuciones de los poderes locales. El poder central conserva los no enumerados, indefinidos, remanentes o no delegados.		
	3) La realidad impide fijar criterios rígidos. El Estado federal es un producto histórico, no una construcción racional. Hay tantos federalismos como Estados federales. Así Rusia está en los linderos de la confederación; Canadá y Sudáfrica muy próximas al unitarismo; Estados Unidos en un plano intermedio y Argentina tiende a la centralización.	

Clasificación de León:

- 1) en el poder central.
 - 2) en los poderes locales.
 - 3) en el poder constituyente.
- Se divide la soberanía entre el poder central y los Estados particulares, siendo cada uno soberano en relación a sus propias competencias.

25

ESTADO DE NECESIDAD. REVOLUCIÓN. GOBIERNOS DE FACTO

SUMARIO: 1. Razón de Estado, estado de necesidad y derecho de resistencia a la opresión. 2. Manifestaciones históricas, declaraciones, estimación moral. 3. Crisis y legislación preconstituida para la crisis, ejemplos constitucionales. 4. Revolución: concepto y doctrinas. 5. Hecho, derecho a la revolución y derecho de la revolución. 6. Revolución y Constitución. 7. Los casos críticos y el gobierno "de facto". 8. Doctrina de facto y el régimen de los decretos-leyes. Revoluciones y golpes de estado de 1861, 1900, 1943, 1955 y 1962. 9. Singularidad de los movimientos de 1966 y 1973.

1. Razón de Estado, para Meinecke, es la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. Ella dice al político lo que tiene que hacer para mantener la plenitud del Estado indicándole los medios y los fines, los caminos y las metas. La conservación del Estado y el mantenimiento del orden en instancias forzadas liberan al poder político de todo condicionamiento jurídico, formal y material, y lo convierten a obrar, saltando de lo discrecional a lo arbitrario, sin otra ley que la necesidad política.

La razón de Estado es el imperio de la necesidad política: la legitimidad del obrar arbitrario del poder. Oculta una concepción organicista del Estado, al que se le imputa no sólo voluntad, también "razón". Subyace en ella, en lo que tiene de vital, una idea aristocrática de la conducción política, que resume en los gobernantes, y, más precisamente, en "el" gobernante, todo lo que hay de personal, de individual, en la dominación y en el poder político.

Deja de lado lo racional, lo impersonal, lo objetivo de las reglas sociales y sitúa al gobernante por encima de la ley. De ahí que haya

los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado y el más indispensable de los deberes".

En este reconocimiento institucional está presente la influencia de Locke, quien, en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, en el capítulo intitulado *De la tiranía*, afirma que siempre que las leyes cesan o son violadas en perjuicios de otros, la tiranía empieza y existe.

Cualquiera que hallándose revestido de autoridad, excede el poder que le ha sido confiado por las leyes y emplea la fuerza que está a su disposición para hacer con los súbditos cosas vedadas por éstas, es, según Locke, indefectiblemente, un tirano, y como entonces obra sin autoridad, se le puede presentar oposición del mismo modo que a cualquier otro que invadiese por fuerza el derecho de otro. "No hay nadie que no reconozca que es permitido oponerse así a los magistrados subordinados. Si un hombre que se ha ofrecido para apoderarse de mi persona en las calles, entra por fuerza en mi casa derribando mi puerta, tengo derecho para oponerme a él como si fuera un ladrón, aunque yo reconozca que está revestido de poder y ha recibido orden para arrestarme fuera de ella. Quisiera que se me dijera, por qué no se puede obrar del mismo modo con los magistrados, superiores y soberanos".

John Locke, al referirse a la disolución de los gobiernos, sostiene que "el poder que cada individuo cedió a la sociedad al entrar en ella jamás podrá revertir a los individuos mientras la sociedad dure, ni permanecerá en la comunidad permanentemente, porque sin ello no habría comunidad ni república, lo que fuera contrario al convenio original", reconociendo al pueblo el derecho de obrar como supremo, adoptando nuevas formas de gobierno en caso de que los gobernantes no cumplan con los fines para los cuales fueron establecidos.

Estas ideas son comunes en los autores contractualistas, salvo Hobbés. Así, Rousseau sostiene que los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores, que puede nombrarlos y destituirlos cuando le plazca. Al encargarse de las funciones que el Estado les impone, no hacen sino cumplir con su deber de ciudadanos, no existiendo en el Estado "ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni el mismo pacto social; porque si todos los ciudadanos se reuniesen para romper ese pacto, de común acuerdo, no se puede dudar de que estaría legítimamente roto". Por otra parte, "en el momento en que el gobierno usurpa la soberanía, el pacto social se rompe, y todos los ciudadanos, al recobrar de derecho su libertad, se

ven forzados, pero no obligados, a obedecer". La obediencia a cambio de la protección se convierte en la insurrección contra la opresión.

Entre nosotros, Sánchez Viamonte considera que "el derecho de resistencia a la opresión es el derecho que tiene toda sociedad de hombres dignos y libres para defenderse contra el despotismo, si fuesen destruirlo". Más que un derecho —a su juicio—, es un principio político. Al referirse a su casi universal exclusión de la legislación positiva, dice: "el derecho de resistencia a la opresión resulta naturalmente excluido por el constitucionalismo, y, de un modo muy especial, por la existencia de un poder jurídico reconocido a la administración de justicia, al revestir a ésta del carácter de poder judicial, es decir, de un poder público con igual jerarquía institucional que los otros dos poderes del gobierno" (6). Por su parte, Sebastián Soler estima que la resistencia a la opresión no es un derecho del hombre, sino una facultad propia e intransferible del individuo para examinar la norma, no solamente desde el punto de vista de su legalidad, sino de su justicia, de acuerdo con la idea que tenemos de ésta (7).

El derecho de resistencia a la opresión, por consiguiente, pasa por tres etapas en el proceso de su formulación: la primera, de elaboración y consagración como un imperativo moral, a partir del siglo XII, con Juan de Salisbury, quien elabora una primera doctrina de tiranicidio, iniciándose su consideración como un derecho natural; la segunda, en relación con la teoría contractualista, culmina con su reconocimiento como derecho positivo en las declaraciones de derechos del siglo XVIII; y la actual, en que se lo considera un principio político (Sánchez Viamonte); una facultad de examen de las normas (Soler); un derecho natural, suprapositivo, como Gény; un derecho natural implícito, como Silvio Trentín, o una categoría jurídica como Emge y Sauer. Lo que a lo largo de este proceso ha quedado en pie es la condición de imperativo ético que la resistencia a la opresión tiene, y esto, según Hauriou, como una consecuencia del carácter revolucionario de la libertad.

3. La Constitución, como norma fundamental de organización, determina jurídicamente quiénes y bajo qué condiciones tienen derecho a gobernar y los inviste de facultades para el cumplimiento de su función gubernamental. Incluso, puede prever los casos de crisis en la continuidad jurídica por hechos o circunstancias anómalias y extraordinarias, como la conmoción interior, la sedición, y aun el caso extremo

(6) Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, págs. 37 y ss.

(7) Sebastián Soler, *Ley, historia y libertad*, Buenos Aires, págs. 91/2.

del ataque exterior, confiriendo facultades excepcionales, en relación con el carácter de las situaciones y circunstancias. Establece así un sistema de medidas de seguridad, de carácter preventivo o represivo, que pone en manos del poder en el Estado, dejando librado a su discreción el área de aplicación de las medidas, según la extensión o intensidad de la alteración del orden interno, la mayor o menor gravedad del ataque exterior, el grado y naturaleza de los hechos, en la forma y con los efectos que la propia constitución determina. Es lo que se conoce con el nombre de legislación preconstituida para la crisis. Pero puede ocurrir que no prevea en modo alguno, o que lo haga insuficientemente, dejando librada la actuación del poder a lo que corresponda, por vía legislativa, en cada circunstancia, o bien autorizando a la actuación sin otra ley que la impuesta por la lógica de cada situación. Para estos supuestos se ha elaborado la doctrina del "estado de necesidad", substitutivo de la razón de Estado, que justifica la actuación de los órganos del poder en el Estado, particularmente el ejecutivo, para conjurar el peligro. Comprometido de manera inminente el orden público, amenazada la existencia de la comunidad política por un peligro colectivo real, se reconoce al poder en el Estado el derecho a reaccionar contra ese peligro o amenaza, aun a falta de normas que autoricen su actuación y sin necesidad de invocar otros derechos que los emergentes del "estado de necesidad", tal como obra el individuo amenazado por un peligro en su persona o en sus bienes, si ese peligro es real e inminente. Esa reacción, según Bielsa, "no constituye un derecho orgánico sino el ejercicio de una actitud de defensa frente a otra acción o situación, cuyas consecuencias no podrían evitarse ni repararse de otro modo para volver las cosas al estado amenazado por la situación peligrosa" (8). Los sistemas de seguridad pueden resumirse, pues, en: 1) legislación preconstituida para la crisis, tal como normas sobre estado de sitio, de emergencia o facultades extraordinarias; 2) legislación de origen normal pero constituidas durante la crisis, tal como la delegación de facultades al Ejecutivo, como en Suiza, en 1914; y 3) actuación ejecutiva sin ley, que —según Legón—, es la forma típica de actuación en los casos de estado de necesidad (9).

En general, las medidas que se adoptan con motivo de la crisis, se encuentren o no preconstituidas, se caracterizan por imponer restricciones a los derechos individuales, suspender las garantías y constreñir la esfera de seguridad y libertad individual por el tiempo y en la medida

dida que la situación anómala o extraordinaria lo requiera. No son, estrictamente, derechos o poderes, sino medidas de seguridad, excepcionales instrumentos de defensa que la Constitución concede, o admite, en casos graves y urgentes de peligro inminente. Demás está decir que se encuentran siempre en relación de subordinación a los hechos y se justifican sólo como remedios de una situación excepcional y anómala, frente a la cual los recursos ordinarios de la Constitución y de las leyes, para garantir el orden y la paz pública, sean efectivamente insuficientes o impotentes.

Los tumultos aislados, las comunes alteraciones del orden, las agitaciones usuales de las contiendas o la pasión política, propias de la acción de los hombres que responden a corrientes de ideas divergentes a las del Gobierno, que sean naturales a todo desenvolvimiento de vida democrática, las simples transgresiones y aun los excesos y licencias en que pueda caer la difusión y propaganda de los partidos y de los hombres que militan en ellos, en fin, todas las gamas que matizan el público debate de las doctrinas o principios ideológicos en contradicción, que no amenacen la estabilidad de las autoridades, o la vigencia de la Constitución, no sirven para justificar el uso de las facultades excepcionales derivadas de las medidas de seguridad. Los acontecimientos que lo justifiquen deben ser de una gravedad que razonablemente obligen al uso de las medidas defensivas, en sus aspectos preventivos o represivos. Y las circunstancias de hecho deben revestir el carácter, dentro del orden interno, en la realidad objetiva, de una comoción interior, o el peligro de ella, en condiciones tales que pongan en riesgo inminente a las autoridades constituidas o a la Constitución. Así como en el plano de la actividad privada se justifica la defensa cuando los medios empleados guardan relación con las modalidades del ataque o el concepto de su peligrosidad, en otras palabras, se exige equivalencia del poder ofensivo, entre los medios empleados en el ataque y los medios empleados en la defensa, así también, en el orden político constitucional el fundamento de las medidas de seguridad responde a la necesidad de poner en manos del Gobierno los recursos indispensables para reprimir o prevenir la grave alteración del orden que haga peligrar o ponga en riesgo inminente el imperio de la Constitución, o el gobierno que la Constitución ha creado. Son recursos excepcionales para circunstancias excepcionales, de ahí que deban ser limitados y temporarios, toda vez que al proporcionar a la autoridad ejecutiva poderes superiores a los ordinarios, al quebrantar el equilibrio entre las prerrogativas gubernativas y las inmunidades personales, ceden y confieren una facultad enorme, que debe cesar cuando el peligro

(8) Rafael Bielsa, *El Estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y al derecho administrativo*, Rosario, 1940, pág. 47.

(9) Faustino J. Legón, *op. cit.*, pág. 161.

asumido en su gravedad, toda vez que "la Nación abandona su libertad por un tiempo, para conservarla después para siempre". Esta concesión de atribuciones tiene su razón de ser en la suprema aspiración de salvar el orden social "pero no interpretado el peligro por la voluntad o el capricho de los gobernantes" (10).

Se distinguen, entre las medidas de seguridad, el estado de sitio, la suspensión del *habeas corpus*, la ley marcial, el estado de asamblea y las facultades extraordinarias. El estado de sitio es la medida extrema en que se suspenden las garantías constitucionales. Es más amplia que la suspensión del auto de *habeas corpus*, que comprende la garantía personal de no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente y ser informado de la causa de la detención. En cuanto al estado de asamblea, significa, según Joaquín V. González, "la reunión efectiva de todas las milicias y el sometimiento al régimen militar de todos los que se hallan en armas. El estado de sitio, aunque puede producir esa situación no implica necesariamente la convocatoria de las milicias ni un estado de guerra" (11). La ley marcial significa someter los actos de los ciudadanos al juicio de los tribunales militares, la transferencia, en consecuencia, de la jurisdicción civil u ordinaria, a la militar o extraordinaria. Por último, la delegación de facultades extraordinarias, tal como existe en Chile, consiste en conferir temporariamente al Poder Ejecutivo atribuciones extraordinarias, por tiempo limitado, con el fin de que pueda, utilizando esa delegación y ampliación de competencias, poner término a la crisis de la continuidad jurídica, o al peligro o situación anómala que ha puesto en peligro el orden o la existencia de la comunidad.

La suspensión del *habeas corpus* se encuentra establecida en Inglaterra. Por la "Emergency Powers Act", de 1920, que determina los poderes del Gobierno en casos extraordinarios de crisis nacional, se han ampliado las facultades del Gobierno, no obstante lo cual la suspensión del auto de *habeas corpus* sigue siendo la medida de seguridad extraordinaria. En los Estados Unidos, conforme lo dispone su Constitución, Art. I, Sección IX, cláusula 2^a, el privilegio del autor de *habeas corpus* "no se suspendería, excepto cuando, en casos de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera", correspondiendo la facultad

de disponer la suspensión del *habeas corpus* al Congreso y no al Poder Ejecutivo, quien necesita para ello autorización del Congreso.

El estado de sitio, que tuvo su origen en Francia, es la medida de seguridad casi uniformemente consagrada por las constituciones americanas. Entre nosotros se encuentra establecido en el artículo 23 de la Constitución Nacional, para los casos de commoción interior o de ata-que exterior.

4. *Revolución* es una de las grandes palabras de nuestro tiempo, un nombre mágico cargado de representaciones, variadas y contradictorias, tan caprichosas como indeterminadas. A través de ella se percibe la imagen de un cambio profundo de la vida humana o la desintegración y el conflicto de la vida misma; se la usa como instrumento de lucha, como bandera de combate ideológico, o se la repudia como una catástrofe producida por violentos y sediciosos. Y se la utiliza para calificar tanto las mutaciones políticas, como las transformaciones sociales y económicas.

En su acepción vulgar, equivale a ilegalidad, violencia, destrucción, aniquilamiento y sangre. En su acepción etimológica, "revolutio" significa, en tiempos de Cicerón, movimiento circular. Los nombres "sedición" o "motu" expresaban su idea y su sentido actual. En cuanto a su acepción política, su indeterminación no puede ser mayor. Taine, Le Bon, Lombroso, Bauer y Sighele, con pocas variantes, la consideran un caso de psicología de las multitudes; Herberg, Stuart Mill y Duprat, una conquista del gobierno, una transferencia del poder político; por último, autores como Kautsky y Loria le asignan el doble aspecto de mutación política y cambio social. Marx y Engels, por su parte, sostienen que la revolución es la conquista del poder por una clase que no lo había ocupado antes, con miras a establecer un nuevo sistema económico y social.

En cuanto a sus móviles, el psicologismo los redujo a un fenómeno de neurosis colectiva, en la relación entre la multitud y el agitador. La ilusión, el fanatismo, el terror y el crimen aparecen como móviles ocultos, que dirigen irracionalmente sus actos.

El sociologismo los situó en el nivel de las creencias y representaciones colectivas, en la acción movida por intereses ideales y materiales contra una obturación o clausura de la vida social.

El racionalismo la concibió como la consecuencia de la lucha del hombre por su libertad, en tanto el marxismo la interpretó como una consecuencia de la lucha de clases.

Se la ha pretendido caracterizar por la violencia, sin observar que

(10) Amancio Alcorta, *Las garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1881, págs. 164/5; Carlos S. Fayt, *Las medidas de seguridad y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1958, págs. 19/20.

(11) Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, 20^a ed., Estrada, Buenos Aires, págs. 239/40.

ésta es un fenómeno secundario en los movimientos revolucionarios. Los medios, la forma instrumental, no constituyen la esencia de la revolución.

Es frecuente, sobre todo en los biorganicistas, referida a la evolución considerando que la revolución es un proceso de aceleración del proceso evolutivo. Y se ha sostenido que hay revoluciones evolucionistas, y evoluciones revolucionarias. Es decir, se hace jugar el factor ritmo, vivacidad o tiempo, como el característico en la revolución. Si el movimiento es lento, es una reforma; si el movimiento es acelerado, es una revolución.

Las consideraciones más adecuadas tienen en cuenta su finalidad y sus efectos. Y así las distinguen en formales, cuando no alteran la estructura, y materiales, cuando cambian o transforman las estructuras. Cualitativamente las denominan políticas, cuando su finalidad y efectos consisten en una transferencia del poder político, y sociales y económicas, cuando esos efectos son una transferencia del poder económico y social.

En esencia, si tenemos en cuenta su significación actual, la revolución es una ruptura estructural, una transformación profunda de la organización de la vida humana. En este sentido, es una idea moderna, que comienza a formarse en el siglo XVIII, acumulándose a lo largo del siglo XIX sus elementos constitutivos. Durante el absolutismo monárquico resultaba más fácil concebir un cambio económico que un cambio político. La transformación económica paralela al ideal del progreso y del derecho natural la encontramos en Saint Simon, en Proudhon, en la revolución de 1848 en Francia. Es la etapa que Michel Ralea llama de "revolución-pragmática", que da lugar a la "revolución-medio", es decir, a la revolución política, "pues mientras Saint Simon o Proudhon quieren la supresión de los gobiernos, Blanqui prefiere su conquista" (12) formulándose luego, como etapa final de la formación conceptual de la revolución en su sentido moderno, el tipo de revolución mixta, a la vez económica y social.

En ese proceso influyen sucesivamente, desde el punto de vista intelectual, las construcciones revolucionarias del racionalismo, que elabora sistemas lógicos de transformación social, pretendiendo forzar a la realidad a entrar en ellos; las concepciones pragmáticas o realistas que ajenas a toda generalización sólo tenían en cuenta las circunstancias, las posibilidades inmediatas, "las circunstancias del momen-

(12) Michel Ralea, *L'idée de Révolutions dans les doctrines socialistes*, prefacio de C. Buglé, París, Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1923, pág. 391.

to" impuestas por la política práctica; y por último, la contribución de la sociología con sus estudios sobre la realidad social, particularmente sus estudios sobre una sociología de la revolución.

La concepción moderna de la revolución se bifurca en cuanto a su técnica y a su táctica. En cuanto a su técnica los reformistas como Jaurés y Bernstein admiten la revolución voluntarista, las transformaciones por obra de la voluntad, consciente y libre, de los individuos, los marxistas, en cambio, sólo conciben la revolución mecanicista, fatalmente sujeta a un ciego determinismo social, regido por factores inmutables. En cuanto a su táctica, la revolución por la ley, la revolución por medios pacíficos, se opone a la revolución por la violencia, la revolución por la fuerza.

La revolución en nuestro tiempo ha perdido su carácter animal y estratégico, se ha convertido en una medida de valores, y como lo señala Ralea, ella misma se ha transformado en un valor. Ha dejado de ser algo insólito, seño, asilado en el equipo mental de un pequeño grupo de intelectuales, sociólogos y políticos iniciados en el misterio de su comprensión. Se ha extendido y las "más diferentes manifestaciones de orden espiritual concurren a mostrarnos que la mentalidad revolucionaria, bajo todas sus formas, es una de las características de nuestro tiempo. Ya no es un simple rapto ideológico ni se limita a lo político. Ella se encuentra en el arte, en los métodos de investigación, en la literatura, en la técnica, en la ciencia, como una expresión de la conciencia del hombre contemporáneo" (13).

Es que la revolución no es la violencia ni las barricadas, sino un estado de espíritu. Como bien lo señala Ortega y Gasset, ese estado de espíritu no se produce en cualquier tiempo; como los frutos, tiene su estación oportuna. En todos los ciclos históricos suficientemente conocidos —mundo griego, mundo romano, mundo europeo— se llega a un punto en que comienza, no una revolución, sino toda una era

(13) Miguel Ralea, *op. cit.*, pág. 395. "Nosotros encontramos en todas partes los síntomas. En primer lugar, en el mundo intelectual y filosófico: las nuevas tendencias se propagan siempre de la élite a la masa. Los pensadores tienen hoy el rol de los profetas en la antigüedad, anunciando a la humanidad lo que ella deberá hacer una hora más tarde. Toda la filosofía contemporánea está impregnada de la idea de contingencia, de libertad, de novedad. Boutroux y Bergson, el pragmatismo y la filosofía de los valores, son los diferentes aspectos de esta tendencia. El nudo central de la filosofía bergsoniana es la idea del perpétuo cambio, de la movilidad, de la variedad y de la libertad. Otro síntoma nos ofrece el resurgimiento de las ciencias históricas y políticas".

definitivamente (14).

Nosotros nos encontramos, repitiendo a Last, en medio de un período de cambio revolucionario. Tal vez el más profundo y significativo en la historia moderna de la especie humana.

5. Debemos diferenciar entre revolución y golpe de Estado. La revolución es el cambio profundo en las estructuras y en las instituciones de un Estado. El golpe de Estado es un simple cambio en la persona de los gobernantes. Aristóteles, en *La Política* (Libro VIII, cap. I), ya señaló la distinción entre revolución política y golpe de Estado al decir que "unas veces los ciudadanos se alzan contra el gobierno para imponer un cambio de Constitución. Otras veces no es el alzamiento contra la forma de gobierno establecida, sino que se consiente en dejarla subsistir, pues los descontentos lo que quieren es gobernar ellos mismos...". En América Latina se denomina "revoluciones" a los golpes de Estado, rebeliones e insurrecciones.

El hecho de la revolución, por consiguiente, se caracteriza por una transferencia o cambio en la estructura del poder político —revolución política— que puede tener o no por consecuencia una transformación de la estructura social y económica —revolución social y económica—. Es una transición de una situación política, jurídica o social, a otra, de un nuevo sistema de reparto y distribución del poder político, o del poder social, según los casos.

El derecho a la revolución, o de resistencia a la opresión, es el derecho inherente al pueblo, de naturaleza natural o suprapositiva, "de derrocar a sus gobernantes, cambiar su política, o efectuar reformas radicales en su sistema de gobierno e instituciones, por la fuerza, o la insurrección general, cuando los métodos legales y constitucionales de hacer tales cambios han resultado inadecuados, o son obstruidos, hasta hacerlos ineficaces" (15).

En cuanto al derecho de la revolución, Herrfahrdt, en uno de los estudios más completos del tema, sostiene que la cuestión es saber si la revolución, que no sólo puede sino que frecuentemente es una violación del Derecho, puede originar, y cómo, un nuevo Derecho, que tenga fuerza obligatoria. En tales condiciones se plantean los siguientes problemas:

(14) José Ortega y Gasset, *El Ocaso de las revoluciones*, en "El tema de nuestro tiempo", Buenos Aires, 1938, pág. 111.

(15) Henry Campbell Black, *American constitutional law*, pág. 10.

- 1) desde qué momento puede el nuevo orden jurídico reclamar fuerza obligatoria;
- 2) quién y en qué forma han de ser dictadas y promulgadas las leyes del nuevo poder político;
- 3) en quién residen los poderes, cómo se ejecutan las funciones; quien goza de la representación internacional;
- 4) cómo se regulan las competencias de los nuevos órganos en sus relaciones entre sí y en su coexistencia con las antiguas autoridades;
- 5) la responsabilidad civil y penal de las nuevas autoridades y de las anteriores; y
- 6) qué relaciones existen entre el viejo y el nuevo poder, entre el antiguo y el nuevo Estado (16).

Respecto de la temporalidad del derecho revolucionario, es decir, qué ocurre cuando el poder revolucionario es derribado por el poder antiguo o por un nuevo poder posterior, y qué ocurre cuando desde un principio se ha presentado como provisorio, se plantean las siguientes situaciones. En el primer supuesto, de la caída del gobierno revolucionario, cabe preguntarse si quedan o no subsistentes las relaciones jurídicas creadas durante su actuación; y en el segundo de los supuestos, del término de la actuación provisional, cabe preguntarse si las normas y relaciones jurídicas creadas durante su actuación requieren o no una confirmación posterior por el gobierno definitivo; si el ejercicio de las facultades legislativas por el gobierno revolucionario está o no limitado a las medidas urgentes. El problema se centra, por consiguiente, en saber hasta dónde son obligatorias las normas dictadas por el poder revolucionario.

Quienes consideran que es derecho positivo todo derecho obligatorio, es decir, "que es derecho todo lo que funciona como derecho" y toman únicamente en cuenta el valor formal dado por el hecho de haber sido aceptado el derecho revolucionario por la población como jurídicamente obligatorio, estiman que el derecho revolucionario funciona como derecho desde el momento que ha tenido efectividad y obligatoriedad.

Este mismo principio se encuentra en Kelsen, que reconoce o considera existentes las normas jurídicas, allí donde de hecho ejercen su dominio. Para Dadbruch, el orden de la vida de relación debe ser regulado por una instancia supraindividual, que debe ser asumida si no

(16) Heinrich Herrfahrdt, *Revolución y ciencia del derecho*, versión española de Antonio Polo, Madrid, 1932, págs. 89/92.

por la razón y la conciencia, por la voluntad y el poder. "Si nadie puede determinar lo que es justo, alguien debe establecer qué debe ser lo jurídico. El derecho es la regulación de la comunidad al servicio de la justicia. Su fin remoto es la justicia, su fin próximo la seguridad jurídica, y su misión es crear un orden superindividual, terminando así, mediante una auténtica decisión, la lucha entre las concepciones individuales y la justicia. La positividad del derecho llega a ser presunción de su justicia." Este criterio, que no sólo reconoce juridicidad al derecho revolucionario por el simple hecho de haber tenido efectividad y obligatoriedad, sino que le reconoce presunción de justicia es la consagración de la doctrina de la fuerza, del hecho consumado, la justificación filosófica de la normatividad de lo real, de lo ejecutivo. En consecuencia, es suficiente que el derecho revolucionario se cumpla y asegure un orden, es decir, proporcione seguridad jurídica, para que tenga eficacia y presunción de justicia, sin que importe su origen, legitimidad o justicia intrínseca.

Esta doctrina, aplicable al derecho de la revolución, encuentra sus límites en el valor justicia, inmanente en el Derecho, y en el valor libertad, soporte y fundamento último del Derecho. En nuestro país, esta doctrina ha tenido aplicación parcial, en la consideración de la eficacia y validez jurídica de los "decretos-leyes" dictados por los gobiernos de facto. En el caso de los gobiernos provisionales, o de "facto" entre dos gobiernos de *jure*, entendemos que es necesaria la posterior ratificación legislativa, para que sus disposiciones sigan proyectándose en el tiempo como normas jurídicas.

6. Por más que las revoluciones, cuando son tales, implican un cambio del centro de dominación y, una transformación tanto de su fundamentación como del reparto y distribución de los instrumentos de control de la vida política, social y económica, y por consiguiente influyen sobre la Constitución produciendo su modificación y cambio, éstas se han desentendido del fenómeno revolucionario. Ello obedece a que en lo formal existe oposición entre Revolución y Constitución. Sánchez Viamonte señala que "las revoluciones triunfantes, sea cuál fuere su carácter, producen efectos jurídicos que son la necesaria consecuencia de los hechos, y se convierten en causas de perturbación, más o menos profunda, del orden jurídico institucional. Son ellas, pues, los enemigos naturales del constitucionalismo: introducen el desorden cuando quiebran, aunque sea en mínima parte, el orden preexistente,

y provocan una interrupción en la normalidad jurídica cada vez que se proponen crear un orden nuevo" (17).

En lo material, esa oposición no existe. Burdeau estima que la revolución es un medio de protección del Derecho, rehusando el poder en el Estado el monopolio de expresar la idea de Derecho. La revolución, a su juicio, es el movimiento que tiende a introducir una idea de derecho nueva, un medio para obligar a los gobernantes a respetar la misma Constitución y como un procedimiento extremo, pero eficaz, en normas fundamentales de organización como en nuevas reglas jurídicas (18).

7. La crisis de la continuidad jurídica puede culminar con la instalación de un gobierno *de facto* que substituya al gobierno *de jure* en la realización específica de la actividad funcional del Estado. Este gobierno de hecho o *de facto* puede derivar de un golpe de Estado o de una revolución. En el primero de los casos se caracteriza por ser el resultado de una substitución de personas en el ejercicio del poder. No existe un desplazamiento del centro de poder ni una ruptura del orden político, jurídico, social o económico. Afecta la totalidad de las funciones del gobierno, o cuanto menos las funciones ejecutivas y legislativas y, si bien carece de legitimidad, busca justificarse en el consentimiento por lo menos tácito del pueblo obrando dentro del ordenamiento constitucional positivo. Su fuente de legitimidad natural o suprapositiva es el derecho de resistencia a la opresión, en su forma activa; y su legalidad resultaría de su adecuación y respeto formal del derecho público existente. Con prescindencia del modo de su instalación —la fuerza armada o el apoyo del pueblo en rebelión—, el gobierno *de facto* derivado de un golpe de Estado es un gobierno irregular, ilegítimo en cuanto a su origen, pues surge al margen y contra la Constitución, pero que se autojustifica en el derecho activo de resistencia a la opresión, y que, en su actividad, obra dentro del derecho y del orden constitucional, sometiéndose, no obstante lo anormal de su origen, al derecho. Substituye al gobierno legal o *de jure*, ejerce cuanto menos los poderes ejecutivo y legislativo, y representa por naturaleza "un paréntesis entre un precedente gobierno legal que ha sido derrocado" y un gobierno que habrá de constituirse a su término (19).

Cuando el gobierno *de facto* deriva de una revolución, la autoridad gubernativa carece de legitimidad constitucional, surge en contradic-

(17) Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, cit., pág. 14.

(18) George Burdeau, *Les libertés publiques*, cit., pág. 76.

(19) A. Croppali, *op. cit.*, pág. 267.

el orden político, jurídico, social o económico. Afecta a la totalidad de las funciones del gobierno, y se justifica en el derecho a la revolución, obrando al margen y contra el orden jurídico existente, al que substituye con su propio derecho. Su fuente de legitimidad es, pues, el derecho a la revolución y, con prescindencia del derecho público que existía al momento de su instalación, formula un nuevo ordenamiento cristalizando el orden social deseado por los ejecutores de la revolución. El gobierno *de facto revolucionario*, o simplemente revolucionario, hace derivar su investidura de la revolución triunfante y, proporcionalmente a la fuerza con que cuenta, o al consentimiento del pueblo, en relación con los fines propuestos, formula y establece un nuevo ordenamiento jurídico, político, social o económico.

No es un gobierno provisional entre dos gobiernos *de jure* unidos por un mismo ordenamiento jurídico, sino un gobierno que creará, a través de su aparición, una nueva fuente de legitimidad para los gobiernos que lo sucedan.

En América Latina se denominan "revoluciones" a los golpes de Estado. Con exclusión de los casos en que se produce una revolución política o social, circunstancia realmente excepcional en esta parte del mundo, los movimientos insurreccionales están dirigidos a desalojar al poder a sus titulares, incursos por lo general en actos de opresión, y no en un simple cambio de personas.

Transcrita la denominación "gobierno *de facto*" al que deriva de los golpes de Estado, es necesario distinguir entre gobierno usurpador y funcionarios de facto. Gobierno usurpador es aquel que ejerce el poder en contra de la voluntad del gobierno legal, que no tiene ninguna base de investidura ni puede legitimarse en el derecho de resistencia o el dolo, asume funciones al margen o en contra de la Constitución. Funcionario de facto es el que asume una función o cargo de facto, como el caso en que, como lo señala Bielsa, "se produce una acefalía no remediable en el orden constitucional (caso de la vacancia colectiva o sucesiva de todos los funcionarios que por la renuncia o la ley de acefalía debieran asumir el gobierno y no lo hacen, ya mandato más allá del término legal, sin ánimo de usurparlo, sino con el objeto de mantener la continuidad del Estado jurídico, lo

que es muy distinto de usurpar, por la violencia, los cargos del gobierno *de jure*"⁽²⁰⁾.

Sánchez Viamonte considera más apropiado denominar "funcionarios de facto" y no "gobiernos de facto" a quienes detentan por un golpe de Estado el poder ejecutivo y aun el legislativo en los países americanos. "La expresión *gobierno de hecho* o *gobierno de facto* —dice—, no puede tener en América el mismo empleo que en Europa. En las constituciones americanas, *gobierno* es una denominación integral, que comprende la totalidad de manifestaciones del poder público, emanado de la soberanía popular, y toda identificación de uno de los poderes con el gobierno mismo comporta, por lo menos, el desmedro de los otros dos. Los europeos usan desaprensivamente la expresión *gobierno*, y por eso no repugna a su técnica hablar de *gobierno de hecho* en vez de *funcionarios de hecho* o *de facto*. Dentro del sistema americano, la expresión *gobierno de hecho* debe ser reservada exclusivamente para los casos de auténtica revolución, es decir, cuando se produce un cambio del gobierno y no de los funcionarios que lo desempeñan; cuando se crean funciones *de facto* como consecuencia de haber caducado las funciones *de jure*, correspondientes al orden jurídico institucional anterior"⁽²¹⁾. Esta distinción es más formal que material. No debemos olvidar que en cierto nivel las relaciones de poder son relaciones de fuerza, no pudiéndose fijar *a priori* las consecuencias de un hecho de fuerza. De todos modos, ese criterio de diferenciación se ajusta a la realidad política americana, donde los golpes de Estado, en la mayoría de los casos, son los sucedáneos de la falta de elecciones libres y sinceras.

3. La cuestión del reconocimiento de la autoridad de los gobiernos *de facto*, o de los funcionarios *de facto*, basada en consideraciones de orden público, justicia y necesidad y destinada a proteger a la comunidad o a las personas de los actos realizados por tales gobiernos o funcionarios, se conoce con el nombre de *doctrina de facto*. Partiendo de la base de que la autoridad que ejercen carece de todo fundamento constitucional, parece incontestable que las disposiciones que adoptan y los actos a través de los cuales ejercen el poder, por más que puedan ser denominados "leves" o "decretos-leyes", no son otra cosa que órdenes sin otro principio de legitimidad que los que resulten del propio

(20) Rafael Bielsa, *El decreto-ley. Estudios de derecho público*, t. III; *Derecho Constitucional*, págs. 434/6.

(21) Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y gobierno de facto*, cit., páginas 97/8.

arbitrio. Pero esta consideración debe conciliarse con la necesidad de resguardar "a la comunidad en general o a las personas privadas que inocentemente o por medio de coerción se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por los antes mencionados gobiernos, o funcionarios" (22). De este modo, la doctrina *de facto* se centra en el problema de la validez de los actos de los funcionarios *de facto*. Se trata, pues, de consideraciones de hecho sobre la actividad de un gobierno ilegítimo, que puede ser tanto *de facto* como usurpador. En ese orden, es necesario que tal gobierno haya obtenido la obediencia habitual de la mayoría de los ciudadanos, obrando de acuerdo a la Constitución y a las leyes, o, cuanto menos, conforme a principios de la moral universal, con fuerza suficiente para imponer sus decisiones y asegurar el orden. Para Duverger, la distinción entre gobiernos de hecho y gobiernos usurpadores es esencial, desde el punto de vista de la validez de los actos cumplidos por las autoridades gubernativas.

A su juicio, como regla general, los actos de los gobiernos de hecho son jurídicamente válidos, no obstante el carácter ilegal que les es inherente, en la medida en que eran estrictamente necesarios para asegurar la vida jurídica del Estado y de los particulares. El gobierno de hecho aparece como una especie de gestor de negocios, que conserva y administra el patrimonio nacional durante la vacancia del poder legal. El gobierno de derecho que le sucede puede abrogar sus actos para el porvenir, pero no los hace desaparecer retroactivamente, a menos que se trate de actos que no eran indispensables para la continuidad de la vida jurídica. Por lo contrario, los actos de un usurpador "no tienen valor jurídico, cualquiera sea su naturaleza; el gobierno legal que sucede al usurpador debe validarlos retroactivamente para que puedan producir algún efecto" (23). En líneas generales, este criterio ha predominado, habiéndose reconocido la validez de los actos realizados por los gobiernos *de facto*. En la República Argentina, la Corte Suprema ha fijado, a través de su jurisprudencia, una serie de principios procurando el encuadramiento de las facultades ejecutivas y legislativas ejercidas por tales gobiernos en el marco de la Constitución Nacional.

(22) Albert Constantineau, *Tratado de la doctrina de facto*, versión española de Enrique Gil y Luis M. Baudizzone, Buenos Aires, 1945, t. I, págs. 9/10; Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. 6, cit., págs. 349 y ss.; y *Gobierno y Administración de la República Argentina*, t. I, cit., págs. 90 a 106. Con su acostumbrada solvencia, Linares Quintana trata exhaustivamente el tema, sistematizando los principios jurisprudenciales y la doctrina sobre los gobiernos *de facto*.

(23) Maurice Duverger, *Cours de droit constitutionnel*, cit., pág. 223.

El primer caso se produjo como consecuencia de la batalla de Pavón, el 18 de setiembre de 1861, cuando el general Mitre, por haberse declarado en receso el poder ejecutivo de la Confederación y haberse disuelto el poder legislativo, asume por ley de la legislatura de Buenos Aires las atribuciones constitucionales del ejecutivo nacional, con cargo de mantener las relaciones exteriores y atender a los objetos urgentes de carácter nacional, hasta que reunido el Congreso, resuelva lo que crea conveniente. La Corte Suprema, llamada a decidir en el caso Baldomero Martínez y otro acerca de las atribuciones del general Mitre para actuar como encargado del ejecutivo nacional, decidió, el 5 de agosto de 1865, "que el gobernador de Buenos Aires y general en jefe del ejército, fue autoridad competente para conocer y decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales después de la batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía".

El segundo gobierno *de facto* tuvo lugar como resultado del golpe de Estado del 6 de setiembre de 1930, fecha en que se depuso al Presidente Yrigoyen, se constituyó un gobierno provisional y se disolvió el Congreso. El jefe del movimiento, general José F. Uriburu, que asumió las funciones ejecutivas y legislativas, comunicó a la Corte Suprema la constitución de un gobierno provisional para la Nación. La Corte, con fecha 10 de setiembre de 1930, subscribió una acordada reconociendo al gobierno provisional como gobierno *de facto*, en virtud de encontrarse en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas y teniendo en cuenta, además, su declaración de sujetar su acción a la supremacía de la Constitución y de las leyes, en el ejercicio del poder, pudiendo en consecuencia realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos. La Corte declaró que si bien no podía discutirse el título del gobierno así constituido derivado de la posesión de la fuerza como resort de orden y de seguridad social, una vez normalizada la situación estaba dentro de las facultades del Poder Judicial el velar por el reconocimiento de las garantías individuales u otras derivadas de la Constitución, en las mismas condiciones y con el mismo alcance que lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho. Reconocido por la Corte Suprema en el ejercicio de las funciones administrativas y políticas, el Poder Ejecutivo Provisional, fundado en el estado de necesidad, ejerció la función legislativa, inaugurando el régimen de los "decretos-leyes", extraño por com-

pleto al ordenamiento constitucional. Respecto de éstos, la Corte Suprema, en el caso *Administración de Impuestos Internos v. Martíntano Malmonge Nebreda*, señaló que ese ejecutivo de facto "tuvo las facultades ejecutivas mas no las legislativas y judiciales. Si la fuerza de la necesidad hace que al funcionario de hecho se le reconozcan las mismas facultades que al de derecho, nada justifica que se atribuyan mayores. Ello importaría dejar librado al albedrío de un solo hombre los más delicados y graves intereses del Estado y el respeto de las garantías individuales. Puede llegar el caso que un gobierno surgido de la revolución, bajo la presión de la necesidad, propia de lo extraordinario de esa situación y en ausencia de un Congreso que colabore, para llenar una exigencia que él considera vital use de facultades legislativas, dando lo que ha llamado decretos-leyes. El hecho, si bien puede ser explicable y tener su imperio dentro de la anormalidad de la situación, el Poder Judicial, llamado a pronunciarse, no puede darle la autoridad legal de que intrínsecamente carece, ni menos acordarle efectos jurídicos que lo proyecten sobre la situación normal que le ha sucedido. Tal ha acontecido con los decretos del Gobierno Provisional creando nuevos impuestos o aumentando o modificando otros, que, por exceder las facultades del poder que los dictó, no tenían fuerza compulsiva mientras una ley expresamente no les diera validez y vigor".

El 4 de junio de 1943 un nuevo golpe de Estado derribó al gobierno de *Jure*, siendo reconocido al día siguiente por la Corte Suprema, mediante una acordada en la que se consideró la situación como análoga a la contemplada por la Corte en su acordada del 10 de setiembre de 1930. Disuelto el Congreso, se reeditó la práctica de legislar por "decretos-leyes", habiendo dictado el gobierno de facto desde el 4 de junio de 1943 al 4 de junio de 1946 la cantidad de 105.373 decretos, muchos de ellos sobre las más importantes materias de exclusiva competencia de la función legislativa. La Corte Suprema, el 2 de abril de 1945 se pronunció en distintos casos, confirmando su jurisprudencia sobre las facultades de los funcionarios de facto y fijando claramente criterios sobre la validez de su actividad funcional. Con motivo de la designación del doctor Fernando Dupuy como vocal de la Cámara de Apelaciones del Norte, que debía funcionar en Resistencia, según decreto número 4256, se negó a tomarle juramento por entender que la materia de ese decreto (creación de un órgano jurisdiccional) no se encontraba comprendida en ninguno de los fines declarados por la "revolución" del 4 de junio, no presentándose, por otra parte, la situación de urgencia y necesidad indispensable para que el poder ejecutivo de hecho ejercitara, a título de excepción, las facultades que la Cons-

titución asigna expresamente al Congreso de la Nación. Con motivo del traslado del juez federal de Santa Fe, doctor Salvador Dana Montaño, a San Rafael, Mendoza, la Corte negó eficacia al correspondiente decreto, considerando que mediante los trasladados se violaba la garantía de la inamovilidad de los jueces, consagrada por el artículo 96 de la Constitución Nacional. En el caso *Municipalidad de la Capital v. Mayer, Carlos M.*, vinculado con la constitucionalidad del decreto 17.920 de 6 de julio de 1944, que introducía modificaciones a la ley de expropiación número 189, la Corte Suprema declaró que la vigencia de la Constitución y la continuación del Poder Judicial de origen constitucional son hechos fecundos en consecuencias para resolver las cuestiones vinculadas a la validez de los actos realizados por los funcionarios de facto. "Es indudable que el Gobierno de hecho tiene todas las facultades que al Poder Ejecutivo constitucional otorga la Constitución Nacional, y así lo ha establecido la Corte en casos anteriores. Es indudable, también, que no puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas. Lo contrario sería concederle al Gobierno de hecho facultades extraordinarias y los que consintieran incurriran en el anatema del artículo 29 de la Constitución Nacional". En cuanto a "la cuestión del ejercicio de facultades legislativas es más compleja. El Poder Legislativo que ella crea es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general. El Gobierno de hecho es unipersonal, carece de representación popular y si mantiene la vigencia de la Constitución, cuya restauración se propone según declaraciones notorias, es un gobierno transitorio, entre dos gobiernos constitucionales. Sin embargo, la necesidad de la imposición de los hechos le hace ineludible el ejercicio de las facultades legislativas que le sean indispensables para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución; lo contrario llevaría al caos y a la anarquía. Pero estas facultades tienen que ser limitadas, llevando a un mínimo indispensable la derogación del principio representativo. Lo exige la necesidad de tutelar la seguridad jurídica y conservar el régimen de los derechos fundamentales de la vida civil, tal cual han sido organizados por la representación nacional. Reconocer a un hombre o a un grupo de hombres amplias facultades legislativas es incompatible con la vigencia de la Constitución. También en el orden del tiempo, las facultades legislativas del Gobierno tienen su limitación. Vuelto el país a la normalidad, las disposiciones de tal carácter dejan de regir para el futuro, salvo su ratificación por el

Congreso, siendo válida su vigencia anterior con relación a los hechos realizados".

Establecido el gobierno de *jure* el 4 de junio de 1946, sometidos a juicio político la mayoría de los miembros de la Corte Suprema, e integrada ésta con adictos al sistema, el 1º de octubre de 1947, en el caso Egidio Ziello v. Smirilio Hnos., modificó su jurisprudencia declarando que "los decretos-leyes dictados por el gobierno *de facto* son válidos por razón de su origen y, puesto que tienen valor de leyes, mientras no sean derogados de la única manera que éstas pueden serlo, es decir, por otras leyes".

El 16 de septiembre de 1955, la revolución política encabezada por el general Lonardi asumió el poder, disolvió el Congreso y designó nuevos ministros de la Corte Suprema. Es decir, asumió la totalidad de las funciones gubernamentales. No obstante haber declarado el 7 de diciembre de 1955, en sus "directivas básicas" que quedaría "reservada a los gobiernos constitucionales que sucedan a este Gobierno Provisional, la solución de los grandes problemas argentinos", dictó "decretos-leyes" sobre cuestiones fundamentales de orden legislativo. El número de "decretos-leyes" dictados por el gobierno revolucionario fue de 56.215 entre el 16 de septiembre de 1955 y el 30 de abril de 1958. Y esta vez fue el Congreso quien se apartó del sistema de ratificación de los "decretos-leyes", pues mediante la sanción de la ley nº 14.467 les reconoció validez y vigencia mientras no fueran derogados por vía legislativa.

El 29 de marzo de 1962, con motivo del golpe de Estado realizado por las fuerzas armadas que depusieron de hecho al Presidente Frondizi, asumió la titularidad del Poder Ejecutivo el Presidente provisional del Senado, doctor José María Guido, prestando ante la Corte Suprema el juramento prescripto por el artículo 80 de la Constitución Nacional. Al día siguiente, en el Salón Blanco de la Casa de Gobierno, con la presencia de todos los miembros del tribunal superior, se labró el acta de asunción del mando. El día 31 de marzo de 1962, la Corte Suprema dictó una acordada homologando dicha acta reconociendo que el doctor Guido había asumido válidamente el Poder Ejecutivo nacional, con carácter definitivo, de acuerdo con los artículos 1º y 3º de la ley 252, de acefalia. En su disidencia, el ministro de la Corte, doctor Luis M. Boffi Bogero, consideró que la Corte no podía decidir, como hizo, sobre la validez de la investidura.

9. El 20 de junio de 1966 el Presidente Illia fue depuesto por las Fuerzas Armadas. Constituidos los comandantes en jefe en Junta

Revolucionaria, emitieron un comunicado informando que la sede del gobierno se encontraba bajo el control militar. La revolución se había consumado. Se reconocía como centro único de la impulsión gubernamental a la Casa de Gobierno y su tenencia sustituyía a la investidura constitucional.

Automáticamente los magistrados judiciales, las autoridades y todos los funcionarios quedaron bajo fiscalización y las órdenes de la Junta Revolucionaria. Los anteriores golpes de Estado -1930, 1943, 1955, 1962- eran un "problema de gobierno", no un "problema de soberanía". Los tres comandantes en jefe, según el modelo proporcionado por la revolución brasileña y el esquema del plan tamizado por sus asesores jurídicos, se apartaron de la dictadura comisarial para atribuirse el carácter de fuente última de todo poder, y operar en función de poder constituyente. No sólo eliminaron el gobierno existente, los órganos constituidos, se asignaron el ejercicio de la soberanía.

La matriz de los nuevos instrumentos de gobierno fueron el Acta de la Revolución Argentina y tres anexos: el nº 1, Mensaje de la Junta Revolucionaria al Pueblo Argentino; el nº 2, Estatuto de la Revolución Argentina; y el nº 3, Objetivos Políticos (Fines de la Revolución).

El Acta de la Revolución Argentina indicó como causas del movimiento: 1) la pésima conducción de los negocios públicos por el gobierno despuesto; 2) la ruptura de la unidad espiritual del pueblo argentino, el desaliento y el escepticismo generalizados; la apatía y la pérdida del sentir nacional, el crónico deterioro de la vida económico-financiera, la quiebra del principio de autoridad y una ausencia de orden y disciplina traducidos en hondas perturbaciones sociales y un notorio desconocimiento del derecho y la justicia; 3) una sutil y agresiva penetración marxista en todos los campos de la vida nacional y un clima favorable a los desbordes extremistas que ponía a la Nación en peligro de caer ante el avance del totalitarismo colectivista.

Por estas razones los tres comandantes en jefe resolvieron asumir el poder político y militar de la República, destituir al presidente y vicepresidente de la Nación, a los gobernadores y vicegobernadores de todas las provincias, disolver el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales, separar de sus cargos a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y al procurador general de la Nación, disolver todos los partidos políticos del país, poner en vigencia el Estatuto de la Revolución Argentina y fijar los objetivos políticos de la Nación, además de designar a los jueces de la Corte Suprema y al procurador general, haciendo conocer al pueblo las causas que motivaron el acto revolucionario.

Asimismo, ofrecer el cargo de presidente de la Nación al teniente general Juan Carlos Onganía, estableciendo como fórmula de juramento, el "observar fielmente los Fines Revolucionarios, el Estatuto de la Revolución y la Constitución de la Nación" y considerar disuelta la Junta Revolucionaria en el momento en que el nuevo presidente jurase su cargo.

El Gobierno debía ajustar su cometido a las disposiciones del Estatuto, a las de la Constitución Nacional y leyes y decretos dictados en su consecuencia, en cuanto no se opusieran a los fines enunciados en el Acta de la Revolución Argentina. Además, el presidente de la Nación debía ejercer todas las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las privativas de cada una de las cámaras, con excepción de las previstas para los casos de juicio político a los jueces de los tribunales nacionales, pudiendo, a efectos de un mejor asesoramiento para el ejercicio de las facultades legislativas, convocar los organismos permanentes o transitorios que se establecerían por ley.

En cuanto a los jueces de la Corte Suprema de la Nación y demás tribunales de la Nación, gozarían de las garantías previstas en la Constitución Nacional, debiendo el Gobierno dictar una ley para promover la integración y funcionamiento de un jurado de enjuiciamiento para los magistrados nacionales.

El Gobierno tenía la facultad de designar a los gobernadores de provincias, con las facultades pertinentes, sujetos a las disposiciones del Estatuto y la Constitución Nacional, pudiendo éstos remover total o parcialmente por una única vez a los jueces del tribunal superior de cada provincia, reconociendo la inamovilidad de los demás magistrados, cuyo enjuiciamiento seguirían los principios que se establecerían para los jueces nacionales.

Pistarini, Varela y Alvarez, suscribieron estos cuatro documentos los diez decretos de fecha 28 de junio de 1966 que instrumentaron lastitución de las autoridades nacionales, provinciales y comunales; la designación de Onganía, presidente de la Nación; el nombramiento de 23 militares en retiro en calidad de gobernadores provinciales y del actorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; el último declarando feriado bancario el 29 de junio de 1966. El día 29 de junio, la Junta Revolucionaria entregó el gobierno a Onganía, designado presidente de la Nación "en ejercicio del poder constituyente" conforme el Estatuto de la Revolución Argentina, cuya existencia se conoció en el acto de juramento del nuevo gobernante. Veinti-

cuatro horas le bastaron para modificar la estructura del Estado y su forma de gobierno.

El nuevo gobierno se asignó carácter de *jure*, procurando dar la imagen de un gobierno civil, por más que la única base de sustentación y su matriz no eran otras que las Fuerzas Armadas.

El golpe de estado de 1966 terminó con la doctrina *de facto*, adoptando la de la simple normatividad de hecho, para la cual es válido todo lo que el Poder realiza, doctrina del hecho consumado, según la cual, las decisiones que adopta son válidas, no por su legitimidad ni justicia, sino por la fuerza que las sustenta. El Derecho queda, de este modo, subordinado al poder. En consecuencia, será derecho toda disposición que funcione como derecho, sin posibilidad de distinguir entre gobiernos *de jure*, *de facto* o usurpadores, poder constituyente y poder revolucionario, "decretos-ley" y leyes. La tradicional doctrina argentina, de limitación temporal y material de los "decretos-leyes" quedó convertida en pieza de museo. En definitiva, el colapso del Estado de Derecho.

El 24 de marzo de 1976, nuevamente las Fuerzas Armadas asumieron el Poder, iniciando un "proceso de reorganización nacional". Lo hicieron en una situación límite. Las razones invocadas y expuestas en la Proclama del movimiento fueron: un tremendo vacío de poder; el peligro de la disolución y la anarquía; la falta de convocatoria del gobierno nacional; las contradicciones en la adopción de medidas de toda índole; la falta de una estrategia global en la lucha contra la subversión; la carencia de soluciones para los problemas básicos de la Nación; el incremento de todos los extremismos; la ausencia de ejemplos éticos y morales por parte de los gobernantes; la irresponsabilidad en el manejo de la economía, el agotamiento del aparato productivo, la especulación y la corrupción generalizada. El propósito de la decisión era "terminar con el desgobierno, la corrupción y el flagelo subversivo". Dirigida contra quienes hubieran delinquido o cometido abusos de poder, no suponía, por lo tanto, "discriminación contra ninguna militancia ni sector social alguno".

El movimiento se proponía, como objetivo final, la instauración de la democracia republicana, representativa y federal.

En cuanto al esquema de poder, teniendo en cuenta que quienes asumieron la responsabilidad de reorganizar el país fueron las Fuerzas Armadas en su conjunto y una fracción de éstas tomando como principio la despersonalización del proceso, la Junta Militar es el "órgano supremo de la Nación", tiene poderes constituyentes y supralegales.

ESTADO DE NECESIDAD – REVOLUCIÓN – GOBIERNOS DE FACTO

Designa y remueve al presidente, convertido en órgano ejecutivo encargado de la “administración del país”. Compete a la Junta Militar el mando de las Fuerzas Armadas, todo lo referente a la declaración de guerra, y a los tratados de paz, de alianza, neutralidad y de límites y todo lo cuento se relacione con el estado de sitio.

Nombra a los ministros de la Corte Suprema de Justicia y a los oficiales superiores y presta su acuerdo para la designación y remoción de los gobernadores provinciales y los embajadores. La Junta determina los objetivos del gobierno y supervisa su cumplimiento, fijando bases, pautas y tiempos. Tiene la facultad de convocar a los ministros y funcionarios nacionales y provinciales y recibe informes del presidente sobre la marcha de la administración del país. En materia legislativa, opera como instancia final, a través de la Comisión de Asesoramiento Legislativo. El recambio trienal, en correspondencia con la movilidad escalonaria, elimina la posibilidad de la personalización del poder. En la cúpula del poder se sitúa, por tanto, la Junta Militar. Le están subordinados el órgano ejecutivo y la Comisión de Asesoramiento Legislativo. Como órgano independiente funciona el Poder Judicial, por más que su designación dependa, en unos casos de la Junta y en otros del presidente.

En estricto rigor, el movimiento de 1976 estableció un régimen militar con características inéditas en la Argentina. Se trata de una variante del modelo tecnoautoritario –o simplemente autoritario– con definida orientación a restablecer el Estado de Derecho e instaurar una democracia orgánica, estable y permanente, que termine para siempre precisamente con los gobiernos militares.

- 1) Razón de Estado:
 - 1) Es el imperio de la necesidad política: la legitimidad del obrar arbitrario del poder. Ha sido la fórmula suprema de santificación de la actuación arbitraria de los gobernantes a través de la historia. Predomina en ella lo subjetivo.
 - 2) Sitúa al gobernante por encima de la ley; al poder por encima del derecho, permitiendo en virtud de la necesidad política, que el gobernante salga de la esfera de su competencia con el fin de conservar el orden social o preservar a la comunidad de riesgos o peligros inminentes.
 - 3) La política de la fuerza sirve a la razón de Estado. La ley de la necesidad aparece justificando la violación de las leyes y, a veces, de la moral. *La razón de Estado es la negación del imperio de la ley.* El constitucionalismo la excluye; pero en la realidad, se mantiene en la fórmula del “estado de necesidad”, no obstante el predominio en éste de lo objetivo.
- 2) El Estado de necesidad:
 - 1) Es el que se origina, según la doctrina alemana, a raíz de hechos, situaciones o circunstancias anormales y excepcionales, que representan un peligro real e inminentemente de conciencia pública, por graves emergencias como sedición, guerra civil, ataque exterior, u otro peligro colectivo.
 - 2) Es constitutiva de la razón de Estado: legitima la actuación de los órganos del poder en el Estado para conjurar el peligro; asimilando la situación a la del individuo que se defiende ante la amenaza de un peligro real e inminente en su persona o en sus bienes.
- 3) Derecho de resistencia a la opresión:
 - 1) Lo que el estado de necesidad es para el gobernante, la resistencia a la opresión es para los gobernados. Es un derecho natural, suprapositivo, no inscripto en códigos, sino en el corazón y en la razón de los hombres.
 - 2) Se distingue entre:
 - a) resistencia pacífica: desobediencia a la ley injusta;
 - b) resistencia activa: resistencia y rebelión contra la opresión, pero en defensa del orden y el Derecho vigente;
 - c) revolución: lucha o actuación fundada en la voluntad de establecer un orden nuevo.
 - 3) El constitucionalismo lo excluye, pero sigue existiendo al margen y por encima de la constitución, como un imperativo moral, destinado a proporcionar mayor justicia al Derecho.
- 4) Manifestaciones históricas, declaraciones: estimación moral:
 - 1) En la Edad Media:
 - a) Alfonso III de Aragón lo reconoce en el privilegio de la unión aragonesa.
 - b) Está implícito en el art. 25 de la Carta Magna de 1215.
 - 2) En la Edad Moderna:
 - a) Declaración de Derechos de Virginia (1776).
 - b) Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776).
 - c) Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (art. 2º) y en la de 1793 (arts. 33 a 35).

4) Manifestaciones
legítimas, declaraciones: estandarte
sacral:

3) Actualmente, salvo en El Salvador, no tiene consagración
constitucional ni legislativa.

- a) A partir del siglo XII, se inicia su fase de elaboración conceptual (Juan de Salisbury).
- b) Siglo XVIII: consagración como derecho en las declaraciones.
- c) En el presente se lo considera:
- 1) Un principio político;
 - 2) Un derecho natural;
 - 3) un imperativo ético.

- 1) Por lo común, las constituciones establecen un sistema de medidas de seguridad, de carácter preventivo y represivo, que pone en manos del poder en el Estado, dejando a su discreción el área de aplicación de las medidas, según la extensión e intensidad, grado o naturaleza de la situación anómala y excepcional.
- 2) Puede ocurrir que no provea medida de seguridad alguna, dejándola librada a resolución legislativa, según la lógica de la situación.

- 3) Hay pues tres sistemas:
- a) legislación preconstituida para la crisis, v. g. estado de sitio;
 - b) legislación de origen normal, pero constituida durante la crisis, v. g. delegación de facultades en el ejecutivo. Suiza 1914;
 - c) actuación ejecutiva sin ley.
- 4) Existen entre otros las siguientes medidas de seguridad:
- 1) suspensión del habeas corpus: Inglaterra y EE.UU.;
 - 2) estado de sitio: la mayoría de las constituciones americanas. Argentina: art 23 de la Constitución Nacional;
 - 3) estado de asamblea;
 - 4) ley marcial.

- a) *culgar*: ilegalidad, violencia, destrucción, sangre, desorden, alboroto;
- b) *etimología*: de "revolutio", significa movimiento circular.

- 1) Acepción:
- 1) Un caso de psicología de las multitudes (Taine, Le Bon).
 - 2) Una transferencia del poder político (Stuart Mill).
- c) política:

5) Casos y legislaciones preconstituidas para la crisis. Ejemplos:

- 1) Acepción.
- c) política:
- 3) Un cambio profundo social y político (Loria).
 - 4) Conquista del poder por una clase que no lo había ocupado antes con el fin de establecer un nuevo orden social y económico (Marx y Engels).
- 1) Un fenómeno de neurosis colectiva producido por causas iracionales;
- 2) Acción movida por intereses materiales e ideales;
- 3) Consecuencia de la lucha del hombre por la libertad,
- 4) Consecuencias de la lucha de clases.
- a) formales o materiales (según afecten las estructuras);
- b) políticas o sociales.
- c) en cuanto a su técnica:
- a) voluntarista (obra de la voluntad);
 - b) mecanicista (producto de factores inmanejables).
- d) en cuanto a su táctica:
- a) pacíficas;
 - b) violentas.
- 3) Debe excluirse, como elementos determinantes, o cuánto menos característicos de las revoluciones, a la violencia y a su ritmo o tiempo. Esto último ocurre cuando se califica a la revolución de "evolución acelerada". Lo que sí es fundamental es la existencia de un espíritu revolucionario y de una conciencia revolucionaria. Esto es, de un estado de espíritu que hace a la revolución y a los grandes períodos de la historia humana.
- 7) Revolución y golpe de Estado:
- 1) La revolución es un cambio profundo en las estructuras y en las instituciones de un Estado.
 - 2) El golpe de Estado es un simple cambio de personas en la titularidad del gobierno, que no afecta su estructura.
- 8) Hecho revolucionario:
- 1) Se caracteriza por una transferencia del poder político con cambio en su estructura (revolución política); o una transferencia de las estructuras sociales y económicas.

- 8) *Hecho revolucionario:*
- 2) Puede consistir en actos y acciones de más diverso tipo: insurrección, pronunciamientos, acciones de violencia; o bien por actos eleccionarios y legislativos.
 - 3) Deben causar el cambio de una situación a otra; producir la transformación de la estructura.
- 9) *El derecho a la revolución:*
- 1) Se conoce con el nombre de derecho de resistencia a la opresión.
 - 2) Es el derecho inherente al pueblo, de naturaleza suprapositivo o natural, de derrocar a sus gobernantes, cambiar su política, establecer un nuevo sistema político, económico o social.
 - 3) No está consagrado en la legislación positiva salvo El Salvador
- 10) *El derecho de la revolución:*
- 1) La cuestión radica en saber si la revolución puede originar un nuevo derecho y cómo y cuál es su validez durante la revolución y después de la revolución.
 - 2) Durante el gobierno revolucionario, sus disposiciones, a las que denomina leyes revolucionarias: decretos o decretos-leyes, son obedecidas y tienen obligatoriedad y vigencia por la fuerza que las dicta y las mantiene.
 - 3) Después de la revolución, al advenir un gobierno de *jure*, la doctrina se inclina a considerar que es necesaria la posterior ratificación legislativa.
 - 4) Las revoluciones implican un cambio del centro de dominación y una transformación de sus fundamentos; y un reparto y distribución nueva de los instrumentos de control social y económico. Influuyen, pues, profundamente en el ordenamiento constitucional.
 - 5) Formalmente, se la considera enemiga natural del constitucionalismo.
 - 6) Materialmente, se la considera un medio de protección del Derecho, pues necesariamente prevalecerá una modificación y cristalizará en un nuevo Derecho. Tendrán a asegurar la justicia del Derecho, que no es únicamente el vigente u oficial.
- 11) *Constitución y Revolución:*
- 1) La crisis de la continuidad jurídica puede culminar con la instalación de un gobierno de *facto* que sustituya al gobierno de *jure* en el ejercicio de las funciones del poder en el Estado.
 - 2) Este gobierno de *facto* puede derivar:
 - a) de un golpe de Estado;
 - b) de una revolución política o social.
 - 3) *Cuando deriva de un golpe de Estado:*
 - a) hay una sustitución de personas en el ejercicio del poder;
 - b) no hay ruptura ni desplazamiento del centro del poder;
- 12) *Gobiernos de facto:*
- 3) *Cuando deriva de un golpe de Estado:*
 - c) afecta a las funciones; carece de legitimidad; y se justifica por el derecho de resistencia activa a la opresión;
 - d) es un gobierno irregular, que se somete a la Constitución y al orden existente.
 - 4) *Cuando deriva de una revolución:*
 - a) surge en contradicción con la Constitución y el orden existente;
 - b) hay ruptura y desplazamiento del centro del poder;
 - c) afecta a la totalidad de las funciones gubernamentales; se justifica en el derecho a la revolución;
 - d) formula un nuevo ordenamiento jurídico;
 - e) no es un gobierno provisional entre dos gobiernos de *jure*.
 - 5) En América Latina se denominan "revoluciones" a los golpes de Estado; y se aplica impropriamente el nombre de "gobierno" de *facto*, aún tratándose de funcionarios de *facto* que ejercen solamente el poder ejecutivo.
 - 6) Debe distinguirse entre gobierno de *facto*, gobierno usurpador y funcionario de *facto*:
 - 1) ejerce el poder contra la voluntad del gobierno legal;
 - 2) no tiene ninguna clase de investidura ni puede justificarse en el derecho de resistencia a la opresión;
 - 3) mediante la violencia y el delito asume funciones al margen o en contra de la Constitución.
 - 1) En primer lugar se denomina así al miembro de un gobierno de *facto*;
 - 2) en segundo lugar, puede considerarse tal a un gobernante de *jure* que prolonga, sin ánimo de usurpación, su mandato legal.
 - 1) La doctrina de *facto* se ocupa de las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la autoridad y validez de los actos realizados por los gobiernos y funcionarios de *facto*.
 - 2) El punto de partida es la carencia de fundamento constitucional de la autoridad que ejercen. Las disposiciones que adoptan, por más que las denominen "leyes" o "decretos-leyes", son órdenes sin otra legitimidad que la del propio arbitrio. Esta consideración debe conciliarse con la necesidad de resguardar a la comunidad y a los individuos, lo que obliga a reconocer validez dentro de ciertos límites, a los actos cumplidos por los gobiernos y funcionarios de *facto*.

13) Régimen de los "decretos leyes".

- principios procurando el encuadramiento de las facultades ejecutivas legislativas ejercidas por tales gobiernos y funcionarios de facto.
- 4) En 1861, cuando Mitre, entonces gobernador de la Provincia de Buenos Aires, como consecuencia de la batalla de Pavón, se hace cargo del ejecutivo nacional para atender los asuntos urgentes de carácter nacional, se produce el primer caso de un gobierno de facto. La Corte Suprema, en 1865, en el caso Baldomero Martínez y otro, reconoció validez a los actos realizados por imperio del "decreto de la revolución triunfante y asentida por los pueblos y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía".
- 5) El 6 de septiembre de 1930 se depuso al presidente Irigoyen, se constituyó un gobierno provisional y se disolvió el Congreso. La Corte Suprema, por acordada del 10 de septiembre, lo reconoció como gobierno de facto, fijando límites a su actividad en razón de asimilarlo a un ejecutivo de jure. En cuanto a las facultades legislativas, subordinó su reconocimiento al doble carácter de la necesidad y la urgencia, señalando que no podían proyectarse sobre la situación normal. En suma: los decretos-leyes sólo podían justificarse si eran indispensables y urgentes; y en cuanto a sus efectos jurídicos, oasaban una vez constituido el gobierno de jure. Para tener vigencia necesitaban expresa ratificación del Congreso.
- 6) El 4 de junio de 1943 un nuevo golpe de estado derribó al gobierno de jure, y la Corte Suprema al día siguiente lo reconoció, considerando la situación como análoga a la contemplada por la Corte en la Acordada del 10 de septiembre de 1930. Respecto de las facultades y validez de los "decretos-leyes" dijo: a) que el gobierno de facto tenía iguales pero no mayores facultades que un ejecutivo de jure; b) en cuanto a las facultades legislativas sólo podían ser reconocidas aquellas ejercidas en razón de la necesidad y la urgencia, pero en ningún caso las de orden penal ni de orden impositivo, o que afecten la propiedad. Vuelto el país a la normalidad los "decretos-leyes" dejaban de regir para lo futuro, salvo su ratificación por el Congreso.
- Pero establecido el gobierno de jure, se destituyó mediante juicio político a la mayoría de los miembros de la Corte, y los nuevos miembros cambiaron la jurisprudencia: los "decreto-leyes" pasaron a tener igual valor que las leyes, sin necesidad de ratificación del Congreso.
- 7) La revolución del 16 de septiembre de 1955 asumió todas las funciones. Disolvió el Congreso y designó nuevos ministros de la Corte Suprema, gobernando mediante "decreto-leyes" hasta el 30 de abril de 1953. Instalado el Congreso, por ley N° 14.487 declaró válidos a todos los "decretos-leyes", mientras no fueran derogados. Es decir, se ha llegado al extremo de reconocer plena validez, sin limitación de materia ni temporalidad a los "decretos-leyes" convalidando un régimen extraño al ordenamiento constitucional.

13) Régimen de los "decretos leyes".

8) El 29 de marzo de 1932 se produjo un nuevo golpe de estado. Las fuerzas armadas destituyeron de hecho al presidente Frondizi. Asumió la presidencia el presidente provisional del Senado, y la Corte Suprema, mediante acordada del 31 de marzo, reconoció esa asunción no sólo como válida sino también como definitiva.

- 1) El golpe de Estado que depuso al Presidente Illia el 23 de junio de 1966, se apartó de la doctrina de facto tradicional. Los anteriores golpes de Estado eran un "problema de gobierno", no un "problema de soberanía". La Junta Militar, integrada por Pistorini, Varela y Alvarez, asumió el Poder constituyente y en las 24 horas que duró su gestión se asignó el ejercicio de la soberanía. El gobierno se atribuyó carácter de jure y calificó a sus actos de "leyes".
- 2) El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas depusieron a María Estela Martínez de Perón. La Junta Militar se convirtió en "órgano supremo del Estado" con poderes constitucionales y supralegales, funcionando como instancia fiscal en materia legislativa a través de la Comisión de Asesoramiento Legislativo. Determina las bases y objetivos del gobierno y supervisa su cumplimiento, fijando pautas y tiempos. El presidente de la República es el encargado de la "administración del país". Las normas que dicta son "leyes". Se trata de un típico régimen militar.

14) Singularidad de los movimientos de 1966 y 1976:

S U F R A G I O

SISTEMA: 1. Concepto. 2. Sufragio y dominación legal. 3. Función electoral del sufragio. 4. Función de participación. 5. Sufragio y voto. 6. Naturaleza jurídica del sufragio: concepciones. 7. Criterio de Mauriou. 8. Criterio de Carré de Malberg. 9. Criterio de los constitucionalistas argentinos. 10. El sufragio como energía política.

1. El sufragio es la base de la organización del poder en el Estado. Consiste en el derecho político que tienen los miembros del pueblo del Estado de participar en el Poder como electores y elegidos, es decir, el derecho a formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, en la organización del Poder. En este sentido, su contenido no se agota con la designación de los representantes sino que comprende los procesos de participación gubernamental, propios de las formas semidirectas de democracia, que consagran la intervención del cuerpo electoral en la formulación de las decisiones políticas, jurídicas y administrativas del poder en el Estado.

Esta facultad de ser elector y ser elegido, jurídicamente, tiene categoría de un derecho público subjetivo de naturaleza política. Reservado a los miembros activos del pueblo en el Estado, en cuanto actividad, exterioriza un acto político. Es una forma de energía o actividad política, que materializa el poder electoral. Estos dos aspectos permiten comprender al sufragio como facultad, por una parte, y como actividad, por la otra, y definirlo como el derecho que tienen los ciudadanos de elegir y ser elegidos, y participar en la organización y actividad del poder en el Estado, o bien, como energía política reconocida a ciertos hombres para que elijan y participen del gobierno de la comunidad.

ordenamientos impersonales y objetivos. La actividad de gobernados y gobernantes se encuentra subordinada al Derecho. En el Estado se obedece al derecho, no a las personas. Los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden impersonal en que fundan sus decisiones, y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formulación participaron. Esa participación se efectiviza por el sufragio, dando sentido al principio de que el pueblo, como titular concreto de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes. Estos poderes cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye. Esta representación es de naturaleza política, "el elegido representa al elector, no como un mandatario representa al mandante, sino como un cuadro representa al paisaje: la representación no es otra cosa que la semejanza entre las opiniones políticas de la nación y las de los representantes que ella ha elegido" (1).

3. El sufragio, en cuanto expresión del poder electoral, tiene por función la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder en el Estado. En efecto, el gobierno es ejercido por hombres, cuya voluntad se considera voluntad del poder en el Estado en la medida que su actividad se realiza dentro del orden o se orienta a la cristalización del orden social deseable. La organización estatal no tiene voluntad propia. La que se expresa a través de sus órganos sigue siendo exclusivamente voluntad humana, que al objetivarse, en virtud del ordenamiento jurídico, se la considera voluntad de la comunidad. El carácter representativo de las autoridades depende de que

(1) Maurice Duverger, *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, París, 1950, pág. 33. Jean Dabin afirma que no hay lugar a sufragio popular más que en el régimen de la democracia indirecta. Para que el sufragio aparezca, dice, es preciso suponer que el pueblo sea llamado, no a gobernar sino a designar por un tiempo determinado, fijado de antemano, a los que gobernarán o, si se prefiere, a sus representantes en el gobierno. Esta es la hipótesis de la democracia indirecta. Cuando se habla de sufragio popular, es evidente que no es ni el pueblo ni la nación quien directa o indirectamente ejerce el voto. Tratándose de un acto material, preciso, como es el voto, es necesario rendirse a la evidencia: sólo los individuos votan. Y como el voto es una operación colectiva, en el sentido de que muchos individuos son llamados a votar en bloque, se designa con el nombre de cuerpo electoral; a la colectividad de esos titulares del voto. Pero la expresión "cuerpo" no significa, simplemente, el conjunto de electores. Conf.: *Doctrina General del Estado*, traducción de Héctor González Uribe, 2^a ed., Editorial Jus, México, 1955, págs. 218 y ss.

su designación haya tenido o no origen en las elecciones, es decir, de su relación con el sufragio. Las elecciones son técnicas o procedimientos de selección de la dirigencia política, constituyendo la forma mediante las cuales el pueblo elige a sus autoridades. Ellas concretan la relación entre quienes aspiran a ser designados y quienes con su voto realizan la designación. Los primeros se denominan candidatos, los segundos electores. El conjunto de electores constituye el cuerpo electoral (2). A juicio de Duverger, la diferencia más profunda que separa las diversas categorías de regímenes políticos descansa sobre el hecho de que los gobernantes sean o no sean expresión tangible de unas elecciones generales y sinceras. Las elecciones pueden considerarse, así, como uno de los medios más eficaces de limitar el Poder y modificar su actividad funcional, en relación de correspondencia con los requerimientos sociales (3).

4. El sufragio, además de la función electoral, tiene una función de participación gubernativa. Esta función de participación, menos generalizada que la función electoral, está vinculada a las formas semidirectas de democracia, particularmente al referéndum. Ya no se trata de una técnica para la selección o nominación de candidatos, de un procedimiento para la elección de los representantes, sino de una participación directa en el proceso de formulación de las decisiones políticas, jurídicas y administrativas del gobierno. Es decir, una forma concreta de ejercicio del poder en el Estado por parte del cuerpo electoral, y, considerado individualmente, por parte del elector.

Las más recientes constituciones consagran en sus textos la función de participación del cuerpo electoral en la elaboración de las decisiones gubernamentales. Es la respuesta a una tendencia de nuestro tiempo. El elector quiere algo más que ser bien gobernado: quiere gobernar. En la estructura del gobierno de la sociedad de cuadros el sufragio se reducía al derecho a ser bien gobernado. En la estructura del gobierno de la sociedad de masas adquiere una dimensión nueva.

(2) Carlos S. Fayt, *Derecho Político*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 398; Adolfo Posada, *Derecho Político*, 5^a ed., Madrid, 1935, pág. 439; Luis Sánchez Agesta, *Lecciones de Derecho Político*, 5^a ed., Ed. Prieto, Granada, 1954, págs. 419/420. Este último dice: "La elección puede, en cierta manera, concebirse como una relación entre aquellos que tienden con su voto a realizar una designación y los que aspiran a ser designados. El primero es, individualmente considerado, el elector, y en su conjunto todos aquellos que tienen capacidad para votar, el cuerpo electoral; el segundo, que precisa también reunir condiciones de capacidad legal, se denomina candidato."

(3) Mauricio Duverger, *Los regímenes políticos*, versión española de Zoe de Godoy, Salvat Editores, S.A.; Barcelona, 1952, pág. 8.

y se convierte en el derecho a gobernar y ser bien gobernado. El advenimiento de la democracia social ofrece una perspectiva no prevista por el constitucionalismo clásico y obligará a reconocer a toda persona, legalmente capacitada, el derecho a tomar parte directamente en el gobierno de su país, mediante el referéndum o cualquier otro medio de consulta o participación popular. Es decir, no sólo el derecho a intervenir en la elección de sus representantes sino a participar en la actividad gubernativa. A satisfacer este requerimiento se orienta el contenido del art. 21 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuando dice: "Toda persona tiene el derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". Voluntad popular, participación directa en el gobierno y elecciones auténticas, periódicas y libres, son los soportes políticos de la democracia social. Dentro de su estructura gubernamental, los sindicatos y los partidos obreros tienen cabida, los primeros, como contrapeso de los otros poderes económicos, y los segundos, como instrumentación política de las clases trabajadoras. Por otra parte, la democracia les adeuda el perfeccionamiento de sus instituciones. Así como los regímenes totalitarios han renovado "los métodos clásicos de la dictadura", la democracia contemporánea debe renovar por completo sus técnicas de representación y participación política, sumando a los procedimientos clásicos de selección y nominación de los gobernantes, nuevos métodos que aseguren la participación directa del pueblo en el gobierno.

5. Corresponde distinguir entre sufragio y voto. El voto es una determinación de voluntad que comprende otras especies que el sufragio político. Se vota en las asambleas legislativas, en los tribunales colegiados, en los cuerpos directivos, en el seno de los órganos de dirección y deliberación de todo tipo de instituciones, políticas o privadas. Constituye una forma de expresión de voluntad. Con relación al sufragio político y por consiguiente a la elección y participación en el gobierno, el voto constituye el hecho de su ejercicio. La actividad que cumple el elector cuando vota, la acción de emitir el voto, configuran un acto político y no un derecho político.

No obstante, el íntimo enlace entre el derecho y su ejercicio brinda significación a la circunstancia de que en el lenguaje común se llame sufragio al voto del elector, es decir, "al hecho de declarar su voluntad en los comicios, o sean las reuniones de los ciudadanos para sufragar" (4).

6. Respecto de la naturaleza del sufragio se han formulado diversas concepciones en correspondencia con su función en la dinámica de la organización política y el ordenamiento de la comunidad. Su gravitación sobre el poder en el Estado, y, por consiguiente, sobre los instrumentos de control social y económico explican subjetivamente esa disparidad. La explicación objetiva, en cambio, se vincula con la diferente comprensión de la soberanía y el grado de intervención reconocida, bien al elector, bien al cuerpo electoral, en el proceso de selección y nominación de los representantes, e incluso, en la diversidad de conceptos sobre representación política. En el marco científico, esas diversas concepciones han sido sistematizadas con el objeto de reducirlas a una serie o conjunto de tipos esenciales.

Sánchez Agesta, que considera al sufragio como un *derecho-función*, enumera las siguientes concepciones: 1º La concepción histórica, medievalista, que lo define como un privilegio personal, de estamento o clase y que, a su juicio, paradójicamente resurge en la Rusia soviética; 2º La posición, relativamente clásica, que considera el sufragio como atributo de la ciudadanía. En íntima relación con la doctrina de la soberanía popular y la Declaración de Derechos de 1789, define al sufragio como un derecho del ciudadano a participar en la formación de la ley como expresión de la voluntad popular. 3º La doctrina jurídica de los primeros años de este siglo, que lo define como función de un órgano (el cuerpo electoral) para la formación de otro órgano (el llamado órgano representativo). 4º La concepción personalista, que hace residir su fundamento en la libertad y la responsabilidad de la persona y lo define como un derecho personal a participar y ser oido en las decisiones políticas. Su concepto del sufragio como *derecho-función*, lo extrae de la unión de la concepción jurídica con la personalista, a las que estima complementarias (5).

Jorge Xifra Heras, prestando atención al momento histórico de su formulación, señala las siguientes teorías: 1º La doctrina clásica grecorromana, que entendía el sufragio como un atributo de la ciu-

(4) Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, 22º ed., A. Estrada, Buenos Aires, pág. 280.

(5) Luis Sánchez Agesta, *op. cit.*, pág. 419.

dadanza como un privilegio de nacimiento. 2º La doctrina medieval, que consideraba al sufragio como un privilegio personal, de clase o estamento. Era un privilegio feudal inherente a un *status* concreto, tal como el derivado de la posesión de la tierra o la pertenencia a una clase social determinada. Esta concepción perduró en Inglaterra hasta 1918. 3º La doctrina jusnaturalista, que considera al sufragio un derecho natural y abstracto del individuo. Este tiene el derecho natural, intrasmisible y sagrado de participar con su voto en la formación de la ley como expresión de la voluntad general. Cada uno de ellos es titular de una fracción de la soberanía. 4º La doctrina de la soberanía nacional, que define al sufragio como un derecho emergente de la ciudadanía, y a ésta en función de la nación, titular concreto de la soberanía. Atribuye a la nación entera, en su conjunto, el derecho a determinar cuáles de sus miembros pueden ejercitar la función electoral. 5º La doctrina del positivismo jurídico, para la cual el sufragio es un derecho individual cuyo contenido dinámico se traduce en el reconocimiento por parte del Estado de la calidad de elector que reviste el titular. Tal sería la posición de Leening, Stengel, Mayer, Triepel y Jellinek. 6º La doctrina de la contraprestación que considera al sufragio la contrapartida de los deberes públicos, tales como el pago de impuestos y el servicio militar. 7º La teoría funcionalista, que considera al sufragio un derecho de carácter funcional, y que presenta dos variantes: a) la que sostiene que el sufragio es una función pública no estatal (Biscaretti), y b) la que lo define como una función pública estatal (Hauriou, Duguit, Carré de Malberg). Para la primera, la función electoral es ejercida en nombre propio y no del Estado, aunque se oriente hacia el interés común. Para la segunda, no se ejerce en interés común del elector sino de la colectividad estatal, a través del cuerpo electoral, entendido como órgano del Estado.⁽⁶⁾

Las distintas concepciones, simplificando sus variantes y sus enlaces, se reducen a considerar al sufragio un *privilegio*; un *derecho* o una *función*. Y la naturaleza del sufragio por consiguiente, se convierte en una cuestión de interpretación, en un problema de escuelas.

7. Mauricio Hauriou identifica sufragio con libertad política. El sufragio, para él, es la organización política del asentimiento, es decir, de esa operación de la voluntad que consiste en aceptar o en rechazar una proposición formulada o una decisión adoptada por otro poder.

(6) Jorge Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, 2^a ed., Casa Editorial Bosch, Barcelona, págs. 410/413.

Pero es también la organización política del sentimiento de confianza y de adhesión de hombre a hombre, sentimiento que engendra el patriotismo y la clientela. De este modo el poder del sufragio tiene dos aspectos: poder de asentimiento y poder de clientela, porque es, fundamentalmente, operación de asentimiento y acto de confianza. Es una operación de asentimiento, tanto en el referéndum, en que otorga o niega su asentimiento, como en la elección, en que ese asentimiento se niega o se otorga a determinados candidatos, partidos o programas. Pero el asentimiento del elector no es una operación puramente intelectual, sino que con frecuencia está determinado por sentimientos de confianza o de adhesión, y en última instancia del que existe entre patrón o cliente. Los partidos son máquinas rivales para la conquista y explotación del poder, cada una de las cuales posee su clientela. "La clientela —observa Hauriou—, viejo móvil de las sociedades primitivas, se ha refugiado en el poder del sufragio, haciendo de éste el más primitivo, el más poderoso y el más duradero de los poderes, pues la clientela persiste, aunque disimuladamente, bajo todos los regímenes políticos"⁽⁷⁾. A su juicio, el poder de sufragio es a la vez una manifestación de la soberanía nacional y un poder que participa del gobierno. Como manifestación de la soberanía nacional, es un temible poder de dominación, pues es el que dispone de la mayor fuerza en el Estado; como poder de gobierno es el que tiene menos competencia, y, por lo tanto, menos calidad. Como poder de soberanía, es el primero; como poder de gobierno, es el último. Y, con indudable buen tino, agrega: "Si quisiera un poder de gobierno y estamos autorizados para hacerlo figurar al lado del poder ejecutivo y del poder deliberante? Muchos lo dudan, y es necesaria, por lo mismo, una explicación"⁽⁸⁾. En los pueblos de gobierno semidirecto y de referéndum es indudable que los electores participan en el gobierno con un poder de gobierno, pues pronuncian la palabra decisoria en la formación de las leyes, disponiendo así de una parte de la potestad legislativa. En la medida que la participación se acentúa, el poder del sufragio se amplía.

El sufragio, por lo tanto, contiene un poder de asentimiento (electoral) y un poder de decisión (participación) que en algunos casos llega a revestir aún el carácter de poder de iniciativa. En cuanto a si debe considerarse el sufragio como una función social o como un derecho individual, Hauriou estima que la solución de este clásico pro-

(7) Maurice Hauriou, *Derecho Político y Constitucional*, trad. Carlos Ruiz del Castillo, 2^a ed., Editorial Reus, Madrid, pág. 498.

(8) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 504.

bierma de escuela debe encontrarse en la diferenciación del papel del cuerpo electoral y del elector. El cuerpo electoral es la reunión de los electores de un colegio territorial. Ese cuerpo es quien hace las elecciones y adopta las decisiones propias del poder del sufragio. Las operaciones electorales no pueden hacerse sino por ese cuerpo o asamblea. Este cuerpo electoral realiza una función social; es una institución representativa que obra en nombre de la nación, con el mismo título que las asambleas parlamentarias. Pero si el papel del cuerpo electoral es realizar una función social, el de los electores es participar en las operaciones del cuerpo electoral en virtud de un derecho individual propio. De este modo puede existir, a la vez, en la institución del sufragio, una función social, y un derecho individual, pero la primera corresponde al cuerpo electoral, que no es un órgano sino un cuerpo intermediario para constituir órganos, y el segundo al elector (9).

8. Carré de Malberg, participa de la opinión de que el derecho de elección es sucesivamente un derecho individual y una función estatal. Un derecho, en cuanto se trata para el elector de hacerse admitir en la votación y de participar en ella; una función, en cuanto se trata de los efectos que ha de producir el acto electoral una vez realizado; pues dicho acto, individual en sí, lo recoge por su cuenta el Estado y a él se lo atribuye la Constitución; por ello, produce los efectos y tiene la potestad de un acto estatal, aunque sea obra de individuos (10).

El primer problema que se plantea es el de la naturaleza del poder que ejerce en el Estado el cuerpo electoral: ¿es un órgano del poder en el Estado? ¿en qué sentido puede considerárselo un órgano? Señala Carré de Malberg que la generalidad de los autores admiten que el cuerpo electoral es un órgano del Estado, e incluso el principal órgano del Estado, calificándose de órgano primario, supremo o básico. Así, Duguit caracteriza al cuerpo electoral como "el órgano directo supremo", que "expresa la voluntad soberana de la nación", derivando de él todos los órganos del Estado; y a los electores como "los gobernantes primarios", residiendo en el sufragio "la fuerza gobernante". Saripolos sostiene que en el cuerpo electoral "se opera la concentración del poder supremo", teniendo, en razón de designar las personas que ejercerán el poder de autoridad, la dirección suprema del Estado. Gierke lo considera el "órgano supremo" y Jellinek, referido

(8) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 507.

(10) R. Carré de Malberg, *Tesis General del Estado*, versión española de José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 1144.

al pueblo, le asigna la categoría de órgano primario del Estado. Estas opiniones coincidentes de la doctrina francesa y alemana, no están de acuerdo con el puro sistema representativo tal como se concibió en 1789-1791, según la cual el cuerpo electoral no era ni representante ni órgano, teniendo por único oficio elegir a las autoridades, es decir, nombrar a los órganos representativos.

"Hay que reconocer —dice Carré— que el régimen electoral ha adquirido un nuevo y muy diferente significado, en la medida en que el gobierno representativo ha evolucionado hacia el gobierno directo, implicando la conformidad de los elegidos con la del cuerpo electoral" (11). Hoy, además de órgano de creación, asume el carácter de órgano de decisión. Debe tenerse en cuenta que el cuerpo electoral es dueño de escoger libremente a sus elegidos, dependiendo de su actividad la formación de los órganos necesarios para la actuación funcional del poder en el Estado. Durante los gobiernos de facto, o, si se quiere, el estado de disolución de los órganos o autoridades representativas, el pueblo se encuentra aún organizado, porque según Jellinek, "el pueblo conserva siempre su órgano primario, el cuerpo electoral, que se encuentra continuamente preparado para funcionar". A este respecto, Carré añota que el Estado "sigue siendo una personalidad jurídica organizada", pero no por poseer "en todo tiempo un órgano efectivo, permanente y completo en el cuerpo electoral" sino porque el Estado posee, "en virtud de la Constitución vigente, una organización virtual", que subsiste en sus elementos generadores en el intervalo del estado de disolución o ausencia de los órganos representativos (12).

El segundo problema consiste en quién reside la potestad electoral: ¿en el cuerpo electoral (masa colectiva o asamblea colegiada) o en los electores mismos? La importancia de la cuestión reside en determinar si el derecho de sufragio es una potestad colectiva o un poder individual, por su gravitación en el sistema de elecciones. Es decir, si reserva a la mayoría la facultad jurídica de crear elegidos, o si habrá de asegurar a cada elector la posibilidad y hasta la certidumbre de poseer en la asamblea electiva un diputado a cuyo nombramiento haya contribuido efectivamente. En otras palabras: sistema mayoritario o régimen proporcional. Pero con carácter previo: el sufragio ¿es un derecho o una función?

Rousseau sostiene que pertenece al ciudadano una cuota parte de la autoridad soberana. Que en última instancia la soberanía es indi-

(11) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 1103.

(12) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 1102.

... como ciudadano el derecho absoluto de ejercer, en forma de voto, su parte viril del poder soberano", siendo cada uno de ellos, en cuanto miembros individuales de la nación, el origen y los autores de todos los poderes públicos. De esto resulta que el sufragio universal, directo e igual, es un derecho natural inherente a la condición de miembro del pueblo del Estado y anterior a toda constitución. El propio Rousseau dice: "El derecho de votar es un derecho que nada puede quitar a los ciudadanos" (*Contrato Social*, Lib. IV, cap. I). Esta concepción es la de la Revolución francesa, la de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano y la sostenida por Robespierre, Condorcet y Boissy d'Anglas. Es también la de los autores justinaturalistas. La crítica de que es objeto por parte de Esmein, Duguit y Saripolos, se centra en el contrasentido que existe entre la soberanía individual y su subordinación a la mayoría, como forma de determinación de las decisiones. "La sumisión de la minoría a la mayoría —dice Carré— no puede explicarse más que por un solo motivo, a saber, que la soberanía reside en una persona colectiva superior a los miembros individuales, es decir, en el ser nacional considerado como indivisible; y tal es, en efecto, la conclusión a que llegan acerca de la cuestión del fundamento jurídico del derecho electoral, la mayor parte de los autores contemporáneos". Por otra parte, la soberanía se origina por la organización, no existiendo con anterioridad a ella. La soberanía reside en el todo, sin haber residido primero en las partes componentes. De ahí que el sufragio, según Carré, antes que un derecho natural anterior a la legislación positiva, sea una función constitucional y su ejercicio un poder de la colectividad, es decir, una competencia constitucional dentro de los límites y bajo las condiciones que la misma constitución ha determinado.

La propia Constituyente francesa no adoptó el pensamiento de Rousseau respecto de la soberanía individual al reconocer que sólo la nación, en su conjunto, es soberana. Rousseau confundía soberanía con ciudadanía; de la que hacía nacer necesariamente el derecho de votar. La Constituyente distinguió entre ambos derechos. Todo miembro de la nación es ciudadano, pero todo ciudadano no es elector. Este es el origen de la distinción entre ciudadano pasivo y ciudadano activo, que consagró la Constitución de 1791, como base del régimen de limitación del derecho de sufragio que adoptó. La soberanía es nacional, pertenece al conjunto de todos los nacionales, con exclusión de toda soberanía individual. La nación, síntesis o colectividad unificada de los nacionales, ejerce su potestad por medio de aquellos miembros que ha constituido como órganos, y ningún ciudadano puede participar en

dicho ejercicio sino en virtud de una delegación de este género. Corresponde señalar que en 1783, en Francia, prevaleció nuevamente el criterio del sufragio como derecho natural inherente a la condición de miembro de la comunidad nacional.

En definitiva, la tesis de que la función de elector no es un derecho, se basa en el principio de la soberanía nacional. En el seno de la nación no puede existir otro poder que el poder nacional mismo. Por consiguiente, cuando el ciudadano ejerce el poder nacional, este poder, en sus manos, debe considerarse como una dependencia o una emanación del poder mismo de la nación. Así el elector aparece como un funcionario nacional, como un agente de ejercicio del poder nacional. De ahí también que la nación —según este criterio—, es dueña de determinar las condiciones para el ejercicio del sufragio por parte de sus miembros, considerándose ciudadanos "activos" aquellos ciudadanos que cumplen o reúnen las condiciones establecidas. Esto hace del derecho electoral una función constitucional. De ahí que no obstante el sufragio universal, se mantenga en el fondo la distinción entre ciudadanos activos y pasivos; que se determinen las condiciones de adquisición y ejercicio del derecho de sufragio; que se establezcan distinciones personales por edad, sexo, domicilio, dignidad o prestigio, limitaciones que no podrían imponerse si el sufragio fuera un derecho natural o un derecho individual inherente a la ciudadanía. A juicio de Carré, no son razones jurídicas sino políticas las que explican la expansión del sufragio universal. Se relaciona con el movimiento descendente de las fuerzas y tendencias democráticas y a la consideración de un estado de cultura política en los ciudadanos que los hace más aptos para ejercer todos ellos la competencia electoral y participar en la acción gubernamental. "En la base del sufragio universal —afirma Carré— se halla, por lo tanto, una presunción constitucional de capacidad universal" (13).

Toda función supone un poder y una carga. El sufragio no sólo confiere la potestad sino también el deber de votar, y el elector está obligado a votar del mismo modo que el juez está obligado a juzgar o el administrador a cumplir los actos de su función. Por considerársele una función es que el voto puede ser obligatorio y sancionarse su abstención injustificada; y privarse de su ejercicio a quienes lo tenían por una ley anterior, pues el elector no tiene un derecho oponible al Estado. Sólo posee una competencia que depende de las variaciones constitucionales. Pero, reconocido el sufragio como una función: ¿es posible

(13) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 1124.

negar al elector todo derecho subjetivo, como lo hace Michaud? ¿No se encuentra acaso "jurídicamente autorizado para que se reconozca su calidad de elector e incluso para ejercer su poder electoral"?

La acción que el elector tiene para reclamar judicialmente el reconocimiento de su "competencia" o "función" no es un reflejo del derecho objetivo, sino del derecho subjetivo a la función. Estas consideraciones, a juicio de Carré, "han hecho dudar a cierto número de autores, los cuales, aun persistiendo en definir al sufragio como una función de potestad pública, han llegado a admitir que también constituye para el elector un derecho individual" (14). Tal es el caso de Duguit, que considera que el elector es a la vez titular de un derecho y está investido de una función. El sufragio se presenta, por tanto, no sólo como un cargo público sino como una función individual. En realidad, "detrás del derecho electoral se encuentra siempre un poderoso interés individual", como lo reconociera Jellinek; y el sufragio confiere el poder para gravitar en el gobierno y en el ordenamiento de la comunidad, y cuanto menos, para la defensa de los intereses.

Admitido que el sufragio tiene dos aspectos, como derecho individual, por una parte, y como función, por la otra, surgen las siguientes variantes:

1º *Criterio de Duguit*: el elector, al votar, actúa en una doble condición. Ejerce un derecho individual (acto de sujeto jurídico) y cumple una función (como político; o de funcionario; o ejerce una competencia nacional). Ambos aspectos coexisten y no son incompatibles.

2º *Criterio de Carré de Malberg*: el elector se encuentra en dos situaciones incompatibles entre sí. La primera, antes de la votación, en que tiene un derecho personal de naturaleza política, un derecho subjetivo; y la segunda, al votar, en que desempeña una función. "En el instante mismo de votar —sostiene Carré—, su derecho se ha transformado en función". De ahí que a su juicio sea impropio sostener que el elector no tiene ningún derecho subjetivo, o bien afirmar que el sufragio sea simultáneamente un derecho y una función. Para él, el sufragio es alternativamente un derecho de la persona y una función del Estado.

3º *Criterio de Jellinek*: el sufragio tiene como elementos el derecho y la función, pero el elector no es titular subjetivo de esta última. El elector tiene el derecho individual a que se le reconozca la admisión

(14) Carré de Malberg., *op. cit.*, pág. 1127.

al voto, pero su ejercicio no es un derecho subjetivo sino una función estatal cuyo sujeto es el Estado mismo. En consecuencia, el sufragio como derecho subjetivo no es el poder de votar sino el de hacerse admitir en la votación, figurar en las listas electorales, formar parte, en suma, del cuerpo electoral. El voto no es una facultad subjetiva sino una competencia funcional. El sufragio facultad subjetiva y el sufragio competencia funcional no son concurrentes.

9. Joaquín V. González define al sufragio como la participación en el gobierno y, en el sentido positivo de nuestras instituciones, como la participación en el nombramiento de los funcionarios y en la deliberación y decisión de los asuntos públicos. Considera que se ha tratado en vano de resolver si el sufragio era un derecho, un deber o una función pública, y que se ha llegado a lo cierto por un criterio experimental, al comprenderse que en este acto político se dan en conjunto las tres cualidades. Es un derecho, porque en principio corresponde a todos los miembros de la comunidad llamada pueblo, pero como el pueblo no puede obrar directamente sino encargando a cierto número de sus individuos el obrar en su nombre, el sufragio ha sido limitado de tal manera que sólo es un derecho constitucional o legal, es decir, ejercido por los que reúnan las condiciones necesarias de capacidad, libertad e independencia. Es un deber, porque todo elector tiene la obligación de emitir su voto para la formación de los poderes. La existencia del gobierno, la conservación y defensa de los demás derechos civiles y políticos, no puede quedar librado a la voluntad del elector. Es además una función pública, porque todos los derechos políticos, una vez en ejercicio, se convierten en funciones públicas, debiendo ser entendida como una magistratura establecida por la Constitución y calificada por la ley, concediendo a los electores inmunidades y privilegios propios de los representantes del pueblo. A su criterio, el sufragio reúne los caracteres regulares de un poder político (15).

Rafael Bielsa dice que el sufragio, desde la remota antigüedad romana, es el derecho del ciudadano de expresar, pública o secretamente, su voluntad en un asunto o negocio público, para decidir en una elección o en una resolución de interés general. Es una atribución legal y, a diferencia de la facultad, que es renunciable, es a la vez derecho y deber (16).

Carlos Sánchez Viamonte afirma que toda manifestación de vo-

(15) Joaquín V. González, *op. cit.*, págs. 280/281.

(16) Rafael Bielsa, *Derecho constitucional*, 3^a ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959, págs. 213/214.

voluntad colectiva, con el fin de constituir el gobierno o decidir algún problema fundamental para los intereses de la Nación toma el nombre de sufragio. Es, a su juicio, una función pública, entendida ésta como un complejo de derechos y deberes (17).

Juan A. González Calderón, luego de desechar la doctrina que considera como un derecho natural al sufragio, y las que lo conciben como un "derecho político", o un deber, sostiene que el sufragio es una función pública y, ateniéndose a la terminología consagrada, "un poder político" (18).

Segundo V. Linares Quintana considera que el sufragio es una función pública en cuanto mediante su desempeño por el cuerpo electoral se constituyen los órganos estatales; no resultando posible, a su juicio, el funcionamiento de las instituciones del Estado constitucional sin que los ciudadanos ejerçiten una función tan íntimamente ligada a la Soberanía (19).

10. Hemos señalado la diferencia entre el derecho de sufragio y el acto de emitirlo y el carácter que le es inherente de atributo de la personalidad política del individuo, en correspondencia al reconocimiento legal de su calidad de miembro activo de la comunidad política. Su función electoral y su función de participación son propias de su naturaleza política. Ya Stuart Mill consideraba que toda función política importaba, no tanto un poder sobre sí, sino un poder sobre otro. Esté conferido al individuo en función de la comunidad política, tanto, que Palmerston, en la sesión del 21 de junio de 1864, de la Cámara de los Comunes, sostuvo que el sufragio era un mandato del cual se encontraba investido el elector en nombre de la co-

(17) Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Kápoluz, Buenos Aires, 1956, pág. 194. Conf.: Mario Justo López, *La representación política*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, págs. 57 y ss. En este denso y hermoso trabajo, el doctor López se adscribe a la definición del sufragio como "toda manifestación de voluntad individual que tiene por objeto concurrir a la formación de la voluntad colectiva, con el fin de constituir el gobierno o de decidir algún problema trascendental para los intereses de la Nación" que da Sánchez Viamonte, por considerarla exacta y completa. Señala que aunque el sufragio, en tanto procedimiento para expresar la voluntad colectiva, puede ser utilizado para cualquier tipo de representación pública (política, funcional o familiar), sus principios, sus aplicaciones y sus efectos, están o han sido principalmente vinculados a la forma específica de representación política; y, siguiendo a Posada, dice que es una indicación demostrativa de la índole representativa del Estado.

(18) Juan A. González Calderón, *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1943, pág. 478.

(19) Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VIII, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1960, pág. 48.

munidad. A su juicio, los intereses de la comunidad, en todos los grados de la escala social, están confiados a un cierto número de individuos, que, en cumplimiento de su mandato, están sometidos al control de los mandatarios. No obstante la debilidad de la tesis del sufragio como mandato, no hay dudas acerca del sentido de función política que quería atribuir al sufragio.

El sufragio es un derecho político. Los derechos políticos se caracterizan por objetivarse en diversas funciones relacionadas con la organización y, en esencia, con el poder de la comunidad sobre sí. Con el poder que ésta tiene de constituirse y organizarse política y jurídicamente y, hecho esto, de elegir a las autoridades para los distintos centros de poder organizado y aun participar en las decisiones políticas. El sufragio no puede ser aislado de su significación política, de su conexión con el poder, con la organización política y el ordenamiento de la comunidad. La energía política, en cuanto actividad de la vida humana social, tiene sede individual. Esta actividad, en conexión con la organización, se despliega en actos relacionados con el poder político. Esta energía política reconocida a los miembros activos de la comunidad nacional comprende un conjunto de facultades o atribuciones que concurren a cristalizar el poder político en instituciones objetivas y a asegurar su actividad mediante la elección de los individuos en quienes éste habrá de encarnarse en la concreta realidad histórica. A esa energía política y a su manifestación a través de actos de elección y participación, la llamamos sufragio (20).

(20) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 1108.

S U F R A G I O

- 1) **Concepto:** Es un derecho público subjetivo de naturaleza política. Consiste en el derecho que tienen los ciudadanos de elegir, ser elegidos y participar en la organización y actividad del poder en el Estado. También puede ser concebido como la energía política reconocida a ciertos hombres para que elijan y participen en el gobierno de la comunidad.
 - 1) El Estado tiene por fundamento el supuesto de la dominación legal basada en la creencia en la legalidad de ordenamientos impersonales y objetivos.
 - 2) Los que mandan lo hacen en tanto obedecen el orden impersonal en que fundan sus decisiones; y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formulación participaron.
 - 3) Esa participación se hace efectiva por el sufragio, dando sentido al principio de que el pueblo, titular concreto de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes.
- 2) **Sufragio y dominación legal:**
 - 1) El sufragio como expresión del poder electoral tiene por función la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder en el Estado.
 - 2) El carácter representativo de las autoridades depende de que su designación haya tenido o no su origen en las elecciones, es decir, de su relación con el sufragio.
 - 3) Las elecciones son técnicas e procedimientos de selección de la dirigencia política. Mediante ellas el pueblo elige a sus autoridades.
 - 4) Los que son designados se denominan candidatos, los que con su voto realizan la designación se llaman electores. El conjunto de electores se llama cuerpo electoral.
- 3) **Función electoral del sufragio:**
 - 1) Consiste en la participación del cuerpo electoral en la elaboración de las decisiones gubernamentales. Menos generalizada que la función electoral, está vinculada a las formas semidirectas de democracia, particularmente al referéndum.
 - 2) Es una forma concreta de ejercicio del poder en el Estado por parte del cuerpo electoral, y, considerado individualmente, por parte del elector. Responde a una tendencia de nuestro tiempo. El elector quiere algo más que ser gobernado: quiere gobernar.
- 4) **Función de participación:**
 - 1) El voto es una determinación de voluntad que comprende otras especies que el sufragio político.
 - 2) Con relación al sufragio político, el voto constituye el hecho de su ejercicio.
 - 3) La acción de emitir el voto configura un acto político, no un derecho político.
- 5) **Sufragio y voto:**
 - 1) El voto es una determinación de voluntad que comprende otras especies que el sufragio político.
 - 2) Con relación al sufragio político, el voto constituye el hecho de su ejercicio.
 - 3) La acción de emitir el voto configura un acto político, no un derecho político.

- 1) Se han formulado diversas concepciones sobre la naturaleza jurídica del sufragio. Estas concepciones han sido sistematizadas con el objeto de reducirlas a una serie de tipos esenciales.
- 2) Sánchez Agesta enumera las siguientes concepciones:
 - a) **Concepción histórica o medievalista:** El sufragio es un privilegio personal, de estamento o clase.
 - b) **Concepción clásica:** El sufragio es un derecho de la ciudadanía.
 - c) **Concepción jurídica:** El sufragio es la función de un órgano (cuerpo electoral) para la formación de otro órgano (el llamado órgano representativo).
 - d) **Concepción personalista:** El sufragio es un derecho individual o personal a participar y ser oido en las decisiones políticas.
- 3) Xifra Heras clasifica las concepciones en:
 - a) **Doctrina clásica grecorromana:** El sufragio es un atributo de la ciudadanía y la ciudadanía el privilegio de unos pocos.
 - b) **Doctrina medieval:** El sufragio es un privilegio feudal inherente a un status concreto, como el derivado de la tierra o la pertenencia a una clase social determinada.
 - c) **Doctrina fisionaturalista:** El sufragio es un derecho natural del individuo.
 - d) **Doctrina de la soberanía nacional:** El sufragio es un derecho de la ciudadanía y la ciudadanía una investidura conferida en función de la Nación, titular concreto de la soberanía.
 - e) **Doctrina del positivismo jurídico:** El sufragio es un derecho individual que se traduce en el reconocimiento por parte del Estado de la calidad de elector que reviste el titular.
 - f) **Doctrina de la contraprestación:** El sufragio es la contrapartida de deberes públicos como el pago de un impuesto y el servicio militar.
 - g) **Doctrina funcionalista:** El sufragio es un derecho de carácter funcional. Tiene dos variantes:
 - a) la que sostiene que el sufragio es una función pública no estatal (Biscaretti);
 - b) la que lo define como una función pública estatal (Hauriou, Duguit, Carré de Malberg).
- 4) Las distintas concepciones se polarizan en considerar al sufragio: a) como un derecho; b) como una función. Clasificados autores enlazan el sentido individual y social del sufragio y lo consideran un derecho y una función simultánea, sucesiva o separadamente.

7) Criterio de Hauriou:

- 1) El sufragio, para Hauriou, es la organización política del sentimiento de confianza, por una parte, y la organización política del sentimiento de adhesión de hombre a hombre, por la otra. La primera, como ejercicio de voluntad, consiste en no aceptar o rechazar una proposición o una decisión adoptada por otro poder. La segunda engendra el patronato y la clientela.
- 2) De este modo, el poder del sufragio tiene dos aspectos: Poder de asentimiento y poder de clientela. A su juicio, el poder de sufragio es a la vez una manifestación de la soberanía nacional y un poder que participa del gobierno. Como poder de soberanía es el primero, como poder de gobierno el último.
- 3) En la institución del sufragio existen a la vez, una función social y un derecho individual. La primera corresponde al cuerpo electoral, que es quien hace las elecciones y adopta las decisiones propias del poder del sufragio. No es un órgano sino un cuerpo intermediario para constituir órganos. El segundo corresponde al elector, quien participa en las operaciones del cuerpo electoral en virtud de un derecho individual propio.
- 4) Considera que el sufragio es sucesivamente un derecho individual y una función estatal. Un derecho en cuanto se trata para el elector de hacerse admitir en la votación y participar en ella; una función, en cuanto una vez realizado el acto electoral produce los efectos y tiene la potestad de un acto estatal, aunque sea obra de individuos.

- 2) Se plantean tres problemas:
 - a) ¿es el cuerpo electoral un órgano estatal? Considera que sí; y que hoy, además de órgano de creación, asume el carácter de órgano de decisión.
 - b) ¿en quién reside la potestad electoral, en el cuerpo electoral o en los electores mismos? Carré hace residir esa potestad en el cuerpo electoral.
 - c) el sufragio: ¿es un derecho o una función? Admitiendo que el sufragio tiene dos aspectos, como derecho individual, por una parte, y como función, por la otra, surgen las siguientes variantes:

- 1) *Para Duguit*: el elector, al votar ejerce una derecho individual y cumple una función constitucional. Ambos aspectos-coexisten.
- 2) *Para Jellinek*: el elector no es titular subjetivo de la función. Tiene el derecho individual a que se le reconozca la admisión al voto; pero su ejercicio es una función estatal cuyo sujeto es el Estado mismo. El sufragio facultad subjetiva y el sufragio competencia funcional no son concurrentes.
- 3) *Para Carré de Malberg*: Antes de la votación, el elector tiene un derecho personal de naturaleza política, un derecho subjetivo. Al votar el elector desempeña una función. El sufragio es alternativamente un derecho de la persona y una función del Estado.

8) Criterio de Carré de Malberg:

9) Criterio de autores argentinos:

- 1) *Joaquín V. González*: sostiene que en el sufragio se dan en conjunto las cualidades de un derecho, un deber y una función pública. Es un derecho porque en principio corresponde a todos los miembros de la comunidad llamada pueblo. Es un deber, porque todo elector tiene la obligación de emitir su voto para la formación de los poderes. Además es una función pública, porque todos los derechos políticos, una vez en ejercicio se convierten en funciones públicas, debiendo ser atendidas como una magistratura establecida por la Constitución, y calificada por la ley, que concede a los electores inmunidades y privilegios.
- 2) *Rafael Bielsa* dice que el sufragio es el derecho del ciudadano de expresar, pública o secretamente su voluntad sobre un asunto público, para decidir en una elección o en una resolución de interés general. Es una atribución legal (no una facultad); y a la vez es un derecho y un deber.
- 3) *Carlos Sánchez Vicomonte*: considera al sufragio una función pública, es decir, un complejo de derechos y deberes.
- 4) *Juan A. González Calderón*: sostiene que el sufragio es una función pública y un poder político.
- 5) *Segundo V. Linares Quitana*: afirma que el sufragio es una función pública desempeñada por el cuerpo electoral para la formación de los órganos estatales.
- 1) El sufragio es un derecho político. Se caracteriza por objetivarse en diversas funciones relacionadas con el poder de la comunidad sobre sí. Es decir, con su organización jurídica y política y la elección de las autoridades para los distintos centros de poder organizado y aún participar en las decisiones políticas.
- 2) El sufragio, en cuanto actividad de la vida humana social en conexión con el poder, es energía política y tiene sede individual. Se despliega en actos relacionados con el poder político que concurren a cristalizarlo en instituciones objetivas y a asegurar su actividad mediante la elección de los individuos en quienes éste habrá de encarnarse en la realidad histórica.

10) El sufragio como energía política:

PRINCIPIOS, FUNDAMENTOS Y FORMAS DEL SUFRAGIO

Síntesis: 1. Bases jurídicas del sufragio. 2. Teoría de los requisitos e inaplicaciones: requisitos generales. 3. Requisitos especiales: sufragio restringido y sufragio universal. 4. Sufragio reforzado (plural, múltiple y familiar) y sufragio único e igual. 5. Voto público y voto secreto. 6. Sufragio facultativo y sufragio obligatorio. 7. Sufragio individual y sufragio corporativo. 8. Sufragio directo y sufragio indirecto. 9. Sufragio uninominal y sufragio plurinominal. 10. Las incapacidades.

I. La universalidad, la igualdad, la obligatoriedad y el secreto constituyen en la actualidad las condiciones jurídicas del sufragio. En conjunto, sirven de base a la realización dinámica del régimen representativo. Su reconocimiento es producto de un proceso político. Ese proceso es el del autogobierno de las comunidades y la legitimidad del poder. Ningún gobierno puede considerarse genuino representante del pueblo si no ha surgido de elecciones libres y periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto. La democracia occidental, con su estructura de poder abierto, tiene por soporte el sistema de elecciones libres, es decir, el sufragio y los partidos políticos. La presencia de éstos ha hecho variar la estructura y las instituciones del Estado democrático tradicional. En particular los fines del poder. Y esto ha sido obra del sufragio como expresión del poder del pueblo. A diferencia de la democracia tradicional, la democracia contemporánea amplia la participación del pueblo en el gobierno. Esto se realiza a través de la función de participación que cumple el sufragio. Permite a la comunidad política obrar sobre el poder, delimitar sus funciones, hacer a los gobernantes responsables de sus actos y conservar su autonomía,

asegurando, al fin de cuentas, que el poder emané del pueblo. De este modo, el sufragio garantiza la autonomía de la comunidad política.

2. La doctrina clasifica el sufragio por su extensión cuantitativa, su exigibilidad, sus formas de emisión, el sentido de la representación y el grado de proximidad con el elegido. Puede resumirse en una teoría de los requisitos y las incapacidades de los electores, el modo de votar y la división del cuerpo electoral. Mackenzie divide los requisitos de la capacidad del sufragio en requisitos generales y requisitos especiales. El sufragio presupone la *ciudadanía*. Por consiguiente, ésta se convierte en el primero de los requisitos generales. Es norma común que "sólo los ciudadanos del país pueden elegir representantes para sus asambleas" (1). La condición de ciudadano puede estar fijada en las constituciones o en las leyes de ciudadanía, y aún en las leyes electorales, determinándose así "qué personas deben ser consideradas como verdaderos habitantes del país a efectos electorales" (2). El sufragio es un derecho de los ciudadanos y la ciudadanía la confiere el nacimiento o se adquiere luego de un determinado período de residencia que oscila entre los dos y los cinco años, según los países. Es que la ciudadanía es una capacidad de goce y ejercicio de los derechos políticos, de participación en la formación del poder en el Estado. Ciudadanía no es lo mismo que nacionalidad. Mientras la nacionalidad la poseen todos los nacidos en el país, la ciudadanía es un "status" político, un atributo o capacidad que la ley confiere al nacional o al extranjero naturalizado, dentro de ciertas condiciones. En nuestro país, la adquisición de la ciudadanía por naturalización se obtiene residiendo dos años continuos en la Nación, pero la autoridad puede acortar ese término si se probaran servicios a la República por parte del solicitante. Es decir, que la residencia por dos años y la voluntad de formar parte del cuerpo político de la Nación son las dos condiciones para que los extranjeros adquieran la ciudadanía. En los Estados Unidos se exigen cinco años de residencia. La edad constituye otro de los requisitos generales. Varía según los países. En nuestro país basta tener la edad de dieciocho años, en Inglaterra haber cumplido veintiuno. En general, la edad no está referida a la mayoría de edad de la ley civil sino a la capacidad política, o a la prestación del servicio militar.

El sexo, en razón del reconocimiento universal del voto femenino, con la sola excepción de Suiza y el ducado de Liechtenstein, ha dejado

(1) W. J. M. Mackenzie, *Las elecciones libres*, traducción de F. Condemedo Pereña, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1962, pág. 22.

(2) W. J. M. Mackenzie, *op. cit.*, pág. 23.

de ser requisito general. En la Argentina y en el orden nacional, fue establecido el 9 de septiembre de 1947, por Ley nº 13.010. Al respecto, Bielsa dice que lo que se ha llamado "conquista de la mujer" en el orden político, es el corolario lógico de otras en el orden jurídico civil y también administrativo. A su juicio, la infundada interdicción política que pesaba sobre la mujer no se fundaba en el supuesto de su incapacidad física o intelectual, sino en la posible influencia del padre y del marido; y, sobre todo por considerarse que el orden de los intereses políticos, sociales y económicos estaban vinculados exclusivamente a la actividad del hombre. "En realidad no se trataba de un prejuicio, dice Bielsa, sino de una deducción lógica frente a hechos no lógicos, es decir, ya modificados en el tiempo y en los pueblos civilizados." (3)

La inscripción en el censo, padrón o registro electoral, es la tercera de las condiciones generales. Consiste este requisito en la necesidad de que el ciudadano figure incluido en el padrón o censo electoral, es decir, en la lista de los electores con derecho a ejercer el sufragio en un determinado distrito o circunscripción electoral.

A estos tres requisitos alude la Ley Sáenz Peña nº. 8871, sancionada el 10 de febrero de 1912, cuando en su artículo 1º establece: "Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los dieciocho años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral".

3. Los requisitos especiales se vinculan con la extensión cuantitativa del sufragio, es decir, si el voto debe ser universal e igual o, por lo contrario, restringido y calificado.

Se denomina *sufragio restringido* o *calificado* cuando éste está condicionado a exigencias de orden económico o intelectual, o a determinadas pautas de valor personal. Las de orden económico originaron el *sufragio censitario* fundado en el reconocimiento del poder electoral a los propietarios de bienes inmuebles, contribuyentes y rentistas.

1º *Calificación por la propiedad, riqueza o renta*: Pretende la exclusión del ejercicio del derecho de sufragio de los que no tienen otro medio de vida que su trabajo personal. A tal efecto se sostiene que las clases no propietarias carecen de la independencia indispensable para el ejercicio del sufragio: que la propiedad inmueble y el capital son garantía y fehaciente prueba de capacidad intelectual y moral y de su interés por el mantenimiento del orden y del buen gobierno de la sociedad. Que siendo la clase de los propietarios quienes soportan

(3) Rafael Bielsa, *op. cit.*, pág. 214.

el peso de la tributación no parece injusto que sean los únicos que participen en la elección de quienes fijarán los impuestos.

El voto censitario, originado en este tipo de calificación, estuvo hasta no hace mucho tiempo universalmente consagrado, convirtiendo al régimen representativo, no en aristocrático sino en oligárquico. Es un resabio feudal, que pretende hacer de la propiedad territorial el capital y la renta, el soporte de la soberanía. La tributación indirecta y más aún, la tributación de sangre y ponen de relieve la falacia del argumento del monopolio tributario de que se pretende hacer titular a la clase poseedora de capital. Por otra parte, las asambleas representativas no solamente votan los impuestos, sino que dictan la legislación común, regulando sectores de la vida social que afectan por igual a todos, ricos y pobres. Hoy es el trabajo socialmente útil el fundamento del orden y la organización social y política. Además, el dominio o posesión de un bien inmueble o de un capital mobiliario no asegura ni confiere capacidad política. Restringido el sufragio de este modo, el gobierno pasa a ser un instrumento al servicio de la clase propietaria para perpetuar la explotación, la injusticia y la miseria.

En Inglaterra, donde se originó el sufragio censitario, estuvo vigente hasta 1832. De ahí que Mackenzie, que trata del mecanismo electoral en los territorios británicos y ex británicos desde Khartum a las dos Rhodesia, entre otros, no oponga mayores reparos al requisito de la propiedad o renta. Se limita a señalar que el nivel que debe fijarse para cumplir con el requisito depende de las circunstancias del país y que debe descansar en una valoración independiente del proceso electoral no pudiendo pedirse a los funcionarios encargados del censo electoral que actúen de peritos tasadores, salvo casos como el de Kenia, de 1956, en que no se esperó "presión alguna por parte de los electores para ser incluidos en el censo. El requisito especial de propiedad funcionó bastante bien en Gran Bretaña durante ciento cincuenta años, porque descansaba en una estimación pública de la propiedad ordenada a los efectos fiscales" (⁴) lo que es difícil de lograr en los territorios coloniales porque no se hacen públicas las rentas de los contribuyentes individuales. Concluye diciendo que esas dificultades pueden obviarse en muchos lugares a base de "pacienza e ingenio".

2º Calificación por la instrucción: Pretende la exclusión de los analfabetos o de quienes no hubieran alcanzado "un cierto grado es-

(4) W. J. M. Mackenzie, *op. cit.*, pág. 30.

colar". Stuart Mill defendía esta restricción, mirando como inadmisible que una persona pudiera participar del sufragio sin saber leer ni escribir, ni estar instruido sobre las primeras reglas de la aritmética. A su juicio, los medios para adquirir este saber elemental podían hallarse al alcance de todos, sea gratuitamente, sea a un precio al alcance de los más pobres, aún aquellos "que solamente ganan el pan". "Si fuese así realmente, agregaba, no se pensaría jamás en dar el sufragio a un hombre que no supiese leer, de la misma manera que no se ha pensado nunca en acordarlo a un niño que sepa hablar; y no sería la sociedad quien lo excluiría sino su propia pereza. Es verdad que cuando la sociedad no ha cumplido con el deber, haciendo accesible a todos este grado de instrucción, hay mucha injusticia en excluir del sufragio a los que carecen de ella; pero es una injusticia por la cual es necesario pasar". Y luego de afirmar que la enseñanza debía proceder al sufragio universal, concluía diciendo que no se podía acordar el poder sobre otro, "el poder sobre toda la comunidad, a individuos que no han adquirido las condiciones más esenciales para cuidar de sí mismos, para dirigir con inteligencia sus propios intereses y los de las personas que les tocan de cerca" (⁵). Carl J. Friedrich, proximamente figura de la ciencia política contemporánea, también se muestra partidario de este requisito especial para el ejercicio del sufragio (⁶). En la realidad política, esos argumentos sirven a la discriminación política y racial, como en algunos Estados de los EE.UU., respecto de los negros. El sufragio es un derecho, no un privilegio acordado a ciertos individuos de elevadas condiciones de moralidad, inteligencia o cultura. Su reconocimiento deriva del hecho objetivo de la nacionabilidad y su ejercicio no puede estar subordinado sino a condiciones mínimas de capacidad, libertad y dignidad personal. Pero esa capacidad no está referida ni a la instrucción ni a la educación, que por sí mismas, no constituyen garantía de capacidad o competencia política. Nadie puede sostener seriamente que la lectura, la escritura y la aritmética formen de por sí, ciudadanos. La instrucción cívica, la educación política, es algo más que el libro de las primeras letras, la tabla de aritmética o el cuaderno de caligrafía. Nadie duda de que es indispensable conocerlos. Más aún: que no sólo la instrucción primaria sino la secundaria tienen que ser obligatorias y gratuitas y que no puede ni debe haber un solo joven de dieciocho años cumplidos que

(5) John Stuart Mill, *El gobierno representativo*, trad. Dupont-White, 2^a ed., pág. 191.

(6) Carl J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, págs. 258 y ss.

no posea el arsenal de ideas y conocimientos que debe conocer el ciudadano de nuestro tiempo. Pero esa función es tarea del poder en el Estado a la vez que indeclinable misión de la sociedad. El argumento de la pereza y de la injusticia necesaria dados por Stuart Mill son dos falacias. La humanidad tiene conciencia de su derecho social a aprender. La educación es la inversión más productiva que un pueblo y un gobierno pueden realizar. Y en todo el mundo se ha intensificado la demanda de enseñanza, de ahí que este tipo de exclusión no sea ni justa ni racional. La benéfica influencia de la instrucción pública en el mantenimiento de la república democrática y en el funcionamiento de sus instituciones debe completarse creando el hábito del propio gobierno, la experiencia de gobernarse a sí mismos, enseñando a los ciudadanos cuáles son sus derechos y cómo ejercerlos, las reglas de la administración y el mecanismo de las leyes, haciendo simple o cuanto menos comprensible el manejo de las cuestiones públicas. Razón tenía Tocqueville cuando afirmaba que el desarrollo de las instituciones y de las costumbres democráticas no son sólo el mejor sino el único medio que nos queda de ser libres. Sin la educación política del pueblo no habrá libertad para nadie sino una tiranía igual para todos. O se funda el gobierno sobre el imperio pacífico del mayor número o la libertad quedará aniquilada bajo el poder ilimitado de uno solo (7).

3º *Calificación por el valor personal*: Admitiendo el hecho cierto de que ni las condiciones económicas ni la educación tienen en cuenta "las verdaderas cualidades de hombres y mujeres", en algunos pueblos africanos coloniales convertidos en "sociedades políticas en construcción", se siguen otros criterios discriminatorios, como el ser jefe o anciano de una tribu; haber observado buena conducta en un empleo y algunas otras. En general, carecen de importancia para nuestro estudio. Los mencionamos como una prueba de que las creaciones humanas responden a las creencias ideológicas de los pueblos, y de qué modo, aún en el ámbito de sociedades primitivas, en las cuales "la propiedad se disfruta en común y la educación formal es desconocida" (8), está en el sentir de los grupos que dominan el poder y la riqueza, en este caso la "vieja guardia de administradores y colonos", imponer calificaciones artificiales, para perpetuar, en la medida que ello sea posible, la estructura de su dominación. En definitiva, cual-

(7) Alexis de Tocqueville, trad. de Luis R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 336.

(8) W. J. M. Mackenzie, *op. cit.*, pág. 31.

quiero sea su base, es función del sufragio restringido asegurar a una minoría el monopolio del poder político.

Se denomina *sufragio universal*, por oposición al calificado o restringido, cuando éste no está condicionado a exigencias de orden económico e intelectual, o a determinadas pautas de valor personal. Es el reconocimiento del derecho de sufragio a todos los individuos no excluidos en virtud de causas taxativamente enumeradas por la ley, como los menores, dementes y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, y aquellos sobre los que hubieren recaído condenas que impliquen indignidad, y en este caso, por tiempo limitado. El sufragio universal puro y simple, hace a la esencia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y en realidad son simples ideologías cuya función, como bien lo ha señalado Hans Kelsen, consiste en ocultar el dominio de un grupo por otro. El sufragio universal e igual tiene por base la representación política, no la profesional o corporativa, extendiéndose el principio de la igualdad tanto a la emisión como al cómputo. Por otra parte, es emitido en colegios de base territorial. A diferencia del sufragio restringido que clausura el acceso al poder al pueblo es función del sufragio universal hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayoría, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida.

El sufragio universal se encuentra vigente, virtualmente, en todos los Estados contemporáneos. Francia y Suiza lo establecieron en 1848; Grecia en 1864; España en 1869; Bélgica en 1893; Austria en 1907; Italia en 1912; Inglaterra en 1918; Alemania en 1919; los EE.UU., por la Enmienda XV, en 1870. Es en el orden local donde se mantiene todavía el voto restringido o calificado. Así por ejemplo en los Estados Unidos, donde no obstante haberse consagrado en el orden federal el reconocimiento del sufragio universal a todos los individuos, sin distinción de raza o color y la mujer tiene igualdad de derechos políticos desde 1920, se mantiene el voto censitario o el voto calificado por instrucción en el orden de algunos estados particulares, sobre todo en los del sur del país, con el objeto de privar del sufragio a la población de color.

4. La técnica de la discriminación o calificación puede adoptar diversas formas originando otros tantos tipos de sufragio. Estos son el *sufragio plural*, el *sufragio múltiple*, el *sufragio familiar*, y por oposición a ellos, el *sufragio único o igual*.

Ya no se trata de restringir o de privar a determinados ciuda-

danos del ejercicio del derecho de sufragio, sino de reconocerlo a todos, reforzando el que tienen determinados ciudadanos, con el fin de asegurarles por este medio, su influencia sobre el poder político. De ahí que genéricamente a esta técnica se la denomine *sufragio reforzado*, pudiendo comprenderse dentro de ella al sufragio plural, al múltiple y al familiar.

En efecto, el *sufragio plural* consiste en atribuir uno o más votos complementarios a determinados electores por el hecho de su valor personal, como sería el haber desempeñado funciones que presupongan una competencia, formación o saber especial o poseer un título universitario. Autoriza al elector a emitir más de un voto en una circunscripción electoral.

El *sufragio múltiple*, si bien significa asignar a un elector más de un voto, a diferencia del voto plural, no autoriza su emisión o acumulación en una única circunscripción electoral sino que confiere el derecho a votar en más de una circunscripción electoral.

El *sufragio familiar* consiste en asignar uno o más votos suplementarios a los padres de familia en relación con el número de miembros del núcleo familiar. Se trata de una modalidad del voto plural o de capacidad. El reconocimiento del voto femenino ha hecho que este tipo de voto reforzado carezca de sentido, en razón de que se fundaba en considerar al padre de familia representante de los demás miembros de la familia para la existencia de la nación, se los suponía con mayor capacidad política que los solteros para la gestión de los negocios públicos. Es decir, parte de dos supuestos de valor: el de la familia como "núcleo social", con lo que se sustituye el principio de la representación política, convirtiendo a la familia y no al individuo en la unidad política y electoral; y en el de la familia como criterio de calificación para dar mayor valor al voto del padre de familia, sin desfiguración del principio individual en que se base la representación política. Dabin afirma que la tesis del sufragio familiar es inexacta e insostenible. Ni la familia, ni el jefe de familia como tal, están calificados para votar. A su juicio, sean cuales fueren los valores y la importancia de la familia dentro de la organización estatal, no se podría decir que el punto de vista familiar coincida exactamente con el punto de vista político. "Acontece con el interés familiar lo que con los intereses de la ciencia, del arte, de la virtud, de la higiene o la economía: son valores generales, sin duda, que interesan a todo el mundo, a la generalidad del pueblo e incluso a la humanidad, pero valores fragmentarios con respecto a la totalidad del bien público, que, desde su punto de vista propio, coordinador y

sintético, los engloba y los equilibra a todos." (9) Por lo demás, no puede afirmarse que la *calidad familiar* presuma por sí misma una capacidad política superior. Se trata, en definitiva, de un sufragio individual calificado.

El *sufragio igual o único*, opuesto al sufragio reforzado, parte del principio de que un hombre vale un voto, es decir, que todos los electores se encuentran en las mismas condiciones. La democracia se sustenta en el sufragio universal e igual. Es el individuo, sin otra calificación que el de persona humana, quien tiene el derecho de votar. Esto no impide, como lo señala Hauriou y lo repite Dabin, que los electores sean repartidos en secciones o circunscripciones territoriales sobre la base del domicilio en una región determinada del territorio nacional, pues es materialmente imposible agrupar a todos los ciudadanos en un colegio electoral único. Es forzoso dividir la suma total de electores de una nación en colegios particulares de base territorial, encargados cada uno de ellos de elegir uno o varios representantes, de acuerdo al sistema electoral que se adopte.

Así como el principio que informa al voto igual y único es el principio democrático, el voto reforzado, especialmente el voto plural y múltiple, se nutre en principios aristocráticos y oligárquicos. Los votos adicionales son una forma de dulcificar la situación política de grupos considerados inferiores, a la vez que asegurar o facilitar el predominio y la influencia de grupos considerados superiores. En Bélgica, donde el voto plural existió desde 1893 a 1919, además de concederse un voto suplementario al jefe de familia, se concedía un voto suplementario al propietario de un inmueble o al que pagaba una contribución de 100 francos de renta; y por último, dos votos suplementarios a la capacidad de quien poseyera un título universitario. El voto múltiple tuvo aplicación en Inglaterra, bajo la denominación de franquicias electorales, hasta 1918. Cada una de estas franquicias: a) residencia; b) ocupación de un local o negocio, y c) grado universitario, conferían a quien los tuviera el derecho a votar en las correspondientes circunscripciones. Aplicaciones más o menos recientes del voto múltiple son, por ejemplo, la del voto de "graduados" secundarios, en circunscripciones especiales, en las elecciones de 1948 y 1953 en el Sudán.

5. Por su forma de emisión, el sufragio se clasifica en público y secreto.

(9) Jean Dabin, *op. cit.*, pág. 229.

llamamiento personal. Individualiza al voto permitiendo la coacción directa sobre el elector. Se ha pretendido fundar la racionalidad de esta categoría de sufragio en el carácter público de la función electoral (argumento de Stuart Mill) y en que la publicidad es la salvaguardia del pueblo (argumento de Robespierre), pero lo cierto es que en todos los casos se ha instrumentado y servido los intereses de los grupos que, por su situación económica o social, tienen en sus manos el control o gobierno indirecto de los individuos, es decir, poder económico, poder social, poder religioso. Esto hace real el pensamiento de que cuantas veces el poder quiso adueñarse de las elecciones hizo pública la emisión del voto.⁽¹⁰⁾

Voto secreto: consiste en la emisión del sufragio con la garantía de no poder individualizarse al voto. Mediante sistemas apropiados se asegura al elector la reserva del contenido de su voto. Cuartos o cabinas aisladas, que entre nosotros toman el nombre de cuarto oscuro, sobres especiales y aun máquinas electorales, proporcionan al elector el aislamiento y la independencia necesaria para que pueda emitir su voto libre de presiones. El sufragio universal e igual se complementa con esta técnica de emisión.

6. Por su exigibilidad, se distingue entre *sufragio facultativo* y *sufragio obligatorio*. La distinción, en cierto modo, se vincula con la cuestión de la naturaleza jurídica del sufragio.

El sufragio es facultativo cuando el elector puede abstenerse de votar sin que se sancione legalmente su omisión. En realidad, más apropiado resulta hablar de voto no obligatorio que de sufragio facultativo. De lo que se abstiene el elector no es de su derecho, sino de realizar el acto político de votar.

La misma observación puede hacerse respecto del sufragio obligatorio, es decir, cuando el elector se encuentra legalmente obligado a votar con sanciones para quienes no cumplen con dicha obligación. Lo que la ley hace obligatorio no es el derecho de sufragio sino su ejercicio, es decir, el acto político de emitir el voto. De cualquier modo, tratándose de un derecho político de cuyo ejercicio depende la integración del poder de autoridad en el Estado, es evidente que no puede dejar de cumplirse, por vía de la abstención, sin peligro para la existencia efectiva del gobierno o su deformación. Tradicional-

(10) Luiz Izaga, *Fundamentos de Derecho Político*, 2^a ed., t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1952, pág. 335.

mente la doctrina se ha planteado el problema de la obligatoriedad o no obligatoriedad del voto bajo el interrogatorio de si el sufragio era o no un deber. Hemos dicho que el sufragio es un derecho político que se caracteriza por objetivarse en diversas funciones relacionadas con el poder de la comunidad sobre sí, su organización, la elección de las autoridades y aun la participación en las decisiones políticas. Que tiene sede individual y que, en cuanto actividad, se despliega en actos que deben necesariamente realizarse por cuanto se relacionan con el poder de la comunidad. El ciudadano tiene, por consiguiente, el derecho de sufragio y el deber de votar en las elecciones. El derecho de sufragio no es un derecho inherente a la personalidad individual sino un derecho inherente a la personalidad política. El reconocimiento de la obligatoriedad del voto, que hasta ahora ha tenido alcance general pero no universal, hace necesario el establecimiento legal de sanciones para el incumplimiento. Dichas sanciones pueden ser de dos tipos: a) sanciones morales, como la privación temporaria o definitiva del ejercicio del sufragio; y b) sanciones pecuniarias, es decir, multas, cuyo monto varía según las diferentes legislaciones. Se encuentra establecida en Bélgica, Dinamarca, Australia, Italia, en Suiza, entre otros países. En la República Argentina, la Ley Sáenz Peña, n° 8371, de 1912, estableció, además del secreto, la obligatoriedad del voto. Dispone en su art. 83 que el elector que sin causa legítima dejase de emitir su voto en cualquier elección efectuada en su distrito, será sancionado: 1º Con la publicación de su nombre por la junta escrutadora respectiva, como censura, por haber dejado de cumplir su deber electoral. 2º Con la multa de diez pesos incluida nacional, y en caso de reincidencia inmediata con el doble de la multa que se le haya impuesto por la infracción anterior. Impone, pues, una sanción moral y una sanción pecuniaria. La penalidad será impuesta por el juez federal del distrito, en juicio público, por acusación fiscal o de cualquier ciudadano, y la multa se hará efectiva por la vía de apremio. No incurirán en ella los impedidos por enfermedad, por ausencia fuera del país o por causa justificada, dentro del país o por otro impedimento legítimo debidamente comprobado ante el juez competente.

Un efecto positivo de la obligatoriedad del voto es reducir el abstencionismo político originado en el escepticismo o la indiferencia política. Los elevados coeficientes de ausentismo electoral quebrantan la relación que debe existir entre el país real y el país legal. En estos casos el gobierno no es expresión fiel de la voluntad de los ciudadanos ni un producto del voto regular de los electores. En Estados Unidos, por ejemplo, en 1946 el ausentismo se elevó al 62 por 100 de los electores,

decisiones de los grandes electorados modernos", y llaman "argumento victoriano" a la privación del voto fundado en el estado de pobreza del ciudadano o a quien no hubiera pagado una deuda al fisco. A juicio de Mackenzie, se trata de un instrumento deliberadamente usado con el fin de privar del voto a una parte de la población. Las objeciones al sistema de incapacidades electorales, se reducen, básicamente, a estas dos que dejamos expuestas.

PRINCIPIOS, FUNDAMENTOS Y FORMAS DEL SUFRAGIO

- 1) *Bases jurídicas del sufragio:*
 - 1) La universalidad, la igualdad, la obligatoriedad y el secreto constituyen las condiciones jurídicas del sufragio.
 - 2) El sufragio asegura la autonomía de la comunidad política, es decir, el auto goberno del pueblo.
 - a) por su extensión cuantitativa;
 - b) su exigibilidad;
 - c) sus formas de emisión;
 - d) el sentido de la representación;
 - e) el grado de proximidad con el elegido.
- 2) *Teoría de los requisitos. Requisitos generales:*
 - 1) Se puede clasificar el sufragio:
 - a) la ciudadanía;
 - b) la edad;
 - c) la inscripción en el registro o padrón electoral.
 - 2) Estas clasificaciones pueden resumirse en una teoría de los requisitos y las incapacidades, el modo de votar y la división del cuerpo electoral.
 - 3) Son requisitos generales:

Nota: el sexo, debido al reconocimiento universal (salvo Suiça) del voto femenino, ha dejado de ser requisito general.

 - 1) Los requisitos especiales se vinculan con la extensión cuantitativa del sufragio. Son, en general: a) propiedad, riqueza o renta; b) instrucción, y c) valor personal.
 - 2) El sufragio es restringido o calificado cuando está condicionado a exigencias de orden económico o intelectual, o a determinadas pautas de valor personal. Las de orden económico originaron el sufragio censitario, que confería el poder electoral a los propietarios de inmuebles, contribuyentes y rentistas. Su función es asegurar a una minoría influencia sobre el poder político.
 - 3) Las restricciones o calificaciones pueden estar fundadas:
 - a) en la riqueza: excluye del sufragio a las clases no propietarias (voto censitario);
 - b) en la instrucción: excluye del sufragio a los que no saben leer ni escribir;
 - c) en el valor personal: excluye del sufragio a los que no tienen determinado "status" social, profesión o títulos.
 - 4) El sufragio universal: opuesto al restringido o calificado, no está condicionado por exigencias económicas, intelectuales o sociales. Implica el reconocimiento del derecho de sufragio a todos los ciudadanos y hace a la esencia del Estado constitucional contemporáneo. Tiene vigencia en todos los Estados contemporáneos.

4) Sufragio reforzado (plural, múltiple y familiar) y sufragio único o igual:

El sufragio reforzado es la variante positiva del sufragio calificado. No se trata ya de privar del sufragio a ningún ciudadano sino de reforzar el que tienen algunos ciudadanos para asegurar su influencia sobre el poder político.

- 2) Comprende tres tipos de sufragios: { a) plural; b) múltiple; c) familiar.
- 3) Sufragio plural: Consiste en atribuir votos complementarios a determinados electores por capacidad o supuesta mayor competencia política. Autoriza al elector a emitir más de un sufragio en una circunscripción electoral.
- 4) Sufragio múltiple: Como el voto plural, también confiere al elector más de un voto. Pero el elector puede emitir su voto en más de una circunscripción electoral.
- 5) Sufragio familiar: Consiste en asignar uno o más votos complementarios a los padres de familia en relación con el número de miembros del núcleo familiar. Es una modalidad del voto plural o de capacidad.
- 6) El sufragio igual o único: Opuesto al reforzado, parte del principio de que un hombre vale un voto y de que todos los electores se encuentran en las mismas condiciones. La democracia se sustenta en el sufragio universal e igual.

5) Voto público y voto secreto:

- 1) Voto público: El sufragio se emite en alta voz o por llamamiento personal. Individualiza el voto permitiendo toda clase de presiones sobre el elector.

- 2) Voto secreto: El sufragio se emite con la garantía de no poderse individualizar el voto. Cuartos o cabinas especiales, que entre nosotros toman el nombre de cuarto oscuro, sobre especial y aún máquinas electorales aseguran al elector la libre emisión de su voto.

- 1) Sufragio facultativo: El elector puede abstenerse de votar sin que se sancione su omisión. Es más apropiado hablar de voto no obligatorio que de sufragio facultativo.

- 2) Sufragio obligatorio: El elector se encuentra legalmente obligado a votar, con sanciones mecidas o pecuniarias (multas)... para quienes no cumplen con esa obligación. Lo que la ley hace obligatorio, no es el derecho de sufragio sino su ejercicio, es decir, el acto político de emitir el voto.

Un efecto positivo de la obligatoriedad del voto es reducir el abstencionismo político.

6) Sufragio facultativo y sufragio obligatorio:

- 1) Sufragio individual: El sufragio es un derecho político cuyo titular es el individuo, en cuanto miembro activo de la comunidad política. No interesa a qué clase social pertenece, qué oficio o profesión tiene, de qué raza proviene ni qué religión profesa. El sufragio tiene sede individual.
- 2) Sufragio corporativo o funcional: Pretende substituir al individuo por la asociación, el gremio o la corporación; a la representación política por la de los intereses profesionales, económicos y sociales. Fatalmente conduce al totalitarismo o la dictadura.

7) Sufragio individual y sufragio corporativo:

8) Sufragio directo y sufragio indirecto:

- 1) Sufragio directo o de primer grado: El ciudadano elige directamente, en una única instancia y sin intermediarios, a los representantes.

- 2) Sufragio indirecto o de segundo grado: El elector no elige directamente a sus representantes. Elije a terceros, que toman el nombre de "electores" o "compromisarios", los que proceden a elegir a los representantes.

- 3) Sufragio uninominal y sufragio plurinominal:

- 2) Sufragio plurinominal: El elector vota por una lista de candidatos.

- 1) Principio: El sufragio requiere capacidad, referida a cualidades de inteligencia e independencia; y dignidad. De ahí que se prive del voto a quienes no reúnan el mínimo exigible de inteligencia, independencia y dignidad.

- 2) Están incapacitados para votar:

- 2) por falta de discernimiento: los dementes y los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito.

- b) por su estado o condición: a) los eclesiásticos regulares; b) los detenidos por juez competente, mientras no recuperen su libertad; c) los mendigos.

- c) por su indignidad: a) los reincidentes condenados por delitos contra la propiedad; b) los perjudicados por delitos electorales o por falso testimonio; c) los quebrados fraudulentos, etc.

SISTEMAS ELECTORALES Y DE REPRESENTACIÓN

Sumario: 1. La democracia representativa como sistema de partidos. 2. Los sistemas electorales: principios mayoritarios y de proporcionalidad. 3. Sistemas mayoritarios: de mayoría absoluta y de mayoría relativa. 4. Sistemas minoritarios: empíricos y racionales (voto proporcional; proporcional uninominal; del cociente electoral y del voto transferible). Subsistemas: del mayor residuo, del divisor común (D'Hondt) y de la media mayor. 5. Sistemas mixtos.

1. La democracia representativa, con la adopción del sufragio universal y la aparición de los partidos políticos, se ha convertido en un régimen de partidos. Esto hace que la elección de los gobernantes por los gobernados se reduzca, por lo general, a la elección de los candidatos seleccionados por los partidos. Proveer a la dirigencia política es, precisamente, la función política esencial de los partidos, razón por la cual todas las elecciones, en cierto sentido, se han transformado en elecciones indirectas. Y esto seguirá ocurriendo, a menos que la mayoría de los ciudadanos decida afiliarse a los partidos y participar en el proceso de preselección de candidatos. Los partidos son los dueños del poder en el Estado y como los partidos son dominados por la jerarquía y la burocracia, los dirigentes políticos son quienes dominan el Estado. Aun no admitiéndose esto, es evidente el poder enorme de los dirigentes de los partidos. Sobre todo si tenemos en cuenta que el gobierno puede estar en manos de un partido con la oposición del otro partido, como en Inglaterra y los EE.UU., o de una pluralidad de partidos, como en Italia.

Duverger, teórico de los partidos europeos, señala la poderosa contribución de éstos al desarrollo de la democracia, al darle una organización básica, encuadrando a los gobernados y a los candidatos propuestos a su sufragio y coagulando la multiplicidad y variedad de los

Pero advierte del peligro que representa la hipertrofia de su papel y la amenaza de retroceso que ello significa para el régimen representativo. "Desde que los comités directivos de los partidos, expresa, tienden a substituir a los gobernantes elegidos, o cuando la misma elección de los gobernantes es transferida de los electores a los partidos, por el sistema de representación proporcional con listas bloqueadas, los principios democráticos pueden considerarse violados." (1) En efecto, nada parece más distante de las concepciones de la democracia tradicional que el hecho, visible en los gobiernos de partidos sólidamente organizados, del desplazamiento del centro de poder efectivo de los órganos constitucionales al seno de los comités ejecutivos. O la circunstancia de que los representantes del pueblo, sean diputados, senadores o ministros, operen a través de instrucciones, convertidos en "los portavoces de las decisiones adoptadas por los grupos directivos de los partidos" (2). En tales condiciones, sería más exacto hablar de parti-

(1) Mauricio Duverger, *Los regímenes políticos*, op. cit., pág. 15. Estima Duverger que la organización de los partidos no está de acuerdo con la ortodoxia democrática. Su estructura interior es esencialmente autocrática y oligárquica; los jefes no son realmente designados por los miembros, a pesar de las apariencias, sino cooptados o nombrados por el centro; tienden a formar una clase dirigente, aislada de los militantes, una casta más o menos cerrada sobre sí misma. En la medida en que son elegidos, la oligarquía del partido se amplía, pero no se convierte en democracia, porque la elección la hacen los miembros, que son una minoría en relación con el cuerpo electoral. Los parlamentarios están cada vez más sometidos a la autoridad de los dirigentes interiores; esto significa que los electores están subordinados a la dirección interior de los partidos. Las elecciones mismas traducen muy mal la naturaleza de la verdadera opinión. Los partidos crean sistema de partidos como la representan, la forman mediante la propaganda. El provección del sistema de partidos. Conf.: *Los partidos políticos*, trad. de J. Campos y E. González Pedriero, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 446.

(2) Los gobiernos representativos y las libertades en los nuevos Estados, Seminario Internacional de Rodas (6-13 de octubre de 1958), Cuadernos, suplemento al nº 34 (enero-febrero de 1959), Ignacio Silone, *Los partidos políticos en Europa Occidental*, págs. 72 y ss. No hay duda de que la evolución general de los partidos, al acentuar la centralización, la disciplina interior, privando de libertad de acción a los militantes y a los parlamentarios, se aleja del ideal democrático. Los parlamentarios, sujetos a tal disciplina, se transforman en máquinas de votar, conducidas por los dirigentes del partido. Según Duverger, se llega así a esos organismos cerrados, disciplinados, a esos partidos monolíticos, cuya estructura exterior se parece a la de un ejército, descansando en un adiestramiento de las almas, más que de los cuerpos. Su dominio sobre los hombres tiende a convertirlos en totalitarios, llegando a constituir sistemas completos y cerrados de explicación del mundo. El ardor, la fe, el entusiasmo y la intolerancia reinan en estas iglesias de los tiempos modernos: las luchas partidarias se convierten en guerras de religión. Pero, ¿sería más satisfactorio un régimen sin partidos? He aquí la verdadera cuestión. Conf.: Duyerger, M., *Los partidos políticos*, op. cit., pág. 447.

docracia que de democracia, como señala Silone. Sin dudas el cuadro no se encuentra exento de resistencias. Además de la institucionalización y encuadramiento estatutario de la existencia y actividad de los partidos, y sin perjuicio de dar intervención al elector en la preselección de candidatos mediante alguna forma de primarias abiertas, parece indispensable aumentar el poder de representación y el poder de decisión del pueblo a través del sufragio. Las elecciones siguen siendo una técnica apropiada para la limitación del Poder. Al fin de cuentas, el elector sigue teniendo la última palabra, pues su voto tiene la virtud de producir acontecimientos de tanta importancia como la captación, la conservación o la pérdida del Poder. De ahí que el propio Duverger considere el miedo al elector como el comienzo de la prudencia de los gobernantes, o de quienes pretenden llegar a serlo y operan a través de las organizaciones partidarias. Pero la elección como procedimiento de limitación debe complementarse con métodos de participación del cuerpo electoral en el poder gubernamental. De lo contrario, la democracia contemporánea, en el nivel político, quedará aprisionada dentro de los aparatos partidarios.

2. Reservado a los partidos el proceso de selección de candidatos, corresponde a los electores en las elecciones decidir quiénes de entre ellos serán sus representantes. Los distintos métodos utilizados para el cómputo de los votos y la elección de los candidatos se conocen con el nombre de sistemas electorales. Su función consiste en facilitar la coparticipación del poder electoral individual en el proceso de formación del poder de autoridad en el Estado, relacionar cuantitativamente al conjunto de electores con las autoridades elegidas mediante el voto popular e investir del poder de autoridad a los elegidos.

El poder electoral proporciona la dirección a la organización y, en este sentido, es poder de representación, no de decisión. Designa a las autoridades encargadas del ejercicio del poder de autoridad, pero la competencia y actividad funcional de éstas está jurídicamente determinada, a través del ordenamiento constitucional y legal. El pueblo, entendido como comunidad política, desde el punto de vista del poder de representación, se reduce al conjunto de electores o cuerpo electoral. Es indudable que el orden en la democracia está fundado en el acatamiento a la resolución de la mayoría. Esta subordinación del poder de decisión al principio mayoritario es el soporte de la dominación legal y exige el sometimiento de la voluntad individual a la voluntad de la mayoría. El fundamento del principio mayoritario no es otro que el de la aproximación a la idea originaria del consentimiento unánime para la formación de la organización estatal. A su respecto, Kelsen

señala que la conciencia de la libertad individual "es tan débil y la del poder en el Estado "es tan débil como la garantía de la libertad individual, siendo más calificada es la mayoría requerida para modificar la voluntad estatal existente. Y si fuese requerida la unanimidad, la libertad quedaría aniquilada" (3). A su juicio, en virtud de que nacemos dentro de un orden estatal ya constituido, en cuya creación no hemos participado, y que constituye "la voluntad ajena" frente a la propia, "el principio de la mayoría absoluta —no cualificada— representa la aproximación relativamente mayor a la idea de la libertad". Pero ese principio mayoritario que se muestra como inherente al poder de decisión, ¿rigue también el poder de representación? En otras palabras: ¿La elección de los gobernantes debe hacerse según el principio mayoritario o, por lo contrario, reconociendo a cada elector igual derecho a ser representado?

Quienes sostienen que el principio de mayorías debe ser la base de la representación, lo consideran el único compatible con los principios democráticos y con la idea de libertad política. El único que fundamenta la creencia de que al someternos a la voluntad de la mayoría nos sometemos a nuestra propia voluntad, o cuanto menos, a una voluntad en cuya formación hemos participado. Presupone, por lo demás, la existencia de una minoría y la posibilidad de ésta de influir "hasta cierto punto en la voluntad de la mayoría, e impedir que el contenido del orden social creado por ésta se halle en contradicción demasiado violenta con el interés minoritario" (4).

Por su parte, quienes propugnan el principio de la proporcionalidad, distinguen entre poder de decisión y poder de representación. Al primero corresponde el principio de la mayoría, al segundo, el de la proporcionalidad. Afirman que el imperio del principio mayoritario en el ámbito del poder electoral desfigura y desvirtúa la democracia representativa, convirtiendo el gobierno de todo el pueblo por todo el pueblo igualmente representado, en el gobierno de todo el pueblo por una simple mayoría del pueblo exclusivamente representado. Stuart Mill decía que en una democracia realmente igual, todo partido debe estar representado en una proporción no superior, sino idéntica a su importancia numérica. "Una mayoría de electores deberá siempre tener una mayoría de representantes; pero una minoría de electores deberá estar representada tan completamente como la mayoría. De otra

(3) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1957, pág. 441.

(4) Hans Kelsen, *Teoría General del Tratado*, op. cit., pág. 413.

manera no hay igualdad en el gobierno, sino desigualdad y privilegio, una parte del pueblo gobierna el resto, contra toda justicia social" (5).

Este desplazamiento del principio mayoritario del ámbito del poder electoral, mediante la adopción del principio de representación proporcional, se justifica, según Kelsen, en la circunstancia de que no se trata de formar la voluntad del Estado. Es en el Congreso donde se forma la voluntad estatal y sus resoluciones deben adoptarse por el principio de mayoría, mientras que en las elecciones no deben "sin reproducir con la mayor claridad la imagen de los grupos políticos en que se divide el pueblo, como supuestos bajo los cuales ha de formarse una mayoría definitiva" (6).

Un vasto repertorio de virtudes y defectos se atribuyen a cada uno de los dos principios. Teniendo en cuenta el grado de su influencia en la vida política a través de los partidos, se señala como inherente al sistema mayoritario la tendencia dualista y el fenómeno de la opción y la polarización. El principio de la proporcionalidad, en cambio, tiende a multiplicar o cuando menos a mantener el número de partidos, transformando en durables los cismas reconocidos o encubiertos de los partidos políticos. El primero es poco sensible a las nuevas corrientes de opinión y muy sensible al cambio de las opiniones tradicionales, en tanto que el segundo es "muy sensible a la aparición de nuevas corrientes, aunque sean provisionales o débiles" (7). La aplicación del principio de mayorías deja sin representación a un gran número de electores, sacrificando a las minorías; la mayoría es todo, la minoría es nada. En un régimen de partidos múltiples, la simple mayoría pue-

(5) Las opiniones de John Stuart Mill y Walter Bagehot sobre el principio de proporcionalidad y el de mayoría, respectivamente, constituyen las piezas más valiosas del arsenal de ideas sobre tan importante problema. Bagehot entiende que la diferencia fundamental entre la elección por mayoría y la representación proporcional reside en que la última hace voluntario al distrito. A su juicio, esto daría por resultado que los elegidos serían hombres de partido. Estos no tendrían independencia sino sumisión, serían agentes del partido. Los parlamentarios estarían atados de pies y manos al partido y la Cámara se compondría de hombres de partido. Es decir, iría contra las condiciones esenciales para que exista alguna posibilidad de régimen parlamentario. La perspectiva histórica demostró que ese resultado temido por Bagehot se ha cumplido dentro del régimen de mayoría, que él creía garantía contra esa subordinación. Stuart Mill no centra su pensamiento en la función sino en la justicia de la representación. Afirma así, que "no hay sufragio cuando cada uno de los individuos no cuenta tanto como cualquier otro de los individuos de la comunidad". Conf.: John Stuart Mill, *op. cit.*, cap. VII; y Carl J. Friedrich, *op. cit.*, págs. 267 a 271.

(6) Hans Kelsen, *op. cit.*, pág. 430.

(7) Maurice Duverger, *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, op. cit., pág. 13.

minoría tornando en ficticia la representación. Promueve el desaliento, la incertidumbre y el ausentismo electoral. Como virtudes, se señala que facilita la acción gubernativa, pues el partido victorioso, ya se trate de una forma de gobierno parlamentaria o presidencial, dispone de la mayoría absoluta o cuando menos de la mayoría suficiente para que el gobierno sea estable facilitando el nexo entre el ejecutivo y el legislativo. Permite la acción coherente durante un término perfectamente conocido, toda vez que se encuentra constitucional o legalmente fijado, asegurando una unidad y libertad de acción, que de ninguna otra forma puede obtenerse. A las minorías les corresponde la crítica y la función de contralor, y la posibilidad de lograr a su turno la mayoría, cuando los ciudadanos sean llamados a elegir "entre la obra realizada por la mayoría y la crítica de la oposición" (8).

Del principio de proporcionalidad se dice que provoca la inestabilidad y la debilidad de la acción gubernativa. Obliga a la ecualización, facilitando la acción de neutralización ejercida por partidos rivales. Una mayoría variable y generalmente lograda mediante compromisos entre intereses contradictorios, resta unidad de criterio y causa la incoherencia a la actividad del gobierno. Debilita la democracia y opera como factor de permanente crisis. Como virtudes, se le atribuye el mérito de expresar, lo más exactamente posible, la voluntad de la Nación, liberando a la mitad menos uno del electorado de la muerte política. Al proporcionar una imagen fiel del cuerpo electoral, asegura los derechos de mayoría y minorías y estimula la vida política, siendo el único que responde a las formas y tendencias actuales de la representación política. Siendo la democracia actual un sistema de partidos, la representación proporcional ocasiona, dentro de las asambleas legislativas, una exacta relación de fuerzas, imposible de obtener mediante el sistema mayoritario. Produce auténticas síntesis de opinión y aun de voluntad popular en el seno de las asambleas representativas, atenuando la gravitación de las maquinarias electorales propias del sistema mayoritario, donde los partidos, socialmente indeterminados, no pasan de ser vastos compromisos de intereses sin contenido ideológico. Facilita la representación de todos los intereses, que se ven obligados a instrumentarse en partidos políticos, disminuyendo así el pluralismo político-social que florece con el principio de mayorías. No es exacto que estimule la atomización de los partidos y de la vida política. En Bélgica, donde desde hace cincuenta años se aplica el principio, no se

(8) Mauricio Duverger, *Los regímenes políticos*, op. cit., pág. 45.

ha modificado el tripartidismo que caracteriza su vida política. No impide, finalmente, que un partido conquiste la mayoría. La experiencia italiana, particularmente referida al partido demócrata cristiano, así lo demuestra.

Un análisis riguroso de ambos principios en el cuadro de la organización, sus efectos con relación a los partidos y el modo como se corren al tomar forma efectiva en la realidad política, permiten inferir que no existe una separación irrenunciable entre el principio mayoritario y el minoritario, genéricamente comprensivo del principio proporcional. Han aparecido, así, sistemas mixtos que tratan de armonizar el principio mayoritario y la representación proporcional. En el fondo, hay un condicionamiento político a las contingencias históricas. En teoría, nada más equitativo y racional que el principio proporcional como base del sistema de elecciones, asegurando a todos los electores igual derecho a la representación. El principio mayoritario mantiene su imperio cuando se trata del poder de decisión. La representación, en cambio, debe dar en escala reducida, la imagen del cuerpo electoral. En la práctica, ninguno de los dos principios, de por sí, constituyen garantía de buen gobierno. Esto depende de otros factores que no son, precisamente, de orden técnico. La adopción de uno u otro principio, y de su instrumentación funcional a través de los sistemas electorales, es tributaria de circunstancias históricas concretas. El fracaso del bipartidismo, la existencia de múltiples partidos, la crisis de dirigencia, la necesidad de una nueva estructura sin el sacrificio electoral de las minorías, pueden hacer valiosa por su eficacia la implantación del principio de proporcionalidad, como solución política a la heterogeneidad de los intereses y a la diversificación de las fuerzas. Pero siempre teniendo en cuenta la necesidad de unidad en el poder de decisión. La estructura y los factores económicos no son ajenos al proceso. Se presentan como una variante más en el condicionamiento de la realidad política.

De acuerdo con lo expuesto, los sistemas electorales pueden clasificarse:

- A) Sistemas mayoritarios.
- B) Sistemas minoritarios (empíricos y proporcionales), y
- C) Sistemas mixtos.

A. *Sistemas mayoritarios*: Por aplicación del principio mayoritario, estos sistemas parten de la base de que la representación corresponde al candidato, grupo o partido que obtiene mayor cantidad de votos. La mayoría puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando

d) *Del mínimo electoral*: Consiste en establecer un determinado mínimo electoral permitiendo que un candidato que se ha presentado en varias circunscripciones uninominales pueda sumar los votos obtenidos en cada una de ellas con miras a cubrir el mínimo fijado para ser electo. El fascista Moler, en Inglaterra, fue quien lo propuso con el fin de tratar de conseguir un escaño en los Comunes.

e) *De la simple pluralidad*: Este método fue propuesto en 1851 por el ilustre periodista francés Emilio Girardin y se basa en lo siguiente: 1) se hace del país en que se aplique una sola circunscripción electoral; 2) cada elector vota por un candidato, cualquiera sea el número de representantes a elegir; 3) con los votos emitidos por todos los electores se verifica un solo escrutinio general y se proclaman electos los candidatos que hayan obtenido mayoría relativa de sufragios⁽¹²⁾. El propósito del sistema es que, mayorías y minorías, exactamente adicionadas, se encuentren fielmente representadas. A juicio de Girardin, la representación debía ser la imagen perfecta de la comunidad política, y hasta cierto punto, el mapa político del país reducido según una escala cuyos grados se calculen por el número de representantes que deban ser elegidos. Pero el procedimiento ideado, lejos de lograr esa imagen en escala reducida de la comunidad política, venía a deformar a tal punto la representación, entre otras causas porque la mayoría acumulaba sus votos sobre un pequeño número de candidatos que Emilio Boutmy propuso la modificación del sistema, sobre la base de que cada representante tenga un número de votos parlamentario proporcional al número de sufragios que hubiera obtenido. Como lo señala Giménez de Aréchaga, esta modificación del sistema de Girardin se ha denominado *sistema de la pluralidad de votos parlamentarios*⁽¹³⁾ resultando inconciliable con los principios fundamentales del régimen representativo. De ahí que necesariamente deba concluirse que si defectuoso e imperfecto es el sistema de la simple pluralidad, peor es su enmienda fundada en la pluralidad de votos parlamentarios. La simple pluralidad surgida como instrumento destinado a garantizar el derecho de las minorías a estar fielmente representadas, no obstante sus defectos e imperfecciones, está orientada a la representación proporcional.

2. *Sistemas minoritarios racionales*: Son llamados también métodos proporcionales, orgánicos o matemáticos. Entre ellos se encuen-

tran el del voto proporcional de Hare, el sistema de los coeficientes de preferencia y el sistema D'Hondt.

a) *Del voto proporcional*: Este procedimiento, propuesto por Hare en Inglaterra en 1857, toma como base el cociente electoral. El método es el siguiente: a) del país en que se aplique se hace una sola circunscripción electoral; b) el elector forma una lista de tantos candidatos como representantes se eligen; c) con los votos emitidos por todos los electores se verifica el escrutinio general, computándose cada lista depositada por los electores como un voto y a favor de un solo candidato; d) el total de votos válidos emitidos se divide por el número de representantes a elegir, dando por resultado el *cociente electoral*, es decir, el número de votos que necesita un candidato para ser electo; e) sobre la base de "que cada ciudadano sólo debe concurrir a la elección de un solo candidato, se suman los votos obtenidos por los candidatos que figuran en primera línea en las listas, y cuando alguno de ellos consigue el cociente electoral se lo declara electo, inutilizándose para los subsiguientes operaciones del escrutinio las listas que han servido para su elección"⁽¹⁴⁾.

Lo valioso del sistema propuesto por Hare reside en la noción del cociente electoral, que aplicado convenientemente proporciona, como veremos en seguida, un principio racional a la representación proporcional. En su aplicación práctica, el sistema se muestra defectuoso. Es imposible que cada elector pueda estar en condiciones de confecionar listas tan numerosas de candidatos. La elección queda subordinada al orden de las listas y no a la voluntad del elector. Conduce a la dispersión de los votos con la posibilidad de no poder lograr, en muchos casos, la elección de todos los candidatos requeridos.

A su respecto, Aubry-Vitet decía que la condición teórica requerida para que la libre acción de los electores y las minorías se acerque a la perfección ideal, consiste en la supresión de las circunscripciones y la unidad del cuerpo electoral o colegio electoral, siendo el primero en reconocer semejante concepción como irrealizable. ¿A qué elector en el mundo podría seriamente pedírselle una lista de 500 nombres por orden de preferencia? Como las listas estarían siempre incompletas, el sistema Hare produciría un déficit considerable en la representación⁽¹⁵⁾. Sin embargo, es necesario señalar que el panorama ha cambiado. Hoy son los partidos políticos quienes reclaman o requieren representación en proporción a su fuerza electoral.

(12) Justino Giménez de Aréchaga, *La libertad política*, ed. La Librería Nacional, Montevideo, 1884, pág. 168.

(13) Justino Giménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 172.

(14) Justino Giménez de Aréchaga, *op. cit.*, pág. 180.

(15) Aubry-Vitet, *Le suffrage universel dans l'avenir*, Revue de Deux Mondes, 15 de mayo de 1870, págs. 338 y ss.

reglamentaciones legislativas. Y esto no sólo porque debilita la influencia electoral de los partidos y atenúa la dependencia de los representantes respecto de los comités ejecutivos partidarios sino por su función educativa, pues obliga a los electores a interesarse por la política, a actuar activamente. De cualquier modo, al conspirar contra el sistema de lista defendido por los partidos, su implantación no parece progresista y las posibilidades políticas, por lo menos en la República Argentina oscilan entre el sistema Grey o de voto limitado, para quienes propician los sistemas minoritarios empíricos; y el del cociente proporcional integral, para quienes propician la representación proporcional integral.

C. *Sistemas mixtos*: Son aquellos métodos o procedimientos electorales que tratan de armonizar la representación proporcional con el principio mayoritario y tienen aplicación, respectivamente, en Francia, Alemania o Italia. Estos tres grandes países europeos, que en conjunto suman una población de 140 millones de habitantes, procuran dar solución a los complejos problemas técnicos electorales, referidos, en particular, a la forma de hacer desaparecer a las fuerzas cuyo objetivo declarado es destruir desde adentro a la democracia. Estos sistemas, por otra parte, no son meros artificios de ingeniería electoral, sino productos de "largas negociaciones políticas" y se fundan en el sistema de listas, método tradicional en el continente europeo.

En general se dividen en plurinominales y en uninominales.

a) *Sistemas mixtos plurinominales*: Consisten en conferir a las mayorías una representación superior a la que resultaría de la aplicación del sistema proporcional integral. Admiten las alianzas o coaliciones partidarias y conceden premios o primas, es decir, mayor representación, a la alianza que triunfe en escala nacional, o bien a la que triunfe en las circunscripciones. Este método se sigue en Francia y en Italia, con múltiples variantes. Pero mientras en Francia predomina el sistema de premios a las mayorías de la circunscripción combinando la media mayor con el mayor residuo, en Italia predomina el sistema de premios a las mayorías nacionales.

b) *Sistemas mixtos uninominales*: El procedimiento seguido en Alemania se realiza de este modo: 1) se divide al país en circunscripciones uninominales destinadas a elegir la mitad de los representantes por el sistema de mayoría relativa; 2) la otra mitad de los representantes se asignan a las listas presentadas por los partidos proporcionalmente al número de sufragios que cada una de ellas hubiera obtenido; 3) por consiguiente, el elector tiene dos votos: uno para la elec-

ción en el colegio uninominal y otro para la elección por el sistema proporcional, si bien la elección es única y simultánea y el escrutinio se hace por lista. En efecto, "conocidos los puestos que corresponden a cada lista, se deducen los conseguidos en los colegios uninominales, y el resto indica los que deben cubrirse" (18).

La crítica que se formula a los sistemas mixtos, además de su complicación y en algunos casos su lentitud, es la de servir de instrumentos para "mantener en el Poder al régimen constituido". Esencialmente en el problema ético de si son válidos procedimientos no democráticos para defender la democracia, es decir, si el fin justifica los medios. Claro está que la democracia no puede autodestruirse. Pero entendemos que el sacrificio de los principios implica la adopción, por vía oblicua o clandestina, de los mismos métodos de quienes se trata de combatir y que en definitiva, y no por afán perfectionista sino por convicción, debemos tener fe en que sólo la democracia salvará a la democracia.

(18) Jorge Xifra Heras, *Curso*, op. cit., pág. 468.

SISTEMAS ELECTORALES Y DE REPRESENTACIÓN

1) La democracia representativa como sistema de partidos:

- 1) La democracia representativa se ha convertido en un sistema de partidos. Esto confiere un poder enorme a los dirigentes de los partidos.
- 2) Los partidos han contribuido al desarrollo de la democracia: a) la proporcionan una organización básica; b) encuadran la vida política, y c) condensan la multiplicidad de los pensamientos individuales en torno a algunas ideas fundamentales.
- 3) Pero los gobiernos de partidos sólidamente organizados desplazan el centro del poder efectivo al seno de los comités ejecutivos, convirtiendo a los representantes en "portavoces" de sus instrucciones, con lo que transforman a la democracia en partidocracia.
- 4) De ahí la necesidad de su encuadramiento mediante estatutos que regulan su existencia y autoridad y dan intervención al elector en la preselección de candidatos mediante alguna forma de primarias abiertas. Además, parece indispensable aumentar el poder de representación y el poder de decisión del pueblo a través del sufragio.

S. Núñez

Conceptos:

2) Los sistemas electorales: principios mayoritarios y de proporcionalidad:

El principio mayoritario:

- 1) Se llaman sistemas electorales a los distintos métodos utilizados para el cómputo de los votos y la elección de los candidatos.
- 2) El pueblo, entendido como comunidad política, desde el punto de vista del poder de representación, se reduce al conjunto de electores o cuerpo electoral.
- 3) El fundamento del principio mayoritario es el de su aproximación a la idea originaria del consentimiento unánime para la formación de la organización estatal. El orden democrático se basa en el acatamiento a la resolución de la mayoría. El principio se muestra como inherente al poder de decisión, pero, ¿rige también el poder de representación? ¿No tiene cada elector igual derecho a ser representado?
- 4) Quienes sostienen que el principio de mayoría debe ser la base de las elecciones lo consideran: a) el único democrático; b) proporcionar estabilidad a la acción gubernativa.
- 5) Se le atribuye el defecto de alentar el bipartidismo y provocar el fenómeno de la opción y la polarización. Ser poco sensible a las nuevas corrientes de opinión y sacrificar a las minorías.

El principio de proporcionalidad:

2) Los sistemas electorales: principios mayoritarios y de proporcionalidad:

Clasificación

- 1) Se basa en el principio de que cada elector tiene igual derecho a ser representado. "Una mayoría de electores deberá tener siempre una mayoría de representantes; pero una minoría de electores deberá tener siempre una minoría de representantes" (Stuart Mill).
 - 2) Quienes sostienen el principio de la proporcionalidad distinguen entre poder de decisión y poder de representación. Al primero corresponde el principio de la mayoría; al segundo el de la proporcionalidad. La democracia es el gobierno del pueblo por todo el pueblo igualmente representado y no el gobierno de todo el pueblo por una simple mayoría del pueblo exclusivamente representado. En las elecciones no se forma la voluntad del Estado sino se trata de reproducir la imagen de los grupos políticos en que se divide el pueblo, para que después, en las asambleas, se forme una voluntad, momento en que recién se aplica el principio de mayoría.
 - 3) Se le atribuye el defecto de multiplicar o cuando menos mantener el pluripartidismo. Ser muy sensible a la aparición de nuevas corrientes y provocar la inestabilidad y la debilidad de la acción gubernativa. Obliga a la coalición entre intereses contradictorios y hace incoherente la actividad del gobierno. Como virtudes se le reconoce el mérito de expresar lo más exactamente posible, la voluntad de la Nación, liberando a la mitad menos uno del electorado de la muerte política. Producir auténticas síntesis de opinión y voluntad popular y atenuar la gravitación de las maquinarias electorales propias del sistema mayoritario, facilitando la representación de los intereses. No impide, por último, que un partido conquiste la mayoría.
- 1) Los sistemas electorales se clasifican:
 - A) Sistemas mayoritarios;
 - B) Sistemas minoritarios;
 - C) Sistemas mixtos.

A) Sistemas mayoritarios:

- al candidato, grupo o partido que obtiene mayor cantidad de votos.
- 2) La mayoría puede ser: a) *absoluta*, cuando requiere la mitad más uno de los votos válidos emitidos; b) *relativa* o *simple*, cuando se forma con la cifra mayor obtenida por el candidato, grupo o partido. Es la minoría más numerosa, o en otros términos, la primera minoría.
- a') *Sistema de mayoría absoluta: el "ballotage"*: Gana el candidato o partido que obtiene la mitad más uno de los votos válidos. Da origen al "ballotage", es decir, a repetir las elecciones hasta que se obtenga la mayoría absoluta.
- b') *Sistemas de mayoría relativa*: Atenúan la rigidez de la mayoría absoluta. Quien obtiene la simple mayoría gana la elección. Pueden ser uninominales e plurinominales.
- a) *Uninominal*: Se reduce la elección a la de un representante por circunscripción siendo elegido el candidato más votado. Es el clásico sistema inglés, por circunscripciones, uninominal de una sola vuelta, mayoritario simple. Se le asigna la ventaja de ser el único que orienta la vida política hacia el bipartismo. Se le atribuye la desventaja de producir resultados electorales arbitrarios tanto en el orden de las circunscripciones como en el ámbito de las elecciones generales, convirtiendo a las elecciones en un juego de azar.
- b) *Uninominal de doble vuelta*: Si en la primera elección ningún candidato obtuvo la mayoría absoluta de los votos válidos, se procede a una segunda elección limitada a los dos candidatos que obtuvieron los primeros lugares, resultando elegido el candidato que obtenga simple mayoría. Este sistema aplicado en Francia durante la cuarta República permite la existencia de múltiples partidos.
- c) *Plurinominal, de lista plural o completa*: El elector vota por una lista de candidatos y la que obtiene simple mayoría de votos se adjudica la totalidad de las representaciones.

B) Sistemas minoritarios:

- 1) Reconocen participación a las minorías en el ejercicio del poder en el Estado. Se clasifican en *empíricos* (fundados en consideraciones prácticas) y *racionales* (fundados en técnicas de proporcionalidad matemáticas).
- 2) *Sistemas minoritarios empíricos*: Se les denomina primarios o rudimentarios. Son simples correctivos del sistema mayoritario. Comprenden el sistema del voto limitado o lista incompleta (Grey); el del voto acumulativo (Marshall); el del voto gradual y el sistema del mínimo electoral.
- a) *Voto limitado, de lista incompleta o de Grey*: Consiste en la distribución de los candidatos entre mayoría y minorías con anterioridad a la elección, de modo de asegurar, sin proporcionalidad, representación a la minoría. Es el sistema de la ley Saenz Peña, conocido también como sistema de los tercios porque asigna 2/3 de la representación a la mayoría y el 1/3 restante a la primera minoría. Es un método arbitrario, que desconoce poder de representación a todas las minorías.
- b) *Voto acumulativo*: El elector dispone de tantos votos como representantes se elijan, pudiendo dar sus votos a un solo candidato, distribuirlos entre dos o más, o simplemente dar un voto a cada candidato, resultando electos aquellos que hayan obtenido simple mayoría.
- c) *Voto gradual*: El elector gradúa su voto en orden a su preferencia por determinados candidatos. Se aplica a las elecciones por listas y según la colocación dada por el elector a los candidatos, el primero de la lista recibe un voto, el segundo medio voto, el tercero un tercio y así sucesivamente.
- d) *De la simple pluralidad de sufragio*: Fue propuesto en 1851 por el periodista francés Emilio Gardin. Se basa en lo siguiente: 1) se hace del país en que se aplique una sola circunscripción electoral; 2) cada elector vota por un candidato, cualquiera sea el número de representantes a elegir; 3) con los votos emitidos por todos los electores se verifica un solo escrutinio general y se proclaman electos los candidatos que hayan obtenido mayoría relativa de sufragios. El propósito del sistema es que mayoría y minoría, eventualmente adicionales, se encuentren fácilmente representadas.

B) Sistemas minoritarios.

2) *Sistemas minoritarios racionales:* Se los conoce como métodos proporcionales orgánicos o matemáticos. Entre ellos se encuentran: el sistema Hare o del voto proporcional; el sistema Hagenbach o del cociente electoral y sus sistemas complementarios del mayor residuo, del divisor común (sistema D'Hondt), el de la media mayor y el del voto transferible.

a) *Del voto proporcional:* Este método propuesto por Hare en Inglaterra en 1857, consiste en lo siguiente: 1) se hace del país en que se aplique una sola circunscripción electoral; 2) el elector forma una lista de tantos candidatos como representantes se eligen; 3) con todos los votos emitidos se practica el escrutinio general, computando cada lista depositada por los electores como un voto y a favor de un solo candidato; 4) el total de votos emitidos se divide por el número de representantes a elegir dando por resultado el *cociente electoral* (número de votos que necesita un candidato para ser electo) y, 5) se suman los votos obtenidos por los candidatos que figuran en primera línea en las listas y cuando alguno de ellos consigue el cociente electoral se lo declara electo, inutilizándose las listas que han servido para su elección para las subsiguientes operaciones.

b) *Del cociente electoral o sistema de Hagenbach:* El procedimiento es el siguiente: 1) cada partido político interviniendo en una elección en que deben elegirse varios representantes en un distrito o circunscripción presenta su lista de candidatos; 2) el elector vota por una de las listas presentadas por los partidos; 3) realizada la votación se procede al escrutinio determinando el *cociente electoral*, que se obtiene dividiendo el número de los votos emitidos por el de los representantes a elegir; 4) a cada lista se le adjudican tantos representantes como el cociente está contenido en el número de votos que haya obtenido en la elección. ¿Qué se hace con los remanentes o residuos cuando quedan sin cubrir un año más representaciones? Para remediar esto se han propuesto varios subsistemas o métodos complementarios.

F) Sistemas minoritarios:

I) *Subsistema del mayor residuo:* Sobre la base del sistema del cociente electoral, atribuye la representación vacante a la lista que haya obtenido la cifra más próxima al cociente electoral. Si hay dos o más vacantes, se procede del mismo modo respecto de las listas que hayan obtenido, sucesivamente, mayores residuos.

II) *Subsistema del divisor común o sistema D'Hondt:* Se basa en la regla formulada por Victor D'Hondt, en 1878: el número de votos obtenido por cada partido se divide por un número que dé cocientes cuya suma sea igual al número de representantes a elegir, y ese divisor será la cifra de repartición. Es decir, se divide el número de votos obtenido por cada partido por la serie 1, 2, 3, 4, etc., hasta el número igual de candidatos a elegir y se obtienen diversos cocientes. El menor de estos cocientes, será utilizado como divisor común, adjudicándose a cada lista tantos representantes como su cifra electoral contenga al divisor común. La clave del método consiste en que la división de varios números por un mismo divisor produce una reducción proporcional que resuelve, práctica y racionalmente, el problema.

Ese mismo divisor es la serie 1, 2, 3, 4, etc.

Ej.: Se eligen 3 representantes; votaron 50.000 electores; el partido A obtuvo 20.000 votos, el partido B 18.000 y el partido C 12.000 votos. La primera operación consiste en dividir los votos de cada partido por 1, 2 y 3 (tres es el número de representantes en este caso). $20.000 \% 1 = 20.000$; $20.000 \% 2 = 10.000$; $20.000 \% 3 = 6.666$; $18.000 \% 1 = 18.000$; $18.000 \% 2 = 9.000$; $18.000 \% 3 = 6.000$; $12.000 \% 1 = 12.000$; $12.000 \% 2 = 6.000$; $12.000 \% 3 = 4.000$. La segunda operación consiste en formar una lista con las mayores cifras:

20.000 (A)

18.000 (B)

12.000 (C)

10.000 (A), etc.

Como hay tres bancas éstos se distribuyen a razón de 1 cada partido en virtud del resultado obtenido.

c) *Del voto transferible:* Es el sistema Andrae. Su mecanismo es el siguiente: 1) se divide el país en que se aplica en circunscripciones pluripersonales; 2) el elector tiene un solo voto cualquiera sea el número de representantes a elegir; 3) el elector emite su voto a favor del candidato de su preferencia, pero expresando también el nombre de otro candidato al que deberá transferirse su voto en caso de que el primero no resulte elegido.

C) Sistemas mixtos:

el principio mayoritario con la representación proporcional. Tiene aplicación respectivamente, en Francia, Italia y Alemania. Son producto de negociaciones políticas y se basan preferentemente en el sistema de listas.

- 2) Se dividen en plurinominales y en uninominales.
- 3) En general, o bien confieren a la mayoría una representación superior a la que resultaría de la aplicación del sistema proporcional integral, mediante primas a la mayoría, como en Italia; o bien eligen la mitad de los representantes por el sistema de mayoría relativa y la otra mitad por el sistema proporcional, como en Alemania.

29

LA DEMOCRACIA POLÍTICA Y EL SUFRAGIO EN NUESTRO PAÍS

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos: los procedimientos electorales anteriores a la organización nacional. 2. Los temas electorales en la Constitución Nacional. 3. La regla de la "simple pluralidad" y la representación proporcional: el problema constitucional. Criterio de Montes de Oca. 4. Las leyes nacionales de elecciones: lista completa y sistema uninominal. 5. La sanción de la Ley Sáenz Peña. 6. Las grandes líneas del histórico debate en la Cámara de Diputados. 6. Las recientes experiencias: a) Ley nº 14.022; b) Implementación del subsistema D'Hondt. El ballotage.

1. La primera elección realizada en el país tuvo lugar entre el 1 y el 3 de abril de 1812. En ella se designaron los ocho electores que, además de nombrar apoderados a las provincias de Salta, Santiago, Tucumán, Catamarca, La Rioja, Santa Fe, Mendoza, San Juan, San Luis y La Banda Oriental, eligieron los 33 diputados por Buenos Aires a la Asamblea Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata. El Reglamento de 19 de febrero de 1812, modificado por decreto del Triunvirato de 9 de mayo de 1812, establecía un sistema de segundo grado, concedía voto activo y pasivo a los vecinos de la campaña y dividía la ciudad, a los efectos electorales, en cuatro secciones. El voto era secreto. Los ciudadanos votaban, en su respectiva sección, por dos electores, y los ocho así designados por mayoría simple, procedían a elegir, de entre una lista de cien ciudadanos, los 33 representantes de la ciudad. A juicio de Aristóbulo del Valle, asoma por primera vez en la ciudad de Buenos Aires, "la intervención del pueblo en los actos electorales, porque aun cuando el decreto sobre juntas provinciales estableció en 1811 el sufragio popular para la designación de sus integrantes, esa disposición nunca se aplicó en la

Capital, y no sabemos que se cumpliera en los pueblos del interior, durante los pocos meses que estuvo en vigencia" (1).

El Segundo Triunvirato, por decreto de 24 de octubre de 1812 disponía que los diputados a la Asamblea general de enero de 1813, debían ser designados en elección de segundo grado y a tal efecto, los vecinos con derecho a voto debían nombrar electores, en número de ocho por cada ciudad. Estos electores, a su vez, debían elegir los diputados, a razón de cuatro la ciudad capital, dos las capitales de provincias y uno cada ciudad de su dependencia, con excepción de Tucumán, a la que se le concedían dos. La representación se confería a las ciudades y no a las provincias, en cuanto distritos electorales. La elección primaria debía efectuarse por mayoría simple. Estas disposiciones en materia electoral sirvieron de base a la elección de los miembros de la Asamblea General de 1813.

El 18 de abril de 1815, el Cabildo, en ejercicio provisional de la función gubernamental, dictó un Bando convocando a los ciudadanos de la ciudad de Buenos Aires a elegir nuevo director del Estado y una junta de observación. Dividida la ciudad en cuatro circunscripciones, los ciudadanos elegían, en cada circunscripción, por voto secreto y mayoría simple, tres electores. Los doce electores designados en la elección primaria debían organizar el gobierno provisional, designar el director supremo y en unión con el Cabildo, nombrar los miembros de la junta de observación. Esta junta dictó el Reglamento Provisional para la dirección y administración del Estado, el 5 de mayo de 1815, reconociendo como ciudadano a todo hombre libre que hubiera nacido y residiera en el territorio del Estado. El ciudadano era "miembro de la soberanía del pueblo" y por tanto, titular activo y pasivo del derecho de sufragio. La sección quinta del Reglamento Provisional determina para la elección de diputados de las provincias para el Congreso General y de los Cabildos seculares de las villas y ciudades, un sistema de segundo grado. En cada una de las provincias los ciudadanos votaban por un elector por cada 5.000 habitantes y los electores reunidos en colegios electorales, procedían a elegir diputados en proporción de uno por cada 15.000 habitantes. La elección primaria era por mayoría simple. Por este sistema Buenos Aires eligió los 23 electores que a su vez designaron los diputados que la representaron en el Congreso de Tucumán, instalado el 24 de mayo de 1816, histórica asamblea que el 9 de julio de 1816 proclamó la independencia de

las Provincias Unidas del Río de la Plata, investidas del carácter de una Nación libre e independiente que ha asumido desde entonces y para siempre, de hecho y de derecho, el amplio y pleno poder de decidir sobre su vida y su destino.

Hasta esa fecha, con la sola excepción de lo dispuesto por el estatuto de 1815, los distritos electorales no estaban constituidos por las provincias sino por las ciudades "cabeza de partido o departamento" que entraban en su jurisdicción. El Congreso de 1816, que sancionó la Constitución de 1819, luego de discutir sobre la conveniencia de mantener el sistema de representación para las ciudades y villas o bien modificarlo sustituyéndolo por el de la representación a las provincias, mantuvo en la Constitución la representación por ciudades, sobre la base de un diputado por cada 26.000 habitantes o fracción mayor de 17.000, reservando al Congreso la tarea de establecer el sistema que considere conveniente o necesario.

El 11 de agosto de 1821, la Junta de Representantes, "organizada en Buenos Aires en plena anarquía durante el año 1820" (2), bajo la inspiración de Bernardino Rivadavia, sancionó una ley electoral, promulgada por el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Martín Rodríguez, el 14 de ese mismo mes. Esta ley, que establecía el sufragio universal por primera vez en la América del Sur, ha sido considerada por Linares Quintana como "un jalón trascendental en la historia de las instituciones políticas, no ya solamente en la América hispana sino en el mundo entero, como que comporta uno de los primeros ensayos del sufragio universal en cualquier país del orbe" (3). En efecto, reconocía hábil para elegir a todo hombre libre, natural del país y avecindado en él, desde la edad de veinte años, estableciendo como condiciones para ser elegido representante ser ciudadano, mayor de 25 años y poseer alguna propiedad inmueble. La elección era directa, dividiéndose la ciudad en ocho parroquias (Catedral, Colegio, San Nicolás, Socorro, Piedad, Monserrat, Concepción y San Telmo), siendo el voto verbal, dado por el mismo sufragante. Como la ciudad elegía doce representantes en cada parroquia se votaría por los doce, proclamándose electos, luego de escrutarse el resultado total de la elección, a los que obtuvieran la mayoría simple de sufragios. En cuanto a la campaña elegiría once representantes por las mismas jurisdicciones en que estaban nombrados los representantes existentes enton-

(1) Aristóbulo del Valle, *Derecho Constitucional*, Ed. Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1952, pág. 123.

(2) Aristóbulo del Valle, *op. cit.*, pág. 229.

(3) Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, *op. cit.*, pág. 120.

los alcaldes presidir los comicios en sus respectivas jurisdicciones, hacer la apertura del acto electoral y recibir juramento de los escrutadores. Este sistema electoral, de mayoría relativa, sufragio universal y elección directa, permitió a la oposición participar en las elecciones y obtener parte de la representación. Se aplicó en Buenos Aires para la elección de los diputados al Congreso General, convocado por ley de la Junta de Representantes de 27 de febrero de 1824, que tomó por base de la representación de las provincias la establecida en el Reglamento Provisional de 1817 (un diputado por cada 15.000 habitantes), elegidos por elección directa. El Congreso el 18 de enero de 1825 se declaró constituyente y por ley de 21 de noviembre de 1825 redujo la base de representación. Cada 7.500 habitantes elegirían un diputado, conforme a las leyes y prácticas de cada provincia. El 24 de diciembre de 1826 sancionó la Constitución, destinando la sección cuarta al Poder legislativo, compuesto por una Cámara de representantes y otra de Senadores. El sistema adoptado para la elección de diputado era el de mayoría relativa, por elección directa, en proporción de un diputado por cada 15.000 habitantes o una fracción de 8.000. Para ser elegido diputado era necesario tener 25 años de edad y siete años de ciudadanía y contar con capital o profesión, arte u oficio útil. La representación se distribuía del siguiente modo: Buenos Aires 9 (5 por la Capital y 4 por la campaña), Córdoba 6, Catamarca 3, Corrientes 3, Entre Ríos 2, Montevideo 4, Mendoza 2, Misiones 1, La Rioja 3, Salta y Jujuy 3, Santiago del Estero 4, San Juan 2, Santa Fe 1, Tucumán 3, Tarija 2, San Luis 2. En cuanto a los senadores que debían ser dos por la capital y dos por cada una de las provincias debían ser elegidos por colegios electorales compuestos por 11 electores, requiriendo su designación mayoría absoluta de sufragios en los respectivos colegios. En caso de no obtenerse esa mayoría, correspondía al Senado proceder a la elección entre los tres que hubieran sido más votados. En cuanto al presidente de la República, su elección era de segundo grado, mediante colegios electorales compuestos por quince electores en la capital y en cada provincia. Pero el escrutinio lo hacía el Congreso, resultando electo el candidato que hubiera obtenido las dos terceras partes de todos los votos de los electores. Si verificado el escrutinio ninguno de los candidatos hubiera obtenido esa mayoría de dos tercios, el Congreso tenía la facultad de efectuar su designación entre los tres candidatos que hubieran obtenido mayor número de sufragios. Como novedad, la Constitución del año 1826 introducía la institución del referéndum para su aceptación o rechazo.

2. Al término de la tiranía de Rosas, se inicia, el 3 de febrero de

1852, la etapa de la reorganización nacional. El 1º de mayo de 1853 el Congreso General Constituyente sanciona la Constitución Nacional, teniendo por modelo el proyecto de Juan Bautista Alberdi, en su libro "Bases" y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Luego de adoptar como forma de gobierno la república representativa (art. 19), y establecer que el pueblo no deliberaba ni gobernaba, sino por medio de sus representantes (art. 22) determina que la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de diecisésis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo (art. 37). En 1919, el Congreso Nacional, por ley 10.834, fijó la representación en 49.000 habitantes, o fracción que no baje de 16.500; en 1951, por ley 14.033, en 100.000 habitantes o fracción que no baje de 50.000; y el gobierno surgido de la revolución de 1955, por decreto de 15 de noviembre de 1957, estableció como base de la representación la cantidad de 85.000 habitantes o fracción que no baje de 42.500. Esta proporción es la actualmente vigente. Además, la Constitución Nacional establece que para hacer efectiva la elección directa de diputados de la Nación, el Congreso expedirá una ley general (art. 41); que los senadores de cada provincia serán elegidos por sus Legislaturas a pluralidad de sufragios; y dos de la Capital elegidos en la forma prescripta para la elección del presidente de la Nación (art. 46), disponiendo, respecto de la elección de presidente y vicepresidente de la Nación, la elección de segundo grado, por medio de juntas de electores (colegios electorales), nombrados en la Capital y cada una de las provincias por votación directa, en número igual al duplo del total de diputados y senadores que envían al Congreso, con las mismas calidades y bajo las mismas formas prescriptas para la elección de diputados (art. 81).

Reunidos los colegios o juntas electorales en la Capital y en sus provincias respectivas cuatro meses antes que concluya el término el presidente cesante, proceden a elegir presidente y vicepresidente de la Nación por cédulas firmadas, expresando en una la persona por quién votan para presidente, y en otra distinta la que eligen para vicepresidente. Se hacen dos listas de todos los individuos electos para presidente y otras dos de los nombrados para vicepresidente con el número de votos que cada uno de ellos hubiese obtenido. Estas listas, firmadas por los electores, se remiten cerradas y selladas, dos de ellas

(una de cada clase) al presidente de la legislatura provincial y en la Capital al intendente municipal, y las otras dos al presidente del Senado. Este, reunidas todas las listas, las abrirá en presencia de ambas Cámaras, procediéndose inmediatamente a hacer el escrutinio y a anunciar el número de sufragios que resulte en favor de cada candidato para la Presidencia y Vicepresidencia de la Nación. Los que resulten en ambos casos la mayoría absoluta de todos los votos, serán proclamados inmediatamente presidente y vicepresidente (art. 81 y 82). En el caso de dividirse la votación y no hubiere mayoría absoluta, elegirá el Congreso entre las dos personas que hubiesen obtenido mayor número de votos (art. 83). Esta elección se hará por mayoría absoluta de sufragios y por votación nominal. En caso de empate, se repetirá la votación, y si resultare un nuevo empate, decidirá el presidente del Senado. No podrá hacerse el escrutinio ni la rectificación de estas elecciones sin que estén presentes las tres cuartas partes del total de los miembros del Congreso (art. 84). La elección del presidente y vicepresidente de la Nación debe quedar concluida en una sola sesión del Congreso, publicándose en seguida el resultado de ésta y las actas electorales por la prensa (art. 85). Por último, respecto de los gobiernos de provincia, la Constitución dispone se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

Del conjunto de disposiciones constitucionales resulta que únicamente los diputados al Congreso, los electores de presidente y los electores de senadores por la Capital Federal, son elegidos directamente por el pueblo. Referida la elección de electores a la de diputados, éstos, conforme lo dispuesto por el art. 37 de la Constitución Nacional, son elegidos en elecciones directas, a simple pluralidad de sufragios, es decir, que se excluye el requisito de mayoría absoluta, dividiéndose el Estado en 23 distritos electorales, toda vez que la Capital Federal y cada una de las provincias constituyen distritos electorales de un solo Estado, eligiéndose un diputado por cada 85.000 habitantes o fracción que no baje de 42.500. No obstante la división territorial en distritos electorales, los diputados representan al pueblo del Estado. El sistema de mayoría relativa rige cuando la elección se limita a la designación de un solo diputado en un distrito electoral. Cuando la elección comprende la designación de más de un diputado, la ley debe fijar el sistema electoral, es decir, la técnica o procedimiento que, conforme a los principios constitucionales, teniendo en cuenta la base de proporcionalidad señalada, asegure justicia en la representación. En nuestro

país, la universalidad, la igualdad, la obligatoriedad y el secreto son las bases jurídicas del sufragio. Son electores los ciudadanos de uno y otro sexo mayores de 18 años que están inscriptos en el Registro electoral y por tanto no se encuentren privados de su voto, reuniendo las condiciones mínimas exigibles de inteligencia, independencia y dignidad. El Registro Electoral de la República comprende, estimativamente, al 50 % de la población, y el título habilitante para votar es la Libreta Cívica.

3. Distintos autores han sostenido la imposibilidad de la adopción de la representación proporcional en virtud de lo dispuesto por el art. 37 de la Constitución Nacional que alude a la "simple pluralidad de sufragios". A su juicio, toda tentativa para armonizar este sistema con la prescripción constitucional, en el orden nacional, resultaría infructuosa, toda vez que "simple pluralidad quiere decir mayoría relativa de votos de un candidato sobre otro, cualesquiera sean las listas en que figuren" (4). Juan A. González Calderón interpreta que el sentido natural, lógico, jurídico e histórico de la regla de la simple pluralidad de sufragios es el de que todos los candidatos que hubieran obtenido más votos que otros sean quienes consigan la representación. Funda su criterio en que la misma regla está enunciada en el art. 48 de la Constitución para la elección de los senadores de las provincias por sus respectivas legislaturas, cuando dice que éstos serán elegidos "a pluralidad de sufragios" y que el calificativo "simple" contenido en la disposición del art. 37 no puede tener otro sentido que el de mayoría relativa, esto es, que la mayoría numérica individual debe vencer a la minoría. No obstante, una de las más brillantes figuras del Congreso General Constituyente de 1853, José Benjamín Gorostiza, en el seno de la Convención Constituyente de Buenos Aires (año 1870/73), dejó claramente establecido que era un gravísimo error afirmar que el principio de la mayoría era la base del régimen republicano y por consiguiente el sistema de la Constitución. Y con palabras de una estremecida actualidad dijo: "El derecho de decisión es enteramente distinto del derecho de representación. El derecho de decisión corresponde a la mayoría y es una de las más altas prerrogativas de la soberanía popular; pero el derecho de representación corresponde tanto a la minoría como a la mayoría en proporción a la fuerza numérica de sus adictos. Como los que representan la opinión de la minoría forman parte también del pueblo y tienen derecho a

(4) Juan A. González Calderón, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1943, pág. 500.

ante su aproximación al poder legislativo, claro es que la minoría discutirá allí con la mayoría y que será ley la que ésta decida y sancione. De suerte que cuando se propone la regla de la proporcionalidad de la representación como un principio justo, como un principio equitativo, como un remedio también a los males que la elección popular trae, por las luchas que tienen lugar entre la mayoría y la minoría y por los fraudes y violencias que producen, no se trata en manera alguna de violar el principio según el cual la decisión corresponde a la mayoría". Y luego de afirmar que "el derecho de representación corresponde a todas las fracciones en que se divide la opinión pública", sostendrá que éste no era un principio nuevo ni una revelación, sino un principio equitativo y justo. En la misma Convención, Gorostiaga ratifica su pensamiento de que el principio de mayoría es una necesidad material para el poder de decisión. "El derecho de decisión —expresa— no puede existir fuera de la mayoría, pero no sucede así con el derecho de representación. Todo ciudadano tiene un derecho igual al de las demás para ser representado. Y este derecho inatacable en su esencia, no tiene otro límite en sus efectos que el de ser procedido por un grupo suficiente de voluntades. Si cada ciudadano tiene un derecho igual, su voto tiene por sí un valor igual al del voto de los demás, y ese voto es una parte de representación o, si me es permitida esta palabra, es una fracción de representante. Lo único que se necesita para que esta fracción o para que este voto pueda ser efectivo en la práctica, es que otras fracciones u otros votos semejantes complementándose entre sí, constituyan una unidad. Cuando esta unidad está constituida, todas las fracciones, todos los votos opuestos, por numerosos que sean, no pueden prevalecer sobre ella, no pueden influir sobre su existencia y mucho menos aniquilarla. Tenemos, pues, que el derecho de decisión es un derecho colectivo, impersonal, que tiene su razón de ser en una necesidad de hecho y que por la fuerza misma de las cosas reside exclusivamente en la mayoría, mientras que el derecho de representación es un derecho individual, personal, existente por sí mismo en todo ciudadano." (5)

Manuel Augusto Montes de Oca, el 24 de noviembre de 1911, en ocasión del debate de la ley Sáenz Peña, sostuvo que la frase simple pluralidad de sufragios, a la luz de los antecedentes de la República, no tiene otro alcance que "dar facilidades a los Congresos e imponerles que no conviertan en un recaudo *sine qua non* la exigencia de

(5) Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, 1870/1873; t. I, págs. 112/114 y 210/212.

la mayoría absoluta" (6). Después de señalar que es necesario que adquiramos el convencimiento de que el sufragio será siempre una verdad relativa, porque se amasa con pasiones humanas, con intereses y ambiciones, hace esta confesión conmovedora: "Impresionado por la frase del artículo 37, según la cual los diputados se eligen a simple pluralidad de sufragios, yo desde la cátedra he enseñado a mis alumnos que no cabía dentro de la Constitución otro sistema que el de la lista completa, tal cual se practica en la actualidad. Posteriormente, cuando la comisión de negocios constitucionales preparaba su despacho, tuve el honor de ser invitado a su deliberación. Manifesté allí estas mismas ideas. Pero declaré en el seno de la comisión que iba a estudiar la cuestión del punto de vista constitucional, y que según fueran las convicciones constitucionales que adquiera, así sería mi voto en esta Cámara". "El art. 37 de la Constitución establece tres reglas primordiales de sistema electoral. Primera: la representación directa. Segunda: la división de la República en distritos. Tercera: la elección a simple pluralidad de sufragios. Es evidente, en mi concepto, que todos los sistemas electorales que hoy debaten su primacía en el mundo de la ciencia caben dentro del recaudo constitucional, según el cual, la República debe elegir directamente los diputados. Casi todos esos sistemas caben también dentro del otro recaudo constitucional, según el cual la República se ha de dividir en tantos distritos electorales como provincias existen y, además, la capital. El punto a averiguar es si esos regímenes caben dentro de la frase, según la cual los diputados se eligen a simple pluralidad de sufragios. En mi concepto, no tengo la menor duda en contestar en sentido afirmativo." Montes de Oca a continuación examina cuidadosamente los antecedentes de esa frase encerrada en el artículo constitucional. Señala que ni en el texto de la Constitución de los EE.UU., ni en Las Bases de Alberdi ni en los debates de la Convención del 53 existe una palabra que permita establecer el origen y alcance de la misma. Menciona el trabajo de Emile Girardin, como una fuente presunta pero examina cuidadosamente los antecedentes históricos. La Constitución del año 26 contiene la frase *a simple pluralidad de sufragios* en los mismos términos de la Constitución actual. Sostiene que simple pluralidad de sufragios y mayoría relativa son sinónimos y dentro del texto constitucional no tienen otro sentido que las leyes electorales no impongan, en ningún caso, el requisito de la mayoría absoluta. Lo que la Constitución ha querido, dice Montes de Oca, es "que se represente al pueblo y que

(6) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 1911, t. III, págs. 322/331.

al de representante en la forma más equitativa, más igual posible; teniendo en cuenta, si es dado llegar a ese resultado, también la igualdad de los derechos del elector". Y esa equidad, a su juicio, sólo podía lograrse adoptando el sistema proporcional lo que podía hacerse sin retención ni obstáculo constitucional alguno.

Este criterio es compartido por Rodolfo Rivarola, Carlos Sánchez Viamonte, Martín Aberg Cobo y Segundo V. Linares Quintana, quienes consideran "que el único principio del sistema implantado por el art. 37 consiste en impedir que, para la elección de diputados se exija por la ley la mayoría absoluta de los votos" (7). Es decir, que los constituyentes argentinos "establecieron en materia electoral principios lo suficientemente elásticos como para dar cabida a cualesquiera de los sistemas conocidos, y, entre ellos, el de la representación proporcional" (8). Participamos de esta opinión. El examen de los antecedentes, el análisis de los sistemas electorales y la determinación del sentido de la frase *a simple pluralidad de sufragios* permiten afirmar que la representación proporcional no está excluida de la Constitución argentina.

La primera ley nacional de elecciones fue dictada el 16 de noviembre de 1857 y lleva el nº 140. Establece el sistema de mayoría simple de lista plural o completa. El elector votaba por una lista de diputados y la que obtenía simple mayoría de votos se adjudicaba la totalidad de las representaciones. El voto podía emitirse en forma verbal o por escrito. Cada ciudadano votaba por un número igual al de

Carlos Sánchez Viamonte, *Manual*, op. cit., págs. 212/213.

Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, t. VII, op. cit., pág. 83. José Arce, ensayo sobre "La Constitución y el sufragio", publicado en Rev. "Jurisprudencia Argentina", 16 de marzo de 1963, año XXV, nº 1511, luego de considerar que una función pública, especial, creada por la ley, que habilita al ciudadano a concurrir al comicio participando en el nombramiento de representantes nacionales con el propósito de la organización y funcionamiento del país, realiza un importante estudio de los antecedentes legislativos y el examen de las disposiciones constitucionales vinculadas al sufragio, firmando que "el sistema de voto, con voto proporcional, es el único realmente ajustado a la Constitución, resumiendo sus conclusiones, el Dr. Arce estima que en el sistema de sufragio uninominal no se respetan los límites de los distritos electorales fijados por la Constitución ni los diputados representan a la nación; que los sistemas de sufragio simple e incompleta dejan sin representación a una enorme masa de ciudadanos que no representando tampoco los diputados, constitucionalmente, a la nación; que sólo con el sistema de lista con voto proporcional, la elección es compatible a simple pluralidad de sufragios; se respetan los límites de los distritos electorales creados por la Constitución y, lo que es decisivo y fundamental, se cumple la voluntad de todos los ciudadanos-electores que concurren a votar, tiempo que se otorga representación a todas las agrupaciones apreciables que se presentan al comicio".

diputados designados en la convocatoria. El acto duraba tres días y el escrutinio se realizaba en las mesas receptoras de votos. Esta ley, modificada por la ley nº 207 de 1º de julio de 1859, que estableció en el país el sistema de lista completa, y el voto público, no obligatorio, estuvo vigente hasta 1912, con la sola excepción del período comprendido entre 1902 y 1904, lapso durante el cual se aplicó el sistema uninominal por circunscripciones.

La ley nº 75, promulgada el 13 de noviembre de 1862 determinaba cómo debía formarse el registro cívico y realizarse las asambleas electorales. El primer domingo de octubre de cada año, en todo el territorio de la República, tenía lugar la apertura del registro cívico nacional. Estaban excluidos los menores de dieciocho años, los dementes y sordomudos, los eclesiásticos regulares, los soldados, cabos y sargentos de tropa de línea. El acto eleccionario se redujo a un solo día y las asambleas debían hacerse en el atrio de las iglesias parroquiales o en los portales del juzgado territorial superior. El elector recibía una boleta que lo acreditaba como tal y desde ese momento estaba en condiciones de emitir su voto en forma pública y no obligatoria, según el sistema de la lista completa. El 5 de octubre de 1866 fue modificada por la ley nº 209.

El 19 de setiembre de 1873 se sancionó la ley nº 623 dejando sin efecto el registro cívico anterior y disponiendo la apertura de uno nuevo, a efectuarse el primer domingo de 1873. Excluía del registro cívico a los menores de 17 años. Los ciudadanos, a partir de esa edad, tenían la calidad de electores. En su estructura general, la ley guarda semejanza con la ley nº 75 en el sistema de incapacidades, las juntas de calificación encargadas de la formación del registro y el mecanismo de los actos electorales. Esta ley fue modificada sucesivamente por las leyes nº 893 de 16 de octubre de 1877, nº 1012 de 12 de octubre de 1879 y nº 1024 de 22 de julio de 1880.

El 29 de diciembre de 1902 se sancionó la ley nº 4161 que estableció el sistema minoritario uninominal por circunscripciones, derogando las leyes electorales anteriores. Restableció la edad de 18 años para adquirir la condición de elector nacional, no considerando electores a los menores de dieciocho años, los dementes declarados en juicio, los sordomudos que no supieran darse a entender por escrito, los eclesiásticos regulares, los dementes y mendigos recluidos en asilos públicos y en general los asilados en hospicios públicos. Tampoco consideraba electores a los soldados, cabos y sargentos de la tropa de línea y agentes o gendarmes de policía. Por razones de indignidad excluía del registro cívico a los condenados por sentencia a pena de presidio

o penitenciaria, los reincidentes y los condenados por delitos contra la propiedad, por cinco años; los quebrados fraudulentos, hasta su rehabilitación; los deudores por defraudación o malversación de caudales públicos, mientras no satisfagan su deuda, entre otros. Sobre la base de que "el derecho de sufragio es individual, y ninguna autoridad, ni persona, ni corporación, ni partido o agrupación política, puede obligar al elector a votar en grupos de cualquier denominación que fuesen", se establecían precauciones y garantías legales a la persona del elector y a la emisión del voto. No podía ser detenido, durante las horas del acto comicial, salvo caso de flagrante delito, ni ser estorbado en su tránsito de su domicilio al lugar de la elección, ni obligado a dar su voto por otro candidato que el de su preferencia, pudiendo reclamar ante el juez competente de todo acto contra su libertad, seguridad e inmunidad individual. La calidad de elector se justificaba mediante una partida o libreta cívica. La Nación, a los efectos de la elección de diputados al Congreso, electores de senadores nacionales por la Capital y electores de presidente y vicepresidente, se dividía en distritos electorales. A la vez, la Capital y cada una de las provincias eran divididas en un número de circunscripciones igual al número de diputados que elegían. Cada circunscripción elegía un diputado nacional; dos electores de presidente y vicepresidente de la Nación y, en conjunto con las circunscripciones del distrito, cuatro electores por el duplo del número de senadores.

El voto era público y cada elector votaba por un solo diputado, o en su caso, por dos electores por la circunscripción y cuatro por el distrito, tratándose de las elecciones de senadores por la capital o de presidente y vicepresidente de la Nación. Tuvo aplicación en 1904, durante la presidencia del general Roca. Este ensayo permitió que llegara al Congreso Nacional el primer diputado socialista de América: el doctor Alfredo L. Palacios.

La ley 4161 fue modificada por las leyes nº 4578 de 24 de julio de 1905 y nº 4719 de 26 de setiembre de 1905 con miras al restablecimiento del sistema de la lista plural o completa. Se dejó sin efecto las circunscripciones uninominales, el elector volvió a votar por un número igual de diputados o de electores calificados al que correspondía al distrito, es decir, en forma plurinominal y se estableció que el elector, al votar, debía presentar su partida cívica y una lista o boleta en papel en blanco, impresa o manuscrita doblada en cuatro, conteniendo el nombre de las personas por quienes votaba. Llegamos así hasta el 27 de julio de 1911, en que se promulgó la ley nº 8130, que derogando toda la legislación anterior sobre formación del registro electoral, dis-

puso la confección de un nuevo padrón electoral sobre la base de los padrones del enrolamiento militar. Estamos en vísperas de la gran reforma de la ley electoral. Ya en 1910, Roque Sáenz Peña, al jurar ante el Congreso Nacional había fijado su propósito: "que las minorías estén representadas y ampliamente garantizadas en la integridad de sus derechos", "...opino que debemos levantar un nuevo padrón electoral, para llamar a la acción a todos los ciudadanos, procurando que todos los partidos fiscalicen la legalidad de la inscripción. El padrón existente lo juzgo legal, pero no satisface a los partidos, ni guarda proporción con la población. Me será grato —concluía diciendo Sáenz Peña—, proponer al honorable Congreso el proyecto que contenga la nueva inscripción y la reforma de la ley electoral". La ley nº 8130 era la concreción de la primera etapa del proceso.

5. El proyecto sobre reforma electoral firmado por el presidente Roque Sáenz Peña y su ministro del Interior, Dr. Indalecio Gómez, tuvo entrada en la sesión del 11 de agosto de 1911 de la Cámara de Diputados de la Nación. En su mensaje, el poder Ejecutivo señalaba que habiendo sancionado el Congreso las leyes de enrolamiento militar y padrón electoral, la Nación tendría dentro de algunos meses un censo electoral completo y cada uno de los ciudadanos inscriptos en él un título cívico auténtico y depurado. Garantizar el sufragio y crear el sufragante, en cuanto propósitos de gobierno, sólo podría concretarse mediante la modificación del sistema electoral. De ahí que se propicie el sistema de la lista incompleta. "Dentro del sistema electoral a pluralidad de sufragios impuesto por la Constitución —dice el mensaje—, el poder Ejecutivo ha creído que cabe a título de ensayo preparatorio de la reforma definitiva, el sistema de lista incompleta que se comprende en el proyecto adjunto." "Opina el poder ejecutivo que por el momento, al menos, el proyecto acompañado garantiza la libertad y la pureza del sufragio, substrayéndolo al influjo de los intereses y pasiones locales, no siempre bien inspirados, que han desnaturizado tantas veces los mejores intentos de reforma. Como quiera que sea, el poder ejecutivo ruega al honorable Congreso no aparte de su consideración que las leyes electorales son solamente la combinación de aquellos medios que en determinado momento pueden ser aconsejados como convenientes y oportunos para asegurar la libertad personal del elector, la emisión consciente del voto y la perfecta verdad del escrutinio, que condensa la voluntad popular. Cada día tiene su tarea y su necesidad. Satisfechos los de hoy, los poderes públicos de la Nación Argentina sabrán también satisfacer los anhelos del mañana bajo la inspiración del más sano patriotismo."

La Cámara de Diputados dispuso que el proyecto y el informe pasaran a estudio de la Comisión de negocios constitucionales. Esta, con algunas modificaciones de forma, lo despachó favorablemente, entrando para su consideración por la Cámara en la sesión del 6 de noviembre de 1911. Informó el despacho de Comisión el diputado Dr. José Fonrouge. Señaló que la Comisión se ha preocupado porque existe un comicio donde el ciudadano pueda ejercitar con verdad y con libertad sus derechos políticos. Que a tal fin ha tomado por base el proyecto del poder ejecutivo, una de cuyas partes más importantes está dada por el voto obligatorio, ya "que terminantemente declara que el sufragio es una obligación del ciudadano". Pero destaca que no existe despacho sobre el sistema electoral en sí, reservándose cada uno de los miembros el derecho a exponer su opinión sobre el procedimiento que entienden más adecuado a la Constitución y a las necesidades del país en el seno de la Cámara. Por su parte Fonrouge sostiene el sistema de la lista incompleta, que a su juicio resulta siempre un sistema de pluralidades; se adjudica a la primera mayoría dos terceras partes y a la segunda mayoría una tercera parte.

Siguió en el uso de la palabra el diputado Marco Aurelio Avellaneda quien se opuso al proyecto considerando que el sistema de lista incompleta o voto limitado, iniciado por el poder Ejecutivo, "no es un sistema, es un mero arbitrio, ideado para dar representación a la minoría, a la minoría, no a las minorías: para darle lo que no le pertenece, lo que no le corresponde, lo que no le da ni la equidad ni la aritmética. Es una limitación que la ley impone a las facultades del votante, para que al no computársele los votos sobre la totalidad de los candidatos de un distrito, pueda dejar un margen, una probabilidad a los candidatos de la primera minoría. Es una concesión que se otorga, no un derecho que se reconoce". "...por este sistema, el voto del ciudadano no es un voto, es menos de un voto, una fracción de voto, es un voto incompleto". Sostiene, en definitiva, que el escrutinio de lista es el único sistema conforme a la Constitución, el único que vigoriza la acción y el poder de las provincias.

A continuación expresó su pensamiento el diputado Horacio C. Varela. En el proyecto en debate entrevé para el futuro el reinado del sufragio libre. Se trata, pues, de un medio transitorio, para llegar más tarde al sistema de representación proporcional o del que se halle más adelantado, cuando se formen los verdaderos partidos con derecho a tener sus fuerzas siempre representadas. Pero ese medio no puede ser adoptado porque la Constitución no ha querido que estén representadas las minorías. El art. 37 de la Constitución lo impide. Se opuso,

pues, al sistema de la lista incompleta y propuso, en substitución, el de circunscripciones uninominales, es decir, el de la ley derogada en 1905.

El ministro del Interior, Dr. Indalecio Gómez, participó del debate en la sesión del 8 de noviembre de 1911 y lo hizo para probar que el sistema de la lista plural o completa, al que el proyecto estaba destinado a substituir, no está revestido por la autoridad de la Constitución, de un carácter de intangibilidad y que, aparte de él, caben otros igualmente conformes con la Constitución. Considera que no es por obra del acaso que figura en el capítulo destinado a la formación de la Cámara de Diputados el mandato constitucional de dictar una ley general de elecciones dado al Congreso. Y no lo es si se tiene en cuenta que de esa ley saldrá su composición. Precisamente, el art. 37, primero del capítulo, consagra reglas sobre la composición de la Cámara estableciendo que ha de estar formada por un número de representantes igual al cociente que resulte de la división de toda la población del país por 33.000; contándose el residuo por una unidad, si fuese superior a 16.500. Esa es la primera regla. La segunda, es que estos representantes procedan de las provincias, las cuales son consideradas como distritos de un solo Estado, a los efectos electorales. La tercera, que el voto sea directo, y la cuarta que ordena que el escrutinio sea a pluralidad de sufragios. Las dos primeras reglas mencionadas no tienen relación alguna con el régimen electoral, en cambio si las que disponen que el voto sea directo y el escrutinio a pluralidad de sufragios. Concurriendo varias agrupaciones y triunfando sólo la que obtiene simple pluralidad, es una minoría la que los obtiene contra otras, que sumadas entre ellas constituyen la mayoría sobre el total de la población. Se ve que son las minorías las que triunfan con la regla de la pluralidad, de donde resulta que a los fines de la representación no es cierto que la Constitución sólo reconozca el derecho de las mayorías. La Constitución no establece ningún sistema electoral. La regla de la pluralidad no importa consagrar el imperio de las mayorías. La representación no es una ficción creada por las leyes. Es una relación de hombres; los ciudadanos, para ser representados, buscan aquellos que están en comunidad de opiniones, en comunidad de sentimientos, en comunidad de intereses, con ellos. Por eso, una representación que concediera tan sólo a una parte de los ciudadanos, es decir, a una minoría relativa, el derecho de representar a las minorías que sienten, piensan y tienen intereses opuestos a ellas, sería contraria a la razón, contraria a la naturaleza. La Constitución ha dado temas, no sistemas electorales.

A continuación hizo de la palabra el diputado Dr. Julio A. Roca quien calificó el discurso del ministro del Interior Dr. Gómez de inatacable respecto del alcance de las prescripciones constitucionales, recurso retórico que le permite a renglón seguido afirmar que carece de sentido su afirmación de que dentro de la Constitución hay cabida a las minorías. A su juicio el imperio del régimen de la mayoría es la expresión primaria del sistema electoral argentino implantado por la Constitución. Pero eso no se logra materializar ni con el sistema de lista completa ni con el de lista incompleta contenido en el proyecto, sino únicamente con el sistema de la circunscripción, con el sistema uninominal. "La representación política es, por definición y por esencia, un mandato." Con dicho sistema se mantiene el principio constitucional de la mayoría relativa y se lo concilia con el principio de la representación.

El diputado Dr. Ramón J. Cárcano habló inmediatamente después admitiendo que el viejo instrumento de la lista completa no podía seguir siendo eje del gobierno representativo. Sostiene que la lista incompleta tiene la eficacia y los prestigios de la decisión, la honestidad y sinceridad de propósitos. "La representación de las minorías está garantizada por la mecánica de la misma ley. La mayoría y la minoría tienen su campo de operaciones distinto y propio, sin invasiones, ni usurpaciones, ni confusiones. La minoría de electores produce la minoría de elegidos, y entonces la representación nacional es la expresión intacta de la soberanía popular. El gobierno es de la mayoría, pero la representación traduce la soberanía, que no es una fracción, sino una integridad. Estos conceptos elementales comprueban que la lista incompleta, sin ser la reforma más perfecta, es la más honesta y profunda que se ha intentado, desde la fundación de la República."

El diputado Dr. Gaspar Ferrer funda su oposición al proyecto en la inconstitucionalidad que le atribuye. Considera que hacer obligatorio el sufragio es violentar la Constitución que en ninguna de sus cláusulas manda a los ciudadanos concurrir a los actos electorales. Y apartarse del sistema de mayoría relativa, exigido por el art. 37 de la Constitución, es también causar violencia a su letra y espíritu. No tiene otra significación que "regalar a una lista vencida la tercera parte de la representación de los sufragios...". La clave de su razonamiento está en el análisis de la elección de presidente y vicepresidente prevista por la Constitución. Todo lo cual le permite concluir afirmando que "la lista incompleta no está comprendida dentro del art. 37 de la Constitución. Ese artículo nos habla de pluralidad de sufragios y no hay más pluralidad de sufragios que la mayoría relativa o la ma-

yoría absoluta. Pero nunca una segunda mayoría o una primera minoría. Porque hacer figurar a esa segunda mayoría como primera minoría, todo lo que se hace es encarecerle a la primera y única, un número de representantes que le correspondía directamente".

El diputado Dr. Lucas Ayarragaray hizo uso de la palabra para expresar su opinión coincidente en absoluto con las ideas del Poder Ejecutivo. Sobre la base de que toda reforma electoral entraña un problema esencialmente político, ve en la reforma el instrumento de una transformación pacífica, que conducirá a la democracia argentina hacia nuevos métodos de lucha y formas superiores de organización, clausurando el sistema político de la violencia y el sistema político del fraude y de la maña, frutos de las prácticas políticas antes que hijos de la legislación.

El diputado Dr. Nicolás A. Calvo, por su parte, sostuvo el sistema de las circunscripciones, considerándolo "un molde mejor para forjar diputados".

El diputado Dr. Julio López Mañán, que intervino luego, sostuvo que la modificación de la ley electoral y el reemplazo de la lista completa por la incompleta era una exigencia de la clase dirigente argentina, ampliada en su poderío económico que "exige una mayor elasticidad del instrumento para estar mejor representada. Entonces, pues, la lista incompleta, señalando un primer paso para salir de la lista completa, está dentro del orden natural, ya que esa es la forma como todos los procesos evolutivos se producen".

El diputado Dr. Manuel Peña se pronunció en favor del proyecto del poder ejecutivo, sosteniendo que el art. 37 de la Constitución es una combinación del art. 10 de la Constitución del año 26 con el art. 61 del proyecto de Alberdi, resultando de su inteligencia su compatibilidad con el sistema de la lista incompleta propuesto por el proyecto en discusión.

Por el proyecto presentado por la minoría de la comisión de negocios constitucionales, que proponía el voto uninominal, se pronunció el diputado Dr. Manuel Carlés y en idéntico sentido el diputado Julio A. Costa. En cambio, Tomás E. Anchorena fundó su voto favorable a la reforma mediante la implantación de la lista incompleta. El Dr. José Miguel Olmedo, por su parte, se inclinó por el sistema de circunscripciones uninominales.

En la sesión de la Cámara de Diputados del 24 de noviembre de 1911 volvió a usar de la palabra el ministro del Interior, doctor Indalecio Gómez, expresando, entre otros conceptos, que el mundo mar-

chaba hacia la representación de las minorías en una proporción aproximada a sus fuerzas reales, que no podíamos tomar un puesto de avanzada en esa marcha, pero que a ese respecto, ningún impedimento surgía de la Constitución. Centrando el problema, no en la abolición del sistema de lista completa, sino entre el de circunscripciones y el de lista incompleta, con diversos argumentos demostró que en nuestro caso, resultaba conveniente adoptar el procedimiento de lista incompleta y no el sistema de las circunscripciones. Luego de escucharse la palabra de los diputados Luis Acote y Augusto Montes de Oca y dar su opinión nuevamente el Dr. Julio A. Roos, el 24 de noviembre de 1911 el proyecto del poder ejecutivo fue aprobado en general por 49 votos contra 32. Su tratamiento en particular concluyó el 20 de diciembre de 1911. Cabe señalar que la Cámara de Diputados rechazó por 344 votos contra 32 el establecimiento del voto obligatorio contenido en el art. 6º del proyecto. Y así pasó para su tratamiento por el Senado quien le dio entrada en su sesión del 26 de diciembre de 1911. Con despacho de la comisión de negocios constitucionales, inició su consideración en la reunión del 30 de enero de 1912, siendo aprobada el 7 de febrero de 1912. Como el Senado aprobó la obligatoriedad del voto e introdujo algunas reformas de detalle al proyecto de ley pasó a la Cámara de Diputados, siendo sancionada el 10 de febrero y promulgada tres días después, el 13 de febrero de 1912, bajo el nº 8871 (⁹). Se incorporó de este modo la Ley Sáenz Peña al mecanismo institucional del país, y con ella el sufragio universal e igual, obligatorio y secreto y el sistema de la lista incompleta.

La ley 8871 ha sido calificada de segunda constitución nacional. En cuanto al presidente Roque Sáenz Peña, ha sido considerado un constructor, que realizó sin esfuerzo aparente, una verdadera revolución incruenta y fecunda. Depositó en manos del pueblo una herramienta útil para el trabajo cívico. Sabía que la democracia es un proceso sin término. Tal vez un reflejo de la conciencia humana. De ahí la incommovible perennidad de su gloria.

6. El 11 de julio de 1951 se dictó en el Congreso peronista la ley 14.032 substituyendo el sistema de la lista incompleta por el de circunscripciones uninominales. La ley, dentro del cuadro de la reali-

(⁹) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, año 1911, t. III, págs. 113 y ss., conf.: Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. VII, págs. 193 y ss. La extraordinaria labor de sistematización realizada por Linares Quintana convierten a este Tratado, como a cualquiera de sus numerosas obras, en una fuente valiosa y necesaria de información sobre los temas.

dad política, teniendo en cuenta su nexo con la legislación de setiembre de 1949 y diciembre de 1953, la división arbitraria de las circunscripciones y los obstáculos a la acción de la oposición, tenía por sentido garantizar los dos tercios de la Cámara de Diputados al Partido Peronista. Teóricamente se volvía a la experiencia del año 1904. Pero aquélla se hizo, aunque fugazmente, para salir de la lista completa, del unicato y la unanimidad. Esta era un anacronismo. Se hacía para retornar a la unanimidad y al unicato. La lista completa tenía esta vez una fisonomía siniestra.

Al término de aquella época, el gobierno surgido de la Revolución Libertadora de 1955 dictó el decreto nº 3838 convocando a elecciones de diputados constituyentes a realizarse el 23 de julio de 1957, por el sistema de representación proporcional, aplicándose a tal efecto el subsistema D'Hondt. Con tal objeto se dispuso que el escrutinio se practicaría por listas; el total de votos de cada lista sería dividido sucesivamente por la serie 1, 2, 3 y 4 y así sucesivamente hasta el total de bancas a llenar. Los resultados obtenidos serían ordenados decrecientemente, cualquiera sea la lista de que provengan, hasta llegar al número de orden correspondiente a la cantidad de bancas a cubrir. La cantidad así obtenida, esto es, que corresponda a ese número de orden, es la cifra repartidora. Tantas veces esa cifra esté contenida en las listas, tantos serán los candidatos elegidos que les correspondan. La experiencia dio resultado positivo. Por primera vez en el país una asamblea constituyente era el reflejo de un estado de opinión, a través del ejercicio del poder de representación. Pero las elecciones generales para constituir las autoridades nacionales y provinciales, del 23 de febrero de 1958 se hicieron bajo el imperio del decreto 15.100/57, que restablecía en lo esencial el sistema de la ley Sáenz Peña en lo referente al procedimiento de la lista incompleta. Esas elecciones llevaron a la presidencia de la República al Dr. Arturo Frondizi. De puesto éste por el golpe militar del 29 de marzo de 1962, las elecciones generales de 7 de julio de 1963 se realizaron según el subsistema de Víctor D'Hondt. Es decir, funcionó nuevamente la representación proporcional. En las elecciones del 11 de marzo y 23 de setiembre de 1973, la elección presidencial, de acuerdo al *Estatuto Fundamental* dictado por el gobierno militar en 1972 y la ley 19.832, se hizo por el sistema de voto directo y mayoría absoluta a doble vuelta (ballotage), usándose el mismo sistema para elegir senadores. La elección de diputados se hizo según el sistema de representación proporcional.

EL SUFRACIO EN NUESTRO PAÍS

1) Antecedentes históricos:

- 1) La primera elección realizada en el país tuvo lugar entre el 1º y el 3 de abril de 1812. Era de segundo grado y en ella se eligieron los 8 electores que a su vez designaron los diputados a la Asamblea Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata. El voto era secreto y el sistema de mayoría simple.
- 2) Los diputados a la Asamblea General del año 13 (decreto del segundo Triunvirato de 24 de octubre de 1812) fueron elegidos en elección de segundo grado y la elección primaria también según el sistema de mayoría simple.
- 3) Los diputados que declararon la independencia en el Congreso de Tucumán fueron elegidos de acuerdo a lo dispuesto en la sección quinta del Reglamento Provisional de 5 de mayo de 1815 en elecciones de segundo grado. En cada una de las provincias los ciudadanos votaban por un elector por cada 5.000 habitantes y los electores reunidos en colegios electorales, procedían a elegir diputados en proporción de uno por cada 15.000 habitantes.
- 4) El 11 de agosto de 1821, la Junta de Representantes, bajo la inspiración de Rivadavia, sancionó la ley electoral estableciendo el sufragio universal por primera vez en América del Sur. El elector debía tener 20 años; el reñueble; la elección era directa y el sistema de mayoría relativa. Se aplicó en Buenos Aires para la elección de los diputados al Congreso General que el 24 de diciembre de 1826 sancionó una constitución que adoptó como sistema para la elección de diputados el de mayoría relativa, por elección directa, en proporción de un diputado por cada 15.000 habitantes o fracción de 8.000. Como novedad, la Constitución del año 1826 establecía un referéndum constitucional.
- 1) Luego de adoptar como forma de gobierno la republicana representativa (art. 1º), y establecer que el pueblo no delegaba ni gobernaba, sino por medio de sus representantes (art. 22), determina que la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la capital, que se consideran a ese fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios.
El número de representantes será de uno por cada 33.500 habitantes o fracción que no baje de 16.500. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo (art. 37). En 1919, el Congreso por ley 10.534, fijó la representación en 49.000 habitantes o fracción que no baje de 16.500; en 1951, por ley 14.038, en 100.000 habitantes o fracción que no baje de 50.000; y el gobierno surgido de la revolución de 1955, por decreto de 15 de noviembre de 1957, estableció como base de la representación la cantidad de 85.000 habitantes o fracción que no baje de 42.500. Esta proporción es la actualmente vigente.

2) Los temas electorales en la Constitución Nacional:

- 2) Del conjunto de disposiciones constitucionales resulta que únicamente los diputados al Congreso, los electores de presidente y vice-presidente y los electores de senadores por la capital federal son elegidos directamente por el pueblo.
- 3) ¿Cómo se eligen los diputados del Congreso? En elecciones directas, a simple pluralidad de sufragios, es decir, que se excluye el requisito de mayoría absoluta, dividiendo el Estado en 23 distritos electorales, toda vez que la Capital Federal y cada una de las provincias constituyen distritos electorales de un solo Estado, eligiéndose un diputado por cada 85.000 habitantes o fracción que no baje de 42.500.
- 4) En nuestro país, la universalidad, la igualdad, la obligatoriedad y el secreto son las bases jurídicas del sufragio. Son electores los ciudadanos de uno y otro sexo mayores de 18 años que están inscriptos en el Registro electoral y por tanto no se encuentran privados de su voto, reuniendo condiciones mínimas de inteligencia, independencia y dignidad. El Registro electoral comprende al 50 % de la población y el título habilitante para votar es la libreta cívica.
- 1) El art. 37 de la Constitución nacional alude a la "simple pluralidad" como regla para la elección de los diputados al Congreso. ¿Cuál es su sentido? ¿Es incompatible con la representación proporcional?
- 2) González Calderón sostiene que simple pluralidad quiere decir la mayoría relativa de un candidato sobre otro, cualesquiera sean las listas en que figuren. La mayoría numérica individual debe vencer a la minoría. Por tanto la representación proporcional no armoniza con el precepto constitucional.
- 3) José Benjamín Gorostiaga, diputado constituyente de 1853, en el seno de la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires (1870/73) afirmó que el derecho de representación correspondía tanto a la minoría como a la mayoría en proporción a la fuerza numérica de sus adictos. Todo ciudadano tiene un derecho igual de los demás a ser representado.
- 4) M. A. Montes de Oca, el 24 de noviembre de 1811, en ocasión del debate de la ley Sáenz Peña sostuvo que a la luz de los antecedentes la frase "simple pluralidad de sufragios" no tiene otro alcance que excluir la exigencia de la mayoría absoluta. A su juicio todos los sistemas electorales, salvo el de mayoría absoluta, caben dentro del recaudo constitucional.
- 5) Rodolfo Rivarola, Carlos Sánchez Viamonte, Martín Cobo y Segundo V. Linares Quintana comparten el criterio de Montes de Oca afirmando que la representación proporcional no está excluida de la Constitución Nacional.
- 1) Ley 140, de 16 de septiembre de 1857, estableció el sistema de mayoría relativa de lista completa y el voto público no obligatorio. Fue modificada por la ley 207, de 1º de julio de 1859, y estuvo vigente, salvo en 1904, hasta 1912.

- 4) *Las leyes nacionales de elección:*
- 2) Ley 4161, de 29 de diciembre de 1902, estableció el sistema minoritario uninominal por circunscripciones. El voto era público y el elector votaba por un solo diputado. Se aplicó en 1904, y este ensayo permitió llegar al Congreso al doctor Alfredo L. Palacios. Fue modificada por las leyes 4578 y 4719 con vistas al restablecimiento de la lista completa.
 - 1) El 27 de julio de 1911 se promulgó la ley 8130 que dispuso la confección de un nuevo padrón electoral sobre la base de los padrones del enrolamiento militar. Fue el paso previo para la gran reforma de la ley electoral.
 - 2) El proyecto de reforma electoral, firmado por el presidente Roque Sáenz Peña y su ministro del Interior, doctor Indalecio Gómez, tuvo entrada en la sesión del 11 de agosto de 1911 de la Cámara de Diputados de la Nación. La Cámara de diputados dispuso que el proyecto y el mensaje pasaran a la Comisión de negocios constitucionales. Esta, con algunas modificaciones de forma, lo despachó favorablemente, entrando para su consideración por la Cámara en la sesión del 8 de noviembre de 1911.
 - 3) El despacho fue informado por el doctor José Fanrouge. Le siguieron en el uso de la palabra Marco Aurelio Avellaneda, en contra del proyecto; Horacio C. Varela, en igual sentido. En las sesiones sucesivas usaron de la palabra el ministro del Interior, doctor Indalecio Gómez, el doctor Julio A. Roca, el doctor Ramón V. Cárcano, el diputado doctor Gaspar Ferrer, el diputado Dr. Lucas Ayarragaray, el doctor Nicolás A. Calvo, el doctor Manuel Carles, Julio A. Costa, Luis Acote y Manuel Augusto Montes de Oca, entre otros. El 24 de noviembre de 1911 el proyecto fue aprobado en general por 49 votos contra 32. El tratamiento particular concluyó el 26 de diciembre de 1911. El Senado dio entrada al proyecto el 26 de diciembre de 1911, quedando la ley definitivamente sancionada el día 10 de febrero de 1912 y promulgada el 13 de febrero de 1912 bajo el número 8371. Se incorporaba al mecanismo institucional del país el sufragio universal e igual, obligatorio y secreto y el sistema de la lista incompleta.
 - 1) El 11 de julio de 1951 la ley 14.032 substituyó el sistema de la lista incompleta por el de circunscripciones uninominales.
 - 2) El gobierno surgido de la Revolución Libertadora de 1955, por decreto N° 3838, convocó a elecciones de diputados constituyentes (año 1957), por el sistema D'Hondt.
 - 3) Las elecciones generales del 7 de julio de 1963, se efectuaron también según el sistema D'Hondt.
 - 4) Por último, las elecciones presidenciales del 11 de marzo y 23 de setiembre de 1973, de acuerdo al Estatuto Fundamental de 1972 y la ley 19.862, se hicieron por el sistema de voto directo y mayoría absoluta o doble vuelta (ballottage), usándose el mismo sistema para elegir senadores. Los diputados se eligieron por el sistema de representación proporcional.
- 5) *La Ley Sáenz Peña:*
- 6) *Las recientes experiencias:*

30

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Definiciones. 3. La representación desde el punto de vista sociológico. 4. Interpretación psico-social: la representación por pertenencia. 5. Origen histórico de la representación política. 6. Mandato imperativo y mandato representativo. 7. Justificación de la representación política. 8. Naturaleza jurídica de la representación política. 9. Los partidos políticos y la representación.

1. La representación es una forma de racionalización de la actividad del poder en el Estado. Convierte al gobierno en responsable de las decisiones que adopta en nombre de la comunidad política. Completa el sistema de creencias que sirve de soporte a la dominación legal, característica de la organización política moderna. De ahí su conexión con la elección general directa, en cuanto mecanismo de transmisión del poder de autoridad y con el sufragio, en cuanto energía o actividad que materializa el poder electoral. La organización estatal no tiene voluntad propia. La que se expresa a través del gobierno es voluntad humana, que al objetivarse, en virtud del ordenamiento jurídico, se la considera voluntad de la comunidad. La voluntad de los gobernantes se encuentra sometida a su función, la que debe cumplirse dentro de los cuadros previstos por la Constitución. Ella determina quiénes y bajo qué condiciones tienen derecho a gobernar y de qué manera desempeñarán su función gubernamental. Su investidura proviene de la Constitución y de las leyes que confieren legitimidad a sus actos en virtud de la forma en que han sido designados y las funciones que desempeñan. Es legítimo un gobierno instituido conforme a las previsiones constitucionales y legales. La legitimidad se refiere, por esencia, a la investidura. La representación, por consiguiente, es la situación objetiva por la que la acción de los gober-

males se imputa a los gobernados, siendo para éstos de efecto obligatorio, siempre que se ejerza legítimamente en su nombre y con su aprobación expresa.

Esa situación objetiva cristaliza una relación dinámica. Lo específico del proceso es la vinculación entre el grupo gobernante y la comunidad política, pudiendo variar el mecanismo de designación y el grado de aprobación y participación de los gobernantes. En general, es representativa toda actividad del poder en el Estado que se ejerce a nombre del pueblo. En particular, lo representativo se vincula a la función legislativa. La elección, en cuanto técnica para la designación de los gobernantes, hace visible y en cierto modo efectiva la vinculación entre representantes y representados. Pero la elección no es la representación. Los diputados representan al pueblo de la Nación. Los senadores al pueblo de las provincias. Sin embargo, estos últimos no son elegidos, como es sabido, directamente por el pueblo. De todos modos, esa particularización de la representación en los encargados de la función legislativa tiene una razón histórica, en conexión con el origen y desarrollo de la idea y del régimen representativo. En la fuerza del Estado liberal, la lucha contra el absolutismo monárquico convirtió en instrumento de combate y en programa de realización la implantación del parlamentarismo, o si se quiere, del poder de las asambleas electivas, erigidas en centros de poder efectivo. El poder ejercido por quienes estaban investidos de la representación popular, materializaba, en cierto sentido, el tipo ideal del Estado. En realidad, reflejaba el ideal de moderación política y de justo medio característico del pensamiento liberal. Representación popular significa democracia. Institucionalizada en congresos y parlamentos y dosificada por el sufragio censitario, se transforma en clave de un mecanismo destinado a hacer desaparecer la inseguridad de las situaciones. Ni monarquía fuerte ni democracia de masas. El censo debilitó hasta transformar en inofensiva la fuerza democrática de la representación. Carl Schmitt señala que la instrucción y la propiedad hacen posible y sostienen el sistema parlamentario, agregando que "cuando dejan de coincidir históricamente y se separan, decae la artística construcción de un equilibrio delicado y de la mezcla de formas políticas" (1). En esas condiciones, el parlamento no era la "representación general de la Nación", como debía ser, sino una asamblea de hombres ilustrados, encargados por ello de decidir lo más conveniente para la Nación entera, cuyo

(1) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 360.

soporte era la clase media. Y, surgidos del voto censitario, representaban los intereses de las clases poseedoras. Al suprimirse el censo, al hacerse universal el sufragio, la representación recobra su esencia democrática, y no obstante la diversidad de opiniones y de intereses la asamblea legislativa, al decidir en instancia suprema sobre la formulación de la ley, expresa la unidad de la comunidad política. En el nivel de lo político, no son necesarias nuevas formas de representación para hacer posible la integración del proletariado en la comunidad política. Pero es necesario un ajuste en el modo de participación del pueblo en el gobierno. Manteniendo la representación libre, el establecimiento del referéndum y de la revocatoria ofrecen nuevas perspectivas.

2. La representación política ha sido definida por Robert von Mohl como "el proceso mediante el cual la influencia que todo el cuerpo de ciudadanos o una parte de ellos tiene sobre la acción política ejercida en su nombre y con su aprobación expresa por un número pequeño de ellos, con efecto obligatorio para los así representados" (2). Comentando esta definición, Friedrich indica que en ella se habla de liberadamente de *influencia* y no de participación o control "ya que no es muy probable que la mayor parte de los ciudadanos puedan participar en la acción gubernamental o ejercer un control efectivo sobre ella", *acción de gobierno* y no de legislación, "porque todas las formas de actividad del gobierno pueden estar sujetas a la influencia popular", y de *aprobación expresa* porque con esta frase se encuadra constitucionalmente a la representación, toda vez "que la autoridad de los representantes no sólo es creada por el poder constituyente, sino que está sujeta al cambio mediante el poder de reformar la constitución" (3). Esta definición omite referirse a la técnica de selección y designación, es decir, a las elecciones y a la legitimidad de la representación, esto es, a la investidura.

Georg Jellinek entiende por representación "la relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona" (4). Los órganos representativos son órganos secundarios, o sea

(2) Robert von Mohl, *Staatsrecht, Volkerrecht und Politik*, 1860, vol. I, págs. 8/9.

(3) Carl J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 258.

(4) Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, trad. de la 2^a edición alemana, prólogo por Fernando de los Ríos, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954, pág. 429.

la idea de representación es meramente jurídica y los conceptos técnicos aplicables a ella no encuentran en los hechos reales que les sirven de fundamento elemento alguno en que pueda reconocerse su peculiaridad psicológica y social. Rousseau negó la posibilidad de la representación del pueblo, porque no distinguió el aspecto jurídico de la cuestión del psicológico.

Carré de Malberg, por su parte, sostiene que el régimen representativo tiene su punto de partida en el sistema de la soberanía nacional. El pueblo en su totalidad es el titular de la soberanía. Ningún individuo o sección del pueblo puede atribuirse el ejercicio de la soberanía nacional. Todo poder proviene del pueblo, o, en su equivalencia, de la nación o colectividad unificada. De ahí que los poderes sólo puedan ejercerse en virtud de una "delegación". En la Constitución, la nación organiza el ejercicio de los poderes. La delegación es una idea clave del derecho francés. En la "clásica teoría francesa", según Michaud, que subsiste en la base del derecho positivo actual. La teoría de la delegación formulada por Siéyès, implica la de la representación nacional. Los delegados de la nación son sus representantes y la voluntad que expresan vale como expresión de la voluntad nacional.⁽⁵⁾ El gobierno representativo se opone a la monarquía y a la democracia pura. El rey en la monarquía y los ciudadanos en la democracia directa no son los delegados del gobierno sino el soberano mismo. De ahí que en su acepción política, "régimen representativo" significa que el pueblo se gobierna por medio de los elegidos, que son nombrados por un tiempo limitado. Periodicidad, renovación, publicidad y responsabilidad en su gestión son condiciones del régimen, que se caracteriza por la influencia de las asambleas electivas en la dirección de los asuntos públicos. Establecen los impuestos, votan las leyes, autorizan los actos más importantes de la acción gubernativa. En su acepción jurídica, "régimen representativo" es aquel en que se produce el fenómeno jurídico de la representación, y, por su imputación a la voluntad de la nación, se enlaza con los procedimientos de selección y nominación de los representantes.

Mario Justo López destaca la base individual de la representación política. En el origen "no hay sino voluntades individuales". El individuo es principio y fin de la sociedad política. Por consiguiente, ni la familia, ni la región, ni el gremio ni la clase social pueden substituir el elemento individual como base de la representación política. "Pero

(5) Carré de Malberg, *op. cit.*, págs. 196 y ss.

si el individuo es el elemento básico de la representación, no es, aisladamente, el titular de ella. Cada individuo es un elemento, pero sólo la totalidad —la Nación, el pueblo—, es la representada. Y si sólo el conjunto es el representado, los representantes lo son de él —del conjunto: la Nación, el pueblo— y no de cada individuo o de un sector cualquiera de ellos."⁽⁶⁾ La comunidad necesita una voluntad común. La representación hace posible esa voluntad común. "Los individuos son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente ellos mismos su voluntad común. Para superar esa dificultad, confían el ejercicio de la porción de voluntad común necesaria para velar y proteger a las atenciones públicas, a algunos de entre ellos. Pero no transfieren la voluntad común, sino solamente su ejercicio, y de éste, sólo una porción. Además, los delegados no ejercen esa porción de la voluntad común como un derecho propio, sino en comisión, y en la medida fijada y limitada por la Constitución de la Nación."⁽⁷⁾ Los representantes lo son de la Nación y no de sus electores; no están obligados por instrucciones de éstos ni son responsables ante ellos.

3. Desde el punto de vista sociológico, Max Weber considera a la representación como una forma de relación social "por la que la acción de un participante determinado se imputa a los demás. O sea, que tanto las probabilidades como las consecuencias, para bien o para mal, recaen sobre todos"⁽⁸⁾. La acción de los representantes es considerada por los demás como legítima y vinculatoria para ellos, sucediendo así de hecho. El poder representativo dentro de las estructuras de dominación, da origen a las siguientes formas típicas:

- a) representación apropiada;
- b) representación vinculada;
- c) representación libre; y
- d) representación de intereses.

Representación apropiada: El representante tiene apropiado el derecho de representación; se da en la dominación patriarcal y carismática y tiene un ámbito tradicional. V. gr.: jefes de clanes, caciques de

(6) Mario Justo López, *La representación política*, *op. cit.*, pág. 18.

(7) Mario Justo López, *op. cit.*, pág. 14. En este libro, cuyo mérito hemos destacado, el Dr. López proporciona una lúcida síntesis de la teoría de la representación política y expone su pensamiento sobre el tema.

(8) Max Weber, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, I, págs. 46 y 307 a 309.

unus, jefes de seccas, jefes de marcas, monarcas hereditarios y los jefes de asociaciones patriarcales y patrimoniales de toda especie.'

Representación vinculada: El representante es elegido por sorteo, turno o cualquier otro medio. Su poder representativo está limitado tanto por las relaciones internas como las externas por *mandato imperativo* y derecho de revocación y ligado al asentimiento de los representados. Estos representantes son en verdad funcionarios de aquellos a quienes representan. V. gr.: los procuradores y representantes de las comunas francesas ligados por completo a sus 'cahiers de doléances'.

Representación libre: El representante es generalmente "elegido", eventualmente "designado". No está ligado por instrucción alguna, siendo señor de su propia conducta. Sólo necesita atenerse con carácter de deber moral a lo que son sus propias convicciones objetivas, pero no a tener en cuenta los intereses particulares de sus delegantes. Caudando el sentido de la elección es éste, el representante se convierte en el "señor" investido por sus electores y no en el "servidor" de los mismos. Este es el carácter de las modernas representaciones parlamentarias, particularmente apropiadas a las tareas objetivas e impersonales en conexión con normas abstractas (políticas, éticas), que es lo característico de la dominación legal.

Lo peculiar de Occidente, dice Weber, no es la representación en sí, sino la representación libre y su reunión en congresos y parlamentos. En conexión con la economía, la descomposición de la base económica de los viejos estamentos condicionó la transición a la "representación libre" y ese elemento causal fue el capitalismo moderno. Las exigencias de racionalidad y confianza en el funcionamiento del orden jurídico y la administración condujo a la limitación de los principios y de la nobleza por medio de los parlamentos, para controlar las finanzas y la administración y cooperar en las variaciones del orden jurídico. El sufragio censitario, por su parte, eliminaba de la escena a las clases no poseedoras. Pero la presión del proletariado, las organizaciones obreras y la demagogia de los partidos conservadores y liberales, trajeron el sufragio universal. "Los parlamentos funcionaron de un modo normal en tanto estaban en él como en casa las clases de "propiedad y educación" y dominaban en él no partidos clasistas sino oposiciones estamentales, condicionadas por las distintas formas de propiedad. Con el comienzo del poder de los partidos de clase puros, particularmente de los proletarios, la situación del Parlamento se transformó y sigue transformándose. Con no menos fuerzas contribuye a

esto la burocratización de los partidos, su específico carácter plebiscitario que transforma a los diputados, de "señores" de sus electores, en servidores del jefe de la "máquina del partido" (9).

Representación de intereses: La representación se hace en consideración a la pertenencia profesional o de clase, siendo designados por sus iguales. Es la "representación profesional". En sus versiones modernas, prescindiendo del ámbito sindical, es el producto de los grandes partidos de masa o clases. Teóricamente pueden debilitar la representación política. Pero, según toda la experiencia, ni la substituye ni la elimina. En esencia, es la función política de los sindicatos. Las probabilidades de la representación profesional, de todos modos, no escapan por el hecho de que "la vida económica adquiere color político y la política color económico" (10).

4. La representación, en cuanto relación social, tiene en el sentimiento de pertenencia, una de sus raíces psico-sociales. La lógica de la pertenencia es siempre una lógica de las motivaciones. Giovanni Sartori, en su análisis político y sociológico de los sistemas representativos (11) efectúa una pesquisa informal de esas motivaciones. A su juicio, para ser representante es preciso "sentirse representante", y en igual sentido para que un sistema representativo tenga valor a los ojos de los representados es preciso que ellos se "sientan representados". Uno puede sentirse: a) representado; b) no representado; c) subrepresentado; y d) sobre-representado. Esto genera satisfacción o insatisfacción, agrado o desagrado, confianza o desconfianza. Con independencia del modo o forma de elección o designación. Consecuentemente, determina el grado de proximidad entre representante y representado y de confianza en el representante o asamblea de representantes. Hay un proceso de transferencia, de personificación, de encarnación en un *alter ego*. Desde el punto de vista psicosocial, más importante que haber votado por alguien es que ese alguien sea "uno como nosotros". Es la representación por pertenencia, es decir, sentirnos representados "cuando encontramos una persona que nos substituye, que posea características semejantes a las nuestras, que se parece a nosotros, que tiene el mismo origen" (12). Para el elector, el electo no es alguien que deba ser instruido sobre lo que debe hacer; el electo es quien lo

(11) Giovanni Sartori, *A teoria da representação no Estado representativo moderno*, Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1962, Facultade de Direito da Universidade de Minas Gerais, pág. 118.

(12) Giovanni Sartori, *op. cit.*, pág. 121.

(9) Max Weber, *op. cit.*, pág. 313.

(10) Max Weber, *op. cit.*, pág. 315.

representa, porque lo personifica. Esta relación de pertenencia, cuando existe, no se da en el nivel racional sino en el plano inconsciente de las semejanzas y afinidades de origen. Los criterios de pertenencia, o si se quiere, de transferencia o personificación, son múltiples en la medida que son múltiples las motivaciones psicosociales que pueden orientar un comportamiento político que cristalice en la representación. Así, la composición profesional es un criterio. Otro de gran importancia es la "extracción social". Además, es frecuente la tendencia del elector a identificarse con "una imagen de partido" y que vote por una lista o por determinados candidatos, en cuanto expresan a "su" partido. En esto, como en lo demás, el análisis de una idea o de una institución nos conduce, en instancia final, a un análisis del hombre, a un escrutinio de las motivaciones del comportamiento humano. Reducido lo emocional y lo simbólico a sus justos límites, la noción de pertenencia nos proporciona un dato complementario para la comprensión del desarrollo del poder representativo dentro de las estructuras de dominación.

5. Así, en la estructura de la organización estamental, la representación no podía ser libre sino vinculada, de acuerdo a los esquemas del derecho privado. La gravitación del elemento patrimonial en la organización política medieval explica que las relaciones de representación se mantengan en el plano jurídico del mandato o, por ser éste un caso particular de aquélla, en el de la representación de derecho civil. En este sentido, la representación es una institución jurídica por la cual una persona, en nombre y por cuenta de otra, realiza uno o más actos jurídicos, cuyos efectos se producen en relación con la persona representada. El representante actúa en nombre y por cuenta del representado, con poderes para efectuar actos de representación. Según que estos poderes resulten de la ley o del acuerdo de voluntades, la representación será legal o convencional. Es legal la que la ley confiere a las personas incapaces para practicar por sí actos de la vida civil. Son formas de representación la patria potestad, la tutela y la curatela. Es convencional, la representación que resulta del mandato, civil o comercial, es decir, de un contrato por el cual alguien recibe de otro poderes para practicar actos o administrar intereses en su nombre. Los municipios y las corporaciones medievales, con el contrato de representación, conforme lo señala Jellinek, separaban de manera decisiva la persona del representante y del representado. Esta representación es idéntica esencialmente a la de derecho privado, y la institución queda fuera del derecho privado por sus fines, pero no por su naturaleza interna. Por esto, el representante se obliga personal-

mente con sus propios bienes a reparar los perjuicios que él ingresa a su mandante por traspasar los límites de sus atribuciones, y puede ser despojado o destituido, a causa de su carácter de mandatario.⁽¹³⁾ Con la Revolución Francesa la representación se emancipa del derecho privado. El mandato imperativo es desplazado por la representación libre, originándose no una relación mandante-mandatario, sino una relación general gobernante-gobernado. En Francia, la Ordenanza Real de 24 de enero de 1789 sobre reglamento de las elecciones, en su art. 45, establecía que los poderes de los diputados debían ser generales, sin subordinación de los representantes a los *cahiers*. En la sesión de los Estados Generales del 23 de junio de 1789 el rey declaró nulas las limitaciones, prohibiendo todo mandato imperativo, no pudiendo admitirse en las sesiones sucesivas de los Estados Generales que los *cahiers* o mandatos pudieran ser jamás considerados como imperativos, no debiendo ser más que simples instrucciones confiadas a la conciencia y a la libre opinión de los diputados. Luego, sobre la base de que la voluntad general es la voluntad de todo el pueblo y no la voluntad particular de los individuos que instruyen a sus representantes, bajo la influencia de las ideas de Rousseau y las consideraciones doctrinarias y prácticas de Siéyès, la Constituyente se declaró asiento de la soberanía nacional, afirmando el concepto de representación política en la ley del 22 de diciembre de 1789, "rechazando definitivamente las instrucciones, así como el derecho de los electores para revocar el mandato de los diputados y de aquí ha pasado a la Constitución de 3 de setiembre de 1791 el principio de que los diputados no representan a un departamento en particular, sino a toda la nación, y no deben estar limitados por instrucción alguna"⁽¹⁴⁾.

La representación política, pues, aparece enunciada por vez primera en la Constitución francesa de 1791, como consecuencia del principio consagrado en el art. 3º de la Declaración de Derechos de 1789 de que "toda soberanía reside esencialmente en la Nación". Genéticamente, la representación política proviene de la jurídica. "Los progenitores de nuestros diputados, dice Sartori, eran mandatarios en sentido propio, íntimamente ligados a las instrucciones recibidas de sus mandantes."⁽¹⁵⁾ A partir de entonces se origina la sistematización

(13) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 433.

(14) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 436.

(15) Giovanni Sartori, *op. cit.*, pág. 14. Es indudable que la Septennial Act de 1716, por la que los Comunes prorrogaron sus propios mandatos por más de cuatro años presupone la idea de que el mandato imperativo, en Inglaterra, había sido abandonado. Como anota Sartori, además de este antecedente sobre el origen

de la representación política, corresponde indicar que ya en 1701, Humphrey Mackworth, en *Vindication of the Rights of the Commons of England*, negaba el mandato imperativo.

(16) Georges Burdeau, *Traité*, op. cit., pág. 228.

(17) Georges Burdeau, op. cit., IV, pág. 227.

6. La génesis de la representación política muestra cómo, de una representación preexistente, se pasó a la idea del régimen representativo. En su forma originaria, situada temporalmente en la Edad Media, la representación tiene carácter colectivo y no personal o individual. El cuerpo social está fundado en la existencia de múltiples grupos que encuadrán estatutariamente a los individuos y tiene por asiento, no las voluntades individuales sino la voluntad colectiva. De ahí que no tenga referencias ni a la elección ni a las minorías. Según Burdeau, la ciudad, el condado, la categoría social o profesional son consideradas como realidades superiores a los individuos que ellas engloban. La representación no está unida a la voluntad de los miembros del grupo; ella existe ya que la colectividad dispone de una voz capaz de hablar en su nombre. "El representante era un portavoz, él instrumento de una voluntad que se forma fuera de él y que preexiste a la expresión que él le da. Este fue el mandato tradicional bajo el cual reinó el régimen." (16) Los representantes no podían apartarse ni modificar el mandato. Como consecuencia de esto el mandato no podía ser sino imperativo. Esta vigencia del mandato imperativo se explica si se tiene en cuenta: a) que la feudalidad convirtió a los países en "una yuxtaposición de colectividades animadas de un particularismo celoso, centradas sobre sus propios intereses, prestas a reivindicar como a defender sus privilegios e incapaces para elevarse a la comprensión de un interés nacional" (17); b) que los representantes eran convocados por el rey para autorizar subsidios o emitir consejos que luego servirían de pretexto para justificar la intervención real. Las asambleas eran la imagen de las colectividades: una asamblea de intereses particulares sin solidaridad alguna respecto de una idea común; c) no formaban parte del arsenal de ideas de los gobernantes "los conceptos impalpables de nación, interés general, voluntad popular"; "el realismo medieval no favorecía el uso de tales entidades; los asuntos públicos no parecían de naturaleza distinta a los domésticos y las nociones jurídicas fijaban la participación de los representantes de los grupos en la discusión de las cuestiones políticas en los términos aplicables a las

relaciones de la vida privada" (18); d) los representantes no estaban asociados a la responsabilidad del poder ni las asambleas eran órganos del poder en el Estado. El centro de la acción política, con el advenimiento de la monarquía absoluta, fue el rey o el consejo. Como un remanente de esta función originaria de contralor gubernamental, aún hoy las asambleas de representantes conservan celosamente su potestad de moderar la acción ejecutiva, y sus poderes impositivos y presupuestarios; e) si bien a partir de fines del siglo XV "la representación adquiere una significación más amplia, generalizándose bajo su forma electiva", continúa regida por el mandato imperativo, que circunscribiría la acción de los representantes. De ahí la obligación de rendir cuentas y la responsabilidad pecuniaria por parte del mandatario. Y, en cuanto a los mandantes, la obligación de resarcir al mandatario de los perjuicios y remunerar su labor a la vez que el derecho de revocar el mandato si éste no fuera bien desempeñado.

Para que del mandato imperativo se pasara al mandato representativo era necesario el cambio de las condiciones existentes y que se afirmara el principio de la unidad nacional. La transformación del orden social y político significaba abolir los privilegios, liquidar los residuos feudales, destruir los grupos profesionales y dar vida a una voluntad nacional unificada. Estas condiciones constituyen la infraestructura que debía expresarse en los términos de la representación política, o, si se quiere, al advenir la representación política debían modificarse necesariamente las bases del orden social, creando las condiciones de homogeneidad indispensables para que la nación pudiera expresarse políticamente. Ese cambio se realizó gradualmente en Inglaterra, violentamente en Francia. En Inglaterra no existe o no aparece claro el nexo entre asamblea legislativa y soberanía nacional. En Francia, por lo contrario, esa relación es esencial. En ella, la nación delega el ejercicio del poder en sus representantes y la voluntad expresada por éstos expresa la voluntad nacional. Pero esa voluntad no es preexistente sino que recién nace cuando los representantes formulaan su voluntad. "La representación no sólo exterioriza sino que es creadora de la voluntad nacional." (19) Para Burdeau, la identidad jurídica entre la nación y sus representantes, al identificarse la voluntad de la nación con la de sus representantes, es el postulado fundamental de todo el derecho público francés. El mandato representativo, por consiguiente, significa que los representantes, formalmente, se encuentran libres de

(18) Georges Burdeau, op. cit., IV, pág. 227.

(19) Georges Burdeau, op. cit., IV, pág. 244.

toda influencia, siendo plenamente independientes de los electores o del cuerpo electoral que los ha designado. No pueden delegar sus facultades, no pueden hacerse representar, no está ligado a mandatos ni instrucciones expresas, goza de inmunidades, que le garantizan poder hablar libremente, encontrándose amparado por una plena inviolabilidad en el ejercicio de su cargo. Su dicta es pagada del tesoro público. En Inglaterra, los diputados no recibieron retribución alguna hasta 1911. El mandato representativo, en suma, excluye toda subordinación jurídica entre representante y representados. Los representantes no son mandatarios.

7. La representación política se justifica como respuesta en términos de poder, a un cambio de la estructura social, una evolución de las ideas y una transformación de la organización interior del poder en el Estado. Las asambleas de representantes, hasta entonces fuera o al margen del poder político se convierten en centros de poder efectivo. Dejan de ser la expresión de los intereses para transformarse en órganos del gobierno. Burke, en su Discurso a los electores de Brístol, al ser declarado debidamente elegido como uno de los representantes de aquella ciudad en el Parlamento, el 3 de noviembre de 1774, proporciona la justificación ética de la moderna representación política. En esa oportunidad, este político liberal inglés dijo: "Mis (electores) tienen sobre mí el derecho a que no defraude las esperanzas que en mí han depositado... Deseaban que los diputados de Brístol fueran escogidos para representar a la ciudad y al país y no para representarles a ellos exclusivamente... la gloria de un representante, debe consistir en vivir en la unión más estrecha, la correspondencia más íntima y la comunicación sin reservas con sus electores. Sus deseos deben tener para él un gran peso, su opinión máximo respeto, sus asuntos y sus satisfacciones a las de aquellos; y sobre todo preferir, siempre y en todas las ocasiones el interés de ellos al suyo propio. Pero su opinión imparcial, su juicio maduro y su conciencia ilustrada no debe sacrificárselos a vosotros, a ningún hombre ni a grupo de hombres... Dar una opinión es derecho de todos los hombres; la de los electores es una opinión de peso y respetable, que un representante debe siempre alegrarse de escuchar y que debe estudiar siempre con la máxima atención. Pero instrucciones imperativas, mandatos que el diputado está obligado ciega e implícitamente a obedecer, votar y defender, aunque sean contrarias a las convicciones más claras de su juicio y su conciencia, son cosas totalmente desconocidas en las leyes del país y surgen de una interpretación fundamentalmente equivocada de todo el

orden y tenor de nuestra Constitución. El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino *una asamblea deliberante de una nación*, con un interés: el de la totalidad; donde deben guiar no los intereses y prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo. Elegís un diputado; pero cuando le habéis ecogido, no es el diputado por Brístol, sino *un miembro del Parlamento...*"⁽²⁰⁾. El Parlamento, por consiguiente, es la asamblea deliberante de la nación y el diputado representa a la nación, sin dejar de ser el representante virtual, implícito de sus electores. Está obligado moralmente sólo a las convicciones de su juicio y su conciencia. Es una exigencia ética, como anota López, lo que lo hace "considerarse a sí mismo como custodio de los intereses nacionales"⁽²¹⁾, miembro de la asamblea nacional, sin otro propósito que el bien general.

La justificación política de la representación fue expuesta por Thomas Paine, por Friedrich y, entre nosotros, por López. Supone que la diversidad de intereses dentro de la comunidad pueden alcanzar, mediante la deliberación y la crítica, un grado de coordinación que los haga "compatibles, si no idénticos, con el interés público, esto es, con el interés de la comunidad en su conjunto"⁽²²⁾. De ahí que la unidad estatal no sea el simple resultado de la unidad del representante "sin que tiene que ser creada y recreada constantemente por un proceso político de gran actividad" cuyos ingredientes son, entre otros, los partidos políticos, las elecciones y la acción parlamentaria. Para Friedrich, no obstante, los representantes en realidad nunca dejaron de representar intereses y, a la vez, intervenir en las decisiones adoptadas con miras al interés común. Tienen carácter dual como también lo tienen las asambleas deliberantes, que son, por una parte, la asamblea deliberante de una nación, con un interés, el del conjunto, y un congreso de intereses diferentes⁽²³⁾. No se trata de una unidad lógica, sino política. La reducción de las diferencias para hacer posible un orden de vida y el cambio dentro del orden. Se trata de una justificación por la función, por "los resultados que se obtiene con su funcionamiento comparativamente a los que se consiguen con otros sistemas". Estos últimos, "por muchos rodeos que se dé a la cuestión, con-

(20) Edmund Burke, *Textos Políticos*, versión española de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, págs. 311 a 313.

(21) Mario Justo López, *op. cit.*, pág. 28, nota 28.

(22) Carl J. Friedrich, *op. cit.*, pág. 254.

(23) Carl J. Friedrich, *op. cit.*, pág. 255.

que en su representación a lograr la unidad nacional a través de la unidad del representante, como quería Hobbes" (24). En efecto, Hobbes, el teórico del absolutismo, hizo de la representación la base de su sistema, entendiendo que la unidad del Estado sólo puede obtenerse cuando "uno de los individuos se superpone a los demás".

Por último, la justificación por razones de "necesidad material" tiene en Rousseau y parcialmente en Siéyès y en Montesquieu, sus expositores. Juan Jacobo Rousseau, dice en el Contrato Social que la soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden resolver definitivamente nada. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula. El pueblo inglés, continúa diciendo Rousseau, piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada. Los diputados, en suma, no son representantes del pueblo sino sus comisarios, es decir, sus puros mandatarios. "La idea de los representantes es moderna; nos viene del gobierno feudal, bajo cuyo sistema la especie humana se degrada y el hombre se deshonra. En las antiguas repúblicas y aun en las monarquías, jamás el pueblo tuvo representantes." Tan pronto como un pueblo se da representantes, deja de ser libre y de ser pueblo. No siendo la ley sino la declaración de la voluntad general, es claro que en el poder legislativo el pueblo no puede ser representado; pero puede y debe serlo en el poder ejecutivo, que no es otra cosa que la fuerza aplicada a la ley. Pero concluye afirmando: "no veo que sea posible en lo futuro que el soberano conserve entre nosotros el ejercicio de sus derechos, si la ciudad no es muy pequeña" (25). Como bien señala Carré de Malberg, la absoluta exclusión del régimen representativo es una de las características más salientes de la doctrina del Contrato Social y nadie, incluso elegido por el pueblo, puede pretender expresar la voluntad general, porque el pueblo no puede transmitir ni delegar su soberanía. Pero Rousseau "no tiene más remedio que reconocer que de hecho el gobierno directo por el pueblo sólo es practicable en pequeños Estados como en la antigüedad. En otros términos, el régimen representativo, según Rousseau, no tiene más fundamento y justifica-

ción que una necesidad de orden material" (26), y sólo es admisible, sujeto a mandato imperativo y ratificación popular.

Siéyès también fundaba el régimen representativo en impedimentos materiales. Concretamente, "en la falta del tiempo necesario" para ocuparse de los asuntos públicos. "Los pueblos europeos modernos, decir, se parecen muy poco a los pueblos antiguos. Entre nosotros sólo se trata de comercio, de agricultura, de fábricas; el deseo de riquezas transforma a todos los Estados de Europa en amplios talleres. Por lo tanto, los sistemas políticos de hoy se fundan exclusivamente en el trabajo. La gran mayoría de nuestros conciudadanos no tiene bastante instrucción ni bastante tiempo disponible para querer ocuparse directamente de las leyes que han de gobernar a Francia. Su parecer es, por lo tanto, nombrar representantes, y puesto que es el parecer de la mayoría, los hombres esclarecidos deben someterse a él lo mismo que los demás." (27)

Montesquieu, por su parte, sostiene que el pueblo necesita ser guiado, siendo admirable para escoger los hombres a quienes debe confiar una parte de su autoridad. Así como la mayor parte de los ciudadanos tienen suficiencia para elegir y no la tienen para ser elegidos, lo mismo el pueblo posee bastante capacidad para darse cuenta de la gestión de los otros y no para ser gerente. Es preciso que los negocios marchen, que marchen con cierto movimiento, que no sea demasiado lento ni muy precipitado. El pueblo es siempre, o demasiado activo o demasiado lento. "Unas veces con sus cien mil brazos lo derriba todo, otras veces con sus cien mil pies anda como los insectos." Siendo imposible que el pueblo en masa tenga el poder legislativo, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo. Conviene que cada lugar tenga sus representantes, elegido por los habitantes del lugar. La mayor ventaja de las representaciones electivas es que los representantes son capaces de discutir las cuestiones. El pueblo no es capaz; y este es, precisamente, uno de los mayores inconvenientes de la democracia. El pueblo no debe tomar parte en la gobernanza de otra manera que eligiendo sus representantes. Hay siempre en un Estado, dice Montesquieu, gentes distinguidas, sea por su cuna, por sus riquezas o por sus funciones. La parte que tengan en la obra legislativa debe ser proporcionada a su representación en el Estado. Esto quiere decir que el poder legislativo debe conferirse a un cuerpo de nobles, al mismo tiempo que a

(24) Mario Justo López, *op. cit.*, pág. 19.

(25) Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social*, cap. XV, L. III, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1950, págs. 934 a 937.

(26) Carré de Malberg, *op. cit.*, págs. 919/920.

(27) Archives parlementaires, 1^a serie, vol. VIII, pág. 592. Conf.: Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 921.

otro elegido para representar al pueblo (28). Por consiguiente, la falta de "capacidad" del pueblo justifica materialmente a la representación política.

8. En cuanto a la naturaleza jurídica de la representación política, distintas teorías tratan de explicar a quién representa el representante. Si existe mandato o representación, o si, en definitiva, el representante no representa a nadie. La teoría del mandato representativo sostiene que la idea del mandato condiciona la naturaleza jurídica de la representación política. Enrolado en ella, Duguit considera que existe verdaderamente un mandato y que el Parlamento es el mandatario representativo de la nación. Quien confiere el mandato a través de la elección es la nación, como unidad indivisible y no el elector ni el colegio electoral. "El diputado no recibe un mandato de la circunscripción que lo nombra, pero el Parlamento sí adquiere su derecho de la nación que lo elige. La asamblea, por el hecho de la elección, adquiere el derecho a querer por la nación." (29) Sobre la base de la idea de la soberanía popular, esta teoría debe identificar el cuerpo electoral a la nación misma y atribuir a la elección no sólo la función de nominación o designación sino de delegación de poder. El mandato representativo, también denominado electivo o legislativo, inviste al representante de los poderes de sus representados, y en conjunto, del ejercicio de la soberanía. Los actos que realiza el representante se consideran hechos por sus mandantes y en consecuencia, los actos de los diputados deben ser considerados como "obra del pueblo entero", que ejerce su soberanía por intermedio de sus representantes (30). Este supuesto mandato legislativo, arraigado en el espíritu popular como integrante de su sistema de creencias, se nutre de apariencias. Carré de Malberg señala como natural admitir a primera vista que el diputado recibe su poder de los ciudadanos que lo eligen y que se encuentra subordinado a éstos por el hecho de la elección. Pero en realidad tal mandato es inexistente, pues no se dan ninguno de los elementos y caracteres específicos del mandato ordinario, máxime si se considera al diputado representante de la nación, no subordinado a sus electores ni sujeto a mandato imperativo alguno. El error que se le atribuye consistiría en atribuir a la nación, que es una universalidad abstracta,

(28) Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro IV, cap. II, Del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia, y Libro X, cap. VI, De la Constitución de Inglaterra, págs. 48/49 y 202/206, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1951.

(29) León Duguit, *L'Etat*, vol. II, pág. 174.

(30) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 924.

una voluntad y una potestad preexistente a la formación de los órganos legislativos.

La teoría de la representación libre excluye toda relación de mandato en la representación política. No estando el diputado sujeto a otra voluntad que a la propia, no es representante de sus electores sino de la nación. La elección no es mecanismo de transmisión de poder sino un modo de designación, un procedimiento para la selección de los más capaces. Permite a los electores ejercer influencia sobre las personas a elegir, pero las excluye de influir en la legislación. Mediante el sufragio los electores ejercen influencia sobre la acción política de sus representantes, a quienes eligen de acuerdo a sus opiniones, pero no intervienen en el proceso de formulación de las leyes. La legislación está reservada exclusivamente al juicio, opinión y voluntad de los representantes, quienes son independientes de sus electores, no triendo con ellos sino una relación de representación de derecho público.

En realidad, el representante ejerce los poderes en virtud de una delegación. Los diputados son delegados de la nación y por consiguiente sus representantes. De ahí que la voluntad que expresan vale como expresión de la voluntad nacional. Esta voluntad no es preexistente sino que se identifica con la de los representantes. Esta concepción, conocida como teoría clásica de la representación política, pone en evidencia el enlace que existe entre el régimen representativo y el principio de la soberanía nacional según la cual ningún individuo o sección del pueblo, puede pretender su ejercicio, razón por la cual los diputados, por más que hayan sido elegidos por distritos, secciones o departamentos, son representantes de la nación, sin subordinación de ninguna clase respecto de las divisiones políticas del país.

La teoría de la representación virtual, enunciada por Edmund Burke, considera que el diputado representa a la nación sin dejar de ser el representante implícito de sus electores. No existe así, mandato electivo ni procuración, los electores no han transmitido poder alguno al representante, pero éste ejerce la representación virtual de sus deseos y opiniones, en la medida que sean compatibles con su condición de representante de la nación y el interés general. El diputado no es mandatario, delegado, ni siquiera representante real y efectivo de sus electores. Es simplemente su representante implícito, pues no ha recibido mandato alguno no obstante haber sido el depositario de su confianza.

La teoría alemana de los órganos de representación sostiene que

cuya composición resulta del voto del pueblo son órganos inmediatos y secundarios. Inmediatos, porque ejercen directamente su función sin necesidad de la acción complementaria de ningún otro órgano, y secundarios, porque emanan de la voluntad de un órgano primario, el pueblo. Así, los órganos secundarios son órganos de órganos, o, conforme la denominación corriente, son órganos representativos. Laband y Jellinek en Alemania, Michoud, Saripolés, Carré de Malberg y Bigué de Villeneuve en Francia, son partidarios de esta teoría. A su respecto, Jellinek, después de definir la representación como la relación de una persona con otra o varias, según la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona, señala que no son idénticas la relación de representación y la de órgano. El órgano representativo sólo puede entenderse como órgano segundo, el Parlamento no es órgano de la sociedad sino órgano supremo del poder en el Estado. Entre el pueblo y el Parlamento no existe lazo jurídico alguno al que representa el mandato, la comisión u otra categoría jurídica análoga. Sea cual fuere el fundamento jurídico del miembro de una Cámara, elección, nombramiento, posesión de un determinado cargo, etc., el acto de creación jamás concede un derecho al creador sobre el órgano creado, sino que los derechos y deberes de uno y otras nacen exclusivamente de la Constitución. El individuo, por otra parte, es órgano activo del Estado, por más que sus facultades estén dotado, según la Constitución, del derecho que en las democracias directas competía a la comunidad. La representación formada de esta suerte se ha convertido en órgano de la voluntad del pueblo. Pueblo y representación del mismo, forman, por tanto, jurídicamente una unidad. El pueblo es órgano del Estado. En la democracia indirecta, el pueblo es órgano primario y el representante órgano secundario. "Tanto la moderna representación del pueblo en su unidad cuanto sus miembros considerados como partes, tienen el carácter de órganos secundarios inmediatos." (31) Los representantes no representan ni a la nación ni a los ciudadanos, no siendo sino órganos encargados de la actividad funcional del poder en el Estado.

La teoría francesa de los representantes como órganos de la na-

ción, encuadrada por Carré de Malberg tiene muchos puntos de contacto con la teoría alemana. Difiere de ella en el acento que pone en considerar a los representantes como órganos de la nación, entendiendo al régimen representativo *no como un sistema de representación de la persona y de la voluntad nacionales sino precisamente "un sistema de organización de la voluntad y de la persona nacionales"* (33). Faltando todos los elementos indispensables para que los diputados puedan ser representantes de la nación y teniendo en cuenta qué la voluntad expresada por éstos constituye la voluntad misma de la nación, la asamblea que éstos integran, encargada de adoptar las decisiones, es uno de los órganos de la nación. De ahí que los diputados no pueden ser considerados representantes sino órganos por medio de los cuales "la nación llega a ser capaz de querer. En adelante, dice Carré de Malberg, hay que sustituir el concepto de representación por el de órgano nacional o también órgano de Estado" (34). Órgano, en este sentido, es el individuo o grupo de individuos a quienes la Constitución habilita para querer por la colectividad. Mientras la idea de representación exige la existencia de dos personas diferentes, actuando una de ellas por cuenta de la otra, la idea del órgano supone una única personalidad, la de la "colectividad organizada". El órgano no requiere ninguna voluntad preexistente ni tiene su punto de partida en la idea de mandato, convención o contrato en razón de tener por origen la Constitución. Su competencia no emana ni está sujeta a la voluntad de los electores derivando de la Constitución y de las leyes. La relación entre el órgano y la colectividad organizada es de unidad de lo que resulta que la decisión del órgano vale como decisión de la colectividad. Según Carré de Malberg, una vez instituido de conformidad con la voluntad nacional, el órgano no se comporta como representante de una voluntad superior, sino como el agente libre de la nación.

De este modo, las personas a quienes la nación encarga querer por ella no son sus representantes sino sus órganos, cuya función es expresar su voluntad en forma tal que la decisión final valga como voluntad unificada. El órgano, en definitiva, es el autor de la voluntad nacional. A juicio del profesor de Estrasburgo, la teoría del órgano, en la versión sustentada por él, "tiene por objeto, en primer lugar, señalar que, si bien de hecho la voluntad estatal reside y tiene su origen en los hombres encargados por la Constitución de querer por el Estado o por la nación, el poder que ejercen estos individuos no es

(31) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 429.
(32) Georg Jellinek, *op. cit.*, pág. 442.

(33) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 942.
(34) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 1009.

en ellos una potestad originaria, un derecho propio, sino una simple competencia estatal, es decir, una potestad que se ejerce por cuenta exclusiva del Estado".

La teoría de la investidura formulada por Hauriou, parte del criterio de que la función que desempeñan los representantes no es más que la esfera de la competencia del poder. En este sentido, es siempre el poder lo que, con el ascendiente que ejerce y los vínculos que crea, determina entre gobernantes y gobernados, una fusión de voluntades, un cambio de aspiraciones por un lado, de decisiones por otro, y que, por su encuentro mutuo y por su concordancia, conducen a una representación de los gobernados por los gobernantes. Por otra parte el Derecho, formulado y sancionado por el poder, tiene la virtud de hacer jurídica esta representación (35). Según Hauriou en la esencia del poder está la representación y en consecuencia, es ésta la base de la representación jurídica del pueblo y el fundamento de la autonomía de los representantes. Ni la representación mandato ni la de los representantes considerados órganos del Estado explican suficientemente la relación jurídica entre gobernantes y gobernados. La idea de representación encuentra su explicación en la de investidura, toda vez que lo que los gobernados hacen, mediante la elección, es investir de poder a los gobernantes, quienes lo ejercen con carácter autónomo dentro de los límites de su competencia. La nación no se gobierna a sí misma, es gobernada. Los electores no transmiten a los elegidos poderes de dominación, estos poderes están confetidos y establecidos por el proceso de diferenciación del que ha resultado el constitucionalismo. Los gobernantes representan una concentración de poderes de dominación y los gobernados una concentración de poderes de resistencia. La elección no encierra ningún mandato o procuración ni el elector transmite al diputado ningún poder. El elector designa al que habrá de desempeñarse como órgano temporario, pero con autonomía funcional dentro del campo de su competencia. El régimen representativo, juicio de Hauriou, es un sistema de equilibrio entre dos autonomías: la del poder de dominación y la del poder de resistencia. "Todos los órganos del Estado que tienen alguna iniciativa, pudiendo, en virtud de esto, ser considerados como gestores de negocios, tienen, pues, calidad de órganos representativos y contribuyen a la organización del cuerpo constituido; tales los jefes de Estado, los ministros, los gobernadores, las Cámaras legislativas y el mismo cuerpo electoral. Los funcionarios que carecen de iniciativas, que no toman por sí mismos

ninguna decisión ejecutoria, limitándose a preparar las decisiones o a ejecutarlas, no son órganos representativos; son simples agentes del Estado en quienes se delegan ciertos poderes; no participan en la organización corporativa, sino que reciben un mandato del cuerpo constituido." (36)

Corresponde, por último, referirse a los autores que impugnan la idea de "representación", particularmente Hans Kelsen, quien sostiene que se trata de una ficción destinada a ocultar la realidad jurídica. Sirve para hacer creer a aquellos a los que la constitución aleja de la función legislativa, que si bien se hallan representados por el parlamento, determinan por sí mismos la voluntad del Estado. De este modo se afirma el poder del parlamento, el cual se legitima por el dogma de la soberanía popular que él mismo desplaza, atribuyéndose la competencia exclusiva en materia de legislación. La independencia real del parlamento respecto de la voluntad popular, dice Kelsen, se disimula diciendo que cada diputado es representante del pueblo. De aquí se deduce que no tiene que recibir instrucciones de los grupos que lo eligieron. Pero "todo el pueblo" es mudo. Se trata, pues, de una pura ficción montada sobre la confusión entre la relación de subordinación y la de designación. El pueblo designa al parlamento, pero no por eso éste ha de ejecutar la voluntad de aquél; tanto más cuanto que el pueblo no puede expresar otra voluntad que la que se expresa en el acto de la elección. No es el pueblo sino el parlamento quien legisla, y con independencia del primero. El cuerpo electoral es simplemente un órgano de creación. No existe, pues, relación de representación entre el parlamento y el pueblo. Cuando se designa un ministro a nadie se le ocurre hablar de "representación". Es que en este caso no entra en juego la ficción de la soberanía popular, que es el único fundamento en que se apoya la teoría de la representación. Ni el poder legislativo permanece en el pueblo ni el pueblo transfiere poder al parlamento. Por otra parte, es también un sofisma la teoría según la cual el parlamento organiza en sentido jurídico al pueblo que lo elige, siendo aquel órgano de la voluntad de éste, constituyendo ambos una unidad jurídica (Jellinek). Este sofisma, afirma Kelsen, se basa en la identificación tácita del Estado con el pueblo (37).

Además de una ficción, se ha considerado a la presentación una metáfora. Reyer-Collard dice que para que esta metáfora sea exacta, es necesario que el representante tenga verdadera semejanza con el

(35) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 226.

(36) Maurice Hauriou, *op. cit.*, pág. 233.

(37) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, págs. 393 y ss.

sea precisamente aquello que lo que hace el representante la representación política supone el mandato imperativo determinado con un objeto igualmente determinado, tal como la paz o la guerra, o una ley propuesta. En efecto, únicamente entonces es cuando queda probado que el mandatario hace lo que hubiera hecho el mandante y que el mandante hubiera hecho lo que hace el mandatario. En otros términos, como anota Carré (38), el concepto de representación no puede darse más que cuando el representante queda subordinado a la voluntad del representado. "A falta de esta subordinación, la palabra representación, en materia política, ya no expresa una realidad: es tan sólo una metáfora, que carece de exactitud y es contraria a la verdad." No obstante estos criterios, la representación política existe, es una relación de hecho, una situación objetiva por la que la acción de los gobernantes se imputa a los gobernados. Reconoce una pluricausalidad y en instancia final, su síntesis conceptual debe hacerse teniendo en cuenta que se trata de una forma de racionalización de la actividad del poder en el Estado, de un proceso psicosocial de pertenencia o personificación y de un modo de organización de la voluntad nacional, mediante autoridades cuya voluntad, al objetivarse en y a través del ordenamiento jurídico, se considera voluntad de la comunidad nacio-privado, pues su fundamento no es jurídico, sino político, y en tal sentido debe prescindirse de toda relación de transferencia, delegación o mandato para ver en ella una relación de concordancia e concordan-
ticia entre la acción del representante y la opinión o voluntad de los representados.

9. Esta concepción difiere de la idea originaria de la representación, según la cual el diputado, sin sujeción a ninguna otra voluntad que la propia, sólo debería representar a la nación. En el proceso político real, el diputado se ha convertido en representante de sus electores o del partido político que organizó su elección. En el primer caso, "ocurre naturalmente que cada diputado no sólo refleja los sentimientos de sus electores, sino que también se aplica a servir sus intereses particulares. Pedir a los diputados que sólo representen a la nación es pedirles un imposible. Si a un candidato a la diputación se le ocurriera declarar en la asamblea de electores cuyo sufragio pretende, que tiene el interés nacional, este candidato estaría seguro de fracasar.

(38) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 941.

Dicir que este diputado representa a la nación es más que una abstracción o una ficción, es faltar a la verdad" (39). La mayor o menor subordinación del elegido a sus electores, en cualquiera de sus grados, significa una dependencia a una voluntad distinta que la propia y en definitiva un elemento de representación popular que ha venido a transformar la esencia primitiva del régimen representativo. La representación proporcional, por otra parte, contribuye a que el régimen representativo sea "un régimen de verdadera representación", pues se orienta a producir una relación de concordancia entre la voluntad del pueblo y la voluntad nacional que expresan las asambleas legislativas. Es decir, hacer efectiva la representación.

Esa subordinación del representante a una voluntad extraña, se acentúa con la institucionalización de los partidos políticos, que han perdido su carácter originario de simples organizaciones electorales para convertirse, con el advenimiento del partido de masas, en organizaciones que reclaman poder para sí y no para sus miembros. En esas condiciones, el diputado se encuentra sometido a la disciplina y al programa del partido y es portavoz de las resoluciones de sus órganos directivos. La figura del diputado independiente que formaba parte de una asamblea deliberativa de la nación es sustituida por la figura del representante del partido. En los hechos, el diputado sirve al grupo que hizo posible su elección, lo que implica, en cierta medida, la resurrección del mandato imperativo entre partido y diputado afiliado de partido. No es el representante del pueblo ni de la nación, lo es del partido y, en el mejor de los casos, del sector del cuerpo electoral que lo ha elegido a través del partido. Su actividad se encuentra sometida a las decisiones del partido, debiendo servir al programa partidario, tanto por disciplina como por convicción, y aun por deber ético.

Si bien esta subordinación varía según se trate de un partido centralizado o descentralizado, puede enunciarse como regla que cuanto mayor es la organización, más fuerte es el sometimiento del diputado al partido. Duverger, en su investigación sobre los partidos europeos, coloca en el límite a los partidos facistas y comunistas, donde los diputados no son más que ejecutantes, sin ningún poder sobre la dirección del partido; en una zona intermedia, a los partidos socialistas y demócratas cristianos y a otros de una estructura casi análoga, en los que el diputado conserva una cierta prerrogativa individual; y, en el otro extremo, los partidos socialmente indeterminados, de tipo tradicional, como son los conservadores, donde la subordinación indivi-

(39) Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 1058.

dual al partido es muy débil. La renuncia anticipada a su banca o escuño, la entrega de una parte o de la totalidad de sus emolumentos, hasta el caso de convertirse en un asalariado del partido, son algunas de las técnicas que aseguran el dominio del partido sobre los parlamentarios. Señala Duverger que el signo más claro de la subordinación del diputado al partido sigue siendo la disciplina de votación. "Cada diputado debe votar, según la decisión acordada por el grupo, después de la discusión; pero el grupo mismo no es siempre libre de su decisión; debe amoldarse a la política general del partido, tal como ha definido sus congresos y organismos partidarios." (49)

Todo esto ha transformado no sólo la idea y el régimen representativo sino el sentido de las elecciones y la significación de los congresos y parlamentos. La elección adquiere el sentido de una consulta a la opinión y voluntad popular, un medio a través del cual el cuerpo electoral expresa su pensamiento sobre la conducción del Estado.

Hoy las elecciones son algo más que una técnica para la designación, operando como un medio de enlace entre la opinión y voluntad de los electores y la futura acción del representante, que en este sentido, pasa a representar la voluntad popular. Y esto ha modificado el carácter de los congresos y parlamentos. Estos ya no son las asambleas deliberantes que quieren arbitrariamente por la nación sino los instrumentos de la voluntad popular. No son ni una reunión de procuradores de intereses hostiles ni de representantes de la nación, sin otra mira que el interés general. Tienen, como lo indica Friedrich, un carácter y una naturaleza dual, siendo por una parte el congreso de los intereses sociales y de los antagonismos políticos, y en este sentido, expresión del poder de representación, del que hoy son elementos esenciales los partidos políticos, y por otra parte, en cuanto tiene el ejercicio del poder de decisión, la asamblea deliberante de la nación, cuya voluntad se expresará en forma de ley, y por tanto, síntesis de la voluntad de la nación en cuanto unidad política.

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

- 1) Es la situación objetiva por la que la acción de los gobernantes se imputa a los gobernados, siendo para éstos de efecto obligatorio, siempre que se ejerza en su nombre y con su aprobación expresa.
- 2) En general, es representativa toda actividad del poder en el Estado que se ejerce a nombre del pueblo. En particular, lo representativo se vincula a la función legislativa.
- 3) La elección, como técnica para la designación, hace visible esa relación entre representante y representado. Pero la elección no es la representación.
- 4) Históricamente, la representación política está unida al parlamentarismo, es decir, al poder de las asambleas legislativas. La asamblea, al decidir su instrucción suprema, expresa la unidad de la comunidad política.
- 1) Robert von Molh la define como "el proceso mediante el cual la influencia que todo el cuerpo de ciudadanos o una parte de ellos tiene sobre la acción política ejercida en su nombre y con su aprobación expresa por un pequeño número de ellos, con efecto obligatorio para los así representados".
- 2) Georg Jellinek entiende por representación "la relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente parecen como una sola persona". Los órganos representativos son órganos secundarios, o sea órganos de otro (el pueblo), que es órgano primario.
- 3) Carré de Malberg sostiene que la representación tiene su punto de partida en la soberanía nacional. El pueblo, en su totalidad, es el titular de la soberanía. Ningún individuo ni sección del pueblo puede atribuirse el ejercicio de la soberanía. Todo poder proviene del pueblo y sólo pueden ejercerse en virtud de una "delegación". En la Constitución la nación organiza el ejercicio de los poderes. Los delegados de la nación son sus representantes y la voluntad que expresan vale como expresión de la voluntad nacional.

(49) Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, op. cit., págs. 220/221.

3) La representación desde el punto de vista sociológico:

de relación social, "por la que la acción de un participante determinado se imputa a los demás. O sea, que tanto las probabilidades como las consecuencias, para bien o para mal, recaen sobre todos".

- 2) El poder representativo dentro de las estructuras de dominación, da origen a las siguientes formas típicas:

- Representación apropiada:* El dirigente tiene apropiado el derecho de representación. Se da en la dominación patriarcal y carismática y tiene un ámbito tradicional. Ej.: jefes de clanes, monarcas hereditarios, etc.
- Representación vinculada:* El representante es elegido por sorteo o cualquier otro medio. Se encuentra limitado por mandato imperativo y derecho de revocación y ligado al asentimiento de los representados. Estos representantes son funcionarios de aquellos a quienes representan. Ej.: los representantes a los Estados Generales en Francia.
- Representación libre:* El representante es generalmente "elegido", eventualmente "designado". No está ligado por instrucción alguna, siendo dueño de su propia conducta. El representante se convierte en el "señor" investido por sus electores y no en el "servidor" de los mismos. Este es el carácter de las modernas representaciones parlamentarias.
- Representación de intereses:* La representación se hace en consideración a la pertenencia profesional o de clase, siendo designados por sus iguales. Es la "representación profesional". No sustituye ni elimina a la representación política.

4) Interpretación psico-social: La representación por pertenencia:

- La representación tiene en el sentimiento de pertenencia una de sus raíces psico-sociales. Para ser representante es necesario "sentirse representante", y que los representados "se sientan representados". Esto produce confianza y determina el grado de proximidad entre representantes y representados.
- Hay un proceso de transferencia que origina la representación por pertenencia, que no se da en el nivel de la racional sino en el plano inconsciente de la personificación, las semejanzas y afinidades de origen.

5) Origen histórico de la representación política:

1) En el derecho civil, la representación es una institución jurídica por la cual una persona, en nombre y por cuenta de otro, realiza uno o más actos jurídicos, cuyos efectos se producen con relación a la persona representada. El representante tiene poderes para efectuar los actos de representación. Hay siempre un mandato y por tanto no hay identidad de personas, encontrándose el representante obligado personalmente con sus propios bienes a reparar los perjuicios que cause a su mandante por traspasar los límites del mandato, pudiendo ser destituido.

- 2) Los representantes de los municipios y corporaciones medievales revestían el carácter de mandatarios, estando sujetos a las instrucciones. En esencia, el contrato de representación era de derecho civil.

- 3) Con la Revolución francesa el mandato imperativo es desplazado por la representación libre. Ese cambio tiene su origen: a) en la Ordenanza Real de 24 de enero de 1789 sobre reglamento de elecciones (art. 45) que establecía que los poderes de los diputados debían ser generales sin sujeción a los cahiers; b) en la sesión de los Estados Generales de 23 de junio de 1789 en que el rey declaró nulas las limitaciones contenidas en los cahiers; c) en la ley del 22 de diciembre de 1789, sancionada por la Constituyente y en la Constitución de 3 de setiembre de 1791 que estableció que "los diputados no representan un departamento en particular, sino a toda la nación y no deben estar limitados por instrucción alguna".

1) El mandato imperativo fue la forma de representación tradicional durante la Edad Media y la representación no tiene carácter individual sino colectivo. El representante no podía apartarse ni modificar el mandato, era un portavoz, un instrumento de una voluntad preexistente. Las asambleas de representantes no eran órganos del Estado sino asambleas de intereses particulares sin solidaridad alguna respecto de una idea común. No participaban del Poder. Los representantes estaban sujetos a instrucciones, debían rendir cuentas y aún resarcir por sus excesos a sus mandantes quienes podían revocar el mandato.

- 2) El mandato representativo es consecuencia del principio de soberanía y unidad nacional. Se basa en la idea de dar vida a una voluntad nacional unificada. La nación delega el ejercicio del poder en sus representantes y la voluntad expresada por éstos es la voluntad nacional. El representante no está sujeto a ninguna instrucción ni voluntad preexistente. Por lo contrario. Su voluntad es la voluntad de la nación. Los representantes no son sus mandatarios, son plenamente independientes de sus electores, no pueden delegar sus facultades y gozan de inmunidades en el ejercicio de su cargo.

- 1) *Justificación ética*: El diputado, como miembro de la asamblea deliberante de la nación, representa a la nación sin dejar de ser, por una exigencia ética, el representante *virtual* de sus electores, pero sin sacrificio de su condición de custodio de los intereses nacionales. Esta tesis fue expuesta por Burke, en 1774, en un discurso a los electores de Bristol.
- 2) *Justificación política*: La diversidad de intereses dentro de la comunidad pueden alcanzar, mediante la deliberación y la crítica, un grado de coordinación compatible con el interés de la comunidad en su conjunto. Hay una función política que cumplir, la de hacer posible la unidad política, es decir, la reducción de las diferencias a un solo interés: el de la comunidad política. Fue expuesta por Thomas Paine, Carl J. Friedrich, y, entre nosotros, por Mario Justo López.
- 3) *Justificación por razones de "necesidad material"*:
- Rousseau reconoce como única justificación *la extensión territorial y el volumen de la población* de los Estados modernos, pero la subordina a la existencia de mandato imperativo y a ratificación popular para que sus decisiones puedan tener fuerza de ley. Es una consecuencia de sus ideas contrarias a la representación, pues, a su juicio, la soberanía no se delega y la voluntad general no se representa. El diputado no es representante del pueblo sino su comisario, esto es, su simple mandatario.
 - Sierés fundaba el régimen representativo en "la falta de tiempo necesario" por parte de la mayoría de los ciudadanos para ocuparse de los asuntos políticos.
 - Montesquieu sostiene que *la falta de "populidad"* del pueblo para gobernarse por sí mismo y su necesidad de "ser gobernado" justifica materialmente la representación política.
- 4) ¿A quién representa el representante? Distintas teorías tratan de explicarlo.
- teoría del mandatario representativo*: Sostiene que la idea del mandato condiciona la naturaleza jurídica de la representación. Duguit afirma que existe verdaderamente un mandato, conferido por la nación a través de la elección, y que el Parlamento es el mandatario representativo de la nación. Esta teoría identifica nación con cuerpo electoral, atribuye a la elección funciones de designación y delegación de poder y reconoce a la nación que es una universalidad abstracta, una voluntad y una protesta preexistente a la formación de los órganos legislativos.

7) *Justificación de la representación política*:

8) *Naturaleza jurídica de la representación política*:

9) *Naturaleza jurídica de la representación política*:

- b) *teoría de la representación libre*: Excluye toda idea de mandato en la representación política. No estando el representante sujeto a otra voluntad que la propia, no es representante de los electores, sino de la nación. La nación no es el cuerpo electoral ni la elección otra cosa que un procedimiento de designación, no de transmisión de poder. Los diputados son delegados de la nación y por consiguiente sus representantes. De ahí que la voluntad que expresan valga como expresión de la voluntad nacional. Esta voluntad no es preexistente sino que se identifica con la de los representantes. Esta concepción es conocida como teoría clásica de la representación política.
- c) *teoría de la representación virtual*: El diputado representa a la nación sin dejar de ser el representante implícito de sus electores. No hay mandato ni procuración alguna, los electores no le han transmitido poder alguno, pero éste ejerce la representación virtual de sus deseos y opiniones, en la medida que sean compatibles con su convicción de representantes de la nación y del interés general.
- d) *teoría alemana de los órganos de representación*: Sostiene que las personas o cuerpos encargados de la actividad funcional del poder en el Estado son jurídicamente órganos y aquellos cuya composición resulta del voto del pueblo (órgano primario) son órganos inmediatos y secundarios. Así, los órganos secundarios son órganos de órganos, o, conforme la denominación corriente, son órganos representativos. Entre el pueblo y el Parlamento no existe lazo jurídico alguno al que representa el mandato, la comisión u otra figura análoga. Los representantes no representan a la nación ni a los electores. Sus órganos cuya función y facultades derivan de la Constitución.
- e) *teoría francesa de los representantes como órganos de la nación*: Enunciada por Carré de Malberg, tiene muchos puntos de contacto con la teoría alemana. Difiere de ella, al considerar a los representantes como órganos de la nación, entendiendo que el régimen representativo no es un sistema de representación de la persona y la voluntad nacionales, sino un sistema de organización de la voluntad y de la persona nacionales. El órgano una vez instituido de conformidad con la voluntad nacional, no se comporta como representante de una voluntad superior, sino como el agente libre de la nación. La nación no tiene representantes sino órganos. Su función es expresar su voluntad de modo tal que valga como voluntad unificada. El órgano por tanto, es el autor de la voluntad nacional.

- 1) *Teoría de la investidura:* Expuesta por Hauroiu considera que la representación está en la esencia del Poder y que se explica por la idea de investidura. Lo que los gobernados hacen, mediante la elección, es investir de poder a los gobernantes, quienes lo ejercen con carácter autónomo dentro de los límites de su competencia. La elección no encierra ningún mandato o procuración ni el elector transmite al diputado ningún poder. En realidad, más que representantes deben ser considerados como gestores de negocios.
- 2) *Criterio que impugnan la idea de representación:*
- Kelsen sostiene que se trata de una ficción destinada a ocultar la realidad jurídica que no es otra que la independencia real del Parlamento respecto del pueblo. Se trata de una pura ficción montada sobre la confusión entre la relación de subordinación y la designación. No existe, pues, relación de representación entre el parlamento y el pueblo.
 - Royer-Collard consideraba a la representación una metáfora, toda vez que a su juicio la representación no puede darse más que cuando el representante queda subordinado a la voluntad del representado, es decir: cuando existe mandato imperativo.
- 3) No obstante estos criterios la representación política existe, es una relación de hebra, cuyo fundamento no es jurídico sino político. Tiene origen en una pluricausalidad, debiendo verse en ella una relación de concordancia entre la acción del representante y la opinión o voluntad de los representados.
- 1) En el proceso político real, el diputado se ha convertido en representante de sus electores o del partido político que organizó su elección. Esto ha transformado la primicia esencia del régimen representativo.
- 2) Este se orienta a ser "un régimen de verdadera representación", es decir, de concordancia entre la voluntad del pueblo y la voluntad nacional que expresan las asambleas legislativas. La elección, además de una técnica de designación, adquiere el sentido de consulta a la voluntad popular y los congresos y parlamentos asumen carácter dual, por una parte son el congreso de intereses hostiles, y por la otra la asamblea deliberante de la nación cuya voluntad se expresará en forma de ley, como síntesis de su unidad política.
- 8) *Naturaleza jurídica de la representación política:*
- 9) *Los partidos políticos y la representación:*

31

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

SUMARIO: 1. Concepto de los partidos políticos. 2. La interpretación sociológica (Weber y Neuman). 3. La interpretación psicológica (Pareto, Rohmer, Lowell, Michels y Hatscheck). 4. La interpretación política (Sánchez Agesta y Friedrich). 5. La interpretación jurídica (Kelsen y Jellinek). El criterio de la naturaleza dual de la representación de Friedrich. 6. Clasificación de los partidos según su origen y su estructura (Partidos de génesis parlamentaria y de creación externa al ciclo electoral y parlamentario; de estructura directa e indirecta; de articulación débil y de articulación fuerte; de enlaces verticales y de enlaces horizontales; centralizados y descentralizados; partidos de masas y partidos de cuadro, y sus elementos de base, conforme a Duverger).

I. Los partidos políticos son grupos sociales concretos que tienen por vínculo funcional la dirección de la sociedad a través del Estado. Se organizan en base a la solidaridad de intereses ideales y materiales y existen respondiendo a los móviles políticos de la actividad social humana, como centros de convergencia de las diversas tensiones y presiones que engendran los agrupamientos humanos en su relación con el poder. En su conjunto, reflejan dinámicamente la estructura social, coexistiendo como fuerzas de cooperación y disyunción para el mantenimiento de la vida social, a cuya ordenación concurren participando en la elaboración y cristalización de normas jurídicas e instituciones. Marcan el ritmo interior de la democracia moderna, en la que la política, como forma suprema de la actividad humana, trasvasa lo social a lo político, extendiendo su actividad a todos los campos de la sociedad, cuya transformación busca o por cuya conservación lucha.

La sociedad presenta una trama de intereses contrapuestos, según fines ideales y materiales, que agrupan a los hombres en fracciones antagónicas. Estos intereses se polarizan en tendencias que compiten por el poder, como base para la conducción del gobierno y la trans-

formación social. La fisonomía de estas fuerzas varía desde las que quieren limitar los avances del poder en el campo de la sociedad, restringiendo la dirección de la economía sobre el principio de cooperación armónica de las clases; las que reclaman el aumento del poder, para la regulación planificada de la vida económica, estructurando por medios democráticos una sociedad sin clases; y finalmente, las que postulan el asalto al poder por medios violentos, la implantación de una dictadura de clase, con miras a la transformación de la sociedad y del poder político.

De este modo, los partidos políticos se encuentran íntimamente vinculados al desarrollo y evolución de la sociedad moderna, reflejando la oposición de las fuerzas sociales dentro de cada sociedad global, materializando en los niveles del poder y en forma más o menos visible, el antagonismo entre las clases. Jellinek intuía esta situación, cuando expresaba que la lucha de los partidos políticos, considerada "desde el punto de vista de la doctrina de la sociedad, significaba la lucha de ésta por alcanzar el poder" (1). Se organizan sobre la división en clases de la sociedad y traducen la lucha de clases "en que el sufragio opera como un recuento de hombres" (2), como un balance de las fuerzas orientadas hacia el gobierno con el objetivo de los cambios estructurales. Los partidos son así, los protagonistas de la escena del poder, en el desarrollo del drama de la revolución de nuestro tiempo. Como expresión de realidades sociológicas de contenido esencialmente político, su reconocimiento jurídico deriva de la estructura de poder del Estado moderno, vinculándose, en cuanto típicas formaciones modernas, al principio de la igualdad política, a la conquista gradual del sufragio universal, a los cambios internos y externos de la representación parlamentaria y congresional y a la estructura de clases de la sociedad moderna y contemporánea.

La Sociología y la Psicología explican el hecho de su existencia como fuerzas que despliegan poder social hacia la conformación del Estado; la Política, el de su misión como instrumentos de poder; y el Derecho, el de su naturaleza jurídica y su interrelación con el Estado.

La convergencia de estos elementos explica el variado contenido de las definiciones que se han formulado. Así, para Burke, el partido político es "un núcleo de hombres unido para promover, mediante un esfuerzo conjunto, el interés nacional, sobre algún principio particular

(1) George Jellinek, *op. cit.*, pág. 83.

(2) Luis Sánchez Agesta, *op. cit.*, págs. 155 y ss.

en el cual están todos de acuerdo" (3). Para Bluntschli, los partidos son "la expresión y la manifestación natural y necesaria de los grandes resortes ocultos que animan a un pueblo" (4), siendo condiciones de la vida política, como una fracción del todo social. Jellinek dice que los partidos políticos "son, por su naturaleza, grupos que mediante convicciones comunes relativas a ciertos fines del Estado tratan de realizar estos fines concretos" (5). Cabe señalar que tanto Bluntschli como Jellinek no los consideran instituciones de derecho público, sino de la política, no estimándolos parte del organismo del Estado, sino fuerzas sociales, porque tal fue su origen en la sociedad moderna. De fuerzas sociales, han pasado a constituir las fuerzas políticas vitales de la estructura del Estado contemporáneo.

Por su parte, Merriam y Cosmell expresan que "el partido puede ser considerado como un tipo de grupo social, primariamente vinculado con el control social ejercido a través del gobierno. Descansa sobre tendencias psicológicas fundamentales, sobre intereses sociales y económicos, desarrolla su organización propia y atuye su personal, adquiere su standard profesional y su técnica profesional y, a su tiempo, sus tradiciones, tendencias y predisposiciones" (6) pudiendo ser estimado como una parte del gobierno mismo. En su relación con el poder, Brooks los define como "una organización voluntaria de individuos o agrupaciones de individuos que, como su función característica, nombra a algunos de sus líderes como candidatos para los cargos públicos, apoyándolos en sus esfuerzos para obtener los mismos" (7).

Las diversas concepciones pueden agruparse en cuatro grandes categorías, que corresponden a los criterios interpretativos que pueden formularse:

a) la interpretación sociológica, según la cual los partidos políticos son producto de las fuerzas sociales y de la lucha de clases, y resultado de la integración social de los grupos segregados, que se orientan hacia el poder teniendo como objetivo su control;

b) la interpretación psicológica, según la cual los partidos son producto de los impulsos y tendencias existentes entre los hombres; de

(3) Edmund Burke, *The political parties of to-day*; New York, 1924, pág. 9.

(4) J. G. Bluntschli, *Derecho Público Universal*, versión cart. de A. García Moreno, Ed. F. Góngora y Cía., Madrid, 1880, t. III, pág. 308.

(5) George Jellinek, *op. cit.*, pág. 83.

(6) Charles E. Merriam y Harold F. Cosmell, *The American Party System*, Nueva York, 1933, pág. 196.

(7) Robert C. Brooks, *Political Parties and Electoral Problems*, Nueva York, 1933, pág. 14.

su instinto de lucha y su tendencia a la dominación, siendo éste el substrato sobre el cual los sentimientos, pasiones e intereses, en correspondencia con el ciclo vital humano, conforman el comportamiento individual que encuentran expresión en, y a través de los partidos.

c) la interpretación política, que los considera agrupaciones destinadas a proporcionar la clase o estamento gobernante y obtener el control del gobierno para realizar sus fines ideales y materiales, postulando candidatos y formulando doctrinas y programas políticos;

c) la interpretación jurídica, que ve en los partidos políticos organizaciones de derecho público, necesarias para el desenvolvimiento de la democracia representativa, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral y con la estructura del Estado, de la que los partidos son parte integrante (8).

2. — Desde el punto de vista sociológico, Max Weber, en su obra monumental *Economía y Sociedad*, señala que los partidos políticos "son formas de socialización que descansando en un reclutamiento formalmente libre, tiene como fin proporcionar poder a sus dirigentes y otorgar por ese medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o materiales", tales como la realización de fines objetivos o el logro de ventajas personales, o ambas cosas. Pueden ser efímeros o de cierta duración; revestir el carácter de séquitos carismáticos, servidumbres tradicionales o de adhesión racional con arreglo a fines o valores, "según una concepción del mundo". Por su orientación pueden perseguir intereses personales o fines objetivos. Los partidos de patronazgo se dirigen de hecho al "logro del poder para el jefe y la ocupación de los puestos administrativos en beneficio de sus propios cuadros". Los partidos de estamentos y clases y los partidos ideológicos, están crinétados por intereses de estamentos o clases, o por fines objetivos concretos o por principios abstractos y sólo accesoriamente la conquista de los puestos administrativos en favor de sus miembros. Los primeros constituirían los partidos arcaicos y las fracciones; los segundos, los partidos propiamente dichos.

(8) Segundo V. Linares Quintana, *Los partidos políticos instrumentos de gobierno*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1945, pág. 67. En este importante trabajo, sin lugar a duda el más completo que se haya publicado en la Argentina, Linares Quintana proporciona el encuadramiento que formulan Merriam y Gossell, también responsable, como una agrupación encarnada a proporcionar candidatos y políticas, como el producto de las fuerzas sociales e industriales o como una agencia necesaria del control popular en las condiciones actuales (conf.: pág. 73).

Los partidos buscan la dirección política de la sociedad empleando toda clase de medios para el logro del poder y están formados por tres elementos: a) dirigentes, b) los miembros activos que actúan como aciamantes o como instancias de control, discusión o reorganización, y c) las masas no activamente asociadas "y que sólo son objeto de solicitud en épocas de elección o votación", interesando su opinión únicamente "como medio de orientación para el trabajo de reclutamiento del cuadro dirigente en los casos de lucha efectiva por el poder".

Según su organización, los partidos pueden pertenecer a los siguientes tipos: 1) carismático-plebiscitario (fe en el caudillo o líder); 2) tradicional (apego al prestigio social del dirigente o individuo prominente); y 3) racional (según un grado de consentimiento o adhesión a fines objetivos o valores; o bien adhesión al dirigente o cuadro administrativo con arreglo a estatutos).

El funcionamiento económico de los partidos determina —según Weber—, la dirección material de la conducta del partido "y cómo se reparte su influencia; es decir, si proviene de contribuciones pequeñas de las masas, de un mecenazgo ideológico, de compra (directa o indirecta) interesada o de imposiciones sobre las probabilidades proporcionadas por el partido". El partido no puede ser una asociación cerrada, teniendo por características la voluntariedad y la libertad.

Debe darse el nombre de fracciones: a) a los partidos o bandos que se producen en las asociaciones religiosas o carismáticas, donde aquéllos revisten al carácter de sectas cismáticas; b) a los partidos o bandos que surgen en las asociaciones patriarciales; c) a los grupos de pretendientes a feudos y cargos que se reúnen en torno al pretendiente al trono y que se enfrentan en las asociaciones estamentales; d) a los séquitos y clientelas personales, a las familias o clanes que actúan en las ciudades-estados aristocráticas; e) a los grupos que actuaron en los tipos antiguos de democracia, rodeando a un dirigente o a una familia de dirigentes, dentro de la sociedad esclavista.

Los partidos nacieron con las instituciones representativas: a) típicos partidos de patronazgo son los partidos norteamericanos (Partido Republicano y Partido Demócrata). Con ingredientes que los orientan hacia fines objetivos, los partidos conservadores y los antiguos liberales; b) los típicos partidos de clase son los neoliberales que agrupan a la clase media, y los partidos socialistas y comunistas.

La base financiera juega un papel importante: 1) el mecenazgo es característico, aunque no exclusivo, de los partidos burgueses; b) la contribución directa de los afiliados y simpatizantes es característico,

entre la "plutocracia de los candidatos; la dependencia de los candidatos de la burocracia (máquina) del partido; o la dependencia del partido y de los candidatos de mecenazos (o grupos de intereses) ubicados fuera del partido" (9).

La acción de los partidos "va siempre dirigida a un fin metódicamente establecido, tanto si se trata de un fin objetivo —realización de un programa con propósitos ideales o materiales—, como de un fin "personal" —prebenda, poder—, y como consecuencia de ello, honor para sus jefes y ventajas para sus secuaces, o todo esto a la vez".

Cada tipo histórico de Estado tiene sus grupos políticos, cada estructura de poder es engendrada y a la vez engendra fuerzas políticas que prevalecen o procuran prevalencia. Los engendran intereses que pueden ser puros intereses de estratos o grupos prevalentes, puros intereses de clases, o mixtos. Por ello, "la estructura sociológica de los grupos políticos es necesariamente diversa y varía de acuerdo con la estructura de poder por cuya influencia lucha", de acuerdo con el sistema y la organización social, su estratificación y articulación (rangos, estados, estamentos o clases) y los intereses en pugna.

Los medios para alcanzar el poder pueden ser: a) la violencia, el dinero, la sugestión de la palabra, el engaño, la propaganda, etc.; y b) la captación del sufragio por procedimientos de persuasión, convicción o técnicas de sustitución del voto, etc. Pueden tener por finalidad, por último, "la formación de una nueva dominación (nacional o internacional) o influir sobre las ya existentes" (10).

En la corriente sociológica, Neuman considera al partido político como "la organización articulada de los agentes activos de la sociedad, interesados en el control del gobierno y que compiten por el apoyo popular con otro u otros grupos que mantienen criterios distintos", siendo el gran intermediario "que sirve de enlace entre las fuerzas sociales y las instituciones del gobierno y encauza estas fuerzas hacia la acción política dentro de la colectividad" (11). Tienen por función: representar a los grupos sociales, organizando la voluntad popular me-

(9) Max Weber, *op. cit.*, t. I, págs. 299 y ss.

(10) Max Weber, *op. cit.*, t. IV, págs. 64 y ss.

(11) Federico G. Gil, *Partidos Políticos*, Imprenta de la Universidad, Córdoba (R.A.), 1958, pág. 7, y Sigmund Neuman, *Hacia un estudio comparativo de los partidos políticos*. El profesor de la Universidad de North Carolina (EE.UU.) expone con autoridad el pensamiento de Neuman, particularmente el contenido de la clasificación en partidos de representación individual y partidos de integración social propia de Neuman.

diente la exposición y clarificación de las ideas políticas; educar cívicamente a los ciudadanos para hacer buen uso de la herramienta cívica que es el voto; servir de enlace entre el gobierno y la opinión pública, instrumentando la interacción entre los individuos y el gobierno; e intervenir activamente en el proceso de selección de los gobernantes.

Neuman distingue entre partidos de "representación individual" y partidos de "integración social". El primero es el resultado de "una clase media ansiosa de independencia, que luchaba por su liberación de las cadenas feudales y por el derecho de representación para poner freno al absolutismo monárquico". A su influjo se opera la emancipación individual y adviene la moderna articulación de las clases. El liberalismo produjo la desintegración social y a partir de la mitad del siglo XIX, al lado de los partidos conservadores y liberales, prototipos del partido de representación individual, comienzan a aparecer el socialismo y finalmente el neo-liberalismo o liberalismo social "ofreciendo respuestas diversas al problema crucial de nuestro tiempo" (12).

La crisis moderna hace que surja así un nuevo concepto de partido, el de integración social, el partido de masas, el partido de ideologías, el partido "que cuenta con el apoyo de la masa porque se ha apoderado de una gran parte de su vida social" (partidos socialistas, demócratas-cristianos, etc.), que tienen como objetivo "asegurar al individuo su lugar en la sociedad e incorporarlo plenamente a la misma". Esto es "consecuencia natural de la extensión y constante crecimiento de las funciones públicas en esta sociedad reintegrada del siglo XX".

Estas formaciones modernas se caracterizan por poseer: a) una masa permanente de miembros; b) su financiación a base de cuotas de afiliados; c) disciplina y organización de dirigentes y cuadros abiertos; d) alineamiento clástico del cuerpo electoral; e) una definición ideológica de la sociedad y del poder, y f) una amplia participación en actividades socio-económicas.

Así como los partidos de representación individual predominaron cuando el campo político era restringido, por el sufragio limitado, reduciéndose la actividad política al mero ejercicio del voto por sectores reducidos de la población en períodos preestablecidos, con la única finalidad de elegir representantes sin responsabilidad ante el cuerpo electoral; los partidos de integración social predominan en la sociedad de masas, de general democratización política, estructurada sobre la base del sufragio universal, en la que el campo político es abierto y vasto.

"El partido político moderno, cuando se desarrolla en su plenitud, dice Federico Gil, opera dentro de tres círculos concéntricos: se basa en

principio en la lealtad personal; se manifiesta a través de numerosos grupos dentro del país, y por último su ideología traspasa los límites fronte- rizos para convertirse en internacionales" (12 bis).

Jellinek formula su clasificación de los partidos políticos, en base a criterios de predominio social de grupos determinados. Distingue así, entre partidos reaccionarios, integrados por los grupos que han perdido el predominio en la sociedad y en el Estado; partidos conservadores, integrados por los grupos en los que coinciden el poder que ejercen con el poder social; y partidos progresistas, integrados por aquellos grupos que no han llegado aún o se encuentran alejados del poder (13).

El fundamento sociológico de los partidos políticos, resulta, para Alfredo Poviña, "de su ubicación dentro del cuadro de los procesos sociales, del que forman parte como un medio o manifestación de conflicto y rivalidad, cuyo contenido es de naturaleza política. El partido existe para la lucha, siendo su fin último la organización de la voluntad estatal, por decisión de la voluntad popular. Es el órgano de la lucha en el campo político, que desempeña una función semejante a la competencia en la esfera económica o el litigio en la vida jurídica. Su acción constituye una lucha social. Es la fórmula política del conflicto de los grupos, o usando el lenguaje de Tarde, "la oposición política de los poderes interiores". La base sociológica del partido es el instinto de lucha y la tendencia a la dominación; tienen un origen natural, ya que nacen de la sociedad y no se hacen por la obra de algunos individuos" (14).

A su juicio, los partidos políticos tienen dos propósitos: cristalizar el juicio racional y la voluntad colectiva, y polarizar las diferentes corrientes sociales. La estratificación de la sociedad, la articulación en clases de la estructura social moderna y la lucha entre ellas, no es invento ni descubrimiento del marxismo. "Por lo que a mí se refiere —escribía el propio Marx a J. Weydemeyer el 5 de marzo de 1852—, no me cabe el mérito de haber descubierto la existencia de las clases en la sociedad moderna ni la lucha entre ellas. Lo que yo he aportado de nuevo ha sido demostrar: a) que la existencia de las clases va unida a determinadas formas de la producción; 2) que la lucha de clases conduce, necesariamente, a la dictadura del proletariado ;) que esta misma dictadura no es de por sí más que el tránsito hacia la abolición de todas las clases y hacia una sociedad sin clases" (15).

(12 y 12 bis) F. G. Gil, *op. cit.*, pág. 12.

(13) George Jellinek, *op. cit.*, págs. 83 y ss.

(14) Alfredo Poviña, *Estructura sociológica de los partidos políticos*, en "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", 1937, t. 8, págs. 247 y ss.

(15) C. Marx y F. Engels, *Obras escogidas*, t. II, págs. 424/5, ed. española.

De esto surge que solamente puede considerarse marxista quien crea "que la lucha de clases conduce, necesariamente, a la dictadura del proletariado", principio oracular que sirve de soporte a la estructura de poder del Estado totalitario soviético actual.

Para los comunistas, no sólo los partidos liberales o neo-liberales están alineados junto a los partidos reaccionario-fascistas, sino los partidos socialistas democráticos, a los que califican de socialistas de derecha, o simplemente de "embaucadores de la clase obrera". Los consideran "recaderos del imperialismo" al servicio del capital nacional o internacional, cuya función consiste en dividir a la clase obrera y estrangular la lucha revolucionaria. Los socialistas democráticos, según ellos, traicionan al movimiento obrero. Son, de acuerdo a su criterio dogmático, partidos burgueses en el seno de la clase obrera. El número de comunistas, que antes de 1939 era de 5 millones y se eleva actualmente a 25 millones (16), pone de relieve la técnica del partido comunista organizado sobre la base de células, y con pretensión de constituir: a) el destacamiento de vanguardia consciente y marxista de la clase obrera; b) un destacamiento sólido y monolíticamente organizado con rígida unidad de programa, estrategia y táctica, con ferrea unidad de acción; c) la más rigurosa disciplina en el mantenimiento de la unidad partidaria y en la acción, como condición de su naturaleza de fuerza de combate; d) la crítica y autocritica interna para corregir oportunismos, debilidades, desviaciones o transigencias; e) la aplicación del principio leninista de dirección colectiva en todas las jerarquías vassicales; f) la más íntima vinculación con las masas, adecuando los medios al objetivo. Milovan Djikas considera que el mecanismo de dominación comunista "es acaso, el más sencillo que imaginar se pueda, aunque conduce a la tiranía más refinada y a la explotación más brutal". "Únicamente en el partido comunista es obligatoria para todos sus miembros la "unidad ideológica", es decir, un concepto idéntico para todos del mundo y del desarrollo de la sociedad. Las consecuencias sociales de la unidad ideológica han sido trágicas, la dictadura de Lenin fue severa, pero la de Stalin se convirtió en totalitaria". Es la muerte de toda libertad en la sociedad, la reaparición de un despotismo a lo oriental, que impone, prescribe e interpreta el dogma, con métodos brutales de control sobre todos los grupos sociales. La naturaleza de los partidos comunistas y de su ideología los lleva inevitablemente al "control del Partido sobre la sociedad, la identificación del gobierno y del aparato gubernamental por el Partido. Tanto, que una dictadura militar en un

(16) F. V. Konstantinov, *El materialismo histórico*, *op. cit.*, pág. 142.

comunista, tanto en la U.R.S.S. como en sus satélites, pero más claramente en estos últimos "encuentrase insseguro, en un mar agitado de profundo descontento. Aunque la historia no recuerda ningún otro régimen que con tanto éxito como la dictadura haya logrado hacer desaparecer toda oposición visible, ningún régimen tampoco, ha provocado un descontento tan general y de tan largo alcance. El totalitarismo comunista conduce a un descontento total, en el cual se desvanecen gradualmente las diferencias de opinión salvo la desesperación y el odio. La resistencia espontánea —el descontento de millones de gentes por los detalles cotidianos de la vida—, es la única forma de resistencia que los comunistas no han podido aniquilar" (17).

3. — El punto de vista psicológico, que considera a los partidos productores de los impulsos y tendencias existentes entre los hombres, está relacionado con el pensamiento de Vilfredo Pareto y "su concepción mecanicista, individualista nominalista, fundada en una psicología sumaria de los instintos" (18). En sus obras: *Cours d'économie politique*, Lausana, 1896-7; *Les systèmes socialistes*, París, 1902-3; *Manuale di economia politica*, Milán, 1906, y *Traité de sociologie générale*, París 1917, Pareto desenvuelve sus teorías, que nutrieron el fascismo italiano, habiendo merecido el apodo de "Carlos Marx de la burguesía". Considera que "una forma de sociedad está determinada por todos los elementos que sobre ella influyen; a su vez, la forma reacciona contra esos elementos", constituidos por condiciones geográficas o ambientales, internas de un sistema social, como la raza, los sentimientos, ideologías, etc. —(*Traité*, IV, págs. 2060)—, por factores económicos, la heterogeneidad de los seres humanos, los residuos (móviles, instintos, reflejos o complejos) y las derivaciones (reacciones verbales, ideologías), la movilidad social y la circulación de las élites.

Las clases sociales, a juicio de Pareto, son el mero reflejo de la heterogeneidad social. "Que esto plazca o no a ciertos teorizadores, es un hecho que la sociedad humana no es homogénea; los hombres son diferentes, físicamente, moralmente, intelectualmente. Aquí queremos estudiar los fenómenos reales. Por consiguiente, debemos tener en cuenta este hecho". "También debemos tener en cuenta otro hecho, y es que las clases no están enteramente separadas y que en las modernas naciones civilizadas, se produce una circulación intensa entre las diferentes clases". "Supongamos —dice—, que en todas las ramas de la acti-

(17) Milovan Djilas, *op. cit.*, págs. 27 y ss.
(18) C. Gurvitch, *op. cit.*, pág. 111.

vidad humana se atribuye a cada individuo un índice que señala sus capacidades casi de la manera en que se dan puntos en los exámenes de las diferentes asignaturas que se enseñan en las escuelas. Por ejemplo, al que se destaque en su profesión le daremos 10. Al que no logre tener un solo cliente le daremos 1, de manera de poder dar 9 al que es verdaderamente cretino. Al que sabe ganarse millones, ya sea bien o mal, le daremos 10. Al que gana miles de francos, le daremos 8. Al que llega justamente a no morir de hambre, le daremos 1. Al que está hospitalizado en un asilo de indigentes, le daremos 0". "Y tenemos, entonces, una clase con los que tienen los índices más elevados en la rama en que despliegan su actividad y damos a esta clase el nombre de élite"; "Tenemos entonces dos capas en la población: 1) la capa inferior, la clase extraña de la élite; 2) la capa superior, la élite, que se divide en dos: a) la élite gubernamental, y b) la élite no gubernamental".

El equilibrio social depende de la conducta y acciones humanas, las que a su vez dependen de sus "móviles", distinguiéndose aquellos constantes como "residuos" que son "la manifestación de los instintos y de los sentimientos, así como la elevación del mercurio en un termómetro es la manifestación de una elevación en la temperatura" (*Traité*, v. I, cap. VI, págs. 842 y ss., y v. II, cap. XI). Son elementos constantes en toda sociedad y pueden ser: 1) residuos de combinaciones (combinaciones físicas y mentales entre varias cosas); 2) residuos de persistencia de los agregados (móviles que conservan las relaciones del hombre con los otros hombres y con los lugares y símbolos); 3) residuos respecto a la socialibilidad (móviles que imponen uniformidad a los miembros de un grupo, sociedad o facción); 4) residuos de la manifestación del sentimiento por actos externos (exaltación religiosa, agitación política, etc.); 5) residuos de la integridad de la personalidad (conservan nuestra personalidad contra la alteración); y 6) residuos sexuales. La distribución de estos residuos es variable respecto de los individuos y de los grupos y toda modificación esencial en la distribución opera un cambio en la forma del sistema social (19).

Las acciones humanas son una manifestación de los residuos y asumen dos formas principales según que sean instintivas o automáticas o procesos psíquicos conscientes que generan reacciones o "derivaciones" verbales e ideológicas. Los residuos se transforman, así, en "el padre de las ideologías".

Los intereses económicos, la heterogeneidad de los seres humanos

(19) P. Sorokin, *op. cit.*, pág. 40.

y la estratificación social, conjuntamente con el hecho de la circulación de las élites, son elementos que influyen en la forma del sistema social. Pero, a estar al substratum psicológico, su fuerza motor está constituida por los residuos, es decir, por los móviles del orden instintivo que impulsan la actividad humana. Desde este punto de vista, los partidos serían producto de los residuos del instinto de lucha y del sentimiento de dominación, que exteriorizan la persistencia de los agregados y la sociabilidad.

De algún modo, las teorías de Pareto son tributarias del pensamiento de Federico Rohmer, quien en 1842 formuló su teoría de los partidos. "Para conocer lo que es el cuerpo del Estado —dice Rohmer—, estudio las cualidades esenciales del alma humana; para explicar su vida, debo investigar las leyes de su desenvolvimiento" (20).

Blunstchli, quien llega a hacer extensivo no sólo a los partidos sino a toda la política el principio psicológico "de las fuerzas variables del alma en la sucesión de las edades", expone las ideas de Rohmer, que pueden resumirse en las siguientes (21):

1) el hombre se desarrolla sucesivamente siguiendo la serie de las edades que tienen cada una su carácter propio. Hay una ley psicológica de las edades de la vida humana. Los partidos se distinguen entre sí, simultáneamente, por diferencias que corresponden exactamente a aquellas edades;

2) el hombre nace, crece, se desarrolla y declina, pasando de la infancia a la juventud, de ésta a la madurez, para llegar a la vejez. El hombre joven y el hombre maduro ocupan la cúspide de la vida natural, plenos de fuerzas creadoras, productivas, activas y viriles. El hombre joven responde al liberalismo y el hombre maduro al conservadurismo;

3) la infancia aspira a la virilidad, domina las fuerzas receptivas, su imaginación es viva pero su razón es insuficiente. Estos rasgos son los del radicalismo;

4) la vejez es la declinación de las fuerzas viriles, y domina la tiranía, la astucia y el espíritu de combinación: esta es la imagen del partido absolutista (o reaccionario);

5) el gobierno pertenece a liberales y conservadores. Los otros dos partidos extremos "no tienen en el Estado más que una importancia subordinada". "Rohmer quiere que el joven liberalismo guíe al radicalismo, y que el sabio conservador modere a los reactionarios".

(20) Friedrich Rohmer, *Lehre von den Politischen Parteien*. Zurich, 1844.

(21) J. G. Blunstchli, *op. cit.*, págs. 346 y ss.

A la observación que se formula contra esta teoría de que en los partidos hay hombres de distintas edades, y que los partidos se agrupan según doctrinas, principios ideológicos, aspiraciones y no según edades, revistiendo por consiguiente carácter de pueril y falsa, se responde: a) todos los hombres pasan por las distintas edades de la vida, con sus distintos caracteres determinantes del comportamiento, pero el hombre no es sólo un ser natural, sino un ser de espíritu; b) hay hombres que continúan perpetuamente niños, y otros que desde su juventud tienen madurez. "Alcibiades era todavía un niño a la edad de hombre; Augusto en la adolescencia, era un anciano; Pericles conservó su juventud hasta la tumba, y Escipión fue toda su vida un hombre". "Por tanto, la elección de partido y la influencia que en él se ejerce dependen más aún de las disposiciones individuales que de la edad. Ciertos individuos son conservadores y otros liberales por naturaleza"; c) "Si pudiéramos penetrar la envoltura humana, y reconocer la oculta individualidad podríamos indicar con certeza el partido a que cada cual pertenece por su naturaleza individual". La causa última de los partidos radica en la diversidad de las naturalezas individuales.

A Lawrence Lowell, en 1923, acomete la empresa de penetrar en lo íntimo de las disposiciones individuales. En su libro *Públic Opinion in War and Peace*, divide a los hombres respecto de la situación presente en: satisfechos e insatisfechos, y con relación a la posibilidad de mejoras en: optimistas y pesimistas. La combinación de estos estados psicológicos o disposiciones individuales respecto del presente y del futuro, le permiten inferir que los satisfechos y optimistas, son liberales; los satisfechos y pesimistas, son conservadores; los insatisfechos y optimistas, son radicales (socialistas); y los insatisfechos y pesimistas, son reaccionarios.

Si situarmos los liberales y los radicales (socialistas) a la izquierda, y los conservadores y reaccionarios a la derecha, podríamos señalar como tendencias del electorado, las siguientes:

a) si hay grandes sectores de insatisfechos y pesimistas, se inclinarán hacia las derechas;

b) si hay grandes sectores de insatisfechos y optimistas, se inclinarán hacia las izquierdas;

c) si hay grandes sectores de satisfechos y optimistas, se inclinarán hacia las izquierdas, y

d) si hay grandes sectores de satisfechos y pesimistas, se inclinarán hacia las derechas.

Lowell, evidentemente influido por Rohmer, modifica la teoría de

éste sobre el ciclo de las edades, estableciendo que es más fácil el cambio de una disposición individual que de dos, y en consecuencia, que es más fácil que un liberal se vuelva conservador, que un reaccionario se vuelva liberal.

Sobre la suma de estos elementos, Lowell distingue entre un gobierno estable de uno inestable, y entre un gobierno progresista y uno no progresista. Así:

a) cuando en un gobierno hay mayoría liberal y conservadora y minoría radical (socialista) y reaccionaria, estima que el gobierno es estable;

b) cuando en un gobierno hay mayoría radical (socialista) y reaccionaria y minoría liberal y conservadora, considera que el gobierno es inestable;

c) cuando existe mayoría liberal y radical (socialista) y minoría conservadora y reaccionaria, el gobierno es progresista;

d) cuando existe mayoría conservadora y reaccionaria y minoría liberal y radical (socialista), el gobierno no es progresista.⁽²²⁾

Dos tendencias completarían la interpretación psicológica: las llamadas ley de Michels, de petrificación de la dirigencia, y la ley Hirschman, de desintegración del partido en el poder.

Robert Michels⁽²³⁾ señaló la tendencia oligárquica de la dirección de los partidos, que permite que una reducida minoría activa se apodere, de hecho, de la dirigencia, particularmente en los partidos proletarios, percibiendo que por sobre una apariencia democrática se da una realidad oligárquica. La base de legitimidad de la jefatura de los partidos contemporáneos está en la elección, y la estructura de los partidos sigue líneas democráticas, tanto por necesidades teóricas como prácticas. Pero estas últimas, conducen, poco menos que inevitablemente, a formas oligárquicas. Esto se ve facilitado por la tendencia natural de los dirigentes "a conservar el poder y acrecentarlo" a lo que los "miembros del partido no oponen obstáculo reforzando esa tendencia, por lo contrario, con el culto a los jefes". "Sin embargo —dice Duverger⁽²⁴⁾—, se esfuerzan por conservar la apariencia democrática: los procedimientos autoritarios y oligárquicos se desarrollan generalmente sin tener en

(22) A. Lawrence Lowell, *Public Opinion in War and Peace*, New York, 1923, cap. VII.

(23) Robert Michels, *Political Parties* (Glencoe, III, Free Press, 1949). Véase: F. G. Gil, *op. cit.*, pág. 29, y C. J. Friedrich, *op. cit.*, pág. 300.

(24) Maurice Duverger, *Los Partidos Políticos*, traducción de Julieta Campanos y Enrique González Fedrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pp. 162 y 163.

cuenta los estatutos, por una serie de procedimientos desviados, pero eficaces". "Como todos los grupos humanos, los partidos son conservadores: no cambian fácilmente su estructura, incluso si la evolución los empuja a ello. El carácter democrático de algunos procede a menudo del hecho de que nacieron antes de que se hubieran perfeccionado los procedimientos de organización más autoritarios".

Michels estudió, en 1910, la estructura de los partidos socialistas, particularmente la socialdemocracia alemana, observando el carácter conservador de las masas; su inclinación por los viejos dirigentes "desconfiando de las caras nuevas". Esto permite el mantenimiento en la dirección de los partidos de viejas figuras, que llegan a formar camarillas de hecho, círculos estrechos y cerrados de difícil acceso, verdaderos clanes en torno a una figura dominante, que manejan los resortes vitales del partido. Este tipo de oligarquías personales, debe distinguirse de la oligarquía de tipo institucional, constituida por la burocracia partidaria, y de la conocida como "equipo de dirección". A su respecto, dice Duverger que su carácter distintivo "es la igualdad relativa de sus miembros, el hecho de que las solidaridades se desarrollan horizontal y no verticalmente. La formación de estos equipos sigue muy diversos caminos. Pueden ser fruto de un pacto deliberado entre algunos hombres, que pertenece generalmente a una generación joven, que se unen para "sacudir el cocomero", quitar los puestos de dirección a los viejos y monopolizarlos a su favor"⁽²⁵⁾. Pero lo general es el círculo de dirigentes que conforma el grupo ejecutivo, que una vez hecho a sus funciones no abandona voluntariamente la dirección agenciándose los medios para una reelección indefinida, o en el peor de los casos, para no perder su gravitación e influencia en la vida del partido. El ritmo interior del poder lleva naturalmente a la oligarquía, ésta al envejecimiento de los cuadros y al planteo de luchas generacionales, que de tiempo en tiempo explotan en forma de escisiones, rupturas o desgarramientos. Es un hecho comprobado que la base de los partidos socialistas, por envíos, celos, sentido de inferioridad o bien por autodefensa de los cuadros, o responsabilidad por el patrimonio moral del partido, dificultan la acción y ponen obstáculos al surgimiento de los elementos jóvenes, no gustando de "los ascensos rápidos". Hay que seguir un lento *cursus honorum* para llegar a puestos de verdadera dirección: hay que "hacer

(25) Maurice Duverger, *op. cit.*, págs. 181 y 196. En esta obra fundamental, que penetra en lo hondo de la estructura de los partidos políticos, se muestra objetivamente el desarrollo del mecanismo de obediencia que caracteriza a los partidos de masas, sobre la base de un crecimiento de la obediencia psicológica.

cia y facilita la oligarquía de los jefes.

Esa tendencia se agrava cuando el partido está en el poder, momento en que las posiciones ideales, deben ceder paso a las consideraciones materiales. El desgaste del partido en la conducción política del Estado, la necesidad de transigir tanto con los adversarios como con los intereses concretos, la fricción interna entre los que consideran que se producen apartamientos de los principios y formulaciones ideológicas y programáticas, el predominio de la realidad sobre la teoría, le han permitido a Hatscheck enunciar como regla que: "cuanto más viejo es un partido, tanto más pronunciados son sus intereses", y su natural desintegración por el ejercicio del poder. El poder es un ácido que prueba el metal de los partidos y que debilita el vigor de sus ideologías, al ponerlos frente a frente con la realidad del gobierno efectivo y los hechos concretos de la vida. La impotencia para realizar los proyectos concebidos en el papel, el abatimiento y la decepción de los afiliados y de la masa al percibir la distancia que media entre las promesas y las realizaciones, las dificultades que existen y lo arduo que resulta moverse en medio de las pretensiones, tensiones y presiones de los grupos de intereses que configuran la realidad social, económica y política, ocasionan la ruptura del equilibrio interno, y conducen a la desintegración gradual de los partidos.

4.- La interpretación política, a su turno, relaciona a los partidos con su función de proporcionar el núcleo dirigente, o captar y conservar el control del gobierno. En la primera de estas corrientes, Sánchez Agesta⁽²⁶⁾ examina el concepto de "estamento o clase política" para comprender, a partir de él, el de los partidos. Tomando como base el dato proporcionado por Mosca, de que "en todo grupo político el elemento humano se divide en dos grandes grupos: los gobernantes, que desempeñan las funciones políticas, monopolizan el poder y disfrutan de todas las ventajas inherentes (el Estado oficial o visible); y los gobernados, que viven a la sombra de la actividad política que el grupo anterior desenvuelve", considera misión específica de las agrupaciones políticas proporcionar la "clase" gobernante, es decir, la pequeña minoría que domina la organización política.

Ese círculo minoritario, estamento o "clase" gobernante, surge "de la estructura minoritaria consustancial al poder de autoridad"; de la necesidad de un centro unitario de decisión, que reviste en la realidad

y en todos los casos una formación aristocrática u oligárquica; y de sus aptitudes o condiciones personales. Dentro del grupo que los selecciona, sus "valoraciones e ideales son los preponderantes y decisivos", "y poseen esa calidad personal que designamos como vocación política, voluntad responsable para decidir libremente, dotes de organización, diseño de imprimir en el mundo externo y en la conducta de los demás, la propia voluntad". "Al advenimiento de las democracias nacionales —dice Sánchez Agesta—, es todo el pueblo el sujeto en potencia del poder público, pero de hecho se ejerce por una minoría reclutada en su seno a través del sufragio. Es característica del estamento político contemporáneo que esté organizado por medio de los partidos políticos, que constituyen una escuela de educación y un vivero de formación y selección de los que han de ejercer el dominio y un instrumento de conquista y defensa del poder".

Entiende así, que los partidos políticos son formas de organización del estamento político. Su fin inmediato "es la posesión y el ejercicio del poder para establecer, reformar o defender un orden como articulación de los fines que responde a las convicciones comunes de sus miembros".

En su estructura se pueden distinguir los elementos personales, constituidos por los líderes o dirigentes (directorio o plana mayor), los miembros activos (militantes) y los miembros pasivos (afiliados o adherentes no activos); y el elemento espiritual o ideológico, constituido por el programa. Tienen por función seleccionar los dirigentes, presentando candidatos al sufragio del cuerpo electoral y establecer sus cuadros internos dotándose de organización interna y externa. Como medios para esos fines primordiales, debe propagar el programa político, crear estados de opinión mediante la divulgación y propaganda, interviniendo en el contralor de la obra de gobierno.

En cuanto a su relación con el Estado, puede distinguirse el régimen del Estado liberal de partidos, en los que tienen vida extraconstitucional y legal, manifestándose como facciones, grupos o partidos parlamentarios; el régimen plural de partidos, en que media reconocimiento de su carácter institucional con o sin encuadre estatutario; y finalmente el régimen del Estado de partido único, que reconoce como etapa intermedia el partido insurreccional que actúa como anti-partido, y que se confunde con el Estado, del que en definitiva se transforma en órgano exclusivo para los fines puramente políticos. Respecto de su regulación, pueden apenas estarlo por la costumbre o los usos políticos, como en Gran Bretaña; existir un principio de contralor como en

(26) Luis Sánchez Agesta, *op. cit.*, págs. 155 y ss.

los Estados Unidos, o poseer un claro encuadramiento estatutario, como en Francia y la Argentina.

Vinculándolos directamente con sus objetivos de conquista del poder político, Carl J. Friedrich (27) define a los partidos políticos como "un grupo de seres humanos que tiene una organización estable con el objetivo de conseguir mantener para sus líderes el control del gobierno y con el objetivo ulterior de dar a los miembros del partido, en intermedio de tal control, beneficios y ventajas ideales o materiales". Considera, por consiguiente, que la presa por la que luchan los partidos es el control real del gobierno; y más que para ellos, para sus líderes. Ese fin es expansivo, lo que se comprueba observando que los partidos viven independientemente de sus programas, a los que suelen dejar de lado por circunstancias materiales, o a lo sumo, adecuándolos a esas circunstancias, manteniéndose en virtud de la organización que se han dotado. La consecución de objetivos materiales e ideales es una finalidad subordinada o condicionada a la captación o conquista del control del poder para sus líderes. Son, pues, grupos de combatientes que se manifiestan como una estructura o aparato organizado para intervenir en las luchas electorales y ocupar y ejercer el control del poder por el sufragio.

3. Por último, desde el punto de vista jurídico, los partidos se manifiestan como instrumentos del gobierno representativo, actuando como entidades de derecho público o mecanismos institucionalizados. Son grupos organizados para la elección por el cuerpo electoral de representantes en los órganos del Estado, haciendo posible que el mundo moderno sea electivamente la organización política de la nación o comunidad nacional. Aplicando la teoría del órgano, el cuerpo electoral (aquella parte del pueblo que tiene el ejercicio activo del sufragio) reviste el carácter de órgano primario, los representantes, el órgano secundario, y los partidos, de órganos intermedios.

La soberanía no radica en el cuerpo electoral, sino en todo el pueblo. Por una serie de representaciones que culminan con la consideración de la decisión política del órgano estatal como voluntad del pueblo, se mantiene la unidad política del Estado. Esa función es necesaria para la ordenación de la vida social desde un centro unitario de voluntad unívoca.

Xifra Heras ve la naturaleza jurídica de los partidos en el carácter que poseen de "asociaciones jurídicas de una pluralidad de perso-

nes que se proponen fines políticos (28) y cuyo carácter institucional proviene de su ordenamiento jurídico; y la existencia de una relación jurídico-institucional entre sus miembros toda vez que éstos se encuentran sometidos al poder de la institución en cuanto voluntad común, lo que se pone de manifiesto a través de las diferentes potestades (constituyente, estatutaria, decisoria, administrativa, disciplinaria, tributaria, etc.)". Estima en cuanto al problema de la personalidad jurídica de los partidos, que ésta es excepcional, existiendo solamente cuando el Estado le confiere tal carácter por un encuadramiento estatutario o legal. No considera a los partidos como órganos del Estado, reconociéndoles, sí, carácter de instrumentos de gobierno, es decir, de agentes auxiliares del Estado. "La excepción se produce —según Xifra Heras—, cuando actúa como grupo electoral, pues entonces se configura como un verdadero órgano del Estado que realiza la función de designar a los titulares de los cargos públicos, de carácter netamente estatal. Lo mismo ocurre con el pueblo cuando actúa como cuerpo electoral votando a los candidatos designados por los partidos."

No hay duda de que los partidos políticos, como organizaciones activas orientadas a la captación, control y conservación del poder, forman parte de la estructura política real. La vida política de la sociedad moderna no puede concebirse sin los partidos, como fuerzas que materializan la acción política.

Reflejan los intereses que unen y dividen a los miembros de una sociedad determinada, representando los grupos sociales, siendo los encargados de transformar los requerimientos y tensiones sociales en formas jurídicas. Actúan como intermediarios entre el gobierno y las fuerzas sociales. De ellos surgen los que gobiernan, los que dirigen desde el Poder la vida social y económica de la sociedad, toda vez que no hay gobierno sin un grupo que mande y otro que obedezca.

En los hechos se disuelve el dogma de la soberanía popular. En realidad, no es todo el pueblo, sino un sector del pueblo el que da a los individuos que desempeñan las funciones directivas del Estado. La ficción de que cada diputado representa al pueblo, o de que el Presidente o el Congreso representan a todo el pueblo, oculta la realidad. "Es curioso observar —dice Kelsen—, que a medida que Parlamento se independiza jurídicamente del pueblo (o mejor, de su órgano creador, que no es nunca todo el 'pueblo' sino un sector más o menos amplio de electores), siguiendo el principio de la división

(27) C. J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, op. cit., pág. 301.

(28) Jorge Xifra Heras, *Formas y fuerzas políticas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, págs. 34 y ss.

popular (con la consiguiente 'representación' del pueblo por el Parlamento) y llega a afirmar incluso que el Parlamento es el mismo pueblo (con lo cual la ficción de la representación se convierte en la ficción de la identidad). Indudablemente, esta teoría tiene finalidades políticas. Ocultando la realidad jurídica, quiere hacer creer a aquellos a los que la constitución aleja de la función legislativa, que si bien se hallan representados por el Parlamento, determinan por sí mismos la voluntad del Estado." "La independencia real del Parlamento respecto de la voluntad popular se disimula diciendo que cada diputado es representante de todo el pueblo. De ahí se deduce que no tiene que recibir instrucciones de los grupos que lo eligieron. Pero 'todo el pueblo' es mudo." (29)

Este pensamiento se vería confirmado, por la circunstancia de que en las democracias modernas ninguna de las funciones vinculadas a la legislación radica en el pueblo, cuya voluntad queda reducida a la elección de candidatos, en cuya postulación no ha intervenido. El horizonte se limita aún más, si consideramos que el pueblo se reduce al cuerpo electoral, y que éste no actúa verdaderamente como órgano de creación, sino de mero asentimiento, puesto en la alternativa de aceptar o rechazar lo que ha sido creación de los partidos políticos. ¿Puede de esto deducirse que la voluntad del gobierno sea la voluntad del pueblo; que las leyes sean expresión de la voluntad del pueblo y que los diputados sean los representantes de todo el pueblo?

La médula del Estado está en la legislación y en la tributación. Por consiguiente, la tendencia a democratizar el poder, consiste en acrecentar la influencia del elector en la legislación. En reemplazar el mandato libre por el mandato imperativo, que en la realidad existe pero en manos de los partidos, convertidos en auténticos "príncipes" modernos. Instituyendo las formas semidirectas (iniciativa popular y referéndum, revocatoria de mandatos), para que el "pueblo" pueda decidir sobre su destino. Debe tenerse presente que cuanto más alejado está el pueblo de la potestad legislativa, por limitaciones en el sufragio, por elección de segundo, tercer y hasta cuarto grado, o por el mantenimiento de la pura representación de libre mandato, más alejado se encuentra de la democracia real.

En la democracia representativa, fundada en la ficción del libre mandato, el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus

na. Su único derecho concreto es ser bien gobernado, es decir, seguir a sus gobernantes. Excluido de la formulación y sanción de las leyes, el dogma político, como bien lo señala Kelsen, "está en contradicción con la realidad jurídica". Esto ha hecho de los partidos políticos las fuerzas efectivas del gobierno en la democracia contemporánea. Tales cubren, como mejor pueden, el vacío dejado entre el gobierno y el "pueblo" por la democracia representativa, de mandato libre.

La democracia política abolió el mandato imperativo de las constituciones de tipo estamentario y sobre la base formal de que todos los hombres son iguales ante la ley, participes por igual de la soberanía política, convirtió a cada gobernante en un representante de todo el pueblo, sin hacerlo tributario de instrucciones ni limitaciones, en razón del libre mandato que la pura representación les confería. Ignoró la realidad de los grupos sociales, la estratificación humana articulada en clases sociales, omitiendo decir cómo y porqué medios surgirían los representantes que el pueblo debía elegir, independizando jurídicamente al gobierno del pueblo, en cuyas manos, no obstante, y teóricamente, quedaba la elección. Ese desajuste entre la realidad social y la forma política, condice con el predominio de la economía sobre la vida política y social, facilitando a las clases aventajadas la titularidad del gobierno.

Jellinek señala que la formación del principio de la representación debe buscarse en la prohibición real de todo mandato imperativo, formulada por Luis XVI en la sesión de los Estados Generales del 23 de junio de 1789, disponiendo que los *cahiers* o mandatos debían ser considerados como simples instrucciones confiadas a la conciencia y a la libre opinión de los diputados. La ley de 22 de septiembre de 1789, "afirma enérgicamente el concepto de la representación, rechazando definitivamente las instrucciones, así como el derecho de los electores para revocar el mandato de los diputados, y de aquí ha pasado a la Constitución de 3 de septiembre de 1791 el principio de que los diputados no representan un departamento particular; sino a toda la nación, y no deben estar limitados por instrucción alguna" (30).

Este renombrado maestro de la ciencia política, justifica la representación como supuesto unitario de la voluntad estatal, diciendo "que la sociedad no tiene ni puede tener de un modo necesario una voluntad unívoca. Que si bien en el Parlamento están representados grupos sociales que se oponen los unos a los otros, si no jurídicamente, por

(29) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz La-cambara, Editora Nacional, México, 1954, págs. 402 y ss.

(30) G. Jellinek, *op. cit.*, pág. 436.

lo mismo al mundo, como estos grupos frente a las cuestiones que se les ofrecen, sólo tienen dos posibilidades de decidir: no pueden decidir si o no. Por lo general la conclusión no es la voluntad de la sociedad; no es la voluntad adicional de los grupos sociales; sino que es la voluntad unívoca del pueblo. La lucha de los intereses sociales está siempre, por tanto, en el estudio preparatorio de las decisiones; pero en la decisión misma, se encuentran frente a frente, mayoría y minoría". El argumento es débil, porque para cubrir la ficción de la representación acude a otra ficción, la de que los representantes, en el instante de decidir, se despojan de sus intereses de grupo, para obrar como representantes de la nación, con el objetivo exclusivo del bienestar general.

Pero tampoco puede negarse al otro extremo, de concebir a la representación parlamentaria como un congreso de "embajadores de intereses diferentes y hostiles". Friedrich sostiene la tesis de la naturaleza dual de la representación. "Un cuerpo elegido —dice—, puede ser, y será por lo general, un grupo de agentes de intereses diferentes y un grupo representativo que determine el interés común." El Parlamento, es así "la asamblea deliberante de una nación con un interés, el del conjunto, y un congreso de embajadores de intereses diferentes y hostiles" (31). Esta interpretación, que conjuga los intereses generales con los particulares, está más en relación con la circunstancia de que la decisión política, y su consecuencia y cristalización en la norma, es siempre fruto de la coordinación de intereses contrapuestos, el resultado de la coincidencia de una pluralidad de pretensiones.

No debemos perder de vista de que la representación es consecuencia también de la imposibilidad de la acción directa, con cuerpos electorales que hoy suman, en cada país, millones de sufragios. Las instancias para perfeccionar la representación, pueden ser la representación proporcional como "medio para conseguir una asamblea legislativa representativa que refleje con exactitud matemática las diversas divisiones del cuerpo electoral" (32); el reconocimiento del mandato imperativo, institucionalizando lo que hoy en la realidad existe, establecer en su plenitud el hecho de que el gobierno representativo es bajo todos los supuestos actuales, un sistema de partidos, dar contenido y expresión constitucional a las formas de democracia semidirecta instaurando el referéndum y la iniciativa popular, juntamente con la revocación de mandatos, proporcionando al elector la mayor intervención posible en la legislación.

(31 y 32) C. J. Friedrich, *op. cit.*, págs. 261 y ss.

3. A partir de 1951, en que Maurice Duverger publicó su ya clásica obra sobre *Los Partidos Políticos*, el análisis de la estructura y de los sistemas de los partidos, necesariamente debe referirse a su criterio, en busca de una clasificación metódica que abarque los tipos sociológicos que, con su heterogeneidad, cubren el panorama político general.

Siguiendo, pues, a Duverger, podemos clasificar a los partidos según su origen y según su estructura en los siguientes tipos:

1. - *De acuerdo a su origen:*

- a) partidos de génesis parlamentaria;
- b) partidos de creación externa al ciclo electoral y parlamentario.

Los primeros están vinculados al esquema teórico que puede establecerse para el surgimiento de los partidos, fijando como punto de partida el año 1850. Se manifiestan, primero, como grupos parlamentarios que se agrupan formando los primeros grupos ideológicos; "en segundo lugar, aparición de comités electorales, y, finalmente, establecimiento de una relación permanente entre estos dos elementos" (33). Es la evolución de la facción parlamentaria al partido, el tránsito de lo inorgánico a lo organizado. Hasta 1900, todos los partidos correspondían a este tipo de creación electoral y parlamentario. Por consiguiente, todos los antiguos partidos conservadores y liberales entran en esta categoría.

Los partidos de creación exterior, se originan en la actividad de grupos, asociaciones e instituciones situadas fuera del Parlamento, tales como los sindicatos, las cooperativas agrarias, las asociaciones de ex combatientes, las asociaciones clandestinas de resistencia, las Iglesias y las comunidades religiosas. Respecto de los sindicatos, éstos fueron la matriz de gran número de partidos socialistas, siendo su ejemplo típico el Partido Laborista Británico, nacido como organización política de la resolución adoptada, en 1889, por el Congreso de las Trade-Union. Las cooperativas agrarias fueron el origen de partidos políticos en Suiza, Australia y Canadá. La francmasonería en Bélgica y Francia, donde interviene fundando L'Alliance y el Partido Radical, respectivamente. Las Iglesias y las sectas religiosas, como el Partido Conservador Católico, en Bélgica, y en la actualidad, los distintos partidos demócratas-cristianos nacionales. Las organizaciones de ex combatientes constituyen el origen del Partido Social Francés, y las organizaciones clau-

(33) Maurice Duverger, *op. cit.*, pág. 14.

miento Republicano Popular en Francia.

Señala Duverger, que cada partido lleva la marca de su nacimiento y presenta caracteres de diferenciación tales como la centralización y coherencia de los partidos de creación interior y la influencia en éstos de los grupos parlamentarios, en tanto que en los de creación exterior, la centralización, disciplina y coherencia es mayor, mostrándose menos influido por los grupos parlamentarios.

2. - De acuerdo a su estructura:

- a) de estructura directa;
- b) de estructura indirecta

Los primeros, como el Partido Socialista Francés, se organizan, sobre la base de la adhesión directa del elector al partido, quien se afilia a las secciones o centros, participando en la vida partidaria, en las asambleas ordinarias y extraordinarias y en los demás actos internos y externos de partido, a cuya financiación concurre mediante su cuota regular de afiliado. No se admite, como en el caso del Partido Socialista Argentino, la afiliación a través de organizaciones o entidades laterales.

En los segundos, como ocurre con el Partido Laborista Británico, el Partido Obrero Belga, el Bloque Católico Belga y el Partido Popular Austríaco, el afiliado por lo general no lo está directamente al partido, cotizando y actuando en él a través de sindicatos, cooperativas, asociaciones adheridas que conservan su individualidad, e inclusive sus fines específicos generales, y que actúan políticamente mediante el instrumento del Partido. Son típicos de los partidos socialistas y de los partidos católicos, presentándose en estos casos los primeros como una "federación de sindicatos y cooperativas obreras, sociedades obreras mutualistas; el partido toma el carácter de una comunidad basada en una clase social única. En los segundos, el partido se presenta como una federación de sindicatos y cooperativas obreras, unidos a asociaciones campesinas, a ligas de comerciantes, de industriales, etc.; el partido reúne a clases sociales diferentes, cada una de las cuales conserva su organización propia" (34).

En la actualidad el Partido Laborista Británico es un partido mixto, pues, al lado de más de 10.000.000 de miembros indirectos, existían, en 1949, 729.624 miembros directos.

(34) Maurice Duverger, *op. cit.*, pág. 34.

d) partidos de articulación fuerte.

Los primeros carecen de normas internas rígidas respecto de las organizaciones estructurales y están constituidos fundamentalmente por comités, reuniendo un conjunto de elementos heterogéneos, con muy imprecisas bases de enlace, por no encontrarse reglamentada su articulación. En esta categoría entran los partidos norteamericanos y la mayoría de los partidos conservadores y liberales actuales.

Los segundos tienen una rigurosa reglamentación estatutaria que coordina la actividad de los órganos partidarios con la base, articulando la acción general del partido con disposiciones de orden disciplinario. La participación de los afiliados directos e indirectos se encuentra establecida en sus detalles, así como el funcionamiento de los centros o secciones, los grupos ejecutivos y administrativos, la competencia de las asambleas, mostrando un grado muy avanzado de coherencia interna. La debilidad o fuerza de las estructuras partidarias, guarda relación, tanto con las costumbres de la vida política de cada país, como con los sistemas electorales vigentes. El ejemplo de partido articulación débil que proporciona Duverger, es el Partido Radical-Socialista Francés, y en oposición, el de articulación fuerte estaría constituido por el Partido Cristiano Social Belga, cuya estructura está inspirada en la del Partido Socialista Belga.

e) partidos de enlaces verticales;

f) partidos de enlaces horizontales.

Esta distinción se refiere al sentido de la articulación, y se funda en el grado de subordinación y jerarquía inherentes a los distintos órganos partidarios, de la cima a la base, o por lo contrario, la falta de una precisa determinación de la subordinación, por la existencia de gran número de enlaces horizontales. Así por ejemplo, si los comités pueden mantener regularmente contacto entre sí, prescindiendo de todo órgano superior, el enlace será horizontal. Si por el contrario, como ocurre en el Partido Comunista, las células "no se comunican entre sí, sino a través de la sección, que constituye el escalafón superior", el enlace será vertical.

g) partidos centralizados;

h) partidos descentralizados.

El criterio de diferenciación consiste en la existencia o no de un núcleo directivo unitario que concentre las facultades de decisión en última instancia. Los partidos que están organizados sobre la base de

secciones o centros, o unidades seccionales, con funcionarios y un sistema de instituciones más o menos compleja (congresos extraordinarios y ordinarios, o convenciones nacionales, convenciones o congresos locales, juntas nacionales, comité ejecutivo nacional, etc.), por lo general de enlaces verticales, son partidos centralizados. Los que no tienen repartidos los "poderes entre los escalones de dirección", son partidos descentralizados.

- i) partidos de cuadros;
- j) partidos de masas.

La distinción no se funda en el número de miembros reales o aparentes que las agrupaciones políticas puedan poseer o contar, sino, como expresa Duverger, en una diferencia de estructura, no de tamaño. Considera que el partido de cuadros trata esencialmente de reunir notables. "Notables influyentes, en primer lugar, cuyo nombre, prestigio o brillo servirán de fiador al candidato y le cosecharán votos; notables técnicos, en segundo lugar, que conozcan el arte de conducir a los electores y de organizar una campaña; notables financieros, finalmente, que aportan el nervio de la batalla." La sustancia que conforma al partido de cuadro, es, así, el prestigio, la habilidad, la fortuna, pretendiendo oponer la calidad al número, razón por la cual, en la base, carecen de miembros, en el sentido de la adhesión personal, voluntaria y libre de un elector, sino que poseen séquitos o clientelas personales. En esta categoría pueden colocarse a los partidos norteamericanos, a los partidos conservadores y a los liberales actuales, y sin arriesgarse mucho, a los partidos de centro de América Latina.

Los partidos de masas, que se muestran vinculados a la infraestructura económica, están orientados básicamente hacia el proletariado. Entre los miembros de esta clase reclutan sus militantes y afiliados, sus adherentes y simpatizantes. Sus programas y objetivos ideológicos tienen por substancia reivindicaciones sociales. Así como los partidos de cuadros corresponden a los partidos de "representación individual", los de masas corresponden a los partidos de "integración social", según la tipología de Neuman. Procuran capacitar cívicamente a la clase obrera, entrenarla para la dirigencia política y administrativa y económicamente se sostienen por aportes de los afiliados, con una celosa administración de los ingresos y egresos.

- k) partidos burgueses;
- l) partidos proletarios.

Los primeros procuran el mantenimiento de la propiedad privada; no admiten por lo general la división clasista de la sociedad, y cuando

lo hacen, la consideran como algo constante y natural, fundada en la heterogeneidad humana y en diferencias espirituales, intelectuales o morales. Presentan matices, según que admitan o no la intervención estatal en el campo social y económico, y reconoczan o no la conveniencia social de la atenuación o superación de las formas impuestas por el sistema capitalista imperante. Los segundos se dirigen hacia formas de colectivización de la propiedad privada, sustentando criterios clasistas. Presentan matices, según que se limiten a la nacionalización o socialización de las grandes empresas y formas de apropiación privada de las fuentes vitales de energía, comunicaciones, transportes y servicios públicos, o pretendan la colectivización de todos los medios de producción y de cambio, con divergencias de método en la acción y en la concepción orgánica de la acción por la consecución de una sociedad sin clases.

Por último, corresponde distinguir a los partidos según los elementos que constituyen la base de su estructura. Estas son:

a) *comités*: grupo cerrado, que no trata de aumentar el número de sus miembros sino en oportunidades prefijadas. Han nacido y viven generalmente en torno a un notable o influyente. Financieramente son sostenidos por mecenas careciendo de actividad en épocas no electorales. Constituyen la base de los partidos conservadores y liberales;

b) *secciones o centros*: grupo abierto, de captación de afiliados, con actividad permanente, desarrollan constante actividad interna y exterior y vinculan a los miembros entre sí, creando un sentido comunitario. Corresponden a las divisiones territoriales y locales del partido, y los afiliados están incorporados a ellos, por razones de domicilio y no de profesión ni empresas. Son típicos de los partidos socialistas, habiendo sido adoptados por los partidos neo-liberales, particularmente por los partidos demócratas-cristianos;

c) *la célula*. No tiene base territorial sino profesional. Constituye forma de unión "de los miembros del partido que tienen un mismo lugar de trabajo" o actividad, existiendo así células de fábrica, taller, tienda, oficina, hasta "células de a bordo" que "reúnen a los marinos de un mismo navío". Básicamente es célula de empresa, en razón de función profesional, pudiendo existir subsidiariamente células de barrio, de calle y hasta de inmuebles.⁽³⁵⁾ Las células, cuyo número de miembros siempre es reducido, generalmente no inferior a 3 ni mayor a 100, siendo el "número óptimo de 12 a 20 miembros", son, conforme

(35) Maurice Duverger, *op. cit.*, pág. 55.

lo enseña Duverger, un invento comunista. "Son el invento del Partido Comunista Ruso, cuya III Internacional impuso su adopción a todos los partidos comunistas del mundo, en su resolución del 21 de enero de 1924: 'El centro de gravedad del trabajo político de organización debe ser transferido a la célula'";

d) *la milicia*: constituye la base de los partidos fascistas erigida en verdadero ejército privado.

Corresponde señalar que Burdeau clasifica a los partidos en partidos de opinión y partidos de masas.

Los partidos de opinión tienen todos los elementos que hemos considerado propios de los partidos de cuadros, según la denominación de Duverger, o de representación individual, según Neuman. Los partidos de masas, a su vez, los que son propios a los partidos de integración social o ideológicos.

Estos últimos, son formaciones contemporáneas, y su gravitación e influencia sobre la vida social y económica, condiciona la intimidad de la política. En su desnuda realidad, tras el decorado y los bastidores, quedan solos, tal cual son, la masa y sus dirigentes. Más allá de los fines y de los programas, se sitúa, dominante, la organización y la disciplina. "Un fin engendra un movimiento, pero no una organización, dice Eckardt. Por un fin se puede soñar, se puede creer en su consecución; pero este fin no inspira el consejo concreto de lo que hay que hacer cada día para lograrlo." (36) Los fines dieron origen a la organización. Hoy la organización, es más importante que los fines.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Definiciones:

1) Son grupos sociales que tienen por finalidad alcanzar el poder, para realizar sus programas. Es decir, gobernar la sociedad a través del Estado. Se organizan en base a la solidaridad de intereses ideales y materiales. Existen respondiendo a los móviles políticos de la actividad humana. En su conjunto, reflejan la estructura social, coexistiendo como fuerzas de cooperación y de lucha, participando en la elaboración de las normas jurídicas y las instituciones.

2) Edmund Burke definió al partido político como "un núcleo de hombres unidos para promover, mediante un esfuerzo conjunto, el interés nacional, sobre algún principio particular sobre el cual todos están de acuerdo". Bluntschli, como "la expresión natural y necesaria de las tendencias de la vida política de un pueblo". Jeilinek, como grupos que, mediante convicciones comunes relativas a ciertos fines del Estado, tratan de realizar esos fines concretos". Merriam y Cosmell lo definen como "un tipo de grupo social, primariamente vinculado con el control social ejercido a través del gobierno. Descansa sobre tendencias psicológicas fundamentales, sobre intereses sociales y económicos, desarrolla su organización propia, pudiendo ser estimado como una parte del gobierno mismo".

Evolución o etapas:

1) Los partidos, en general, son tan antiguos como la sociedad misma. La diversidad de opiniones, las discrepancias, una concepción de la vida完全不同不同的 de la del resto del grupo, fueron suficiente para dar origen a un partido. No importa la organización política ni el nombre que se les haya dado: facciones, grupos, tendencias, gue-
flos y gibelinos, jacobinos, girondinos y montañeses. Fueron, así, partidos los que formaron los que acompañaron a Clístenes, Pericles o Demóstenes, en la *polis* ateniense; a Espartaco, Mario y Sila, en la *civitas* romana. Pero partidos políticos, en tanto grupos con una estructura y función directamente relacionada con el poder, recién se formaron en el siglo XIX. Son formaciones estrictamente modernas. Antes de 1850 sólo existían en los EE.UU.

2) Esta contemporaneidad explica las fases o etapas de su evolución:

a) Hasta fines del siglo pasado la ciencia política ignoró la existencia de los partidos políticos y muchos políticos y estadistas los consideraron nocivos para la democracia; por ejemplo: George Washington, John Adams, en EE.UU.; Justo José de Urquiza, en Argentina.

b) La realidad se impuso pronto. La doctrina —como antecedente, el *Ensayo sobre los partidos*, de David Hume, publicado en 1760, y Alexis de Tocqueville, en *La democracia en América*. La primera obra sobre la materia fue la de James Bryce: *Los partidos políticos en los Estados Unidos*, 1894. El libro de Ostro-

(36) Hans V. Eckardt, *Fundamentos de la política*, op. cit., pág. 82. Su concepto puramente político de los partidos, le hace ver en ellos "una organización para hacer posible el caudillaje político empleando la idea, la convicción y la disciplina como medios para la acción". Conf.: págs. 83 y ss.

Razgos generales:

goriski: *Los partidos políticos y su organización* (1902) y el de Robert Michels: *Sociología de los partidos políticos en la democracia moderna* (1911) son los más importantes— y los políticos, fueron considerándolos elementos necesarios de la democracia representativa.

- c) De esta manera, en la actualidad la ciencia política no discute el carácter necesario de los partidos políticos, indispensables para el gobierno representativo. Este es, en esencia, un sistema de partidos. Se los considera instrumentos de gobierno por autores como Hans Kelsen y Harold J. Laski. Dentro de lo que la doctrina llama proceso gubernamental o dinámica política, los partidos políticos son tema dominante. En las encuestas realizadas por UNESCO, en los Estudios de Asociación Internacional de Ciencia Política, en los congresos de especialistas —a quienes se denominan politólogos o científicas políticas—, el tema es de carácter preferente.

Nota: Las obras principales sobre los partidos políticos son: *Los partidos políticos*, de Maurice Duverger, publicada en 1951; *La democracia y el sistema de partidos en Estados Unidos*, de Ranne y Kendall, en 1958, y *Partidos políticos modernos*, obra colectiva dirigida por Sigmund Neumann, editada en 1965.

- 1) Considerados como agrupaciones permanentes y organizadas de ciudadanos, que mediante la conquista del poder procuran realizar su programa como representación de futuro o lograr los fines ideales o materiales propuestos, en líneas generales presentan los siguientes rasgos comunes:

- Volumen o cuerpo partidario y electoral:** lo constituye el grupo de afiliados y los adherentes y simpatizantes del partido. El volumen partidario está dado por la cantidad de afiliados; el electoral, por la cantidad de electores que votan al partido en las elecciones. En el cuerpo partidario pueden distinguirse: a) el núcleo dirigente; b) los militantes; c) los adherentes.
- Estructura interna y externa:** está constituida por la organización partidaria, sus estatutos y reglamentos, órganos de dirección y autoridades, sus unidades de base y la forma como se articulan entre sí los distintos órganos o jerarquías.
- Programa:** es el contenido ideológico o espiritual del partido y representa un sistema de expectativas.
- Funciones:**
 - electorales:** I) encuadrar la opinión y la voluntad popular, encauzar la representación individual y coordinar la acción política; II) educar al ciudadano, capacitándolo políticamente, y servir de nexo o eslabón entre el gobierno y la opinión pública;
 - gubernamentales:** I) seleccionar al grupo de dirigentes para cumplir las funciones de gobierno; II) pro-

Evolución o etapas:

Razgos generales:

yentes y planificar la política del gobierno y controlar su ejecución.

- e) **Se manifiestan:** 1) como estructuras, organizaciones o aparatos apropiados para la contienda electoral y alcanzar el poder por medio del sufragio. 2) como instrumentos de gobierno, que en las democracias orgánicas actúan como mecanismos institucionalizados.

- 1) Los partidos políticos han sido objeto de diversas clasificaciones, según sus fines, sus principios o su actividad concreta. Así, Raadbruch los clasificó en personalistas, transpersonalistas y transculturales; Sthal en revolucionarios y legitimistas; Jellinek en racacíteros, conservadores y progresistas, y Georges Burdeau en partidos de opinión y partidos de masas.
- 2) A partir de 1951, en que Maurice Duverger publicó su ya clásico libro sobre los partidos políticos, éstos se clasifican según su origen, estructura, articulación y roles.

- a) **Según su origen:**
 - de creación parlamentaria. Es el tránsito de lo inorgánico a lo orgánico, del grupo parlamentario al grupo ideológico, con centros electorales. Hasta 1920 todos los partidos recorrieron este origen.
 - de creación externa al círculo parlamentario. Proviene de asociaciones, grupos o instituciones externas al parlamento:
 - sindicatos, como el Partido Socialista Alemán o el Partido Laborista Británico;
 - cooperativas agrarias, como ocurrió en Suiza, Australia y Canadá;
 - la Iglesia, como el Partido Conservador Católico Belga y los demócratas cristianos;
 - la masonería, como el Partido Radical Francés.

- b) **De estructura directa o indirecta:** según que la adhesión se haga directamente al partido o a través de sindicatos, asociaciones o instituciones adheridas.

- c) **De enlaces verticales y de enlaces horizontales:** según el modo y grado de subordinación a los distintos órganos partidarios, de la cima a la base.

- d) **De articulación débil y articulación fuerte:** según tengan o no una rigurosa reglamentación.

- e) **Partidos centralizados y descentralizados:** según la existencia o no de un núcleo directivo unitario que concentre las facultades de decisión en última instancia.

- f) **Partidos de cuadros:** que tratan de reunir notables, oponiendo la calidad a la cantidad; poseen séquitos o clientelas personales; y

- Partidos de masas:** vinculados a la infraestructura económica; tratan de captar al proletariado. Sus programas y objetivos ideológicos tienen por substancia reivindicaciones sociales. Tipicamente son los partidos socialistas y comunistas.

Clasificaciones:

socios y partidos proletarios: según la posición que adopten respecto del mantenimiento de la propiedad privada; la intervención estatal en la economía y la existencia o no de la división clasista de la sociedad.

c) *De acuerdo a sus elementos de base:*

- 1) *comité:* grupo cerrado; no trata de aumentar el número de miembros sino en oportunidades prefijadas y viven generalmente en torno a un notable o influyente. Constituye la base de los partidos tradicionales de tipo liberal y conservador.
- 2) *secciones o centros:* grupo abierto; de captación de afiliados; con actividad permanente; de constante actividad interna y externa; vinculan a los miembros entre sí, creando una estructura comunitaria. Corresponden a divisiones territoriales y locales del partido. Constituyen la base de los partidos socialistas.
- 3) *la célula:* no tiene base territorial, sino profesional; de número reducido, no inferior a 3 ni mayor de 100, son invento del Partido Comunista de la URSS, cuya III Internacional impuso su adopción a todos los partidos comunistas del mundo, como centro de gravedad del trabajo político.
- 4) *los milicias:* constituyen la base de los partidos fascistas, erigido en verdadero ejército privado. Operan como organizaciones similares a las de tipo militar, con uniformes, saludos y disciplina paramilitar.

1) Las diversas concepciones pueden agruparse en cuatro grandes categorías, que corresponden a los criterios interpretativos que pueden formularse:

- a) *la interpretación sociológica*, según la cual los partidos políticos son producto de las fuerzas sociales y de la lucha de clases, y resultado de la integración social de los grupos segregados, que se orientan hacia el poder teniendo como objetivo su control;
- b) *la interpretación psicológica*, según la cual los partidos son producto de los impulsos y tendencias existentes entre los hombres; de su instinto de lucha y su tendencia a la dominación, siendo éste el substratum sobre el cual los sentimientos, pasiones e intereses, en correspondencia con el ciclo vital humano, conforman el comportamiento individual y encuentran expresión en y a través de los partidos;
- c) *la interpretación política*, que los considera agrupaciones destinadas a proporcionar la clase o estamento gobernante y obtener el control del gobierno para realizar sus fines ideales y materiales, postulando candidatos y formulando doctrinas y programas políticos;
- d) *la interpretación jurídica*, que ve en los partidos políticos organizaciones de derecho público, necesarias

Concepciones sobre los partidos políticos:

Concepciones sobre los partidos políticos:

para el desenvolvimiento de la democracia representativa, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral y con la estructura del Estado, de la que los partidos son parte integrante.

1) Desde el punto de vista sociológico, Max Weber señala que los partidos son "formas de socialización que descansando en un reclutamiento formalmente libre, tiene como fin proporcionar poder a sus dirigentes y otorgar por ese medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o naturales", tales como la realización de fines objetivos o el logro de ventajas personales.

2) Según su organización, los partidos pueden pertenecer a los siguientes tipos:

- a) *carismático-plebiscitario:* basados en la fe en un caudillo;
- b) *tradicionales:* basados en el apego al prestigio social del dirigente o individuo prominente;
- c) *racionales:* basados en el consentimiento o adhesión a fines objetivos o valores.

3) El financiamiento de los partidos determina, según Weber, la dirección material de la conducta del partido y cómo se reparte su influencia. En general se debe optar entre:

- a) la plutocracia de los candidatos;
- b) la dependencia de los candidatos de la burocracia del partido;
- c) la dependencia del partido y de los candidatos de minorías o de grupos de intereses ubicados fuera del partido.

Importante: Cada tipo histórico de Estado tiene sus grupos políticos; cada estructura de poder es engendrada y a la vez engendra fuerzas políticas que prevalecen o procuran prevalecer. Los engendran intereses de estratos, estamentos o clases. Por ello: la estructura sociológica de los grupos políticos es necesariamente diversa y varía de acuerdo con la estructura de poder por cuya influencia luchan, de acuerdo con el sistema y la organización social, su estratificación y articulación y los intereses en pugna.

4) En la corriente sociológica, Neuman considera el partido como: "la organización articulada de los agentes activos de la sociedad, interesada en el control del gobierno, que compite por el apoyo popular con otros grupos que mantienen criterios distintos, siendo el gran intermediario entre las fuerzas sociales y las instituciones del gobierno y encauza estas fuerzas hacia la acción política dentro de la colectividad".

5) *Tienen por función:* 1) representar los grupos sociales; 2) organizar la voluntad popular mediante la expresión y

Interpretación sociológica (Weber y Neuman):

clarificación de las ideas políticas; 3) educar cívicamente a los ciudadanos para el buen uso de la herramienta cívica que es el voto; 4) servir de enlace entre la opinión pública y el gobierno; 5) intervenir activamente en el proceso de selección de los gobernantes.

- 6) Neuman distingue entre: partido de representación individual (el partido de opinión, el partido de notables, el partido de cuadros, característico de la clase media dominante); y el partido de integración social (el partido de masas, de ideologías, que cuenta con el apoyo de las masas porque se ha apoderado de una gran parte de su vida social, teniendo como objetivo "asegurar al individuo su lugar en la sociedad e incorporarlo plenamente a la misma").

- 1) La interpretación psicológica, que considera a los partidos productos de los impulsos y tendencias existentes entre los hombres, está representada por Rohmer, Lowell, Michels y Hatschek.
2) Rohmer los considera reflejos de las fuerzas variables del alma en la sucesión de las edades. Que hay una ley psicológica de las edades de la vida humana. A su juicio, los partidos se distinguen entre sí simultáneamente, por diferencias que corresponden exactamente a dichas edades. Vincula la infancia al radicalismo o extremismo; la juventud al liberalismo; la madurez al conservadurismo, y la vejez a los partidos reaccionarios. Rohmer quiere que el gobierno pertenezca a los liberales y conservadores; que el joven liberalismo guíe al radicalismo o extremismo; y que el sabio conservador modere a los reaccionarios. Señalamos que en esta teoría, la referencia es a la edad psicológica, no a la edad biológica. Es decir, que la elección de un partido depende más de las disposiciones individuales que de la edad. Ciertos individuos son liberales y otros conservadores por naturaleza. "Si pudiéramos penetrar en la envoltura humana y reconocer la oculta individualidad, podríamos indicar con certeza el partido al que cada cual pertenece por su naturaleza individual. La causa última de los partidos radica en la diversidad de naturalezas individuales".
3) Lowell, en 1923, intentó penetrar en lo íntimo de las disposiciones individuales. En su libro *Public Opinion in War and Peace*, dividió a los hombres, respecto de la situación presente en *satisfechos e insatisfechos*; y en relación a la posibilidad futura de mejorar, en *optimistas y pesimistas*. La combinación de estos estados psicológicos o disposiciones individuales, respecto del presente y del futuro, le permitieron inferir: que los satisfechos y optimistas son liberales; que los satisfechos y pesimistas son conservadores; que los insatisfechos y optimistas son radicales o extremistas, y que los insatisfechos y pesimistas son reaccionarios. Con la suma de estos elementos, aplicados a las asambleas y parlamentos europeos, Lowell distinguió que la combinación de estas tendencias originaba gobiernos estables o inestables y gobiernos progresistas o no.

La interpretación psicológica:

La interpretación psicológica:

- 4) Dos criterios completarían la interpretación psicológica: la llamada ley de Michels, de petrificación de la élite dirigente, según la cual en todos los partidos el grupo dirigente o círculo interior, al más alto nivel tiene carácter oligárquico, y la ley de Hatschek, de desgaste y desintegración del partido en el poder.

- 1) Relaciona a los partidos con su función de proporcionar el núcleo dirigente, o captar y conservar el poder para sus líderes.

- 2) En la primera de las corrientes, Sánchez Agosta, siguiendo a Castano Mosca en la neta distinción entre gobernantes y gobernados después de examinar el concepto de clase o estamento político, considera que la misión específica de los partidos políticos consiste en proporcionar la clase gobernante, es decir, la pequeña minoría que domina la organización política. Entiende, así, que los partidos políticos son formas de organización del estamento político, cuyo fin inmediato es la posesión y ejercicio del poder, para establecer, reformar o defender un orden, como articulación de los fines que responden a las convicciones comunes de sus miembros.

- 3) Carl J. Friedrich, vinculándolos directamente con sus objetivos de conquista del poder político, los define como "un grupo de seres humanos que tiene una organización estable con el objetivo de conseguir para sus líderes el control del gobierno y con el objetivo ulterior de dar a los miembros del partido, por intermedio de tal control, beneficios y ventajas materiales e ideales". Considera, por consiguiente:

- que la preza por la que luchan los partidos es el control del gobierno, no para ellos sino para sus líderes;
- que son grupos de lucha o combate, que se manifiestan como una estructura o aparato organizado para intervenir en las luchas electorales y ocupar y ejercer el control del poder por el sufragio;
- que el acto eleccionario, en última instancia, no es otra cosa que un recuento de hombres, es decir, un recuento de voluntades.

- 1) Por último, desde el punto de vista jurídico, los partidos políticos se manifiestan como instrumentos del gobierno representativo, actuando como entidades organizadas para la elección por el cuerpo electoral de representantes en los órganos del Estado. Ellos hacen posible que el Estado moderno sea, jurídicamente, la organización política de la comunidad nacional.

- 2) Aplicando la teoría del órgano, el cuerpo electoral reviste el carácter de órgano primario; los representantes, el de órgano secundario y los partidos, de órganos intermedios. No obstante que en los hechos los partidos son los órganos para la formación de la voluntad estatal, debemos tener presente que la ciencia política no los considera órganos del Estado, sino instrumentos de gobierno,

La interpretación jurídica:

La interpretación jurídica:

es decir, entes auxiliares del Estado, cuya naturaleza jurídica deriva de su carácter de "asociaciones jurídicas de una pluralidad de personas que se proponen fines políticos existiendo una relación jurídico-institucional entre sus miembros".

- 3) En cuanto al problema de la personalidad jurídica de los partidos, ésta existe solarmente cuando el Estado les confiere ese carácter por un encuadramiento estatutario o legal.
- 4) Ese encuadramiento guarda relación según se trate: de un *Estado liberal de partidos*, es decir, aquel en que los partidos se encuentren formalmente al margen del Estado, y su presencia, jurídicamente, sólo se advierte a través de los grupos parlamentarios; el *Estado pluripartidista* o *Estado plural de partidos*, es decir, aquel Estado donde los partidos se encuentran jurídicamente reconocidos; y por último, el *Estado de partido único*, en el que el partido integra el Estado, se confunde con él Estado, formando parte del régimen.
- 1) La historia de las relaciones entre el partido y el Estado, puede reducirse a las cuatro etapas que Tríepel acuñó en términos de *lucha, ignorancia, legalización e incorporación*. Respecto de las últimas etapas, Biscaretti de Ruffia distingue el control puramente exterior o negativo; el control ideológico-programático y el control funcional.
- 2) La regulación genérica de los partidos permite distinguir dos sistemas:
 - a) apenas regulados por el uso político (Gran Bretaña);
 - b) encuadramiento estatutario (Francia, Argentina, Brasil, Uruguay y todos los Estados que integran los EE.UU.).

Reglamentación legal de los partidos:

- a) *las Constituciones*: en la mayoría de las recientes Constituciones, los partidos políticos se encuentran reconocidos. Pero en general los partidos tienen vida extraconstitucional, tal el caso de la Constitución federal de los EE.UU. y de la Argentina, de origen liberal.
- b) *las Constituciones estatales o provinciales*: en la mayoría de estas Constituciones se encuentran artículos que se aplican directamente a los partidos. Así ocurre en el caso de América del Norte y en la Argentina en provincias como las de Entre Ríos, Córdoba, Santiago del Estero y La Rioja.
- c) *leyes del Congreso*: este tipo de regulación jurídica de los partidos se ha convertido en la forma más común de reconocimiento de su carácter institucional. Podemos citar como ejemplos la ley Hatch en los EE.UU.; la ley de Lemas, en el Uruguay, y la ley orgánica de los partidos políticos, en la Argentina.

Reglamentación legal de los partidos:

d) *leyes provinciales o estatales*: la vía legislativa ha reglamentado la existencia o funcionamiento de los partidos en todos los Estados norteamericanos, pudiendo mencionarse como ejemplos la legislación dictada en California, Nuevo México y el estado de Nueva York.

- 1) *Antecedentes*: la ley Sáenz Peña, sancionada en 1911 bajo el nº 8871, hace referencias a los partidos de modo genérico; posteriormente, durante el gobierno surgido de la revolución de 1943, se dictaron los decretos 18.409/43, 1050/44, 33.247/44, 11.978/45, 17.428/45, 25.582/45 y 13.80/46, que dejaron de tener vigencia. Bajo el gobierno de Perón se sancionaron las leyes 13.845 y 14.032, y producida la Revolución Libertadora, ésta dictó el decreto-ley 19.044/58, que representa un verdadero estatuto de los partidos políticos. Este fue reemplazado por un nuevo estatuto el 24 de julio de 1962. Por último, el 11 de enero de 1965 el Congreso Nacional sancionó la ley nº 16.652, denominada "ley orgánica de los partidos políticos".
- 2) La ley está dividida en nueve títulos y regula la fundación y constitución de los partidos estableciendo los requisitos para el reconocimiento de la personalidad jurídico-política, el derecho al nombre y la necesidad de contar con una declaración de principios, programa o base de acción política y una organización basada en una Carta Orgánica. La ley contiene normas referentes al funcionamiento de los partidos, en especial a la afiliación, las elecciones partidarias internas, los libros y documentos partidarios, símbolos y emblemas y la formación del patrimonio del partido. Establece además la forma y modo de caducidad y extinción de los partidos, el procedimiento para la actuación ante la justicia electoral.
- 3) Producidos los sucesos del 28 de junio de 1968, después de haberse disuelto los partidos y confiscado sus bienes, se dispuso el 2 de abril de 1971 reconocer su existencia política y restituirlas sus bienes, en procura de crear las condiciones que posibiliten el restablecimiento del orden constitucional. Nadie puede poner en duda que organizar democráticamente a los partidos significa organizar democráticamente a la Nación.

LOS MEDIOS DE ACCIÓN DE LA POLÍTICA Y LA OPINIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 1. Los partidos políticos como oficinas de agitación y propaganda. 2. Tipología sociológica de la dominación. 3. Los intereses comunitarios nacionales y la representación objetiva de la voluntad popular. 4. La opinión pública y la voluntad popular. La opinión pública como fenómeno social estatificado. Criterios de la opinión pública según la psicología social y la sociología general. 5. El criterio político de la opinión pública. 6. Los procedimientos de formación y expresión de las opiniones. 7. La información, la propaganda y la agitación.

1. En el ámbito de la naturaleza, es suficiente conocer la íntima regularidad de una fuerza o la serie causal de probabilidades de un fenómeno para ejercer el gobierno de las cosas. No ocurre así en el ámbito humano, en el que es necesario conocer e interpretar voluntades, sentimientos, ilusiones, debilidades y esperanzas para ejercer el gobierno de los hombres. En su raíz, gobernar significa conducir o dirigir. Y esto es posible mediante la comunicación de decisiones, de la que la regulación, en política, es siempre consecuencia o derivación, por la relación existente entre mando y obediencia. Por su contenido, comunicar es informar. Por sus efectos, comunicar es influir en la mente humana con el fin de su control o el de su participación. Hasta ahora, la finalidad de la acción de penetración política, es decir, el efecto buscado cuando políticamente se dice o se expresa algo, mediante mensajes, representaciones, símbolos o imágenes, ha sido y es el manejado de la voluntad, el pensamiento o el sentimiento con miras a su regulación o control. La acción de participación, que trasciende el área específica de lo inmediato del poder, tiene una meta superior, la formación de la personalidad humana y en este sentido la comuni-

ación y la información política se dirigen a enseñar a los pueblos a no dejarse engañar ni someter. (F. C. von Moser.)

"Vivir de una manera efectiva, dice Wiener, significa poseer la información adecuada"⁽¹⁾, razón por la cual toda desfiguración, adulteración o exageración de la información, importa alterar no sólo la manera sino el sentido de la vida de los hombres, cuya existencia individual y social sigue estando constituida por comunicaciones y regulaciones.

La palabra oral y escrita y las demás formas exteriores de persuasión, servidas por un adecuado arsenal de ideas, creencias y mitos, en relación con las condiciones y circunstancias de cada medio social, constituyen los medios tradicionales de comunicación utilizados con el fin de influir en la mente y en la voluntad humana para incitar y excitar la adhesión y la fe. Los medios modernos de comunicación, el cine, la radio y la televisión, han abierto perspectivas ilimitadas, toda vez que permiten provocar actitudes a distancia al servir la imagen con el agregado de lo feérico, y operar con lo racional y lo irracional, con la lógica y el mito. El proceso de democratización gradualmente altera los términos tradicionales de la comunicación, pues control y participación se contraponen. Así, distinto esfuerzo de persuasión exigirá la movilización de un pueblo cuya estructura está basada en un máximo de control y un mínimo de participación, a la de otro cuya estructura tiene por fundamento un mínimo de control y un máximo de participación. Esto hace variable a la técnica, a la táctica y a la estrategia política. La participación del pueblo en las democracias contemporáneas, su grado de información y mayor conocimiento de

(1) Norbert Wiener, *Cibernética y Sociedad*, traducción de José Novo Cerro, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 17. "Las órdenes mediante las cuales reglamos nuestro ambiente son una especie de información que le impartimos. Como cualquier otra clase de informe, están sometidas a deformaciones al pasar de un agente a otro. Damos el nombre de información al contenido de lo que es objeto de intercambio con el mundo externo, mientras nos ajustamos a él y hacemos que se acomode a nosotros. El proceso de recibir informaciones consiste en ajustarse a las contingencias de nuestro medio y de vivir de manera efectiva en él. Así pues la comunicación y la regulación constituyen la esencia de la vida interior del hombre, tanto como de su vida social". Corresponde señalar que Wiener creó el nombre de "cibernética", derivándolo de la voz griega *kubernetes*, raíz de la que deriva el término *gobierno*, significando originalmente timonel. Alfred Sauvy, *La nature sociale*, Librairie Armand Colin, París, 1957, dice que "durante toda su existencia el hombre no hace otra cosa que luchar, sea con la naturaleza, sea con los otros hombres. La lucha contra loscosas es una perpetua colaboración, es decir, una perpetua sumisión. El hombre ensayó, durante algún tiempo, mandar a la naturaleza transmitiéndole órdenes venidas del más allá. Pero poco a poco se dio cuenta que para mandar a la naturaleza era suficiente con obedecerla", pág. 9.

sus problemas, obliga a las agrupaciones políticas a un esfuerzo cada vez mayor en sus medios de persuasión. Esta circunstancia, sumada a la relación que existe entre pensamiento y acción, conocimiento y conducta, convencimiento y actividad social, han obligado a la política como gestión electoral, a buscar los móviles que orientan el comportamiento y las acciones humanas, en un escrutinio de la intimidad de los procesos mentales. A ese respecto, cabe señalar que la mente humana no fue nunca un cáliz sagrado para la política.

Es que las fuerzas políticas que actúan en la escena contemporánea dependen de la adhesión de la masa del pueblo y el éxito o el fracaso de un partido se mide por el número de votos obtenidos en las elecciones. Los programas y las doctrinas no hacen la fuerza de una organización. Tan cierto es esto, como que "los partidos, por sí solos, no bastan para el logro de determinados fines; lo que importan son los votos en las elecciones"⁽²⁾. Desde el punto de vista de la gestión electoral, los partidos políticos son "artefactos electorales" (organizaciones para la gestión del negocio electoral), que "emplean conscientemente la idea como medio para la adquisición de afiliados y votos; la convicción como nexo entre ambos y la disciplina para la acción y la organización"⁽³⁾.

Dice Eckardt que el problema que deben enfrentar y resolver los partidos políticos, consiste en crearse ambiente favorable para el día de las elecciones, impulsando al ciudadano indiferente para emitir el sufragio a su favor, pudiendo una vez conseguido esto, desmantelar el aparato electoral y aún desaparecer casi por completo de la vida pública, organizando de vez en cuando cursos y algunos actos, que sirvan para dar aviso de que sobreviven, máxime si se tiene en cuenta que los trabajos usuales de la organización son pocos y rutinarios y pueden ser fácilmente encomendados a algunos secretarios. Este criterio, aplicable a los partidos de cuadros o de representación individual, que efectivamente no necesitan de un mayor caudal de afiliados reales ni dependen financieramente de las cotizaciones de sus afiliados, contrasta con la actividad que desenvuelven los partidos de masas, orientados cotidianamente a la elevación cultural del pueblo, que instruyen sistemáticamente a sus militantes y adherentes, pretendiendo dirigir espiritualmente sus vidas. Lo paradojal, es que quienes movilizan efectivamente grandes masas de electores no suelen ser los partidos de masas sino los partidos de cuadros, particularmente, los típicos partidos de representación individual.

(2 y 3) Hans V. Eckardt, *Fundamentos de la política*, op. cit., págs. 88 y ss.

La explicación empírica debe surgir de consideraciones tales como la posesión de los recursos económicos suficientes para ejercer el monopolio de los grandes medios de comunicación, el control de la prensa y la radio, el cine y la televisión, y el apoyo de grupos de intereses que influyen directa o indirectamente en las actitudes y opiniones de la mayoría del pueblo. La explicación lógica debe buscarse en la estructura de la sociedad global, la gravitación que ejercen sobre los individuos grupos psicológicos tan vigorosos como la nación, la articulación social en base a clases abiertas de acelerada circulación vertical y horizontal y el dominio espiritual de formaciones religiosas muy sensibles a los estados de opinión política que pueden influir sobre sus predilecciones y circunstancias aptas para configurar el predominio de una fuerza sobre otras, debe sumarse la de que los partidos son para los hombres, no los hombres para los partidos; consideración que impide comprender a muchas fuerzas políticas, que los partidos políticos, con relación a la acción electoral, no son otra cosa que oficinas de agitación y propaganda, cuyas formas de persuasión deben guardar relación no sólo con sus fines inmediatos, sino con el tipo de dominación imperante.

2. Siguiendo la tipología sociológica de Weber, con la advertencia de que ninguno de estos tipos se da puro en la realidad histórica, toda vez que la vida real no se deja aprisionar por esquemas, podemos distinguir tres tipos de dominación:

a) *dominación legal*, de carácter racional, basada en la creencia en la legalidad de ordenamientos impersonales y objetivos, de cuya aplicación se encargan el gobierno, la administración y la judicatura como conjunto de órganos en quienes reside la autoridad para el cumplimiento de la actividad funcional del Estado. El conjunto de personas que ejercen los derechos de mando, se encuentran investidas de autoridad por el orden legal y al obedecerlas, se obedece al derecho racionalmente estatuido y que regula la conducta de todos los miembros de la asociación. El supuesto de la dominación legal radica en que se obedece a la ley, no a los hombres, que se obedece al derecho, no a las personas. El que obedece lo hace como participante de la soberanía, que se hace radicar en el pueblo, y de la que se considera emanación la ley. Los que ordenan y mandan, lo hacen en tanto obedecen al orden impersonal en que fundan sus disposiciones, y los que obedecen, lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formulación participaron. La dominación legal requiere un equipo de transmisión y ejecución, es decir, un cuadro administrativo ba-

sado en el saber profesional especializado, que asegura precisión, continuidad, disciplina y eficacia en el cumplimiento de la actividad estatal. La elección del que manda por el que obedece, el acceso sin otra condición que la idoneidad al cuadro administrativo y el predominio político de la mayoría sobre la minoría en las decisiones públicas y en la consagración del grupo dominante, completan los rasgos más importantes de este tipo puro de dominación, que en tal sentido es la forma más racional de dominación. Por otra parte, el Estado moderno se asienta sobre este tipo de dominación, servido por un poderoso aparato administrativo.

b) *dominación tradicional*, basada en la creencia en la santidad de ordenaciones y poderes de mando heredados de tiempos lejanos y en la legitimidad de los señalados por esas tradiciones para ejercer la autoridad. Se opera en el círculo de lo consuetudinario, en el marco de la costumbre. El soberano "no es un superior, sino un señor personal, su cuadro administrativo no está constituido por funcionarios sino por servidores y los dominados son súbditos" (4). En la dominación legal existen ciudadanos, los dirigentes son "magistrados" y los que integran el cuadro administrativo son "funcionarios". Aquí hay súbditos, y servidores de un señor tradicional estatuido soberano. El mando y obediencia resultan de deberes objetivos de fidelidad personal y se fundamentan en la fuerza de la tradición. Este tipo de dominación tradicional ha existido sin un cuadro administrativo en el patriarcalismo originario y la gerontocracia, y con cuadro administrativo en el sultanato y el patrimonialismo, considerado este último por Weber, como aquella dominación orientada por la tradición, pero ejercida en virtud de un derecho propio. Una forma particular de dominación tradicional sería la estamental, feudal o señorial, como tipo de dominación territorial en la que los poderes de mando y sus correlativos económicos se desplazan hacia el cuadro administrativo.

c) por último, la *dominación carismática*, basada en la adhesión y en la fe que despierta un caudillo, un profeta, un jefe militar, no teniendo otra esencia que la entrega "extraotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas: se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma (gracia, vocación, misión, predestinación) tiene validez" (5).

(4) Max Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., p. 225.
(5) Max Weber, op. cit., págs. 253 y ss.

a quien se considera extraordinaria, con poderes misteriosos no asequibles a otros y que despierta sentimientos de admiración, confianza y reverencia. Según Weber, la dominación carismática supone un proceso de comunicación de carácter emotivo entre el profeta y sus discípulos, el principio de la guerra y su séquito, el jefe y sus hombres de confianza, necesitando para su mantenimiento la "corroboration", es decir, la comprobación de esos dones atribuidos, el éxito como prueba típico de los comienzos de dominaciones religiosas (proféticas) o políticas (de conquista), que sin embargo cede a las fuerzas de lo cotidiano tan pronto como la dominación está asegurada, y sobre todo, las posiciones de mando, transformándose paulatinamente en orden consuetudinario o en orden legal.

Estos tres tipos de dominación: impersonal, tradicional y carismático, son el soporte, respectivamente, del orden legal, consuetudinario y personal. En el plano de la realidad política se entrecruzan, pudiendo resumirse, en cuanto a formas de obediencia, en el consentimiento, en el automatismo psicológico y en el prestigio. Este último es el factor más poderoso de todo dominio sobre los individuos. Le Eon sostiene que sin él, "jamás hubieran reinado los dioses, los reyes y las mujeres". "Los grandes directores de muchedumbres como Buda, Jesús, Mahoma, Juana de Arco, Napoleón, etc., poseyeron en grado eminentemente de prestigio y mediante él, sobre todo, se impusieron. Los dioses, los héroes y los dogmas se imponen sin discutirlos, y hasta desaparecen cuando se les discute." (7) Lo que hace de la relación política, una relación esencialmente personal, es la tendencia de toda asociación a personificarse en sus jefes. El creciente grado de participación y de discusión disuelve lo mágico del prestigio, pero aún dentro de ordenamientos formalmente impersonales, la gravitación de los que dirigen sobre los dirigidos se mantiene, atenuada en las formas intacta en el fondo.

3. La fuerza de una agrupación política reside en interpretar la voluntad popular, en saber expresar lo que el pueblo quiere. El sistema de expectativas que constituye un programa partidario, para

(6) Max Weeber, *op. cit.*, pág. 260.

(7) Gustavo Le Bon, *Psicología de las multitudes*, versión de J. M. Navarro. Palencia, Editorial Albatros, 1952, págs. 140 y 142.

influir sobre la masa del pueblo, debe contener un plan vital adecuado a la realidad de su vida, como respuesta a sus problemas, tendencias y naturaleza. Excluidos como determinantes los grupos religiosos, las formaciones comunitarias influyen energicamente sobre la política: la familia y la nación, y en orden decreciente, las clases sociales, como vastas formaciones de hecho. El de mayor gravitación es la nación, siendo un hecho comprobado que "la conciencia de la nacionalidad es una fuerza política del más alto rango, y aún más: es la base y el fundamento de toda acción política". "Cada pueblo exige el distinto empleo de las formas de caudillaje, pide que se le hable en su propia lengua, que se tenga en cuenta su mentabilidad y estado de ánimo, tratándolo y procediendo con él de un modo determinado. Por esta razón, todos los partidos de la actualidad que se dirigen a la gran masa, pretenden ser representantes de la colectividad alegando que sólo sus fines y sus propósitos sirven a la nación." (8)

Cuanto más se identifica una organización con los intereses comunitarios nacionales, más representa objetivamente la voluntad popular. Todo partido que verdaderamente quiere conquistar el poder y conservarse en él, debe tener en cuenta esta circunstancia que condiciona la acción política. Los pueblos tienden a conformar energicas formaciones nacionales y a realizar, en sus contenidos sociales y económicos, una democracia intrínseca. Quieren verse libres de toda dependencia exterior y emanciparse social y económicamente de las formas estructurales interiores típicamente feudales, aristocráticas u oligárquicas. Si en Europa esta fuerza dinámica puede haber sido desplazada por tendencias más amplias y universales, es un hecho que en América mantiene su categoría de fuerza de primera magnitud impulsando su movimiento histórico.

Sobre el hombre convergen diferentes grupos, a los que pertenece según vínculos objetivos y subjetivos derivados de la existencia humana y que gravitan sobre él por conexiones de solidaridad. De entre esas formaciones "generalmente existe una a la que el hombre reconoce como suprema y más importante, y a la cual, por tanto, le concede su mayor lealtad en caso de conflicto" (9). Ese reconocimiento

(8) Hans V. Eckardt, *op. cit.*, pág. 180.

(9) Hans Kohn, *Historia del Nacionalismo*, traducción de Samuel Cosío Villegas, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, pág. 23. "El nacionalismo es un estado de espíritu. El proceso histórico puede analizarse como una sucesión de cambios de la psicología de la comunidad, en la actitud del hombre hacia las manifestaciones de la vida individual y social. El nacionalismo es una idea-fuerza que inunda el cerebro y el corazón del hombre con nuevos pensamientos y sentimientos, llevándolo a traducir su conciencia en hechos de acción organizada. La naciona-

de la nación como grupo supremo conformó políticamente el Estado moderno, o Estado nacional, en relación con el dogma de la soberanía popular. Es indudable que la democracia sobrepasa los lazos nacionales, pero éstos seguirán siendo una fuerza vital en tanto la política prescriba la vida del grupo nacional.

La masa del pueblo siente con mayor vigor la noción de pertenencia al grupo nacional que a la clase social en la que objetivamente puede encontrarse situado. El conocimiento sociológico de la articulación de las clases en la sociedad global, permitirá expresar los intereses comunitarios nacionales en relación con los de éstas, identificándolos o buscando la necesaria reciprocidad o interacción, sin incurrir en el peligro de una política negativa, destinada al fracaso, de contrapartirse en términos de disyunción entre las clases sociales, pero sin dejar de tener en cuenta que la unidad estatal, en cuanto al mantenimiento de condiciones mínimas de homogeneidad, se mantiene por la fuerza de agregación del grupo nacional.

Expresar los requerimientos de la sociedad global y en particular, satisfacer las necesidades de las clases en que ésta se articula, exige además de una doctrina rica en ideas, la acción constante de elementos aptos para la dirección, la propaganda y la agitación, que sepan utilizar los medios de persuasión y convencimiento.

Para influir sobre un pueblo y ejercer su gobierno, se deben conocer sus ideas, sentimientos y creencias fundamentales, única forma de dirigir sus actitudes. En ese sentido, constituyen elementos claves de la acción política, el no ir ni demasiado adelante ni demasiado atrás de la voluntad del pueblo. No perder contacto ni quedar aislado de las masas. Mantener la dirección, no pasar a ser dirigidos por ellas; fijar metas claras y accesibles; decidir siempre no sólo sobre lo que se debe sino sobre lo que puede hacerse; y aprender a conducir y provocar los acontecimientos, dejando de ir a su zaga (*).

4. El gobierno moderno se ejerce sobre comunidades organizadas según ordenamientos jurídicos impersonales; con instituciones objetivas de democracia política, a la que se concibe como gobierno de la vol-

lidad, de consiguiente, no es tan sólo un grupo al que mantiene unido y con vida la conciencia común, sino que también es un grupo en busca de expresión, en cuanto a lo que él considera la forma suprema de la actividad organizada, el estado soberano", pág. 29. Es en este sentido que opera como hecho político.

(*) Respecto a la acción política y de su adecuación moderna, el pensamiento de Lenin constituye una valiosa fuente.

luntad popular (10). Esta circunstancia condiciona la acción de las organizaciones políticas, que deben intervenir en el proceso de comunicación implícito en la formación e información de la opinión pública, y en la expresión de la voluntad popular. La opinión pública no es la suma ni el producto de las opiniones individuales, sino una resultante de la opinión de los grupos sociales sobre puntos de coincidencia unitarios y generales.

Hemos visto que las fuerzas sociales, las clases y los grupos de interés, en su relación con el poder, formulán, generan e provocan pretensiones, tensiones y presiones en correspondencia con sus fines objetivos ideales o materiales. Las fuerzas políticas, por su parte, instrumentan o responden a estados de opinión, mediante un sistema de expectativas o programa de acción, con el que procuran satisfacer los requerimientos que se manifiestan respecto de uno o más problemas generales o particulares.

En realidad, existen tantas opiniones como intereses materiales o ideales unen y dividen a los hombres. Cuando esas opiniones adquieren volumen y homogeneidad en correspondencia con los fines objetivos de los grupos sociales, y se expresan políticamente, constituyen estados de opinión política. Si estos estados de opinión coinciden con los intereses comunitarios de los grupos de integración, o cuanto menos, con el de las clases sociales, se transforman en manifestación racional de voluntad política. "La existencia de una opinión pública unitaria en lo posible —señala Heller—, constituye una de las más importantes condiciones para la formación de la unidad estatal." "La opinión pública es tanto menos unitaria cuanto más débil sea la comunidad de voluntad y valores del pueblo y, sobre todo, cuanto mayor sean los antagonismos sociales entre las clases. La falta de homogeneidad social trae como consecuencia el que se formen, en las diversas clases y partidos, opiniones diferentes y opuestas, que se afirman políticamente, acercándose unos frente a otros." (11)

La consideración del fenómeno social de la opinión pública puede hacerse siguiendo diversos criterios, ya se lo relacione con los estratos que intervienen en su formulación y sustentación; o desde el punto de vista de la psicología social por la estrecha relación entre la opinión y las actitudes; o bien el de su descripción fenomenológica buscando la formulación de sus caracteres estructurales, o por último, la pura-

(10) Carlos Sánchez Viamonte, *Democracia y Socialismo*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1947, págs. 17 y ss.

(11) Hermann Heller, *op. cit.*, pág. 193.

relación con el poder.

El primer criterio, o teoría de la opinión pública de substancia filosófica, ha sido expuesta entre nosotros por Carlos Cossío. Como punto de partida, distingue entre opinión pública y opinión del público, que estima una confusión "patente y constante" en diversos autores, entre ellos Sauvy, Julián Marías, Brand Whitlock y Herman Heller. "La opinión pública —dice Cossío—, es una opinión 'autorizada' o 'calificada', porque en alguna forma traduce 'principios'... 'Decididamente la opinión pública no es cuestión de cantidad de individuos, como si se tratara de un sufragio. La opinión del público es simplemente popularidad de una opinión; pero la opinión pública no es popularidad, sino algo que pretende influir en la opinión del público y que normalmente influye en ella. La influencia de la opinión pública sobre la opinión del público es algo que éste, cuando la recibe, la recibe pasivamente por gravitación de aquélla; en cambio la influencia de la opinión del público sobre la opinión pública, nunca llega a ser otra cosa que la de un germen de maduración para éstas.'"⁽¹²⁾ Sobre la base de que "toda opinión pública gira en torno de la aceptación de un valor o rechazo de un desvalor", pasa a distinguir en su génesis cuatro estratos: 1) el primer estrato, el de la personalidad creadora o de creación original, como punto ineludible de partida; 2) el segundo estrato, constituido por los "entendidos", "que se apasionan por el valor de origen y viven difundiéndolo de todas maneras" configurando una opinión especializada o técnica; 3) el tercer estrato está formado por un público que se define por su comprensión objetiva, y se caracteriza tanto por el aspecto intelectual con que abarca la opinión como por el aspecto emocional con que la entorna, estrato éste en el que hace radicar materialmente la opinión pública; y 4) un cuarto estrato, constituido por el hombre masa, definido por el de la comprensión subjetiva. A esta actitud debe sumarse la de la participación, ya que "la masa, como reacción subjetiva, es capaz de afirmar o negar un valor y a ello está llevada por sí misma, toda vez que a lo que lo expresa, lo comprenda como una causa de placer o de dolor"⁽¹³⁾.

Se distinguen así, la opinión personalísima, la opinión técnica, la opinión pública y la opinión popular.

En definitiva, se trata de la consideración de la opinión pública

(12) Carlos Cossío, *La opinión pública*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958, pág. 13.

(13) Carlos Cossío, *op. cit.*, p. 37.

como fenómeno estratificado, trazándose las distinciones cuantitativas y cualitativas del proceso de formación de las opiniones, teniendo en cuenta la calidad y saber profesional especializado de los que intervienen en la fase de formulación y promulgación y la cantidad de individuos a lo largo de todo el proceso y muy especialmente en la fase de su comprensión y aceptación.

El segundo criterio está dado por la psicología social, que entiende que el fenómeno social de la opinión pública corresponde "a una situación en que se manifiestan diferentes o contrastantes actitudes sociales acerca de una determinada cuestión que interesa de algún modo a la comunidad", habiendo sido definida "como la expresión, ya sea verbal o de otra índole, de actitudes, siempre que se produzca en una situación de controversia; es decir, cuando no exista uniformidad de actitudes sobre el mismo valor social"⁽¹⁴⁾.

Desde este punto de vista, podemos distinguir tres concepciones acerca de la naturaleza de la opinión pública: 1º) la concepción iluminista o racionalista, que concibe al hombre como un ser racional, capaz de lograr la verdad política y social, y al Estado como producto de la natural armonía entre libertad y autoridad, considerando a la opinión pública expresión de la razón y voluntad de los individuos, según un procesos de información y clarificación; 2º) la concepción marxista, según la cual cada clase social tiene su propia perspectiva considerando a la opinión pública como simple expresión de un conflicto antagonístico, que hace que deba excluirse como elemento dominante la sola circunstancia de la racionalidad humana. La opinión pública contiene, según ella, dos sectores irreconciliables: "el sector ideológico correspondiente a la opinión pública de la clase en descenso y el sector objetivo correspondiente a la opinión pública de la clase en ascenso", razón por la cual "el carácter objetividad y verdad que puede alcanzar la opinión pública no dependen del proceso racional y reflexivo del debate de las ideas"⁽¹⁵⁾; y 3º) las concepciones irracionalistas, para quienes no existe posibilidad de un pensamiento racional en la esfera político-social y toda racionalización se reduce a afloramientos o derivaciones de impulsos iracionales, o a meras explicaciones de acciones cuya motivación se oculta en forma de muñones instintivos.

(14) Gino Germani, *Surgimiento y crisis de la opinión pública*, Rev. Imago Mundi, N° 11-12, mayo-junio 1956, Buenos Aires, págs. 56 y ss., y en "Estudio de Psicología Social", Biblioteca de Ensayos Sociológicos, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de México, págs. 89 y 90.

(15) Gino Germani, *op. cit.*, pág. 33.

Karl Mannheim (¹⁶), relacionado con la segunda concepción, substituye la posibilidad del conocimiento según la perspectiva de las clases, por la de un público privilegiado, el de los intelectuales. Gino Germani enseña, respecto de Mannheim, que si bien en general niega el logro de la verdad objetiva en virtud de lo relativo de toda perspectiva, "salva el principio de objetividad en el pensamiento político" al transferir "los aspectos que el iluminismo asignaba a la opinión pública de la sociedad global" a un público altamente especializado como el de los intelectuales (¹⁷).

H. D. Lasswell (¹⁸), vinculado a la tercera concepción, hace derivar el proceso de racionalización de la opinión pública de motivaciones inconscientes, imágenes y representaciones acumuladas desde los primeros años de la vida. Ellas condicionan desde lo profundo de la estructura del carácter individual, las actitudes que asumen o adoptan los individuos proyectándose sobre la conducta cuando el individuo acciona en relación con objetos de interés público.

Detrás de estas concepciones se agitan situaciones históricas concretas, como el liberalismo, el socialismo o el autoritarismo contemporáneo, planteando el problema de la conducta individual y social tal como ésta se da en la realidad, lo que conduce a la consideración de la opinión pública como expresión pública de actitudes políticas.

Llámase actitud a la conducta o comportamiento social de un individuo, como expresión de un estado de conciencia proveniente de su posición dentro de un grupo social determinado (¹⁹). La opinión implica siempre una actitud. Pero la opinión pública, para serlo, además de opinión debe ser pública (Lasswell).

Es opinión en cuanto manifiesta siempre una actitud, un juicio valorativo, una estimación sobre cuestiones políticas, implicando un proceso no necesariamente racional según los círculos o grupos sociales que intervienen en su formulación, promulgación y aceptación, dependiendo, así, tanto del objeto sobre el que versa la opinión como del círculo o grupo que la sustenta. Y es pública en cuanto se exterioriza,

(16) Karl Mannheim, *Ideología y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941.

(17) Gino Germani, *op. cit.*, p. 89.

(18) H. D. Lasswell, *Power and Personality*, W. W. Norton, New York, 1948.

(19) La raíz de las actitudes se indaga con o sin referencia a la experiencia interna. Es evidente que la actitud no se agota con la acción misma, razón por la cual se la vincula con tendencias o disposiciones interiores. Es así como se han formulado distintas teorías, tales como la instintivista (W. Mac Dougall, *The energies of men*, 1932); el "conductismo" o behaviorismo (Bain, Symonds), y la mentalista (Farris, Bogardus, Young), entre otras.

en cuanto reviste carácter objetivo, haciéndose "perceptible para la observación" (²⁰). En relación con su objeto, su carácter público proviene de su conexión con lo político, con lo social, siendo por esencia un fenómeno socio-cultural. En relación con su sujeto, deben señalarse dos posiciones divergentes: 1) la posición nominalista, que sostiene que únicamente los individuos son capaces de tener opiniones, no existiendo la opinión pública como opinión del grupo sino como suma de las opiniones individuales; y 2) la posición realista, que considera como auténtica opinión pública a la opinión del grupo, y que se subdivide en criterios divergentes al relacionar esa opinión a un sujeto concreto dentro del grupo, según considere que esa opinión es la de la mayoría del grupo, la de los dirigentes del grupo o la de los técnicos o especialistas, con lo cual volvemos a la existencia de una opinión pública unitaria u opinión del pueblo, una opinión pública calificada u opinión del pueblo, y una opinión pública especializada u opinión de los técnicos.

Un tercer criterio sobre la opinión pública nos proporciona la sociología general, al estudiar la influencia de la estructura social y la formación y expresión de la opinión, al distinguir entre opinión pública primaria y opinión pública secundaria, y opinión preponderante y opinión mayoritaria.

Esa distinción se basa en la existencia de un comportamiento comunitario, de solidaridad mecánica, característico de los grupos primarios, es decir, aquellos en cuyo seno existe contacto directo entre los individuos; y un comportamiento societario, de solidaridad orgánica, característico de los grupos secundarios o a distancia, en los que la relación entre los miembros se realiza por medio de instituciones. De estos dos tipos de agrupamientos proviene un tipo distinto de opinión pública, correspondiendo a los grupos primarios la opinión pública primaria, y a los grupos secundarios, la opinión pública secundaria.

Señala J. Lambert, que en los grupos primarios, comunitarios o de contacto directo, "no solamente la acción de las mismas influencias sociales contribuye a provocar frente a los mismos impulsos parecidas reacciones, sino que por obra de la simplicidad del grupo, los problemas se presentan normalmente como situaciones de hecho directamente apreciables por cada uno de los miembros cuyos intereses son generalmente comunes". La opinión pública del grupo se forma fácilmente. "En los grupos secundarios organizados, condicionados por crecientes diferenciaciones individuales, la complejidad del grupo hace que los problemas que se presentan a su nivel no puedan ser directamente considera-

(20) Gino Germani, *op. cit.*, pág. 91.

dos por sus miembros, o en todo caso, se presentan a cada uno de ellos bajo ángulos fuertemente diferenciados" (21). Esto, según Lambert, hace difícil la determinación de los puntos de convergencia de la opinión pública, razón por la cual, los intereses concretos se desplazan hacia una noción abstracta de interés general. La opinión pública primaria se traduce materialmente en "opinión preponderante" y como tal se impone instintivamente a la casi totalidad del grupo primario, en tanto que la opinión pública secundaria se traduce en "opinión mayoritaria", en razón de la existencia, dentro de los grupos secundarios, de opiniones minoritarias.

Ambas modalidades de opinión influyen en la vida "política, gravitando en distintos niveles sobre su equilibrio, y tienden a contraponerse en razón de su distinto origen, formación y sentido. El desajuste entre opinión preponderante y opinión mayoritaria ocasiona desequilibrio político, particularmente en los países poco evolucionados en los cuales la opinión de los grupos primarios es poderosa y "en los que la opinión pública de la familia o del vecindario a menudo se imponen sobre la vida nacional en detrimento de los intereses generales" (22).

5. — Nos resta, por último, el criterio político sobre la opinión pública, tomando como punto de vista su relación con el poder.

Al respecto se nos presentan dos concepciones distintas. En primer término, la opinión pública identificada con la voluntad del pueblo, o cuanto menos como expresión calificada de la voluntad del pueblo, y como tal, fundamento de la democracia liberal, tradicional o representativa. En tal sentido, la democracia sería "el gobierno de la opinión pública, por los partidos políticos, para el pueblo" (23) y el poder se justificaría según el grado de concordancia con la voluntad popular, en cuanto ésta es expresada por la opinión pública. Sus rasgos fundamentales podrían resumirse en: a) la objetividad y racionalidad como base ideal; b) la contradicción por la existencia de varias opiniones; c) el libre acceso a las fuentes de información; d) su canalización por una pluralidad de partidos libremente organizados; e) el predominio de la opinión de la mayoría sobre la de la minoría; f) su expresión por los medios técnicos del sufragio universal en elecciones libres y sinceras.

Desde este punto de vista tradicional, en intrínseca conexión con

(21) Jacques Lambert, *Structures sociales et opinion publique*, en "L'Opinion Publique", Université D'Aix-Marseille, Centre de Sciences Politiques de l'Institut d'Etudes Juridiques de Nice, Presses Universitaires de France, Paris, 1957, pág. 76.

(22) Jacques Lambert, *op. cit.*, pág. 76.

(23) Carlos Cossío, *op. cit.*, pág. 57.

la democracia liberal, no se puede gobernar ni conservar el poder contra la opinión pública. La tensión de esa contradicción general se resuelve contra el grupo dominante.

Sánchez Agesta, en busca del sujeto de la opinión pública, luego de descartar al pueblo y al público en general, lo considera integrado por "aquellos porciones, mayoría o minoría, del pueblo que presta su atención a los fenómenos políticos y los enjuicia con una convicción activa. Según esta idea, es la atención que se presta lo que decide sobre esta calidad de público; público son quienes atienden no quienes entienden. No es la competencia o calidad técnica del juicio lo decisivo, sino la intensidad de la atención" (24). De esta manera la influencia de la opinión pública sobre el gobierno es grande, no sólo por lo que hace sino por lo que le impide hacer, actuando en "un doble sentido, activo y preventivo" (25). El proceso formativo de la opinión pública, concebida como opinión del público atento a los fenómenos políticos, comprende diversas fases, teniendo su punto de partida en "el espíritu de inventiva" de algunos pocos individuos cuyas ideas llegan a formar "estados de espíritu público" que paulatinamente penetran en el campo de la efectividad jurídica.

Dentro de esta concepción, los problemas fundamentales consisten en verificar la concordancia de la actuación del gobierno con la opinión pública y garantizar a esa opinión pública condiciones de libertad para su formación y expresión. Estos problemas no son exclusivos de la democracia sino que también preocupan, en buena medida, a los regímenes autoritarios o totalitarios. Si bien en ellos las decisiones no están subordinadas a su concordancia con la opinión pública, se han mostrado extremadamente sensibles a su captación y se han visto precisados a montar gigantescos aparatos de persuasión y propaganda para influir en ella. Es así como llegaron a adquirir categoría de función gubernativa las formas y procedimientos de comunicación e información utilizadas para el manejo de la mente individual y social. Naturalmente que el proceso se opera sobre la base de la inversión de sus términos naturales y en lugar de orientarse por la opinión pública, tales gobiernos la orientan y moldean según sus conveniencias y necesidades. La institucionalización del monopolio de los medios de comunicación indica hasta qué punto la estructura del gobierno autoritario depende del control absoluto de la información y la propaganda.

En cuanto a la segunda concepción política de la opinión pública,

(24) Luis Sánchez Agesta, *op. cit.*, págs. 399 y ss.

(25) Luis Sánchez Agesta, *op. cit.*, pág. 401.

su principal exponente es George Burdeau. Su punto de partida es la neta diferenciación entre opinión pública y voluntad popular, que sirven de fundamentos a dos tipos de democracia: la opinión pública, a la democracia clásica o liberal; y la voluntad popular, a la democracia contemporánea o democracia social.

"Se interpreta como opinión —dice—, aquello que es en realidad una voluntad; se impone a una voluntad los caracteres propios de una opinión y se actúa como si los medios aptos para hacer conocer una opinión fueran igualmente propios para la expresión de una voluntad. No hay nada de común entre la opinión pública y la voluntad popular. La voluntad puede, en cierta medida, nutrir la opinión, y aunque más raramente, la opinión influir sobre la voluntad, pero ellas permanecen fundamentalmente distintas" (26).

La opinión se forma en el nivel de lo colectivo, es una síntesis de elementos dispares, y quienes participan de ella conservan su individualidad, asumiendo solamente una actitud intelectual, razón por la cual tiene marcada objetividad y autonomía, y tiende a cambiar. La voluntad se forma en el nivel de lo individual, es una adición de elementos semejantes, asume expresión concreta en cuanto conjunto de voluntades individuales, se encuentra condicionada por situaciones vitales y no tiende a cambiar, sino a realizarse, actuando incesantemente para su satisfacción. Las diferencias se extienden a la fuente, al contenido, a su intensidad.

La opinión pública es el soporte de la democracia liberal o tradicional. "En la democracia liberal —expresa Burdeau—, el principio fundamental es que la ley debe ser obra de la voluntad general. Inmediatamente observamos que si en ese régimen toda ley puede ser efectivamente considerada como voluntad del pueblo, toda voluntad del pueblo no es una ley. Se han dispuesto las cosas para no concebir como voluntad del pueblo más que una cierta voluntad, que se transforma más rápidamente en opinión pública que lo que tardamos en enunciarla" (27). La estructura de este tipo de democracia tiene a la ley por imperativo racional, traduciendo la preocupación de las clases dirigentes por evitar que la ley se nutra de egoísmos o apetitos; al pueblo como un pueblo de ciudadanos, sin ambiciones ni resentimientos, especies de "santos laicos" despojados de toda condición personal, inclusive de su

(26) George Burdeau, *L'Evolution des techniques de expression de l'opinion publique dans la démocratie*, en "L'Opinion Publique", Université D'Aix-Marseille, Centre de Sciences Politiques de L'Institut d'Etudes Juridiques de Nice, Presses Universitaires de France, París, 1957, pág. 148.

(27) George Burdeau, *op. cit.*, p. 148.

situación social y la reunión de ciudadanos se hace en torno a una forma alegórica, la Nación, entendida no como un grupo sociológico, sino como una abstracción política, cuya voluntad, la voluntad nacional en general, se supone inmune contra todo egoísmo o interés individual o de grupos. Ese mundo quimérico, que despojaba a la nación de su realidad social, y al hombre, de su sentido vital, estaba basado en la ausencia del pueblo de la dirección política, es decir, en el reconocimiento de su derecho a ser bien gobernado, no a gobernar. De ahí que la opinión pública ni siquiera sea la opinión del pueblo, sino la de un público, y naturalmente, la de un público privilegiado, así se lo haga extensivo a quienes presten atención a los fenómenos políticos. Los representantes no expresan sino que crean la opinión y la "voluntad nacional" se reduce a la voluntad de los representantes. El problema substancial que se agita detrás de estos elementos estructurales es el de la unidad. La representación protege contra el riesgo de la disgregación, de ahí que se suponga a los representantes depositarios de la voluntad nacional no subordinados a ningún grupo de intereses, partido político, ni ambición, sino a los intereses generales de toda la nación.

¿Cómo se expresa la opinión pública? Mediante las elecciones. Una consecuencia lógica de este sistema fue el repudio originario hacia los partidos políticos considerados como facciones que ponían en peligro la unidad nacional. Al hacerse universal el sufragio, los partidos iniciaron su desarrollo hacia sus formas actuales y surgieron técnicas de expresión de la opinión que no se limitaban al simple escrutinio del acto electoral. Con sagacidad, Burdeau formula el proceso de formación de los partidos de representación individual, a los que califica como "partidos de opinión", orientados a ser expresión de la opinión pública, y el advenimiento de los partidos de integración social, a los que llama "partidos de masas", destinados a interpretar y expresar la voluntad del pueblo. El pueblo y los individuos tal como vitalmente son, con sus defectos y con sus virtudes, con sus angustias, egoísmos y esperanzas, empezaron a gravitar en la escena política, haciendo valer sus requerimientos esenciales. Y la democracia liberal inició su declinación intrínseca vinculada a la del liberalismo económico, cuando se vio obligada a intervenir efectivamente en el control del proceso económico y en el proceso social.

La democracia contemporánea substituye al ciudadano por "el hombre determinado por su medio", que lucha por el mejoramiento de sus condiciones de vida y la nivelación social. Esta democracia tiene por objetivo la creación de una sociedad nueva. Substituye el reino teórico de la opinión pública por el humano buscando conferir al pueblo una

autoridad auténtica y eficaz, a través de las formas directas como el referéndum y la iniciativa popular. El hecho nuevo consiste en poner en relación la opinión con la voluntad, no para que se identifiquen, lo que no es posible, sino para que cada cual cumpla con su función. La primera, controlar; la segunda, gobernar, toda vez que el imperativo de la democracia social en materia política es la ejecución de la voluntad popular. La nación queda en el marco de lo que realmente es: un grupo sociológico que no excluye a los otros grupos sociales, que convergen sobre el hombre, situándolo, es decir, determinando su situación. El hombre "situado" de Burdeau no es otra cosa que el hombre tal como se da y existe en la realidad de la vida. Los partidos de masas, característicos de la democracia contemporánea, son partidos que se orientan hacia la reforma de la sociedad, siendo por esencia revolucionarios, dogmáticos, de fuerte organización, más interesados en "galvanizar la masa" que en el triunfo electoral inmediato. Su propósito es "formar la conciencia política del elector, de tal manera que adopte poco a poco la visión del mundo que tiene el partido" (28). Por otra parte, la democracia contemporánea, cuyo contorno marca la presencia de los grupos de interés y su forma operativa, impone una nueva relación a la representación: los representantes aparecen subordinados a los representados, completándose con las formas directas de referéndum e iniciativa popular. En ella, como en ninguna otra anterior, el pueblo quiere gobernarse por sí mismo.

El desajuste de las instituciones políticas y jurídicas con la realidad socio-económica se abarca en toda su extensión, si se tiene en cuenta que en tanto las instituciones jurídicas y políticas están fundadas en una idea de unidad formal, la democracia contemporánea es pluralista, por la existencia de grupos que son la expresión de la división antagonista de las clases. El porvenir reclama la creación de nuevas instituciones, nuevas formas de expresión, que proporcionen el necesario ajuste, mediante las cuales el pueblo se gobierne a sí mismo, asegurando la mayor concordancia posible entre las decisiones políticas y la voluntad del pueblo.

6. — La revolución técnica ha transformado los procedimientos de formación y expresión de las opiniones y los modos de influir sobre la voluntad del pueblo. Las formas pre-técnicas de acción política, el discurso ante un grupo, el artículo en la prensa partidaria, el volante o el cartel mural, son instrumentos rudimentarios en comparación con la rá-

(28) George Burdeau, *op. cit.*, p. 148.

dio, el cine o la televisión, que proporcionan funcionalmente diversión, formación e información en escala masiva.

En la realidad, la distinción entre opinión y voluntad se atenúa, pues quien influye sobre la voluntad domina las opiniones, quien influye sobre las opiniones gravita sobre la voluntad. Cómo dominar es influir, se influye en la mente para dominar la voluntad individual. Al servicio de esa orientación negativa de la personalidad humana se encuentran, genéricamente, los medios técnicos de comunicación, frente a los cuales el hombre va perdiendo toda posibilidad de pensar por sí mismo. Esos elementos intervienen en la elaboración de las estructuras mentales y han arrebatado de hecho al individuo el derecho a su propia formación e información. En manos privadas, su dominio se encuentra concentrado en un reducido número de grupos económicamente poderosos que, al amparo de la libertad económica e ideológica, ejercen una auténtica dictadura ideológica privada.

La lucha por el derecho de expresión que caracterizó a la democracia liberal, se ha transformado en la democracia contemporánea en la lucha por el control de los medios de comunicación, y tiene por protagonistas, no al individuo aislado, sino al Estado y a los grupos, o a los grupos entre sí (29). En las condiciones actuales, el derecho individual a participar en la formación de la opiniones, pensar y expresar las ideas libremente, carece de vigencia, al estar subordinados a tener acceso a esos medios de comunicación. El derecho de hablar, escribir, imprimir libremente, se ha convertido —como lo señala Rivero—, en el derecho de elegir y juzgar lo que se va a leer, lo que se va a escuchar, lo que se va aoir. —"El derecho del hombre, derecho a una acción que tiene por contrapartida una abstención del poder, se transforma en el derecho a una prestación, que impone al poder una acción positiva para satisfacerla" (30). En definitiva, el hombre actual se ve obligado a luchar por el derecho pasivo a ser bien informado.

Los grupos que tienen el control de los medios técnicos ejercen un poder social incommensurable, por la influencia que los mecanismos que dominan tienen en el proceso sociológico y psicológico de elaboración de la opinión pública y su gravitación sobre la voluntad del pueblo. A través de ellos influyen sobre las fuerzas políticas y se relacionan con el poder presionando sobre sus decisiones. Pero sus intereses no son los

(29) J. Rivero, *Le status des techniques de formation de l'opinion*, en "L'Opinion Publique", Université D'Aix-Marseille Centre de Sciences Politiques de l'Institut d'Etudes Juridiques de Nice, Presses Universitaires de France, Paris, 1957, pág. 110.

(30) J. Rivero, *op. cit.*, pág. 113.

intereses del pueblo, su opinión no es la opinión del pueblo, ni su voluntad la voluntad del pueblo. Y este es el límite de su influencia por grande que sea la sugerencia que despierten.

La acción del pueblo hizo que el Estado intervenga poniendo límites al monopolio de los grupos sobre los medios de comunicación. Los sistemas que se han adoptado oscilan desde el de libertad económica e ideológica hasta el del monopolio estatal. Es decir, desde un mínimo de regulación legal para hacerlos compatibles con la moral y las buenas costumbres, según la clásica fórmula liberal, hasta su máximo control económico e ideológico por el Estado. Al respecto, cada país tiene su modalidad según las tendencias que dominan su vida social, económica y política y al grado de su evolución.

7.- La información, la propaganda y la agitación se diferencian por su contenido y por sus efectos. La información es la divulgación de doctrinas e ideas, orientada a la educación política del pueblo. La propaganda, según la fórmula de Lasswell, en "la manipulación de símbolos como medios de influenciar actitudes en asuntos de controversia". La agitación, por último, consiste en la excitación para provocar acciones o reacciones. La primera tiende a diseminar ideas, la segunda a lograr la adhesión y el reclutamiento de voluntades y la tercera a llamar a la acción, operando, respectivamente, en el plano de las ideas, de las creencias y de los impulsos.

Esto requiere recursos humanos, económicos y técnicos. Hoy el amplificador, el mimeógrafo, la prensa partidaria y los elementos plásticos como las banderas, las insignias, los himnos, los cuadros y los carteles murales, constituyen instrumentos comunes de la propaganda. En general, los medios que se utilizan pueden ser clasificados: en personales, como la conversación, el discurso o la conferencia e impersonales como la radio y la prensa; y en individuales o de contacto directo y personal; por grupos o de públicos determinados, y masivos o de públicos indeterminados. Los medios impersonales sirven con eficacia al proceso de información y los personales, a la propaganda y agitación.

Los medios de contacto personal se basan en la influencia de la palabra y en el prestigio y condiciones personales del informante, propagandista o agitador. Su fuerza radica en la comunicación directa de ideas, creencias y sentimientos.

Los medios impersonales o de contacto a distancia, como la prensa y la radio, suplen en extensión pero no en intensidad la comunicación por contacto directo. No ocurre lo mismo con el cine y particularmente con la televisión, que unen a la fuerza comunicativa de la palabra, el

sonido y la imagen, en grados de perfección, y que pueden prefabricar lo feérico, con toda su gama de atracciones extrañas.

En las tareas de información o divulgación, los partidos pueden utilizar, además de aquellos militantes o adherentes con especial competencia en los temas o cuestiones a informar, a sus simpatizantes y aún a personas especializadas extrañas a la agrupación, en razón de que la información exige un dominio del tema para cuyo conocimiento se requiere un saber especializado. En las tareas de propaganda pueden intervenir, e intervienen generalmente, además de los militantes, los adherentes al partido. En cambio, la tarea de agitación debe estar reservada a militantes seleccionados, vinculados directamente a los grupos o sectores cuya agitación se desea.

En la propaganda y agitación personal oral, conviene prevenir sobre la fuerza de la repetición, la más poderosa arma de la oratoria. Consiste en "machacar hasta clavar el clavo. Hendir el hacha hasta que caiga el árbol. Golpear hasta que se despierten los dormidos... y actúen" (31). Así como el discurso de información reviste la forma de conferencia, el de propaganda y agitación tiene la forma típica de la pieza de persuasión ya que su finalidad consiste en: a) trasmisir sentimientos; b) excitar la fe; c) impulsar a la acción. En la medida en que el propagandista o agitador sea capaz de transmitir su propio entusiasmo, tendrá eficacia. No se transmite sino lo que se siente.

Alex Inkeles, estudiando las técnicas del Departamento de Propaganda y Agitación del Partido Comunista de la U.R.S.S., pone de relieve la estructura monólica del aparato de convencimiento y persuasión montado por el partido comunista soviético para la operación constante del manejo de la mente y la voluntad del pueblo ruso, ajustando fielmente su acción a las enseñanzas de Lenin, de propaganda para la élite y agitación para la masa, en el círculo clave que trazara entre propaganda, agitación y organización, como fases continuas de un proceso dinámico de adoctrinamiento, en su función de "líder, instructor y guía de las masas" (32).

En tal sentido, puntualiza que el propagandista presenta muchas ideas a una o más personas, expone y divulga mezclando en sus palabras sal, azúcar y bilis; el agitador, en cambio, presenta una o pocas ideas a muchas personas o a la masa, diseminando el descontento y provocando la acción, regando vinagre y bilis. El propagandista, y especialmente el agitador, deben:

(31) Hans V. Eckardt, *op. cit.*, p. 112.

(32) Alex Inkeles, *La opinión pública en la Rusia Soviética*, traducción de José Albuerne, Editorial Difusión, Buenos Aires, 1952, pág. 83.

- 1) dominar el tema;
- 2) usar un lenguaje corriente y directo;
- 3) utilizar hechos corrientes de la vida cotidiana;
- 4) dar ejemplos concretos;
- 5) decir qué debe hacerse y cómo debe hacerse;
- 6) estar en condiciones de contestar todas las preguntas que se le formulen.

En consecuencia, los cánones a los que deben ajustar su actividad son los siguientes:

- a) expresar lo que el pueblo quiere y siente;
- b) tener intereses comunes con el auditorio; estar convencido de lo que dice, y saber expresarse con eficacia;
- c) ir hacia la gente sin esperar a que la gente venga;
- d) estar cerca de la masa, única forma de lograr disciplina y sacrificio; después de cada reunión, no huir de ella; buscar la intimidad personal; conversar con la gente;
- e) no hacer promesas que no puedan cumplirse y ocuparse de lo que necesitan;
- f) predicar con el ejemplo; tener prestigio, según cualidades personales o status social;
- g) conocer el estado de ánimo del pueblo, sometiéndose a la discusión y a la autocritica.

La importancia que se da en Rusia a la propaganda y agitación con el fin de la organización del pueblo se mide por el dato que proporciona Inkeles respecto de la campaña electoral de febrero de 1946, en que el partido Comunista "lanzó a la tarea a 3.000.000 de agitadores, es decir, un agitador por cada 65 personas mayores de 15 años" (33), cifra extraordinaria si se tiene en cuenta el número de afiliados del Partido, la naturaleza de las elecciones soviéticas, y la estima que se tiene por la tarea, considerada como la de "mayor responsabilidad partidaria" (34).

La natural explicación de este hecho, es que en Rusia, como en cualquier otra parte de la tierra, se puede hacer trabajar y obedecer a los hombres por la fuerza, mediante medidas coercitivas, pero con ese medio no se obtiene lealtad ni adhesión en términos de sacrificio voluntario.

(33) Alex Inkeles, *op. cit.*, pág. 82.

(34) Alex Inkeles, *op. cit.*, pág. 84.

tario. Esto "obliga a hablar al pueblo para explicarle las cosas" (35) y a desplegar todos los recursos sociológicos y psicológicos técnicamente aptos para manejar su mente y su voluntad. La prensa y la radio son parte del engranaje. No son empresas comerciales, ni están en manos de grupos privados. Son instrumentos al servicio de la organización masiva del pueblo ruso, bajo el control del Partido Comunista, que se mueven como "correas de transmisión" del aparato gubernamental. Y este aparato actúa en tres frentes: asegurar la educación política general en los principios del marxismo leninismo, realizar las metas económicas de los planes trazados con miras a aumentar la producción y vigilar la conformidad interior con el sistema dominante. De este modo, en la controlada sociedad soviética, la manipulación del pueblo y la fabricación de tensiones, es la más importante y siniestra de las funciones del Estado.

En otras partes, donde la vida del hombre se mueve en un horizonte distinto, con expectativas y perspectivas de la más amplia libertad formal, el manejado de la mente del pueblo y la fabricación de presiones se encuentra concentrada en manos de los grupos social y económicamente dominantes.

Contra esos grupos el pueblo lucha y se defiende; y los movimientos de opinión prefabricada encuentran límites en la voluntad del ciudadano común, que tiene una visión del mundo que le hace combatir toda tiranía visible.

La propaganda, como en todas partes, sigue siendo "una violenta irrupción en el mundo de representaciones del prójimo, destinado a privarlo de su propia conciencia y a reducirlo en su condición humana, siendo por esencia una forma sistemática y deliberada del engaño" (36).

Los partidos, concebidos desde el punto de vista de la gestión electoral como oficinas de propaganda, en recientes experiencias, no sólo han dejado la información a cargo de asociaciones extrapartidarias, prescindiendo por completo de la agitación, tal como la hemos expuesto precedentemente, sino que inclusive han entregado a empresas comerciales de publicidad la conducción de sus campañas. De esta manera han sido introducidos los métodos de la propaganda comercial a la política. Las campañas electorales de los dos grandes partidos norteamericanos sólo se diferencian en cuanto a sus fines, de las que podrían desarrollar dos empresas comerciales rivales. Con la campaña presiden-

(35) Alex Inkeles, *op. cit.*, pág. 127.

(36) Francisco Ayala, *Los políticos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 144.

cial de 1956, se ha iniciado el imperio de los manipuladores de símbolos en la vida política estadounidense. "Pudieron hacerlo —dice Vance Packard—, teniendo en cuenta los descubrimientos de Pavlov y sus reflejos condicionados, de Freud y sus imágenes paternales, de Riesman y su concepto de los modernos electores norteamericanos como consumidores-spectadores de la política, y de Batton, Barton, Dustine y Osborn y su ciencia del comercio de las masas (37).

La idea de que los electores son consumidores de candidatos, sirve de base a un esfuerzo deliberado por paralizar, y aún destruir, la maraña de la democracia contemporánea. Se necesita meter los dedos en el alma del individuo, penetrar a saqueo en el mundo de sus representaciones, operar sobre el campo de su irracionalesidad, para anular a la millón de seres en cuyas manos actualmente se encuentra.

El manejado de la mente, el burgimiento en profundidad de la conciencia para anular toda potencia crítica, no es otra cosa que una empresa de depredación humana al servicio de la desigualdad social y económica.

No se puede destruir la democracia sin destruir en el hombre lo esencialmente humano, porque la democracia además de cuento significa en el orden político, social y económico, constituye una forma del espíritu humano, una forma de la conciencia humana, orientada hacia las metas eternas de libertad y de justicia, principio y fin de la vida social humana.

Destruir los mitos, enseñar a los hombres y a los pueblos a no dejarse engañar ni someter, construir el futuro del mundo sirviendo a la libertad y a la justicia, para triunfo y gloria del espíritu y la razón humana, es el sentido último de la actividad política.

(37) Vance Packard, *Las formas ocultas de la propaganda*, traducción de Martha Mercader de Sánchez Albornoz, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1959, pág. 198. Citando al Dr. Bryson, Packard señala la creencia que ese antropólogo dio a los miembros neoyorquinos de la Sociedad Norteamericana de Relaciones Públicas: "Si ustedes tratan de extraer el consentimiento mediante maquinaciones, las ciencias sociales les aconsejan comenzar con un análisis básico de los tres niveles en que se da ese consentimiento en una sociedad como la nuestra". Dijo entonces que el primer nivel es la naturaleza humana, agregando que en él poco podía hacerse para manipular a la gente. El segundo nivel es el del cambio cultural, que es donde se debe operar si se quiere influir sobre las ideas. El tercer nivel concierne al campo de la opción. En él, los impulsos se dirigen hacia alguna dirección particular, y las personas optan de algún modo, "como cuando se prefiere un producto a otro similar". En este nivel, dijo, "es relativamente fácil manipular a la gente". Por otra parte, si lo que ustedes quieren es cambiar ideas, "tendrán que trabajar en el segundo nivel", en donde deben usarse "presiones psicológicas, técnicas y artificios diferentes de los empleados con éxito en el tercer nivel", págs. 237/8.

Concepto:

Diferencias entre creencias, opiniones y saber científico:

Importancia de la opinión pública:

LA OPINIÓN PÚBLICA

- 1) Las actitudes humanas se traducen en opiniones y creencias que se refieren a uno mismo, a otras personas, al hogar, la familia, el gobierno, etc. Por consiguiente, la opinión es una determinada clase de actitud humana y equivale a juicio. Cuando ese juicio se exterioriza, esa opinión se hace pública. La opinión pública, por consiguiente, es tanto actitud humana, es un juicio que se exterioriza.
- 2) Pero esa noción no agota la comprensión del hecho social que tiene su expresión en la opinión pública. Esta, para la ciencia política, es una síntesis de la opinión de los grupos sociales sobre puntos de coincidencia unitarios y generales.
- 3) El conocimiento o comprensión científica es un saber especializado, que se proyecta hacia la realidad y la objetividad. Predomina en él la objetividad y se basa en un sistema conceptual que permite la actividad científica o técnica. El juicio técnico o científico es, por tanto, eminentemente objetivo. Dentro de ese marco se move la "opinión técnica".
- 2) Las creencias están situadas en el otro extremo. Son profundas y subjetivas. Se caracterizan por ser sólidas, firmes, duraderas. Se basan en la fe, importando poco el grado de realidad o certeza que contengan. Las creencias nutren las raíces del poder político. Ellas son el soporte de los diversos tipos de dominación humana. Se desenvuelven a través de la presión social, del encuadramiento y la estabilización colectiva. Los gobernados creen que es necesario obedecer a los gobernantes según ciertas y determinadas formas. De ahí que la legitimidad se relacione intimamente con el sistema de creencias o convicciones dominante.
- 3) Las opiniones están situadas en un nivel menos profundo y más objetivo que las creencias. Son la atmósfera del universo político. Al respecto, según Burdau, en todo grupo político existe un sentimiento general relativo a los asuntos públicos, a los intereses comunes, que se traduce en juicios que constituyen lo que denominamos "opinión pública". Esos juicios están sujetos a cambios, variaciones, modificaciones, porque son posibles de modelar y orientar. En la realidad existe una interacción continua entre los órganos constitucionales, los partidos políticos y los grupos de interés para influir sobre la opinión pública y de ésta, a su turno, para gravitar sobre aquéllos. La razón es sencilla: depende del pueblo el acceso y mantenimiento en el poder y la aprobación de las distintas políticas.
- 1) La opinión pública es una de las nociones fundamentales de la ciencia política y uno de los factores esenciales de la sociedad humana. Sea que ella se crea y desenvuelva

Importancia de la opinión pública:

...mente, sea que se la fabrique o mitifique, ella constituye un elemento fundamental para la justificación de la autoridad. Tiene el carácter de una institución vital, irremplazable e irreductible, que si bien pueden sus enemigos desnaturalizarla, en modo alguno pueden prescindir de ella ni de su influencia moral y política. Esto explica el interés que existe, tanto en las estructuras de poder abierto (democracias occidentales) como en las estructuras de poder cerrado (autocracias marxistas), por fabricar una opinión pública favorable; crearla artificialmente por medio de hábiles técnicas, tales como la agitación y la propaganda.

- 2) En las estructuras de poder abierto, la opinión pública es la única justificación del poder. Los poderosos medios de información influyen sobre el pensamiento y los sentimientos de los ciudadanos. Los grandes diarios, la radio, la televisión, abren al mismo tiempo extraordinarias posibilidades para expresar y limitar la opinión pública. Tal como ocurre en los otros dominios de las relaciones sociales, la gigantesca técnica de la expresión y de la transmisión del pensamiento humano, los conocimientos y la información creada por el hombre contemporáneo, es un instrumento de victoria y desarrollo pero también un instrumento anestesiante y deformador de la opinión pública.
- 3) En las estructuras de poder cerrado se confiere a tales técnicas sociales una orientación y un valor diferentes, de acuerdo con la concepción que adoptan de la propiedad y del poder. En tales condiciones, la opinión pública se presenta siempre como un fenómeno socialmente condicionado, una forma de la superestructura política y de la conciencia social y humana, a la vez que una fracción de la ideología, un instrumento de la política práctica, un slogan de la retórica política y un fenómeno de la mitología política. En definitiva, desde la perspectiva de las autocracias marxistas-jenistas, la opinión pública es "la opinión socialmente condicionada del mayor número posible sobre cuestiones generales, expresadas públicamente y orientadas no solamente a influir sobre los asuntos políticos sino también hacia la participación, es decir, hacia la transformación de esta opinión en política efectiva, en ley".

Caracteres de la opinión pública:

- 1) La opinión pública es un fenómeno consciente, con una intención de racionalidad, pudiendo ser unitario o plural. Su condición de consciente resulta de constituir la expresión de un juicio, en el que sin duda existen tanto el pensamiento como los sentimientos de quienes los emiten. Pero que aparece en la conciencia de los individuos con mayor o menor claridad y que exterioriza, cuando menos, ciertas ideas sobre cuestiones críticas.
- 2) La opinión pública tiende a justificarse. Cualquiera sea el grado de tenacidad con que se defienda una opinión, lo cierto es que la opinión pública demanda para sí el reconocimiento de la objetividad. Es que en ella gravita

Caracteres de la opinión pública:

siempre una escala de valores. De esto proviene que puedan existir sobre una misma cuestión opiniones diferentes, en correspondencia con las estimaciones individuales o colectivas, con los múltiples grupos sociales existentes y con los intereses y valoraciones que desde las distintas perspectivas pueden formularse.

- 3) Precisamente lo que distingue las opiniones de las creencias es su carácter no unánime, su división y diversidad. Incluso, su superficialidad. No hay dudas del carácter menos profundo de las opiniones frente a los criterios científicos o técnicos, en el aspecto objetivo. Es decir, las opiniones se mueven en un nivel intermedio entre las creencias, por una parte, y entre lo técnico y lo científico, por otra. Existe posibilidad de pasar de la opinión, que admite la oposición, a la creencia absoluta, que juzga tal oposición como inadmisible. La primera es susceptible de discusión. La segunda adquiere carácter de indiscutible. Precisamente porque la opinión contiene, en líneas generales, una afirmación teórica, controvertible, según una escala de valores.
- 4) Sobre un problema indiferente no hay opinión, como tampoco existe cuando se carece de información. Sin la competencia propia del saber especializado, "la opinión pública se desenvuelve con una fuerza particular ahí donde los intereses son potentes y la situación compleja. Ahí donde los hombres son directamente afectados por las consecuencias de diferentes acciones posibles, sin tener los medios y las posibilidades de acceder a un estudio objetivo, esto es, científico y profundo de los problemas". Esto hace que la opinión pública sea siempre, no la suya, sino la síntesis de opiniones.
- 1) La comprensión de la opinión pública puede hacerse desde distintas perspectivas, según se trate de los estratos que intervienen en su formulación o sustentación: de la sociología del conocimiento; de la sociología de la información; de la sociología general o de la ciencia política.
- 2) El primer criterio distingue entre opinión personalísima, opinión técnica, opinión pública y opinión popular. Se trata de la consideración de la opinión pública como fenómeno estratificado, trazándose las distinciones que surgen del proceso de formación de las opiniones, teniendo en cuenta la calidad y saber profesional de los que intervienen en la fase de formulación y muy especialmente en la fase de comprensión y aceptación. Su expositor, Carlos Gössio, considera que la opinión pública es una opinión "autorizada" o "calificada", porque en alguna forma traduce principios. A su juicio, la génesis de la opinión pública comprende cuatro estratos: a) el de la personalidad creadora, como punto ineludible de partida; b) el de los entendidos, que constituyen la opinión especializada o técnica; c) el del público que se define por su comprensión objetiva y se caracteriza tanto por el aspecto intelectual con que abarca la opinión como por el as-

Perspectivas para la comprensión de la opinión pública:

Criterios:

Criterios:

- pecto emocional con que la entorna, estrato ésto en el que hace radicar materialmente la opinión; y d) el constituido por el hombre masa, que configura la opinión popular y que se expresa en términos de aceptación o rechazo, placer o dolor.
- 3) Desde el punto de vista de la *sociología del conocimiento*, el problema se centra en la existencia o no de la opinión pública y, en caso afirmativo, de la posibilidad de alcanzar mediante ella la verdad social y política. Tres corrientes pueden distinguirse al respecto: el racionalismo, el marxismo y el instintivismo.
- a) Para el racionalismo existe opinión pública y mediante la libertad de información es posible llegar a la verdad.
 - b) Para el marxismo, la opinión pública es un epifenómeno de la infraestructura económica. Mediante ella la burguesía pretende sustentar sus privilegios y enmascarar su explotación. El proletariado se desinteresa de la opinión pública, siendo la única clase en situación de alcanzar, objetivamente, la verdad social y política, que encarna en ella.
 - c) Por último, el instintivismo niega la existencia de la opinión pública como producto racional y afirma que es un fenómeno de mera racionalización de formas instintivas que están en la base de toda opinión.
- 4) La *sociología de la información*, por su parte, considera que existe opinión pública y que ella está condicionada por la descripción o relación de los hechos, sus antecedentes, sus manifestaciones y consecuencias. Esto es, por el informe que proporcionan los diversos medios de comunicación y difusión. La información satisface la necesidad de conocimiento, y el conocimiento a su vez sirve a la información y formulación de opiniones. Información, conocimiento y opinión, tienen, de este modo, una conexión muy íntima. Desde esta perspectiva la opinión pública no es la exteriorización de cualquier punto de vista, ni de una opinión técnica, ni de la opinión popular. Se trata de una opinión en cierto modo calificada, aunque incompleta, de quienes atienden y entienden las cuestiones públicas, en un grado intermedio entre lo técnico y lo popular.
- 5) La *sociología general*, teniendo en cuenta la influencia de la estructura social en la formación y expresión de las opiniones, distingue entre opinión pública primaria y opinión pública secundaria; y opinión preponderante y opinión mayoritaria.

En los grupos primarios, comunitarios o de contacto directo, por obra de la simplicidad del grupo, los problemas se presentan normalmente "como situaciones de hecho directamente apreciables por cada uno de los miembros cuyos intereses son generalmente comunes". La opi-

Criterios:

Diferencias entre
opinión pública y
voluntad del pue-
blo:

nión pública del grupo se forma fácilmente. Es la opinión pública primaria.

En los grupos secundarios, organizados, condicionados por crecientes diferencias individuales, "la complejidad del grupo hace que los problemas que se presentan a su nivel no pueden directamente ser considerados por sus miembros, o en todo caso, se presentan a cada uno de ellos bajo ángulos fuertemente diferenciados". Esto dificulta los puntos de convergencia, razón por la cual los intereses concretos se desplazan hacia una noción abstracta de interés general. Nace, así, la opinión pública secundaria. En otras palabras: la opinión pública primaria corresponde a la opinión de la familia, el vecindario, la aldea; la secundaria a la opinión forjada en las ciudades, en torno a la vida nacional. La primera origina la llamada "opinión preponderante", que se impone instintivamente a casi todo el grupo primario. La segunda, la llamada "opinión mayoritaria", debido a la existencia, dentro de los grupos secundarios, de opiniones minoritarias.

- 4) El criterio político sobre la opinión pública, por último, toma como punto de vista su relación con el poder. Se nos presentan dos concepciones distintas:
- a) la que identifica opinión pública con voluntad popular haciéndole servir de fundamento de la democracia representativa de tipo liberal;
 - b) la que diferencia opinión pública de voluntad popular, considerando a esta última fundamento de la democracia social.

Para la primera concepción la democracia sería "el gobierno de la opinión pública, por los partidos políticos, para el pueblo" y el poder se justificaría según el grado de concordancia con la voluntad popular, en cuanto ésta es expresada por la opinión pública. Desde este punto de vista, no se puede gobernar ni conservar el poder contra la opinión pública.

Para la segunda concepción, la voluntad popular, con sus requerimientos, se impone si es necesario a la opinión pública, obrando sobre el gobierno y los grupos sociales en demanda de satisfacción de condiciones de vida cultural, económica y social. Tiende a expresarse a través de los partidos de masas. En esencia tiende a completar la democracia política con contenidos de carácter social y económico. A democratizar, en suma, la democracia.

- 1) Georges Burdeau afirma que nada tienen en común la opinión pública y la voluntad popular. Esta, en cierta medida, puede nutrir la opinión, de la misma manera que en algunas oportunidades esta última puede obrar sobre la voluntad, pero en todos los casos permanecen fundamentalmente distintas.
- 2) La primera diferencia reside en que la opinión se forma en el nivel de lo colectivo y expresa una síntesis de juicios dispares, en tanto la voluntad entraña en lo individual y se mantiene tal en la conciencia de todos aquellos

Diferencias entre
opinión pública y
voluntad del pue-
blo:

- participan de esta voluntad. La voluntad popular no es una síntesis. Las voluntades individuales no se transforman. Simplemente se adicionan. Expresan la situación de quienes las formulan, su condicionamiento social. La voluntad popular es el conjunto de voluntades individuales. En este sentido, la opinión pública es más objetiva y autónoma que la voluntad popular.
- 2) La segunda diferencia está dada por el contenido y se relaciona con la diferencia de origen. La opinión pública tiene por contenido problemas generales de orden social y político que afectan a la colectividad por entero, o, cuando menos, al mayor número. Hay un mínimo de desinterés por parte de aquellos que participan de ella y la sostienen. En ella está presente el civismo como virtud ciudadana. La voluntad popular tiene un contenido distinto. Está formada por exigencias individuales encarnadas en voluntades individuales preexistentes. Contiene todas las preocupaciones de la vida cotidiana de sus portadores, sus anhelos individuales en forma de reivindicación de sus intereses que se expresan en términos de imperativos vitales. En ella está presente la necesidad que aflige al hombre en su circunstancia concreta.
- 3) La tercera diferencia se relaciona con la intensidad. La opinión pública carece de constancia y de fuerza para la acción efectiva. Su inconstancia limita su eficacia. Como se trata de una opinión incompleta, débil, sin la profundidad de las creencias y sin el vigor objetivo de la opinión técnica, suele ser versátil y ante una resistencia firme o un obstáculo bien elaborado, cambia, se modifica o se disgrega. La voluntad popular, en cambio, es obstinada, apta para la acción. Su constancia le proporciona eficacia. No cesa de obrar hasta estar satisfecha. Tiende a realizarse, no a cambiar. En suma, la opinión es un juicio en tanto la voluntad es un requerimiento. De ahí la gravitación de la voluntad popular en el dinamismo interno de la democracia contemporánea. Sobre la voluntad popular se está fundando, gradualmente, la democracia social. En ella, la opinión pública tiene por función controlar; la segunda, gobernar.
- 1) La doctrina difiere en cuanto a quién es el sujeto de la opinión pública. Si el pueblo en general, con lo que votamos a planteárnos el problema de los diversos niveles o estratos de opinión; el público que conoce las cuestiones políticas, sociales o económicas, que constituyen las materias preferentes sobre las que recae la opinión pública; o simplemente el público que atiende las cuestiones y se interesa por su solución. Sánchez Agesta considera sujeto de la opinión pública a aquella porción del pueblo que presta su atención a los fenómenos políticos y los enjuicia con su convicción activa. Desde este punto de vista, el proceso formativo de la opinión pública, concebida como opinión del público atento a los fenómenos políticos, comprende diversas fases, teniendo su punto de partida en el espíritu de inventiva de algunos pocos individuos cuyas ideas llegan a formar "estados de espíritu público", que, paulatinamente, penetran en el campo de la efectividad jurídica.

El sujeto de la opini-
ón pública:

FACTORES DE PODER Y GRUPOS DE PRESIÓN

SUMARIO: 1. El gobierno efectivo y sus elementos materiales. 2. Criterio de diferenciación entre grupos de intereses, de presión y de tensión social. 3. El grado de su relación con el poder político y las fuerzas políticas. 4. Su presencia como fuerzas de conservación y transformación en el panorama de la crisis contemporánea. 5. Los "lobbyist" como forma operativa de los grupos de presión.

1. — El gobierno efectivo de una unidad política se realiza en medio de las pretensiones, tensiones y presiones de las fuerzas sociales y de los intereses que configuran la realidad social. Con el fin de obtener el equilibrio de fuerzas necesario para el desarrollo de la vida social, el gobierno debe expresar y satisfacer los intereses vitales de los grupos que se articulan en la sociedad. La concentración en sus manos de los elementos militares, de los que la policía de seguridad rutinaria es una derivación, y administrativos o tecnoburocráticos, le aseguran los medios materiales para imponer sus decisiones, obtener conformidad exterior y garantizar la subsistencia y provisión de los servicios públicos. El proceso de democratización, en virtud del cual las clases y los grupos sociales representados en forma más o menos directa por los partidos tienen acceso al poder público, hace necesario asegurar la conformidad interior, en forma de asentimiento (sufragio), o consentimiento (no resistencia), por medio de la publicidad de los actos, la formación de estados de opinión, la persuasión o la propaganda.

Esos elementos materiales le permiten ejercer coacción sobre las fuerzas sociales, constituidas por los grupos concretos, tales como la familia, las sociedades y empresas comerciales, los sindicatos, las cooperativas, las mutualidades, las comunidades religiosas, las asociaciones profesionales, filantrópicas, deportivas, etc.; y los agrupamientos de

teoría como las clases sociales, las multitudes, los públicos, y genéricamente, la masa de los gobernados (1).

Los partidos políticos constituyen los instrumentos de integración del gobierno y proporciona el núcleo de individuos que ocupan y desempeñan los puestos de dirección y mando, sustentando doctrinas y programas que configuran una visión del futuro, inmediato o mediato, según el grado de correspondencia con la realidad social, económica y cultural de cada unidad política (2).

El Poder se descompone en funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, con órbitas de actividad y límites de competencia prefijados

(1) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., págs. 239 y ss. "No hay Estado sin representación, porque no hay ningún Estado sin forma política, y a la forma le corresponde esencialmente la representación de la unidad política. En todo Estado ha de haber hombres que puedan decir: *L'Etat c'est nous*. Pero representación no necesita ser creación de la unidad política. Es posible que la unidad política se produzca mediante la representación. Esto ocurre en la medida del caso en que la forma política se aproxima a la representación absoluta". El gobierno efectivo enmarcado del directorio político, con dominio de la fuerza militar y la fuerza administrativa, se atribuye teóricamente la representación absoluta, pero en la realidad esa pretensión se disuelve en intereses de las clases sociales o de grupos económicos que tienen auténtico imperio privado sobre la producción, circulación y distribución de la riqueza. Esta divergencia substancial, explica la acción de los grupos que operan para influir sobre la decisión política. Excluimos a la minoría económica que influye directamente en el gobierno, que integra los altos círculos a que se refiere C. Wright Mills en *La élite del Poder*, F. C. E., México, 1957, págs. 13 y ss. Lo hacemos, toda vez que integrando el gobierno, o interviniendo materialmente en la elaboración de la decisión política, la actuación es personal o individual y no en grupos organizados; más aún, no necesitan actuar como grupos de presión sino que sencillamente hacen la decisión política, generalmente con discreción y sin lugar a dudas, con eficacia.

(2) Es muy estrecha la relación entre los grupos de presión y tensión y los partidos políticos. La estructura bipartidista de los EE.UU., de partidos de casi equivalente contenido doctrinario o programático, poco disciplinados, de representación pura y con pretensiones de representar "al pueblo norteamericano" en su integridad, es una de las razones —quizá la más importante—, del desarrollo de los grupos de presión en la vida norteamericana. Corrobora lo expuesto, la circunstancia de que la estructura pluripartidista europea, y en el caso de Inglaterra la estructura clasista del Partido Laborista, los hace poco permeables a la actividad de los grupos de presión. Más orgánicos, coherentes y disciplinados, con programas claramente concebidos frente a la realidad pluralista contemporánea, se orientan a representar los intereses sociales y económicos de las clases sociales que constituyen el hecho cardinal de la sociedad actual. "En razón de esta situación ellos resisten mejor a la presión" de los grupos de intereses particulares, grupos que los partidos mismos europeos una actividad tan fuerte de los grupos de intereses como en los Estados Unidos: ellos se contentan con un papel más modesto consistente en presentar sus pretensiones a los partidos políticos o consultar a los órganos superiores de la administración". Stanislaw Ehrlich, *Une Contribution à L'étude du Problème Que Posent Les Groupes D'intérêts*, Varsavia, en comunicación al Congreso de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Roma, 1958, págs. 3 y ss.

por el ordenamiento constitucional, que obran en interrelación funcional, de hecho jerarquizada, con órganos encargados de dictar, ejecutar y aplicar las leyes. El grupo de los individuos que gobiernan —específicamente los gobernantes—, son los encargados de adoptar decisiones en forma de leyes, decretos, resoluciones, adecuando su actividad, a la estructura jurídica vigente.

La decisión política, especie calificada dentro de la actividad gubernativa, es incondicionada en su aspecto material, y puede originarse: en el contenido del programa del partido gobernante como expresión unitaria de las pretensiones de la comunidad nacional, o de las clases sociales o grupos que lo constituyen, sostienen o se encuentran representados en o por el partido; en las tensiones provocadas por fuerzas sociales (grupos de resistencia o de lucha contra el ordenamiento económico, social o político); o en las presiones ejercidas por fuerzas sociales (grupos económicos que coaccionan de modo directo o indirecto, visible o invisible, públicamente o en la sombra, individual o colectivamente, a los encargados de la decisión política).

2. — Los grupos sociales se organizan y actúan persiguiendo finalidades económicas o extraeconómicas, revistando como grupos de intereses cuando, para la consecución de sus fines, se relacionan con el poder político procurando influir en una decisión gubernamental. Si actividad como grupos de intereses se reduce a la pretensión, es decir, al requerimiento, exigencia o petición formulada públicamente a los órganos o agentes encargados de la función legislativa, ejecutiva o administrativa. Se encuentran fuera del cuadro de los partidos políticos y del gobierno y si bien pueden apelar y generalmente apelan a la opinión pública, lo hacen con el objeto de reforzar su petición, crear un estado de opinión que vigorice o proporcione mayor fuerza a sus pretensiones. No constituyen así, grupos de intereses, los partidos políticos, el ejército, la policía, la burocracia, toda vez que son parte del gobierno o sus elementos materiales interiores. En cambio, todos los demás grupos sociales constituyen potencialmente grupos de intereses, entre los que se destacan neta y visiblemente, por su importancia, gravedad e influencia, los grupos económicos de lucro y resistencia y las iglesias.

Cuando la defensa de sus intereses excede el marco de la petición o pretensión, ya sea por considerar insuficiente el simple requerimiento público, o por la naturaleza de los intereses que se defienden, o la negativa de los órganos o agentes gubernamentales a satisfacer el requerimiento o exigencias contenida en la petición o pretensión, de acuerdo

coincidencia con su instalación dentro del cuadro social, el orden económico o la clase en el dominio efectivo del poder político, los grupos de intereses accionan como grupos de presión y grupos de tensión.

Los grupos de intereses intrínsecamente instalados en la legalidad formal, en su pretensión de seguridad para sus intereses, operan como grupos de presión. Los grupos de intereses, que se consideran aprisionados por la legalidad formal, sometidos a la inseguridad material, en lucha por mejores condiciones de vida, y que resisten el orden social al que consideran injusto, operan como grupos de tensión social.

Los grupos de presión no crean ni provocan la anormalidad formal, limitando su acción a coaccionar en procura de la protección de la legalidad, en busca de la seguridad. Los grupos de tensión crean o provocan la anormalidad formal y en ocasiones, la anormalidad material; se colocan al margen de la legalidad, en procura de seguridad material.

Los grupos de presión despliegan frente al poder político, poder económico. Los grupos de tensión despliegan frente al poder político, poder social. Su punto de partida y el fin perseguido, difieren esencialmente.

Los grupos de presión no alteran el orden público, temen la convulsión social, la anarquía. Anhelan mantener o acrecentar su situación de privilegio, o su seguridad, es decir, conservar o acrecentar sus beneficios, ventajas, utilidades o beneficios económicos. No buscan la nivelación económica.

Los grupos de tensión procuran desarticular el orden público, no temen la convulsión social ni la anarquía, según su posición en el cuadro de los grupos de resistencia y no buscan conservar sino mejorar sus condiciones de vida. Buscan la nivelación económica.

Los grupos de presión actúan en lo interior del poder, como elementos de coacción externa, utilizando todos los recursos legales e ilegales, permitidos o prohibidos a su alcance, siempre al amparo de la legalidad formal, empleando el soborno y la corrupción, la cooptación o comités políticos, proporcionando apoyo financiero a los partidos, grupos o comités políticos, financiando campañas electorales, formando estímulos de opinión con miras a modelar una opinión pública favorable, o bien a orientarla, usando los medios técnicos de persuasión, la radio, la prensa, el cinematógrafo y la televisión, como instrumentos de propaganda favorable a sus objetivos. Crean y subvencionan centros de difusión, entidades y asociaciones, que se desenvuelven y dirigen hacia el poder avalando las pretensiones de los grupos de presión, con el objeto.

de radicar en el mayor número de mentes posibles la idea de la justicia, legitimidad o conveniencia de las pretensiones y el beneficio colectivo de la decisión gubernamental acorde con los intereses del grupo. Este expediente puede ser anterior o posterior a la utilización de los medios de coacción directa sobre los encargados de adoptar la decisión política, legislativa o administrativa, y tiene preferente carácter complementario o supletorio.

Los grupos de tensión enfrentan el poder, lo que excluye toda posibilidad de soborno o corrupción, actúan abiertamente, desinteresados generalmente de la legalidad formal y el vasto número de miembros que los componen y la solidaridad de grupos afines les proporciona la fuerza social necesaria para su acción, que va del estado de alarma al estado de huelga. Carecen de potencial económico que les permita utilizar ampliamente los grandes medios de difusión y propaganda. Movilizan vastos sectores sociales y producen deliberadamente estados de tensión por la gravitación que la paralización de sus actividades tiene para el todo social, por la interdependencia que existe en la moderna organización y división del trabajo.

Los grupos interiores del Estado pueden asumir actitudes de grupos de presión o de tensión atípicos, en el caso de que las fuerzas armadas, saliendo de sus funciones específicas de instrumento material del poder, se nieguen a obedecer o se vuelvan contra el poder imponiendo una decisión, o su decisión, desvirtuando el ordenamiento político regular, y en el caso del grupo tecnoburocrático, en aquellos países donde se admite su organización sindical, obran generando tensiones mediante la amenaza o materialidad de huelga. Pero no siendo grupos de intereses, su actividad normal es de subordinación al poder careciendo de una organización para actuar dentro o frente al poder, como ocurre con los grupos exteriores, situados fuera de la estructura del poder y que constituyen específicamente los grupos de presión y de tensión.

Cabe destacar que las iglesias, por su especial naturaleza, contando con vastos sectores de individuos en condición de fieles, erigidas en grupo de interés para la consecución de algún fin o pretensión, pueden actuar como grupo de presión o grupo de tensión, según se sitúen dentro o al margen del poder político. La segunda situación es excepcional, y sólo se da cuando el poder político les es adverso, persiguiendo finalidades de desvertebración de su actividad o influencia regular.

En consecuencia, son grupos de interés los grupos sociales que sin ser parte de la estructura política, para la obtención de un fin específico

particular, promueven o buscan influir en una decisión gubernamental. Grupo de presión es todo grupo de interés que para imponer una pretensión, organiza un sistema más o menos permanente de coacciones, sin salir ostensiblemente de la legalidad formal, desplegando en el interior del poder, poder económico. Por último, grupo de tensión es todo grupo de interés que para imponer sus pretensiones crea una relación de fuerzas generalmente al margen de la legalidad formal, desplegando frente al poder político y con miras a obtener una decisión favorable a sus intereses, poder social⁽³⁾.

3.- No son fuerzas políticas porque no originan ni desenvuelven poder político, limitando su influencia a lo económico y a lo social. Actúan con pretensión condicionante de una decisión política, y en modo alguno intentan "establecer, mantener o transformar el orden jurídico fundamental relativo a la organización y ejercicio del poder político según una interpretación ideológica de la sociedad"⁽⁴⁾, que es la característica de los partidos políticos como fuerzas políticas específicas. Los grupos de interés, ya revistan de acuerdo a su actuación el carácter de grupos de presión o grupos de tensión, no están instalados

(3) Los grupos de interés son generalmente considerados como elementos positivos teniendo en cuenta que con sus pretensiones y solicitudes promueven la acción gubernativa sobre cuestiones que interesan al bienestar colectivo, reclamando la atención sobre problemas de interés común. En ese sentido contribuyen a impulsar la legislación incitando al Estado a cumplir con sus fines y funciones sociales y jurídicas, revistiendo por consiguiente entre las formas concretas de control popular, como grupos de presión o de tensión, al imponer sus finalidades particulares a veces en contraposición con el interés común, máxime si utilizan la corrupción para desviar la finalidad a los representantes populares —asambleas legislativas, miembros del poder ejecutivo, directores y jefes de la administración—, minando el sistema representativo y destruyendo hasta los últimos cimientos la posibilidad del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. La consecuencia de tal actuación es el colapso de la fe en la democracia y que los grupos de resistencia a la clausura social o económica se lancen tras el personaje carismático para remover el obstáculo y lograr la justicia y la seguridad que la democracia política aparentemente les niega.

(4) César Enrique Romero, *Los grupos de presión como realidad política, en "Jurisprudencia Argentina"*, año XXI, n° 112, de 23 de abril de 1959, y *Nuevos factores reales de poder: los grupos de presión*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, R. A., 1959. En el primero de los trabajos, de singular mérito, Romero plantea el problema de los grupos de presión en la realidad contemporánea. Considera, siguiendo a Pablo Lucas Verdu y a Saury (*Ensayo sobre la integración de las fuerzas políticas en el estado contemporáneo*, Rev. de Estudios Políticos, Madrid, 1958, n° 99, pág. 119, y *Lobbies y grupos de presión*, Rev. de Estudios Políticos, Madrid, 1956, n° 89, pág. 19, respectivamente), que los grupos de presión son fuerzas políticas en conexión con una ideología, organización y estructura social determinada estando constituidos, no sólo por los sindicatos, sino por los grupos económicos nacionales o extranjeros, las fuerzas armadas y la propia iglesia. Diferimos, como se ve, con esta opinión autorizada.

dos en la estructura del poder, sino que son externos, ajenos a toda condición de elemento del poder político. Si actuaran en función de una ideología política en conexión con los elementos de organización política y estructuración social, dejarían de ser grupos de presión o de tensión para ser lisamente partidos o fuerzas políticas, que despliegan energía política y desarrollan actividad política en base a relaciones mutuas, de agregación o disgregación, cooperación o disyunción con elementos políticamente activos. Que el grupo de presión pueda subvencionar candidatos, ayudar económicamente a los partidos y aun mantener relaciones estrechas con el partido, no significa que adquieran o asuman el carácter de fuerzas políticas, sino precisamente lo contrario, y esto por la particular naturaleza del grupo de presión y los intereses que defiende⁽⁵⁾. Otro tanto puede decirse de los grupos de tensión, que si bien pueden obrar influidos por el contenido ideológico sobre la función de la organización política y social, cuando opera como fuerza condicionante de la política tiene que hacerlo a través de los partidos obreros, o en el caso de los sindicatos norteamericanos, comprometiendo su apoyo a los partidos políticos de programas socialmente indeterminados. No es exacto que toda fuerza social sea una interpretación ideológica de la sociedad porque el propósito, la finalidad, la causa, la creencia que le da origen como realidad intermedia en la que converge la vida individual comprende todo el variado arsenal de la vida social, económica, política y cultural. Una sociedad deportiva, un centro cultural, una biblioteca, una asociación de fomento, un centro estudiantil no tienen vinculación funcional, como grupos concretos, con una ideología política. Es frecuente, por otra parte, que se excluya estutariamente los propósitos políticos de la mayor parte de las fuerzas sociales organizadas en grupos o asociaciones filantrópicas, de estudios, científicas o deportivas. La ideología política es el motor de la agrupación política, del partido político, como fuerzas sociales con finalidad y propósito de acción política. Esto no excluye la posibilidad de que exis-

(5) La estrategia de los grupos de presión guarda correspondencia con el sistema político y social de cada sociedad global, por lo que las clasificaciones que se han intentado revisten carácter condicional y relativo. Así, para Burdeau, *hay grupos de interés y grupos de poder*, según que soliciten o que impongan una decisión política. Para Cavalcanti, los grupos de presión corresponden a las diversas formaciones sociales, y así distingue entre: a) grupos pertenecientes a la industria, comercio y agricultura; b) grupos pertenecientes al trabajo; c) profesionales; d) cívicos; e) sociales; f) religiosos; g) recreativos y h) educativos y culturales. Con relación a su órbita de influencia, se ha distinguido entre grupos locales, nacionales e internacionales. Prof. Marcel Merle, Director del Instituto de Estudios Políticos de Burdeos, *Les groupes de pression et la vie internationale*, comunicación presentada en 1958, a la Asociación Internacional de Ciencia Política, en Roma.

tan grupos de presión y tensión que sustenten una ideología política, o que operen sirviendo una ideología política, porque sus intereses correspondan a una clase social determinada, o a estratos diferenciados, articulados políticamente o en situación contrapuesta o paralela, a los grupos políticos dominantes. Pero de esto no puede derivarse su carácter político, por más que constituyan grupos críticos que influyen en el proceso dinámico del Estado configurando fuerzas que contraponen sus intereses a los de la sociedad global.

El campo natural de las fuerzas sociales es el de las tensiones y pre-tensiones como resultante de la energía dinámica que despliegan las formaciones y agrupamientos sociales, cuya intensidad expansiva genera estados de inquietud, tirantez, malestar o desorden, actuando sobre todo elemento de obturación o clausura estructural con miras a su modificación. Pero el instrumento del cambio o la transformación social es la fuerza política, encargada de convertir las tensiones sociales en formas e instituciones jurídicas.

Por otra parte, los típicos grupos de presión coaccionan a las fuerzas políticas no para la transformación del orden constitucional ni el cambio del ordenamiento jurídico sino para mantener o acrecentar su posición de privilegio dentro del sistema de ordenamiento, concretamente, imponer su dominio económico privado oponiéndose a toda regulación de las formas de propiedad, solicitando subvenciones o medidas de protección económica para sus intereses, como tarifas, concesiones, reconocimiento de utilidades y beneficios.

Proviene de la inadecuación del sistema jurídico-político a la realidad socio-económica, marcando con su actividad los contornos de la interacción de la sociedad y del Estado. La comprensión de la realidad social, de las fuerzas y clases sociales, y la estructura jurídico-política, contribuye a la determinación de la función y naturaleza de los grupos de intereses y a su actividad como grupos de presión y tensión social (⁶).

(6) Si tenemos en cuenta que estos grupos son exteriores a la estructura del poder, que organizan y despliegan un sistema de coacciones sin pretender la conquista del poder ni asumir la responsabilidad directa y visible de la decisión política y que su órbita de acción está determinada no por la cima sino por los niveles medios del poder, resulta evidente que su existencia se vincula a la cuestión de la representación parlamentaria o congressional, donde opera la ficción de la representación unitaria de la nación o del pueblo, violentando la realidad sociológica que se descompone en formaciones sociales. Asimismo, resulta claro su vínculo con la configuración del sistema económico capitalista imperante y con la estructura política general —actuando como fuerzas de conservación y transformación—, gravitando en ellos situaciones de clase.

4.- El centro magnético de todas las fuerzas sociales es el poder, foco que revierte las acciones en normas e instituciones. Sobre los hechos concretos de la constante inestabilidad de los sistemas políticos y sociales, la lucha permanente entre las clases y la interdependencia creciente entre los grupos y formaciones en las comunidades de convivencia nacional y mundial, conectamos a las crisis de las estructuras sociales y políticas como un fenómeno regular en la dinámica de la vida política, social y económica dado por la aceleración de las tensiones sociales alrededor de una clausura en la estructura. Las fuerzas de conservación se contraponen a las de transformación y la relación material entre las fuerzas, decide, en última instancia, el grado de durabilidad, transformación o substitución de cada estructura. Frente a las circunstancias concretas de la actividad social, las posiciones que los individuos y grupos sociales pueden adoptar y efectivamente adoptan son de conformidad, disconformidad, resistencia y agresión. Merced a ellas, se desintegra lo artificial de las estructuras haciendo de este planeta gradualmente un lugar donde pueden vivir y desarrollarse todos los seres humanos. Como consecuencia de la transformación se produce un cambio en las formas de vida. Las antiguas normas jurídicas y las instituciones quedan vacías de contenido vital.

La visión de la crisis actual hace que busquemos en lo humano la solución de los problemas humanos, dejando de dirigir nuestra mirada hacia arriba o hacia abajo en estéril invocación de lo suprahumano o lo infrahumano. Los millones de seres que como sombras trájinan haciendo obsesivo el ritmo de la ciudad moderna, son hombres como nosotros, iguales a nosotros. Viven en los suburbios, desarraigados, sin propiedad, sin seguridad material alguna. No se puede mantener el orden entre los hombres en medio del desorden en los bienes. Esto hace imperativo poner en orden los bienes de la sociedad, haciendo que la política y la economía actúen en función de la vida social.

La política al desnudo, tal cual la engendran los intereses y los ideales, las tensiones sociales y las presiones económicas, nos permite apreciar que el Estado liberal, hoy definitivamente agotado en cuanto gobierno de la clase media políticamente organizada, ocultó detrás de sus ideales de equilibrio, el predominio concreto de la economía, comprendiendo la vida social y política en función de la economía.

La declinación del Estado liberal, las formas jurídicas y sociales intermedias durante las primeras décadas de este siglo y la eclosión del Estado totalitario, fue la comprensión de la vida social y la vida económica en función de la política. La situación actual, con la progresiva democratización de la vida, el predominio de los requerimientos socia-

les y la presencia de los sindicatos y del movimiento obrero políticamente organizado, hacen que el porvenir comprenda la economía y la política en función de la vida social. Cuando se disuelve la antigua estructura liberal, las fuerzas económicas se organizan para la defensa de sus intereses operando sobre quienes tienen a su cargo la sanción y aplicación de las leyes. Conocían por experiencia que los grupos que controlan la sanción de las leyes constituyen el poder de hecho, el poder efectivo y real. Numéricamente en minoría, la democracia política y el sufragio universal los condenaba a perder sin remedio sus privilegios económicos. Sus pretensiones como grupos de interés no poseían el suficiente contenido social como para influir por propia invitación en las decisiones políticas. Y entonces se organizan las fuerzas económicas en grupos de presión, actuando activamente y por todos los medios a su alcance, explotando la debilidad de la estructura representativa, la debilidad de los hombres que llegaban a las asambleas legislativas y a las funciones ejecutivas y administrativas, para mantener la clausura social, la desigual económica y sus privilegios, mediante un sistema de coacción cuyos resortes eran sostenidos exclusivamente por el poder económico que parecía reducido a desaparecer por imperio de la democracia política.

Concentraron sus esfuerzos para influir en las decisiones políticas, en la sanción de las leyes, sabiendo que quienes mandan a los que mandan, son los titulares de la soberanía efectiva. La economía, de dominadora visible, en el riesgo de ser dominada, merced a los grupos de presión, procura mantenerse en el rango de dominadora invisible. A los medios de control directo del poder, reemplaza los medios indirectos, el soborno, la corrupción, el cohecho de los representantes populares y funcionarios administrativos, y el control de los medios de expresión, el control de la opinión pública, el control de los medios técnicos de propaganda y el control del sufragio subsidiando campañas políticas, manteniendo comités, financiando elecciones.

La presencia de las fuerzas del trabajo organizado en la escena social primero y en la política después, con sus reclamos de justicia económica, buscando trasladar la democracia formal a la democracia material, obligan al poder político a expandir su acción abarcando campos enteros de la actividad económica y social. "Se desarrollaron —dice Kahler—, las uniones de obreros y las sociedades cooperativas, y se conquistó el derecho de asociación, de contrato colectivo y de huelga. Esta fase está caracterizada por el movimiento laborista en Inglaterra y Norteamérica, que fue, principalmente, un movimiento económico y comercial y no político o social. Los patronos y la legislación, en que

estos influían, dificultaron todo lo posible el desarrollo de ese movimiento. Una y otra vez los tribunales trataron de impedir el reconocimiento legal de las asociaciones obreras en Inglaterra mediante quisquillosos sofismas, declarando, por ejemplo, que las asociaciones no eran, ciertamente, "criminales, pero sí ilegales" (7).

En las posteriores de la Primera Guerra Mundial, el movimiento obrero entra en su fase de lucha social y política por la transformación de su situación en la sociedad, buscando participación "en el producto colectivo, garantizándose a cada obrero un salario suficiente para vivir, mediante los medios materiales de producción" (7 bis). La propiedad se convierte en el centro de la lucha, constituyendo el vértice de la crisis, y los medios de acción de los grupos de presión y tensión, expresan, en el campo económico y social, una fase de la transformación revolucionaria de nuestro tiempo, que trasciende los hechos objetivos, convirtiendo al hombre, no ya en el sujeto, sino en el objeto de la transformación. Frente a los grupos de presión, que actúan entre bastidores, están los grupos de tensión, exigiendo al poder una participación más activa en la regulación y planificación económica, luchando por mejores niveles y condiciones de vida.

5.— La cuestión resulta vital para el mantenimiento de los valores e ideales democráticos, y particularmente para los partidos políticos, como instrumentos de gobierno". "El grupo de presión moderno —señala Heubel—, no aparece hasta que las instituciones representativas y los partidos políticos hicieron al gobierno más popular. Cuando la opinión pública se convierte en fuerza política, se torna necesario contenerla para modelarla o para influenciarla. El "viejo lobby" (lobby significa hall del Congreso y en EE.UU. se utiliza para designar la acción de personas ajenas al Congreso que se mezclan con los parlamentarios en los corredores, y aún fuera del Congreso, para influir en sus decisiones, proyectos o votos, en nombre y por encargo de determinados grupos de intereses) invisible, criminal y primitivo, trató de controlar las facciones, el "nuevo lobby", trata de manejar los caudillos electos, o, más ambiciosamente, a aquellos que eligen a los caudillos" (8).

(7) Erich Kahler, *Historia Universal del Hombre*, versión esp. de Javier Márquez, F. C. E., México, 1943, págs. 464 y ss. Expresa que la revolución ha pasado de la voluntad del hombre a los hechos objetivos y que el hombre no es ya el sujeto sino que se ha convertido en objeto de la revolución (pág. 474).

(8 y 8 bis) Edward J. Heubel, *Los grupos de presión en los Estados Unidos*, págs. 1 y 3. *Pressure Groups in the United States: Suggestion for a theory and some observations*. Wayne State University, Detroit C. J. Friedrich, Teoría y realidad de

representantes legislativos, "muy profesional; miles de tienen oficinas en Washington. Estos hombres son conocidos como representantes de grupos especiales; se les paga sueldos para que lo sean. Y ellos mismos se identifican como tales frente al gobierno y al público. Estos grupos son, en cierto modo, conocidos, porque actualmente existe un procedimiento legal destinado a hacer públicas sus actividades. Conforme a una ley promulgada en 1946 (Federal Regulation of lobbying Act), una dos mil personas se registraron como lobbyist con respecto del Congreso, y fueron investigadas sus fuentes de ingreso y el propósito para el cual eran empleados" (8 bis).

Estados Unidos refleja en la instancia más elevada el desarrollo y la estrategia de los grupos de presión paralelo al crecimiento del gigantismo industrial, a los avances del capitalismo moderno y a la acción de los sectores monolíticos de la agricultura, la industria, el comercio, y también del trabajo, toda vez que en los Estados Unidos, el movimiento obrero aún se encuentra en su segunda fase de desenvolvimiento, es decir, de lucha en contra o por la legislación, que tipificó el movimiento cartista inglés de 1837 a 1848 (9).

El lobby constituye una forma operativa del grupo de presión, pero naturalmente que no es la única, ni siquiera la más importante. Para Heubel, en los Estados Unidos, el grupo de presión de más gravitación es el de los agricultores (farmers), representados entre otras por la "Farm Bureau Federation", la "National Farmers Union" y la "National Grange", que iniciaron sus reclamos de medidas gubernamentales a partir de 1920, cuando su influencia directa a través de representantes en las legislaturas locales y en el Congreso Federal se eclipsa al operarse

la organización constitucional democrática. F. C. E., México, 1948, señala como grupos de importancia fundamental en los EE.UU. a la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, la Asociación Nacional de Manufactureros, la American Farm Bureau Federation, la National Grange, la National Education Association, la Federación Norteamericana del Trabajo, las hermanadades ferroviarias, el Congreso de Organización Industrial, la Legión Norteamericana, la Asociación de Ferrocarriles Norteamericanos, el Comité de Consejos de Administración de Empresas de Servicios Públicos, el Consejo Federal de Iglesias y diversas ramas de la producción, tales como lanas, carbón, petróleo, madera, azúcar y conservas de carnes.

(9) Stuart Chase, *Democracy under Pressures Special Interest v. the Public Welfare*, New York, 1945, indica que los grupos comerciales organizaron lobbies durante todo el siglo XX con el objeto de influenciar la legislación impositiva. Los trabajadores hacen su entrada en la política hacia el 1900, durante el período de los grandes trust. Los agricultores comienzan a organizar sus grupos de presión en 1920. Págs. 55 y ss Conf.: Pendleton Herring, *Group Representation before Congress*, New York, 1929, y Samuel H. Beer, *Pressure Group versus Parties in Great Britain*, American Political Science Review, vol. I, marzo 1956.

la conformación definitiva de la vasta y poderosa economía industrial norteamericana (10).

La influencia de los intereses financieros, manufactureros, industriales y comerciales estadounidenses opera en todos los niveles del poder, de modo directo e indirecto, siendo la más poderosa organización la "National Association of Manufacturer" que agrupa 20.000 empresas y, representa el 85 % de la producción norteamericana utilizando todo el poder del dinero para influir en dos frentes, el gubernamental y el de la opinión pública, en su objetivo de conservar sus posiciones y reducir la acción sindical —la moderna acción de tensión— y la influencia de los sindicatos. A los reclamos obreros sobre convenios colectivos, salarios, reducción de la jornada de trabajo y seguros sociales, opone las técnicas más avanzadas del manipuleo de las conciencias, mediante, por ejemplo, las "Human Relations", pasando de lo sociológico a lo psicológico, para salvaguarda de la empresa, arca santa del régimen económico capitalista.

Puesto que se rechazan los cambios profundos —explica Michel Crozier—(11), "no queda sino tratar de cambiar la mentalidad de los obreros, y persuadirlos de esa comunidad de intereses: salario elevado, desde luego, y hasta una participación en los beneficios, pero también, y sobre todo, según el análisis de las motivaciones humanas que ya sabemos, la impresión de que uno se realiza, de que es alguien. Paternalismo, han dicho algunos. Si, tal vez, porque es aún el poder que trata de realizar el bien común de su familia, pero un paternalismo muy distinto al que hemos conocido, cuando se trataba de vincular el empleado a su empresa gracias a las ventajas sociales concebidas por el empleador: vivienda, guarderías infantiles, clubes deportivos, etc. Ese paternalismo

(10) El lobbying se encuentra reglamentado por el gobierno federal y 29 Estados locales norteamericanos. En el orden federal, la ley de reorganización del Congreso de 1946, dispone en su Título III, un registro de las personas dedicadas a representar ante el Congreso a las asociaciones de intereses, obligando a llevar una contabilidad detallada de todas las contribuciones que reciban, debiendo consignarse el nombre y domicilio del contribuyente siempre que el aporte exceda los 500 dólares anuales; la fecha de la contribución y los gastos efectuados con los recibos correspondientes a todo gasto superior a los 10 dólares. Toda persona que reciba tales contribuciones o efectúe los gastos mencionados, deberá presentar trimestralmente al Secretario de la Cámara de Representantes, un balance completo al día anterior a su presentación con las facturas y cartas que justifiquen los ingresos y egresos. Estas disposiciones son aplicables a "toda persona comprometida por medio de una remuneración o cualquier otro medio de retribución, a influir en la aprobación o rechazo de una ley por el Congreso". Conf.: Segundo V. Linares Quintana, *Los grupos de presión en la democracia contemporánea*, págs. 12/13, 1959.

(11) Michel Crozier, *La fabricación de hombres*, Editorial Deucalion, trad. de Bernardo Guillén, Buenos Aires, 1954, pág. 73.

nalismo social es hoy suplantado por un paternalismo psicológico. Es preciso conquistar las almas". Esa técnica, progresivamente en auge, de operar con la ilusión de "las verdades a medias", aumenta las posibilidades de mantener incólume el imperio de la empresa.

En cuanto a las fuerzas del trabajo, en los Estados Unidos solamente quince de los sesenta millones de trabajadores están afiliados a sindicatos y éstos actúan tanto como grupos de presión, sosteniendo lobby o representantes legislativos para su influencia en las decisiones gubernamentales, como grupos de apoyo político, generalmente aliados al Partido Demócrata, o como grupos de tensión, mediante el ejercicio de la resistencia contra los empleadores y la huelga.

El movimiento sindical norteamericano, por los elevados niveles de vida y la estructura de sociedad de clases abiertas, no tiene el vigor del movimiento sindical europeo. "La Federación Norteamericana del Trabajo —expresa Friedrich—, siguió tenazmente durante muchos años la política de los más hábiles grupos de presión de retirar su apoyo a los políticos según cuál fuese la actitud que éstos hubiesen tomado en relación con los problemas del trabajo" (12).

El sistema electoral norteamericano de minorías relativas facilitó ese tipo de acción, que permitió a la central obrera durante años contar con un frente unido, controlado el movimiento por los obreros calificados, en desmedro de los intereses de los obreros auxiliares de empresas, no calificados. El requerimiento de organización por industrias produjo la escisión, formándose en 1935 la Congress of Industrial Organization dirigida por John L. Lewis, central obrera fundada en el sindicato por industrias.

En Europa, el movimiento obrero organizado actúa preferentemente como grupo de tensión y es un hecho la influencia que los partidos políticos pretenden ejercer sobre ellas —al revés de los EE.UU.—, insertando su arsenal ideológico, buscando utilizar a los sindicatos y a las grandes centrales obreras como arietes contra el gobierno o bases para la ascensión al poder estatal.

El creciente poderío de los sindicatos en todo el mundo los convierte en fuerzas de cuya cooperación efectiva depende la marcha de los gobiernos y el mantenimiento del inestable equilibrio social. Ya estén controlados por miembros del Partido Comunista, como en Rusia, donde se encuentran sometidos al gobierno y reducidos a instrumentos de la estructura política; ya se los instale como grupos intermedios para

(12) Carl J. Friedrich, *op. cit.*, pág. 505.

el mantenimiento del sistema económico capitalista, como en los Estados fascistas, ya se los institucionalice o se los trate de ignorar en normas jurídicas o administrativas, o se opere mediante técnicas paternalistas para obtener la disociación sindical, el objetivo siempre aparece claro: despojarlos de su arma de combate, la huelga.

La actuación típica de las fuerzas económicas, por consiguiente, es la de grupos de presión, y la de las fuerzas del trabajo, la de grupos de tensión. Los restantes grupos de intereses, con finalidades específicas, pueden organizarse y se organizan como grupos de presión, pero su estrategia normal es la petición o pretensión y sólo por excepción apelan a un sistema de coacciones, manteniendo una estructura permanente para influir en lo interior del poder con miras a coaccionar la decisión política.

La posición estratégica, influencia y gravitación de los grupos de presión y de tensión, guarda relación con la estructura política económica y social de cada tipo de sociedad global. Las formas de propiedad y las relaciones de producción, el sistema económico imperante y el grado de su desarrollo y evolución, el carácter abierto o cerrado de la articulación de las clases, la potencia interior de la sociedad, el predominio de una comunidad de intereses nacionales sobre los intereses particulares, la instalación de los individuos en estratos diferenciados, así como la vigencia de un sistema bipartidario o pluripartidario con representación mayoritaria o representación proporcional, y la existencia o inexistencia de mandatos imperativos impuestos por los partidos políticos sobre sus miembros, influye en la configuración de la estrategia de los grupos.

FACTORES DE PODER Y GRUPOS DE PRESIÓN

El tema:

1) El Estado social contemporáneo o Estado democrático social tiende a asegurar la libertad y la justicia, tanto en su sentido formal como material. Al lograr el respeto y pleno desarrollo de la personalidad y la autodeterminación de la comunidad política. Se ha producido, así, un cambio en la función social y jurídica del Poder. En la esfera de su actividad, su modo de influir en la conducta humana, los instrumentos que controla y los propósitos que lo orientan.

2) Ese cambio en las funciones y áreas de competencia del Poder es una consecuencia de los requerimientos y exigencias de los grupos sociales, económicos, culturales, religiosos y políticos, que tratan de influir en la decisión política. Desde antiguo la autoridad política estuvo relacionada con el sistema económico dominante. La exclusión de la propiedad importaba la exclusión del Poder. Hoy los términos se han invertido. La exclusión del Poder importa la exclusión de la propiedad. Esto ha convertido al Poder en el campo de lucha por el dominio del poder social y económico. En el vértice del conflicto entre las fuerzas que tratan de conservar y las que luchan por transformar el orden y la estructura social. Esta relación de fuerzas que se expresan sobre el Poder se conoce con el nombre de pluralismo.

1) El pluralismo marca la transformación gradual del Estado liberal en Estado social. La creciente fuerza de los partidos políticos y de los sindicatos en la vida social y política. El paso de la democracia política, basada en la opinión pública, a la democracia social, fundada en la voluntad popular. Cole señala que nuestro tiempo está marcado por una sublevación teórica y práctica contra las concepciones del liberalismo, en procura de una síntesis comprensiva de la compleja serie de fuerzas y grupos sociales, cuya presencia hace insuficiente la oposición individuo-Estado como términos de la relación política.

2) El Poder se encuentra jaqueado por una pluralidad de poderes de hecho, que tiende a restarle fuerza y a disipar sus funciones. Las grandes uniones de trabajadores, con poder social suficiente para paralizar parcialmente, mediante huelgas generales, la vida de la comunidad. Los partidos políticos, cuya estructura permite que los comités ejecutivos decidan sobre la legislación. Las Fuerzas Armadas, cuando de subordinadas se desplazan y operan como subordinantes del poder civil, proporcionan una nueva visión del Estado e inciden en la función que el Poder debe cumplir dentro de la organización política. Se ve así multiplicada su actividad y competencia en el área social y económica, en la medida que se multiplican esos poderes interiores y se hacen más imperativos sus requerimientos. En el orden económico, los grupos de interés, que por su manera de actuar se convierten en grupos de presión, operan en el nivel del poder político en demanda de la conservación o acrecentamiento de sus beneficios.

El pluralismo político:

El pluralismo político:

3) Este nuevo feudalismo no es otra cosa que el avance de la sociedad sobre el Estado, la gravitación e influencia de las fuerzas sociales, económicas, religiosas y políticas que se han organizado en la sociedad contemporánea. El pluralismo constituye una amenaza contra la unidad del poder estatal en la medida en que éste no cumpla la función social y jurídica que le compete en la actual estructura del Estado. Lo esencial del Poder reside en ser la última instancia de la formulación, ejecución y sanción de la ley. Su función social y jurídica se realiza en esa instancia suprema.

1) El Poder se descompone en funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, con áreas de actividad y límites de competencia prefijados por el ordenamiento constitucional. Los gobernantes son los encargados de adoptar decisiones en forma de leyes, decretos, resoluciones, adecuando su actividad a la estructura jurídica vigente.

2) La decisión puramente política, especie calificada dentro de la actividad gubernativa, es incondicionada en su aspecto material y puede originarse: en el contenido del programa del partido gobernante; en los reclamos de las fuerzas sociales (sindicatos, cooperativas, asociaciones gremiales, etc.); económicas (Cámaras de Comercio, Asociaciones de industriales, entidades financieras, de agricultores y ganaderos; de transportes, etc.); iglesias y grupos religiosos en general.

3) Los gobernantes ejercen la autoridad y constituyen, por tanto, el gobierno visible o formal. Cuentan como elementos o factores para realizar sus funciones de gobierno, con la administración pública o burocracia y con las Fuerzas Armadas. La burocracia actúa como equipo de transmisión y ejecución de las decisiones adoptadas por los gobernantes. Las Fuerzas Armadas, como guardianes profesionales del orden, que monopolizan el ejercicio de la violencia legítima, subordinadas al poder civil. Una y otra son factores de poder, es decir, elementos sobre los que se basa y de los que sirve el poder político.

1) Los grupos sociales se organizan y actúan persiguiendo finalidades económicas, o extraeconómicas, revistiendo como grupos de interés cuando, para el logro de sus fines, se relacionan con el poder político procurando influir en una decisión gubernamental mediante la petición formulada públicamente a las autoridades encargadas de las funciones legislativas, ejecutivas o administrativas. Se encuentran fuera del cuadro de los partidos políticos y del gobierno y si bien generalmente apelan a la opinión pública, lo hacen con el objeto de reforzar su petición, para crear un estado de opinión favorable a sus pretensiones. Actúan dentro del orden legal y ejercitan el derecho de peticionar a las autoridades.

2) Cuando la defensa de sus intereses excede el marco del ejercicio legítimo del derecho de petición, los grupos de interés accionan como grupos de presión cuando, sin al-

Los grupos de interés y de presión:

ce grupos de interés y de presión:

terar el orden coaccionan a las autoridades para obligarlos a satisfacer sus demandas. Ellos despliegan frente al poder político, poder económico. Temen la convulsión social y la anarquía. Anhelan mantener o acrecentar su situación de privilegio o su seguridad y no buscan la nivelación económica. En lo interior del poder actúan como elementos de coacción utilizando todos los recursos a su alcance, sean legítimos o no. Emplean el soborno y la corrupción, apoyan financieramente a los partidos o candidatos, crean estados de opinión, centros de difusión y utilizan los diarios, la radio y la televisión para justificar sus pretensiones y obtener la decisión gubernamental que les interesa. Despliegan, esencialmente, poder económico.

- 3) Cuando los grupos de interés provocan la anormalidad, y se colocan al margen de la legalidad, en procura de seguridad material, actúan como grupos de tensión. Tratan, mediante la huelga u otros medios, de desarticular el orden público. No temen la convulsión social ni la anarquía. No tratan de conservar, sino de mejorar sus condiciones de vida. Buscan la nivelación económica. Enfrentan al Poder y tratan de despertar la solidaridad de grupos afines, lo que les proporciona la fuerza social necesaria para hacer eficaz su acción. Despliegan, en suma, poder social.
- 4) En consecuencia, son grupos de interés los grupos sociales que sin ser parte del gobierno, buscan obtener una decisión gubernamental, utilizando el derecho de petición. Grupo de presión es todo grupo de interés que para imponer una pretensión, organiza un sistema más o menos permanente de coacciones, sin salir ostensiblemente de la legalidad formal, desplegando en el interior del poder, poder económico. Por último, grupo de tensión es todo grupo de interés que para imponer sus pretensiones crea una relación de fuerzas generalmente al margen de la legalidad formal, desplegando frente al poder político y con miras a obtener una decisión favorable a sus intereses, poder social.
No son fuerzas políticas (partidos y grupos políticos) porque no se orientan, originan ni tienen por mira captar, conservar o modificar el poder político, limitando su influencia a lo económico y social.
- 5) Por cierto que los grupos interiores del Estado —sus elementos o factores de poder— pueden actuar como grupos de presión o de tensión social. Pero esa actividad es atípica, toda vez que su función específica es de subordinación al poder, careciendo de una organización destinada a actuar frente al poder, como ocurre con los grupos exteriores, situados fuera de la estructura del poder y que, como los grupos económicos y los sindicatos, constituyen específicamente los grupos de presión y de tensión. En cuanto a las iglesias, por su especial naturaleza, erigidas en grupos de interés para la consecución de algún fin o pretensión, pueden actuar como grupos de presión o de tensión, según se sitúen dentro o al margen del orden establecido por el poder político.

El lobby:

- 1) *Lobby* significa tall del Congreso y en EE.UU. se utiliza para designar la acción de personas afines al Congreso que se mezclan con los parlamentarios en los corredores, y aun fuera del Congreso, para influir en sus decisiones, proyectos o votos, en nombre y por encargo de determinados grupos de intereses. Es decir, son agentes de los grupos de presión, y por tanto, una forma operativa de los grupos de presión.
- 2) El *lobby* o agente legislativo, en el caso de los EE.UU., tiene su oficina en Washington y se los conoce como representantes de grupos especiales (la Cámara de Comercio de los Estados Unidos; la Asociación Nacional de Manufactureros; la American Bureau Federation, la National Grange, la Federación Norteamericana del Trabajo, la Asociación de Ferrocarriles Norteamericanos, etc.), a quienes se les paga sueldo para que lo sean, y que se identifican como tales frente al gobierno y al público. Su actividad es conocida, porque actualmente existe un procedimiento legal destinado a hacer públicas sus actividades. Conforme a una ley promulgada en 1946 (Federal Regulation of Lobbying Act), unas dos mil personas se registraron como *lobbyist* con respecto al Congreso, y fueron investigadas sus fuentes de ingreso y el propósito para el cual eran empleadas.
- 3) Estados Unidos refleja en la instancia más elevada el desarrollo y estrategia de los grupos de presión paralelo al crecimiento industrial, a los avances del capitalismo y a la acción de los sectores de la agricultura, la industria, el comercio y el trabajo. Corresponde hacer notar que la fuerza de trabajo organizada, en los EE.UU., opera como grupo de presión apoyando electoralmente a uno u otro de los dos grandes partidos que dominan el proceso político norteamericano. En cuanto al más importante grupo de presión lo constituyen los agricultores (*farmers*) representados por diversas organizaciones, siguiéndole en orden de significación los sectores industriales, también agrupados en distintas asociaciones de alcance nacional.
- 1) La actuación típica de las fuerzas económicas, por consiguiente, es la de los grupos de presión, y la de las fuerzas del trabajo, la de grupos de tensión. Los restantes grupos de interés, con finalidades específicas, pueden organizarse y se organizan como grupos de presión, pero su estrategia normal es la petición o pretensión y sólo por excepción apelan a un sistema de coacciones, manteniendo una estructura permanente para influir en lo interior del poder, con miras a coaccionar la decisión política.
- 2) La posición estratégica, influencia y gravitación de los factores de poder (Fuerzas Armadas y burocracia), grupos de interés y sus formas operativas —la presión y la tensión social— guardan relación con la estructura política, económica y social de cada tipo de sociedad global. Las formas de propiedad y las relaciones de producción,

Conclusión:

el sistema económico imperante y el grado de su desarrollo y evolución, el carácter abierto o cerrado de la articulación de las clases, la potencia interior de la sociedad y el predominio de una comunidad de intereses nacionales sobre los intereses particulares, determinan su existencia y mayor o menor grado de influencia sobre el poder político.

INDICE

TOPICOS + Derecho

CAPÍTULO XXI

TEORIA DE LA CONSTITUCION

1. Derecho constitucional en el sistema del Derecho político	9
2. Constitucionalismo: concepto	10
3. Origen del constitucionalismo	10
4. Surgimiento del constitucionalismo	13
5. Auge del constitucionalismo	18
6. Crisis del constitucionalismo	20
7. Constitucionalismo social	20
8. Concepto de Constitución	22
9. Sentido formal de Constitución	22
10. Sentido material de Constitución	23
11. Clases	24
12. Poder constituyente y constituido	27
13. Reforma, alteración y destrucción de constituciones	28
14. Superlegalidad y supremacía constitucional	29
15. Principio de subordinación al Derecho	32
16. Sistema de garantías: político y jurisdiccional; controles: realización de nuestra constitución	34
	36

CAPÍTULO XXII

ORGANIZACION DEL PODER

1. La organización del poder en el Estado	45
2. Formas de Estado	46
3. Formas de gobierno	47
4. Clasificaciones: síntesis en los principales pensadores	47
5. Formas mixtas	52
6. La teoría de la separación de poderes: su raíz política	53
7. Desarrollo histórico de las doctrinas en el pensamiento político	55
8. El criterio de M. Hauriou	61
9. La separación de funciones y órganos (Jellinek)	64
10. Criterio de Carré de Melberg (poder, función y órganos), las operaciones propias de la actividad estatal	66
11. Jerarquía del poder de gobierno	70
12. Subordinación: doctrina del ordenamiento jurídico (Kelsen)	71

CAPÍTULO XXIII

GOBIERNO Y ADMINISTRACION

1. La actividad del poder en el Estado: actos, órganos y funciones	81
2. Gobierno y administración: distinción	83
3. Actos de gobierno y actos administrativos	87
4. Delegación de competencia y el equilibrio institucional	89
5. La burocracia	94

CAPÍTULO XXIV

CENTRALIZACION Y DESCENTRALIZACION EL ESTADO FEDERAL

1. Centralización y descentralización: política, administrativa y burocrática	101
2. La descentralización: política, administrativa y burocrática	103
3. Confederación y federación, doctrinas de indivisibilidad y pluralizadoras	105
4. Del asiento de la soberanía	107
5. Distribución de competencia en los Estados Federales actuales	111

CAPÍTULO XXV

ESTADO DE NECESIDAD - REVOLUCION COBIERNOS DE FACTO

1. Razón de Estado, estado de necesidad y derecho de resistencia contra la opresión	117
2. Manifestaciones históricas, declaraciones, estimación moral	120
3. Crisis y legislación preconstituida para la crisis, ejemplos constitucionales	123
4. Revolución: concepto y doctrinas	127
5. Hecho; derecho a la revolución y derecho de la revolución	130
6. El constitucionalismo y la revolución	132
7. Los casos críticos y el gobierno "de facto"	133
8. Doctrina de facto y el régimen de los decretos-ley. Revoluciones y golpes de Estado de 1861, 1930, 1943, 1955 y 1962	135
9. Singularidad de los movimientos de 1966 y 1976	140

CAPÍTULO XXVI

S U F R A G I O

1. Concepto	153
2. Sufragio y dominación legal	154
3. Función electoral del sufragio	154
4. Función de participación	155
5. Sufragio y voto	155
6. Naturaleza jurídica del sufragio: concepciones	157

7. Criterio de Hauriou	153
8. Criterio de Carré de Malberg	160
9. Criterio de los constitucionalistas argentinos	165
10. El sufragio como energía política	166

CAPÍTULO XXVII

PRINCIPIOS, FUNDAMENTOS Y FORMAS DEL SUFRAGIO

1. Bases jurídicas del sufragio	173
2. Teoría de los requisitos e incapacidades: requisitos generales	174
3. Requisitos especiales: sufragio restringido y sufragio universal	175
4. Sufragio reforzado (plural, múltiple y familiar, y sufragio único o igual)	179
5. Voto público y voto secreto	181
6. Sufragio facultativo y sufragio obligatorio	182
7. Sufragio individual y sufragio corporativo	184
8. Sufragio directo y sufragio indirecto	185
9. Sufragio uninominal y sufragio plurinominal	185
10. Las incapacidades	186

CAPÍTULO XXVIII

SISTEMAS ELECTORALES Y DE REPRESENTACION

1. La democracia representativa como sistema de partidos	196
2. Los sistemas electorales: principios mayoritario y de proporcionalidad	196
A. Sistemas mayoritarios: de mayoría absoluta y de mayoría relativa	199
B. Sistemas minoritarios: empíricos y racionales (voto proporcional, proporcional uninominal; del cociente electoral y del voto transferible). Subsistemas: del mayor residuo, del divisor común (D'Hondt) y de la media mayor	202
C. Sistemas mixtos	210

CAPÍTULO XXIX

LA DEMOCRACIA POLITICA Y EL SUFRAGIO EN NUESTRO PAIS

1. Antecedentes históricos: los procedimientos electorales anteriores a la organización nacional	219
2. Los temas electorales en la Constitución nacional	222
3. La regla de la "simple pluralidad" y la representación proporcional: el problema constitucional. Criterio de Montes de Oca	225
4. Las leyes nacionales de elecciones: lista completa y sistema uninominal	228
5. La sanción de la Ley Sáenz Peña. Las grandes líneas del histórico debate e de la Cámara de Diputados	231
6. Las recientes experiencias: a) Ley nº 14.032; b) Implantación del sistema D'Hondt. El ballottage	236

CAPÍTULO XXX

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

1. Concepto	241
2. Definiciones	243
3. La representación desde el punto de vista sociológico	245
4. Interpretación psicosocial: la representación por pertenencia	247
5. Origen histórico de la representación política	248
6. Mandato imperativo y mandato representativo	250
7. Justificación de la representación política	252
8. Naturaleza jurídica de la representación política	256
9. Los partidos políticos y la representación	262

CAPÍTULO XXXI

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. Concepto de los partidos políticos	271
2. La interpretación sociológica (Weber y Neuman)	274
3. La interpretación psicológica (Pareto, Rohmer, Lowell, Michels y Hatscheck)	280
4. La interpretación política (Sánchez Agesta y Friedrich)	283
5. La interpretación jurídica (Kelsen y Jellinek). El criterio de la naturaleza dual de la representación de Friedrich	285
6. Clasificación de los partidos según su origen y su estructura (Partidos de génesis parlamentaria y de creación externa al ciclo electoral y parlamentario; de estructura directa e indirecta; de articulación débil y de articulación fuerte; de enlaces verticales y de enlaces horizontales; centralizados y descentralizados; partidos de masas y partidos de centros y sus elementos de base, conforme a Laverger)	293

CAPÍTULO XXXII

LOS MEDIOS DE ACCIÓN DE LA POLÍTICA
Y LA OPINIÓN PÚBLICA

1. Los partidos políticos como oficinas de agitación y propaganda	309
2. Tipología sociológica de la dominación	312
3. Los intereses comunitarios nacionales y la representación objetiva de la voluntad popular	314
4. La opinión pública y la voluntad popular. La opinión pública como fenómeno social estatificado. Criterios de la opinión pública según la psicología social y la sociología general	316
5. El criterio político de la opinión pública	322
6. Los procedimientos de formación y expresión de las opiniones	326
7. La información, la propaganda y la agitación	328

CAPÍTULO XXXIII

FACTORES DE PODER Y GRUPOS DE PRESIÓN

1. El gobierno efectivo y sus elementos materiales	339
2. Criterio de diferenciación entre grupos de intereses, de presión y de tensión social	341
3. Su presencia como fuerzas de conservación y transformación en el panorama de la crisis contemporánea	347
4. Los "lobbyist" como forma operativa de los grupos de presión	349

Toldos +
verano