



SALA

LA JUSTICIA URUGUAYA

REVISTA JURIDICA

TOMO 115

La Justicia uruguaya :

1997 Vol.115 c3



FD-UY/JU1151997C3

Directores Fundadores:

Dr. OSCAR ARIAS BARBE
Dr. EDUARDO ALBANELL MAC COLL

Directores:

Dr. EDUARDO ALBANELL MARTINO
Esc. ADOLFO ALBANELL MARTINO

Director Redactor Responsable:

Esc. ADOLFO ALBANELL MARTINO

Administrador:

WALTER ARIAS HUGHES

COPIA 3

SEPARACION DE PODERES

Dra. Marta Tarallo Marmo

Introducción

La teoría de la separación de poderes ha pasado a la historia jurídica asimilada al nombre de Montesquieu. Pero a pesar de la enorme autoridad de este insigne filósofo, este principio fue pronunciado en épocas remotas, tal es así que se remonta a Aristóteles y sigue por Locke en años anteriores a Montesquieu. Contrariamente a lo que se puede creer esta teoría ha tenido una infinidad de detractores y negadores. Pero aún así persiste hasta nuestros días, en forma tal que no se puede hablar de Estado de Derecho y de Democracia sin que en la base de su concepción su pilar fundamental no sea esta clásica división, criticada a veces, enriquecida otras, modernizada pero siempre firme.

Historia

Aristóteles decía que toda sociedad política tiene tres funciones: 1) deliberación, 2) el mandato, 3) la justicia.

La deliberación era la más extensa de las funciones, más aún que la función legislativa actual. La asamblea de ciudadanos era llamada a deliberar. Era un ejercicio de la democracia directa.

Contra, Carré de Malberg quien dice no puede ser precursor de la separación de poderes pues al clasificar las funciones no tuvo bien en cuenta los objetos propios de cada una de ellas. Al mismo tiempo una persona que forma parte de la Asamblea Deliberante ejerce una magistratura, preside un tribunal.

A favor de Aristóteles se dice, que al ponerse por encima de la unidad de personas es que tuvo conciencia de los diversos objetos de la actividad del estado.

Locke (el Padre del liberalismo) -1690- "Ensayo del Gobierno Civil". En el estado distingue tres poderes necesarios y suficientes para constituir la sociedad civil y política.

- 1) El Poder de determinar las ofensas, la compensación, la reparación y la pena. Esto es el Poder Legislativo.
- 2) El poder de ejecutar las leyes y de hacer todo lo que

conviene para la protección de los intereses particulares y públicos. Este es el Poder Ejecutivo.

3) El poder de hacer la paz y la guerra, poder confederativo unido al ejecutivo. El ejecutivo y el confederativo deben estar bajo el mismo mandato porque si estuvieran divididos podrían llevar al desorden y la ruina.

Para Locke el legislativo es el poder soberano. Excluye la arbitrariedad y está sometido a las leyes de la naturaleza.

El ejecutivo es en teoría dependiente del legislativo y puede ser convocado, reemplazado y penado si ha contrariado sus órdenes. Se le atribuye al ejecutivo una función de pura ejecución de iniciativa que puede ser considerada como un cuarto poder. Esto es porque el legislativo no puede hacer todo. No puede ocuparse de las necesidades que pueden surgir bruscamente. En este caso, puede hacer lo que mejor le parezca llevándolo en la práctica a un funcionamiento distinto y separado siendo para la causa del bien público. Finalmente, no coloca en un lugar especial al Poder Judicial que parece incorporado al Legislativo.

1748 - En pleno auge del absolutismo surge Montesquieu, cuarenta años antes de la Revolución Francesa, veintiocho años antes de la Declaración de Filadelfia.

Su finalidad fue limitar todo el poder que residía en una sola persona o en un solo cuerpo de magistrados. Toma como modelo a Inglaterra. Por su origen noble francés su teoría interesaba al parlamento francés formado por la nobleza de toga ("de robe") que se preparaba contra el Monarca. Lo que pasó después es que la revolución se escapó de manos de esta nobleza para ir a dar a manos burguesas. Pero sus afirmaciones continuaron teniendo valor.

1787 - Declaración de Filadelfia. Base de la Constitución Americana.

1789 - Declaración de los Derechos del Hombre. Consagra el principio en el Art. 16.

Siglo XVIII y parte del XIX - Dogma esencial del Estado Liberal. Las razones son más políticas que jurídicas en su defensa.

Mitad del siglo XIX y XX - El Análisis Jurídico levanta fuertes críticas que ponen el principio en baja.

La Teoría de Montesquieu

La Teoría de Montesquieu nace ante la necesidad primaria de asegurarle la libertad al hombre para que pueda vivir en sociedad. Esta libertad tiene por pilar la seguridad: "todo hombre es libre cuando está convencido en creer que la furia de un solo o de varios no lo privará de su vida o de la propiedad de sus bienes".

Esta libertad asegurada dentro de una sociedad políticamente organizada debe hallarse en regímenes donde el poder se encuentra dividido entre distintas personas o distintos magistrados. Debe hallarse límites a ese poder cuando pretenden abusar de él. Así se recurre a "los frenos y contrapesos" para que la libertad del ciudadano posea un contenido de seguridad individual; "el poder frena el poder".

Y Así nació una admiración por Inglaterra que era el único que para el único país del mundo que existía libertad política. En momentos que se vivía una era de un despotismo absoluto donde la voluntad del monarca era la única. Estaba sometido a leyes fijas fuertemente impregnadas de aristocracia.

Pero en Inglaterra erra al invocar la división de poderes en las instituciones británicas.

1) La cámara de los Lores tenía miembros que eran a la vez Jueces y Legisladores. El Lord Chancellor es el Ministro cabeza del Poder Judicial y activo miembro de la Cámara de los Lores.

2) Las potestades legislativas son delegadas por el parlamento a los miembros del ejecutivo. (Rey en Consejo de Ministros).

No hubo en la historia constitucional inglesa una división nítida entre las funciones gubernamentales. Dice Pratt "que el autor francés buscando el pájaro azul de la felicidad vaticinó (no Inglaterra) sino lo que sobrevendría en Filadelfia en 1787".

Luchando contra ese despotismo no advirtió nunca la necesidad de coordinar la actividad de los poderes independientes, separados asociándolos y fundándolos en una acción común que asegurara la unidad de los fines y el resultado.

Concebir la existencia de poderes (entendidos como órganos estatales) que funciones independientemente sin tener relaciones unos con otros cada uno tendría su cometido particular. Habría una separación mecánica, matemática, como si los problemas de organización del estado se pudieran resolver por procedimientos de relojería de precisión.

La división total de los poderes puede llevar a un reposo, a una inacción de los mismos. Montesquieu los obvia muy débilmente al afirmar que "como por el movimiento necesario de las cosas se ven obligados a moverse, habrán de moverse de acuerdo". Es una garantía muy vaga e insuficiente para evitar el conflicto de poderes.

Habla de potestades. Las tres deben estar a igual ni-

vel: ejecutivo, legislativo, jurisdiccional. Este plano de igualdad es para que un poder pueda detener a otro. La finalidad política de la teoría es dividir, fraccionar el poder estatal concentrado en el monarca, en varios órganos. Esta es la garantía fundamental para la libertad del ciudadano.

En ninguna parte de su obra admitió la necesidad de coordinar la actividad de los poderes independientes, separados, asociándolos y fundándolos en una acción común para asegurar unidad de fines y resultados. Para él la función legislativa es la primordial, la más importante, por eso su obra se llama "El espíritu de las Leyes". Dice Montesquieu que la vida del hombre en sociedad está sometida a relaciones causales, regulares y constantes (y no son simple efecto del azar o de la voluntad humana) y pueden ser objeto del conocimiento científico.

La ley en su sentido jurídico es concebida como emanada sólo de la autoridad que la dicta a su voluntad o capricho.

Pero Montesquieu afirma que las leyes no están abandonadas a la fantasía del legislador. Ley jurídicamente significa una regla social y científica, una constante de la naturaleza. De ahí concluye que es "la relación necesaria derivada de la naturaleza de las cosas". (Pratt: Montesquieu, el Principio de separación de poderes, su proyección y vigencia. Estudio de Derecho Administrativo. Pág. 313 y sig.).

Por su parte De La Bigne interpreta al ilustre filósofo en su admiración por la Constitución Inglesa diciendo que el escritor se defiende de juzgar las instituciones inglesas en su funcionamiento real limitándose a considerarlas en la teoría constitucional abstracta: "para mí no es motivo de examen si los ingleses gozan actualmente de esta libertad o no, me limito a decir que ella está establecida por sus leyes".

"Yo no pretendo jamás revocar los otros gobiernos, ni decir que esta voluntad política extrema debe mortificar a aquéllos que tienen una moderada. Yo creo que el exceso mismo de la razón no es siempre deseable y que los hombres se entiende mejor en los términos medios que en los extremos".

Ello no nos permite ver que Montesquieu haya querido presentar la organización política de Francia como radicalmente inferior a Inglaterra dice De La Bigne.

El filósofo se sirve del texto de la Constitución Inglesa para ofrecernos el plan de un estado ideal, encontrando allí al máximo el sentido de la libertad. Encara sucesivamente dos puntos de vista: la estructura esencial del estado y su organización práctica. Montesquieu pretende determinar no los grandes trazos de la constitución inglesa, sí, la naturaleza del estado cualquiera que este sea. Y esto resulta de la generalidad de los términos empleados: "Hay en cada estado tres poderes: el legislativo (hace las leyes por un tiempo o para siempre), el Ejecutivo (hace la paz o la guerra, envía o recibe Embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones). Y por último el poder de juzgar que consiste en

penar los crímenes. A los poderes se dividen en tres categorías (distintos de tal supremacía no está perdido sino más importante tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Agregamos todo hombre que "Para que no haya corrupción de las cosas... A parte ha sostenido otra fin supremo y es la absurda idea de las actividades estatales (cas civiles) deben ser hechas y es que la nación puedan ser...

Agregamos todo hombre que "Para que no haya corrupción de las cosas...

... A parte ha sostenido otra fin supremo y es la absurda idea de las actividades estatales (cas civiles) deben ser hechas y es que la nación puedan ser...

Su teoría resumirse en la separación de poderes. Ustedes quieren que los ciudadanos sean libres y separados". tan simple si el poder es la libertad.

... Al analizar la tarea de ejecución quiere de las resoluciones que surge es: si son iguales y a naturaleza cierto debe decidir las normas tomar resoluciones las leyes.

Tanto Mably solución. Kant tiene que Montesquieu. acción respectiva en el vacío, llevando la primacía a desapareciendo así presenta a los tres poderes soberanos. (Nótese dados por De La Bigne sobre el espíritu de

Sus negadores

Rousseau - El

penar los crímenes o juzgar las diferencias entre particulares". A los poderes diferentes del estado deberán corresponder tres categorías de órganos separados formados por hombres distintos de tal forma que las diversas partes de la autoridad suprema no están acumuladas en la misma persona. "Todo estará perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los más importantes o de los nobles o del pueblo ejercen estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar".

Agrega Montesquieu, "Es una experiencia eterna que todo hombre que tenga el poder sea tentado a abusar de él". "Para que no haya abuso de poder es necesario por la disposición de las cosas que el poder detenga al poder".

... A parte de la separación de poderes, Montesquieu ha sostenido otra tesis. No quiere considerar la libertad como fin supremo y exclusivo de todo estado. Jamás ha sostenido la absurda idea de la necesidad uniforme por todas las colectividades estatales. Dijo claramente "ellas (leyes políticas civiles) deben ser adecuadas al pueblo para el cual fueron hechas y es una gran casualidad que las leyes de una nación puedan servir a otra".

Su teoría sobre la separación de poderes puede resumirse en la siguiente frase: "Su teoría sobre la separación de poderes puede resumirse en la siguiente frase: "Si ustedes quieren realizar y garantizar al máximo la libertad de los ciudadanos, establezcan en el estado poderes distintos y separados". Sería injusto tomar en cuenta esta opinión tan simple si el papel del estado sólo se limita a asegurar la libertad.

... Al analizar el poder ejecutivo Montesquieu le atribuye la tarea de ejecutar las resoluciones públicas. Pero ejecución quiere decir necesariamente obedecer una orden. Las resoluciones públicas las dicta el legislativo. La pregunta que surge es: si los tres poderes del estado son decididamente iguales y autónomos o si el legislativo goza por su naturaleza cierto predominio sobre los otros. El legislativo debe decidir las medidas generales y los otros no pueden tomar resoluciones sino en casos particulares y conforme a las leyes.

Tanto Mabley como Kant han optado por la segunda solución. Kant tiene un pensamiento más claro y coherente que Montesquieu. Quiere ligar íntimamente un manojito la acción respectiva de los tres poderes para evitar no queden en el vacío, llevando a una irremediable anarquía. Pero atribuye la primacía al legislativo que posee el poder soberano desapareciendo así la contradicción implícita que nos presenta a los tres poderes como iguales y simultáneamente soberanos. (Nótese la contradicción entre estos conceptos dados por De La Bigne y lo que expresa en la pág. 3 in fine sobre el espíritu de las leyes, Pratt).

Sus negadores

Rousseau - El Contrato Social data de 1772.

Por un lado Rousseau defiende la libertad, defiende al individuo frente al poder. El hombre pacta una vida en sociedad en colectividad para mantener su seguridad.

Pero este pacto no implica renunciar a los derechos originarios provenientes de la misma naturaleza y que constituyen los bienes supremos del hombre: la libertad y la igualdad. El contrato le asegura el goce de los mismos ya que la vida en sociedad procura la seguridad. Esta idea de libertad colide con la de Montesquieu. Pero se separa de él en la idea de soberanía. Según Rousseau el contrato social hace nacer un cuerpo colectivo diferente de los particulares contratantes. Por tanto debe existir un poder soberano que emerge de esa colectividad y que consiste en la sumisión de estos a la voluntad general. Hay un otorgamiento de poderes ilimitados al cuerpo social. Esta voluntad general no puede ser enajenada por el principio de la ficción de la representación, ni dividida por una pretendida separación de poderes.

Por lógica la sociedad debe tener un gobierno pero éste nunca puede ser una delegación o una porción del pueblo soberano. Es un instrumento. El gobierno se limita a actuar por actos individuales ejecutando la voluntad general. Por tanto la soberanía reside en la Ley, expresión de voluntad general. Aquí Kelsen (en otra época) opina lo mismo: todo poder (dice Kelsen) debe ser ejercido por un órgano colegiado cuyos miembros hayan sido electos por el pueblo y jurídicamente responsable ante éste. Si este órgano tiene sólo funciones legislativas los otros órganos (que ejecutan las normas) tienen que ser responsables ante este aún cuando los elija el pueblo.

Sigue Rousseau. La ejecución de la ley no es una partición de la soberanía, ni ejercicio de ella ya sea por el gobierno o por el juez. Lo que existe es una función ejecutiva pero no por poder ejecutivo. Es decir un órgano que actúe autónomamente que implique participar en el ejercicio de la soberanía.

Aquí en Rousseau se encuentra el germen del principio de legalidad y de la teoría política de la soberanía parlamentaria. Dice Rousseau "La Ley considera a las acciones abstractamente jamás a un hombre como individuo ni a una acción particularmente... En una palabra toda función que se relacione con un objetivo individual no pertenece a la potestad legislativa". (Libro IV Cap. 6°).

Esta misma interpretación (pero con otras palabras) la hace De La Bigne. Por tanto la pregunta formulada de saber si los tres poderes del estado son decididamente iguales y autónomos o si el legislativo goza por su naturaleza de cierto predominio sobre los otros y que según De La Bigne, Montesquieu no pareció percibir sería contestada afirmativamente en el sentido de que el legislativo goza de predominio.

De La Bigne aparte de compartir las críticas de Rousseau ataca por otros flancos. Uno de los principales es el concepto de que existe un solo poder. La doctrina de la

separación de poderes es inaceptable y debe ser rechazada. No hay en cada estado tres clases de poderes. "Hay muchos objetivos a los cuales se les aplica la actividad estatal, pero si restringimos nuestra visión solamente al dominio político-jurídico donde se ejerce la actividad soberana del estado (como sostiene Montesquieu) es necesario admitir que no existe más que un único poder. Único en su origen, único en su esencia..."

"Si vamos a su esencia pura parece verse que el poder del estado sólo consiste en el derecho de mandar como último recurso, en el dominio político y jurídico por el bien común".

El fin del estado es uno, su autoridad orientada a ese fin es una, su poder es uno, cualquiera sea la variedad de formas que ella revista. La constitución de un poder estatal soberano por yuxtaposición de tres poderes distintos, técnicamente iguales, los tres independientes y soberanos persiguiendo cada uno su propio objetivo parece a De La Bigne, contradictorio a todas las exigencias de una concepción realista y verdaderamente impensable.

Todas estas críticas tienen origen en que Montesquieu no da ninguna explicación sobre el proceso de unificación de los tres poderes del estado.

De La Bigne lo explica así: "O bien Montesquieu ha caído en un profundo error de principios o ha usado una inexcusable impropiedad en los términos que vicia toda su doctrina y dispone a conclusiones peligrosas".

Explicación histórica - Montesquieu no ha pretendido edificar una teoría jurídica, Locke sería más teórico que él. Ha querido describir la Constitución de Inglaterra. Solamente nos ha querido presentar una regla de arte política. Montesquieu ha empleado la palabra "poder" en el sentido que hoy diríamos "órgano". Tuvo cuidado en acantonar a cada titular de la autoridad pública en una categoría de actos dados, realizando así una especialización de funciones y no una separación de poderes.

Problema de la libertad - De La Bigne lo plantea así: Lo que ha desconocido Montesquieu, lo que hay de terrible es que la seguridad en la libertad de los sujetos, no se trata de la calidad de administrador, magistrado o legislador, sino que se trata de la calidad misma del soberano. Aquí también es imposible suprimir sin caer en peligros, aunque se logre por milagro dividir la autoridad soberana en tres titulares iguales el peligro subsistiría.

Pues el verdadero problema no consiste en asegurar al ciudadano una completa libertad irrealizable pues ella se vería fatalmente restringida tanto en la comunidad salvaje como en la vida en sociedad. El fin es establecer la autoridad limitada y la libertad que se debe restringir lo menos posible, viviendo conforme a las exigencias del Bien Común. Ni en una ni en la otra de las dos acepciones admisibles la separación de poderes parece adecuada a este objeto.

Conclusión personal.... Es decir que la libertad total

es imposible de lograr ni por la soberanía ni por la separación de poderes. Pero Montesquieu no habla de la libertad total (ver su definición en pág. 2 in fine).

Interpretación de Hauriou. De La Bigne explica un deseo de Hauriou de descubrir en el análisis de Montesquieu conocimientos que concuerdan con los suyos. Sin embargo dice De La Bigne que el concepto que él expone no es el mismo que el del filósofo. Más que un análisis profundo y minucioso, su argumentación es una tesis a demostrar. "El pensamiento de Montesquieu fulgurante sobre ciertos puntos pero carente de desarrollos explícitos de precisión jurídica no ha sido nunca bien comprendido".

Se han expresado sobre ellas teorías erróneas confundiendo poderes, funciones y órganos. Pero nos preguntamos, no ha sido Montesquieu el primero en dar ejemplo de una confusión peor?... Montesquieu insiste sobre la idea de que la separación de poderes tenga como fin "una disposición de las cosas por la cual el poder detiene al poder" pero Hauriou agrega "esta facultad de detener o de librar no puede existir para un poder público en virtud de una disposición de las cosas. El participa en la ejecución de una misma función con los otros poderes que la empuja o detiene".

Montesquieu supone bien que los poderes separados no participarán en las mismas funciones más que para librarse y no para colaborar. El no emplea el término colaboración que es lo que daría flexibilidad a la separación de poderes.

Pero Montesquieu habla expresamente de concierto: estos tres poderes deberán producir un descanso, una inacción (por su facultad de librarse mutuamente) pero como por el movimiento necesario de las cosas están obligadas, forzadas a estar en concierto (Libro XI IVIII).

Pero estar en concierto es diferente a colaborar?

Montesquieu hablaba de la libertad política y no de la organización de gobierno. La facultad de liberar es la garantía de la libertad. Entonces opina él que la colaboración de los poderes públicos no ha sido deseada de antemano sino una cosa obtenida por necesidad.

De La Bigne extrae de la interpretación de Hauriou como positivo de saber en qué puede consistir "ese movimiento necesario de las cosas", pero opina que esta única no es conseguida en la práctica por la necesidad sino más bien por una organización unitaria deliberada sin la cual todo el estado se fragmenta y termina por disolverse en sus elementos componentes. Para De La Bigne no es exacto que el Cap. VI del Lib. XI (Espíritu de las Leyes) tenga como único objeto el estudio de la libertad excluyendo la organización gubernamental. Al contrario, muestra como una organización gubernamental excelente como la constitución inglesa (a juicio de Montesquieu) puede garantizar la libertad política.

Hauriou trata de explicar la doctrina de Montesquieu por la constitución inglesa que el filósofo había estudiado

durante dos años por el régimen parlamentario no estaba todavía. Montesquieu no podía adivinar cómo llegar a la colaboración que la expresión colaboración y corresponde más a él se esfuerza en describir la organización política siguiente es otra: Montesquieu o la separación de poderes siguiente.

Diferencia entre 5 Poderes

Montesquieu propone una división de poderes. Hacía una división de poderes tal forma que un poder distribución de tareas por sí y según un supra "poderes" deben estar en ciertas relaciones entre sí se hacen trapesos" de tal manera "frenos y contrapesos". Este juego de "frenos y contrapesos" de la soberanía por el

Al surgir las ideas de la soberanía, el pueblo elige una asamblea legislativa

La asamblea como ley que ella dicta. El concierto (frenos y contrapesos) de Montesquieu. Los constituyentes se oponen a la división de poderes nunca a concebir la posibilidad de un movimiento pacífico entre poderes detener.

Art. 16 - Declaración de los Derechos del Hombre "una constitución que no es una constitución de poderes, no es una constitución de poderes"

El preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos describe diferentes esencialmente de autoridades (órganos) como fragmentos de soberanía. De aquí surge que los tres potestades reunidas como un todo se dividen en la división a la separación de poderes.

A mi juicio división de poderes es el todo y por eso se divide. La doctrina de una parte de la otra. Y la doctrina de Kelsen, que la distribución de poderes. Y él no tiene una función exclusiva

durante dos años pero olvida reconocer que en esta época el régimen parlamentario que es la apertura a la colaboración no estaba todavía completamente organizado. Montesquieu no podía adivinar entonces que la resistencia debía llegar a la colaboración. Hauriou ha pensado positivamente que la expresión colaboración es mucho mejor que separación y corresponde mucho mejor (no en la concepción que él se esfuerza en descubrir en Montesquieu), sino a toda organización política estable y benefactora. Pero la interrogante es otra: Montesquieu ha pregonizado la colaboración o la separación de poderes?... Esta pregunta nos lleva al tema siguiente.

Diferencia entre Separación y División de Poderes

Montesquieu propuso una separación de poderes. Hacía una división de potestades, las tres al mismo nivel, de tal forma que un poder pueda detener a otro. Había una distribución de tareas pero con contactos y relaciones entre sí y según *up supra* "por el movimiento necesario de las cosas" deben estar en concierto. A raíz de estos contactos y relaciones entre sí se hace posible el juego de "frenos y contrapesos" de tal manera "que un poder detenga al otro poder". Este juego de "frenos y contrapesos" impedía el ejercicio de la soberanía por uno solo de ellos.

Al surgir las ideas de Rousseau de indivisibilidad de la soberanía, el pueblo delega el ejercicio de la misma en una asamblea legislativa que será subcomisionada.

La asamblea comete al gobierno la ejecución de la ley que ella dicta. El control de estos órganos debe ser estrecho (frenos y contrapesos) y aquí están las ideas de Montesquieu. Los constituyentes de la Revolución van de la separación a la división de poderes, ya que Montesquieu no llegó nunca a concebir la posibilidad de colaboración o entendimiento pacífico entre poderes pues su visión era frenar y detener.

Art. 16 - Declaración de los Derechos del Hombre: "una constitución que no contenga una separación de poderes, no es una constitución auténtica digna de ese nombre".

El preámbulo título II art. 3 a 5 presenta tres potestades diferentes esencialmente atribuidas a tres clases distintas de autoridades (órgano) "las tres potestades aparecen como fragmentos de soberanía por lo tanto autónomas. Las tres potestades reunidas componen la soberanía completa". De aquí surge que los intérpretes de la declaración llegaron de la división a la separación de poderes.

A mi juicio división es parte de un todo. Se conserva el todo y por eso se divide. Separación es total independencia de una parte de la otra. Y nos quedaría una tercera terminología, la de Kelsen, que habla no de separación sino de distribución de poderes. Y él lo argumenta en que cada poder no tiene una función exclusiva, sino que cada uno está

en una zona mixta de funciones no limitada a una sola. Existiría una prioridad del órgano legislativo ya que las normas generales son creadas por éste, o si es por otro sobre la base de una autorización de este órgano.

Es decir el órgano legislativo no tiene monopolio para la creación de normas generales sino un acto de privilegio.

De acuerdo a esto opino que la distribución no sería sino de funciones. Los poderes siguen siendo los mismos, pero ejercen otra función que no los caracteriza por su exclusividad. En los hechos no hay ninguna constitución de estado liberal que admita en su totalidad la separación de poderes. Separación significa un aislamiento completo que vuelve imposible de funcionar la maquinaria del estado. Ya veremos cuáles serían las consecuencias teóricas rigurosas de una total separación. Pero antes creo importante desarrollar bien la idea de equilibrio de poderes, y su origen. Esta idea de un contrapeso de fuerza opuesta domina el pensamiento europeo del siglo XVI. En el campo teórico constitucional el autor efectivo de esta doctrina es Bolingbroke (1738, diez años antes de Montesquieu). Y es precisamente bajo el influjo de esta autor que Montesquieu desarrolló en el cap. VI del Libro XI un cuadro ideal de la constitución inglesa; la división en tres poderes públicos ya enunciada *up supra*. De esto a juicio de Schmitt la finalidad de su división en las distintas ramas consiste en que un poder frene al otro. La separación rigurosamente practicada llevaría a un excelente esquema que por su extensión nos remitimos a Carl Schmitt "Teoría de la Constitución" (Pág. 217 a 227). Por la claridad que arroja al vernos frente a los casos prácticos recomendamos una lectura de este cuadro. La conclusión a la que llega Schmitt es que una construcción de parlamentarismo auténtico es el modo casi perfecto de equilibrar los poderes y evitar convertir en un abosolutismo sin control. Ya veremos más adelante que personalmente comparto esta opinión.

Kelsen... Como ya vimos, Kelsen no habla de separación sino de distribución de funciones. Para Kelsen no existe la separación de poderes en el sentido que le da Montesquieu. El hace un análisis detallado de poder y función y llega a las siguientes diferenciaciones y conclusiones.

El poder para Kelsen es uno de los tres elementos del estado (población, territorio, poder). Este poder como elemento esencial del Estado estaría caracterizado por la soberanía. El término poder tiene para él dos acepciones diferentes: 1) el poder del estado es la validez y la eficacia del orden jurídico al ser la soberanía una cualidad de éste; 2) poder utilizado en el sentido de Montesquieu es función. En los hechos las funciones del estado son dos; creación y aplicación (ejecutar la ley). Para Kelsen no serían coordinadas sino sub y supra ordinarias pues la legislativa es la principal.

Poder legislativo es la creación de una norma general, derecho en cambio es la totalidad de las normas jurídicas, aún las individuales. Cuando el monarca absoluto concen-

traba todos los poderes, no podía verse con claridad la función legislativa como distinta a las otras funciones del estado.

El concepto empezó a surgir cuando se advirtieron las normas creadas por vía consuetudinaria. Estas normas generales consuetudinarias son también ejecutadas por los órganos ejecutivos y jurisdiccionales. El poder ejecutivo también expide normas generales; son los decretos.

Poder Legislativo y Ejecutivo.

El poder ejecutivo y el judicial ejecutan las leyes. La diferencia estriba en que la ejecución de normas generales es confiada a los tribunales y el otro caso al ejecutivo.

El poder ejecutivo a su vez se divide en dos funciones: la función política y la administrativa. La primera es la denominada gobierno. Jurídicamente el cumplimiento de la función ejecutiva es denominada administración. (De La Bigne tiene igual concepción)

Poder Ejecutivo y Judicial.

La creación de normas generales por parte del ejecutivo es sólo por vía de excepción. La tarea típica del judicial es crear normas individualizadas sobre la base de las normas generales creadas por el legislativo y la costumbre. (Aclaremos a modo personal que esto es en los países que la costumbre tiene fuerza de ley). Luego el acto que se hace efectiva una sanción es ejecución en el sentido estricto del término. La sanción condena a una pena de prisión o penitenciaria. El órgano encargado de encarcelar el condenado es la policía que depende del ejecutivo.

Conclusión de Kelsen. La doctrina de los tres poderes del estado es la doctrina de las diferentes etapas de la creación y aplicación del orden nacional.

Personalmente creemos que al hablar Kelsen de distribución de funciones y poner varios ejemplos de ellas quiere decir que la función que cumple cada poder no es tan exclusiva sino que existen zonas mixtas la que no pueden ser explicadas por una separación tajante de poderes.

El papel histórico de la separación de poderes según Kelsen.

Las funciones que originariamente fueron absorbidas por el monarca no fueron separadas sino divididas entre monarca, parlamento, tribunales. El principio de la separación de poderes va contra la concentración de los poderes. El hecho de que en una monarquía constitucional el jefe del poder ejecutivo no sea responsable ante el parlamento es un residuo de la monarquía absoluta y no una aplicación del principio de separación. Una concepción a tal principio es la regla de que los actos del monarca tienen que ser refrendados por los ministros en su gabinete, responsable ante el parlamento. El parlamento tiene así control sobre la administración. Creemos entonces que para Kelsen el principio de separación de poderes tiene una causa histórica, el absolutismo del monarca.

Pero al llegar al régimen parlamentario esta causa histórica toma visos jurídicos y plantea una plena responsabilidad. Parecería a los ojos de quien expone que en este

punto Kelsen y Schmitt llegan por distintos caminos a una conclusión similar: el parlamento es el modo jurídico perfecto de equilibrar los poderes (ya analizaremos este punto más adelante).

Carré de Malberg.... Para Montesquieu orgánicamente constituyen tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales cada uno de ellos, posee una parte especial y diferente de la potestad estatal y su esfera de acción propia en cuyo interior es independiente y dueño.

De esto concluye Carré: en cada esfera el titular del poder tiene carácter de órgano supremo. Por tanto su propuesta es una simple división jurisdiccional del poder (llega a la misma conclusión que Kelsen).

Para justificación de Montesquieu diremos que escribe en pleno absolutismo. Por tanto las potestades éticas están formuladas para un estado absolutista, por eso afirma que en todo estado existen tres poderes.

Carré refuta, existe una potestad única la de dominación. Esta se manifiesta bajo múltiples formas, atraviesa diversas fases: iniciativa, deliberación, decisión, ejecución. Estas fases concurren a un fin único, asegurar al estado la supremacía de una voluntad dominante única e indivisible. Si cada una de las tres posee el carácter dominante, la potestad estatal quedaría desprovista de dicho carácter. Personalmente creemos que la explicación a esta crítica la da la concepción de Kelsen acerca del poder.

Continúa Malberg. En ninguna parte de la obra de Montesquieu se advierte la necesidad de coordinar la actividad de los poderes independientes separados asociándolos y fundándolos en una acción común que asegurara la unidad de fines y resultados. El, además, no define el objeto concreto de cada una de las funciones aunque supone un criterio material de las mismas, ya que la legislatura enuncia voluntades generales y las otras dos decisiones particulares tomadas bajo el imperio de la conformidad, con voluntades generales legislativas. Se parte de una unidad subjetiva en todo estado. Pero el principio de separación se construye para funciones materialmente consideradas.

Personalmente creo que se debe recordar que el criterio material se obtiene por el contenido y efectos del acto emitido. La función legislativa tiene por objeto crear normas jurídicas generales. La administrativa produce actos con efectos puramente subjetivos y concretos (doctrina francesa Duguit, Bonner, y el propio Carré). Es ilusorio entonces -dice Malberg- tratar de separar funciones ya absolutas, ya en una racional división si están consideradas bajo un aspecto material.

Lo prueba la división preferente (pero no exclusiva) de funciones por atribución a complejos orgánicos y la existencia de zonas limítrofes o mixtas de competencia como el caso de iniciativa de la ley.

Si la separación se hiciera exclusiva la acción del estado sería prácticamente irrealizable. Concebir la existencia

de poderes (órganos estatales) que funcionen independientemente sin tener relaciones uno con otro, cada uno tendría un cometido particular. La separación sería mecánica, matemática, como si los problemas de organización del estado se pudieran resolver por procedimientos de relojería de precisión. De La Bigne, usando los conceptos de Carré de Malberg no dice: en ciertas expresiones de Montesquieu parece interpretarse un sentido de primacía del poder legislativo. Esto traería consecuencias que no esperaba el filósofo. Si en efecto el poder ejecutivo y el poder judicial (perdiendo su independencia) son forzados a aplicar las leyes hechas por la autoridad legislante, esto va a traer de inmediato un poder arbitrario y sin ningún límite.

Conclusiones de las críticas

De todo lo expuesto y si seguimos al pie de la letra cada una de las críticas expresadas llegaríamos a la conclusión de De La Bigne de que existe una eliminación de la separación de poderes. Lo medular y la falla principal del filósofo está en que no da ninguna explicación sobre el proceso de unificación de los tres poderes. Esto llevaría a decir que no se puede quebrar: 1) La unidad del poder ético, que es una unidad subjetiva acorde con el principio de personalidad jurídica del mismo. 2) Cambiar los términos y aceptarlo como una separación orgánica, tampoco se puede admitir porque habría una imposibilidad de funcionar condenando a un ineficaz inmovilismo. Personalmente creo que existe un remedio: sería admisible si estos órganos funcionan vinculados o relacionados. 3) Si la separación fuese funcional tampoco puede ser absolutamente separada pues el estado quedaría detenido. El remedio en el que creo: si esta actividad fuera preferente, es decir una función preferente no dejaría de admitir otras diferentes creando zonas mixtas. El ejemplo clásico es el de iniciativa de la ley en que coinciden poder legislativo y ejecutivo. 4) Los frenos y contrapesos son consecuencia de la igualdad que existe entre los tres poderes. Pero vemos que con el tiempo uno de los tres poderes adquiere una primacía sobre los restantes. Para mí, esto se remedia por los controles de un poder sobre el otro.

Pratt pone de ejemplo analizando la historia que en el siglo XIX fue de preponderancia del legislativo mientras que en el siglo XX será el de la primacía del poder ejecutivo impuesta por los adelantos tecnológicos, las dos guerras mundiales y los períodos de emergencia.

A juicio del exponente la conclusión de Puget sobre la obra de Montesquieu rescata la obra del filósofo. fue un moderado que buscaba un gobierno de moderación, dictando consejos de moderación. No toma la ley como un acto total de potestad, sino que trata de asegurar el respeto a la dignidad humana garantizando la libertad. Hostil al despotismo (aún al despotismo iluminado de su época) no buscó asegurar en Francia una participación del pueblo en la con-

fección de las leyes. El filósofo era partidario de una monarquía tradicional atemperada por leyes fundamenteles y cuerpitos intermedios. Pero no olvidemos que para él la nobleza era dotada de poderío. No se puede llevar su pensamiento más allá. Lo que pasa es que ponen en marcha un mecanismo que lo va a desbordar.

Son sus continuadores complementando lo que él inició quienes hacen prevalecer el sistema inglés en su forma parlamentaria.

Conclusión personal: 1) fue un ideólogo de la dignidad humana no un estadista que cree formas de gobierno. Pero su pensamiento llega desde su origen hasta nuestros días y seguirá viendo a continuación. 2) no debe olvidarse que fueron los revolucionarios de 1789 y las cartas dictadas en ese período las que adoptaron una separación de poderes que Montesquieu no proponía, sino no hubiese hablado de frenos y contrapesos, de un poder sobre el otro.

Las nuevas fórmulas del Estrato Social

De La Bigne ya se ha antedicho luego de un análisis particularísimo y profundo llega a la conclusión de que la teoría de la separación de poderes debe ser eliminada y sustituida por nuevas fórmulas del estrato social.

Aunque no compartimos su conclusión acerca de esta desaparición creemos que no podemos ignorar esta posición y la profundidad del análisis de sus conceptos por eso suscintamente pasaremos a detallar lo medular de sus ideas dejando que aquel que se interese en ellas y esté de acuerdo con su posición recurra para profundizarla a la lectura del "La fin du principe de la separation des pouvoirs", París 1934.

"Es necesario sustituir ese vocabulario detestable por otro respetuoso en los hechos y conforme a las exigencias de una persona coherente"... Las precisiones indispensables en la forma van a conducirnos naturalmente a modificar la teoría y hacerla exacta y aceptable".

Para ello estudia cuidadosamente sobre la base de las clasificaciones de Hauriou y de él personalmente dando distintas nociones, para lo cual nos remitimos al citado libro.

... En su lugar y estando más cerca de sus conceptos estudiaremos a continuación un defensor de Montesquieu. Se trata de Charles Eisenman. Refiriéndose a dos términos indisolublemente ligados el mismo nos dice: 1) "La separación de los poderes es la doctrina constitucional del Espíritu de las Leyes. El Espíritu de las Leyes es la teoría de la separación de los poderes". 2) La difusión de la idea de tres poderes o tres funciones netamente separadas una de las otras sin ningún contacto entre sí es errónea. Si se vuelve al capítulo VI Libro. 12, no se encontraría allí ni separación funcional ni material de las funciones estatales.

El poder legislativo (poder de dictar leyes) es confiado no a un solo parlamento sino conjuntamente al parlamento y al gobierno, formando éste el monarca y sus minis-

tros), "el monarca recibe un veto absoluto en los proyectos de ley adoptados por las dos cámaras que no serán pues leyes aceptadas por él. Si el poder ejecutivo es totalmente el único gobierno, éste no es soberano. Montesquieu reconoce al parlamento el derecho de controlar su actividad ejecutiva. En su estado libre el poder legislativo tiene el derecho, debe tener la facultad de examinar de manera que las leyes que el ha hecho sean ejecutadas".

La función jurisdiccional será ejercida en principio por los tribunales, pero Montesquieu no vacila en admitir que ciertos procedimientos y su puesta en acción pertenecen al parlamento. Vemos entonces, que de esta forma ninguna de las tres autoridades es a la vez atributaria de la integralidad de una función y especializada en esa sola función. De esto sacamos que según Montesquieu los organos estatales no están totalmente separados en su función. Por el contrario, él previene que los ministros deberán "rendir cuenta de su administración" "justificar su conducta" delante del parlamento. 3) En la Constitución que él deseaba, dice en esa Constitución: los poderes serán fundidos, el poder y el gobierno estarán ligados uno al otro. Se pregunta Eisenmann: "Montesquieu ha comprendido mal lo que él ha hecho y creyó haber unido los órganos cuando en realidad los separaba?... O entonces no se habrá dado cuenta, que si él quiso separarlos proclamaba también el fallo de sus esfuerzos y confesaba que su sistema era exactamente lo contrario de lo que él hubiera querido que fuera?..."

Si hubiese querido verdaderamente separar funcionalmente las diferentes autoridades estatales la Constitución que él proyectaba era un prodigioso monumento al absurdo. La idea central de Montesquieu "el poder detiene al poder" o sea que todo órgano político encuentra otro órgano que pueda oponerse a su voluntad. Pero si se confía a dos órganos funciones diferentes, es decir si son llamados a tomar solos decisiones jurídicamente diferentes no pueden detenerse mutuamente. Si no se mueven en el mismo plano, cómo podrían manifestar voluntades equivalentes en un sentido contrario?... No es necesario que dos o tres de cualquiera de las funciones, esté íntegramente en las mismas manos. No postula la especialización o separación funcional de las distintas autoridades sino, la no identidad del órgano de dos o tres de las funciones.

4) El principio por el cual las diferentes funciones estatales deben ser ejercidas por órganos diferentes o sea que debe haber tantos órganos como funciones, merece perfectamente el nombre de Principio de separación de funciones, pues no es necesario que los órganos de las diferentes funciones no tengan ningún elemento o miembro común, es suficiente que ellos no sean idénticos. Los poderes están separados y ellos no son confundidos desde que el ejercicio no es atribuido al mismo órgano. En ese sentido Montesquieu ha aplicado el principio de separación de poderes.

5) Este principio de separación de poderes así com-

prendido, es común a los tipos de organización constitucional muy diversos. Se les encuentra en las constituciones que dicen no separar las autoridades así como en las que dicen separar. Se presenta un principio previo y negativo: los órganos de las tres funciones no deberán ser idénticos, no determina cómo deberán estar compuestos. (Aclara Eisenman, que tanto Montesquieu como Rousseau aceptan las tendencias más diversas porque los dos son partidarios del gobierno legal). En consecuencia no dice cuál será la relación de parlamento y gobierno y este sería el punto esencial. Los dos poderes llamados a compartir las dos funciones políticas. Pues el poder judicial se reducía a una aplicación casi mecánica de la ley sin nada de juicio personal y de libertad. En consecuencia sin ningún rol político.

Continúa Eisenman, un principio (que el filósofo no ha formulado) pero que es necesario deducir de las soluciones en las cuales se detiene es la independencia jurídica recíproca de los dos órganos. Al investir del poder supremo del estado conjuntamente dos órganos (parlamento y gobierno) dando su acuerdo necesario y libre, supone que él vuelve al parlamento y al gobierno jurídicamente independiente uno del otro. Al igual a los dos poderes en la función legislativa otorgándole independencia Montesquieu tiene en cuenta el veto del ejecutivo, no la facultad de provocar la dimisión o la revocación de los ministros. Cree el que escribe que esto es lógico porque en esa época no se pensaba en un gobierno parlamentario. En una palabra ellos no podrán hacer nada uno con el otro ni uno sin el otro.

Dice Eisenman, "él quiso evitar las oposiciones insuperables que había paralizado la vida del estado. Como para el movimiento necesario de las cosas (los tres poderes) están obligados a ir en concierto".

Quien redacta este trabajo ve que esta frase tan discutida, tan criticada por técnicamente no clara, es llevada de tal manera en el análisis que antecede que es perfectamente comprendida.

Se ha hablado también en las conclusiones sobre todas las críticas que fue objeto de que era un moderado que buscaba asegurar un gobierno moderado. Este era un gobierno "donde la elaboración del orden social, la dirección de la colectividad, el gobierno de la sociedad no pertenecía más a un órgano simple cuerpo o individuo, sino a un órgano compuesto formado por diferentes factores sociales. Contraponiéndose unos a otros en una línea media aceptada por todos los ciudadanos igualmente respetuosa de sus intereses" (es necesario que el poder detenga al poder).

No se puede dudar entonces, dice Eisenman, que esto sea el principio de la independencia jurídica recíproca de parlamento y gobierno.

Entonces le que se puede llamar el principio de la separación de poderes responde simplemente al cuidado de asegurar la legalidad de la ejecución pues al atribuírsela a órganos distintos Montesquieu cuida de asegurar el reino de la ley.

A los ojos de los dos elementos constitucionales se ve ejecutar no solamente los que sería el este principio de Administrativo- es mucho más Rousseau "Cuan general entiendo cuerpos y a las a como individuo, palabra; toda función dualmente no puede (Cap. VI).

Quien escucha ya que el tema de Montesquieu escucha buscó en ellas un para el ciudadano

Conclusión necesario renunciar a nombre de separación tradicionales. Si poderes, es en sentido de las tres funciones. Estaría en el personal y material a órganos políticos.

Conclusiones

Admitiéndose que nacería (como cación del proceso olvidando que surgió el día de hoy su idea poder en una sola poder en exceso corrodano. Contestando 14) diremos:

1) No se quiere principio de persona acuerdo con Kelsen e el sentido de Montesquieu. Una función tanto lo que existiría Montesquieu. Una función Justino Jiménez de estado es uno, es la e para llegar a sus fines el ilustre maestro llan "puissance". b) Los centros de autoridad c

A los ojos de Montesquieu legalidad y moderación son los dos elementos de la libertad política. La bondad constitucional se ve en el gobierno, no sería bueno si las leyes a ejecutar no son buenas. En cuanto a la legalidad recordemos que sería en Rousseau que encontramos el germen de este principio jurídico (Pratt, pág. 326 Estudio de derecho Administrativo - tomo I). Dice: Pratt: "La posición de Rousseau es mucho más precisa que la de Montesquieu." Habla Rousseau "Cuando señalado que el objeto de ley es siempre general entiendo que la ley considera a los sujetos como cuerpos y a las acciones abstractamente, jamás a un hombre como individuo, ni a una acción particularmente... En una palabra; toda función que se relaciona con el objeto individualmente no pertenece a la potestad legislativa". (Libro II Cap. VI).

Quien escribe insiste sobre el concepto de legalidad ya que el tema no es sólo separación de poderes, sino que Montesquieu escribió el "Espíritu de las Leyes" por tanto buscó en ellas un mejor medio de vida y una protección para el ciudadano.

Conclusión de Eismann - Según lo expuesto es necesario renunciar a designar al sistema de Montesquieu con el nombre de separación de poderes según las concepciones tradicionales. Si en este sistema hay una separación de poderes, es en sentido que la expresión designa la atribución de las tres funciones estatales a tres órganos que no son idénticos. Estaría en el sentido de una separación funcional, personal y material de los órganos estatales y ante todos los órganos políticos.

Conclusiones Personales

Admitiéndose los defectos de la teoría de Montesquieu que nacería (como ya se ha visto) que no da ninguna explicación del proceso de unificación de los tres poderes, y no olvidando que surgió ésta en pleno absolutismo, llega hasta el día de hoy su idea central de evitar la concentración de poder en una sola persona o en un solo órgano pues el poder en exceso corrompe y no asegura la libertad del ciudadano. Contestando las cuatro críticas centrales (Pág. 13 y 14) diremos:

1) No se quiebra la unidad de poder étático, ni el principio de personalidad jurídica del estado. Estamos de acuerdo con Kelsen en su diferenciación, poder utilizado en el sentido de Montesquieu es en sentido de función. Por tanto lo que existiría es una imprecisión en los términos de Montesquieu. Una falta de afinación. Entre nosotros el ilustre Justino Jiménez de Aréchaga diferencia: a) el poder del estado es uno, es la energía estatal que el estado desarrolla para llegar a sus fines. Como "exquisitez" agreguemos que el ilustre maestro llama a este poder a la manera francesa "puissance". b) Los poderes de gobierno, en cuanto distintos centros de autoridad cuya actividad se conjuga para la rea-

lización del derecho son varios. En francés serían "pouvoirs".

La explicación histórica nos hace ver que en el grupo primitivo el poder político del mismo en cuanto fuerza de ordenación de conducta se ejercía por un solo hombre. Entonces en este estado social a la unidad de poder político corresponderá la unidad de los poderes de gobierno. Al correr del tiempo y perfeccionarse la civilización a la unidad de poder del estado como ordenador de la conducta del grupo corresponde una pluralidad de poderes de gobierno. Todo se reduciría entonces a un uso adecuado de vocabulario. Pero el concepto de que en las mismas manos no pueden existir los distintos poderes, es el mismo.

2) Aceptando como separación orgánica (como lo hacen algunos autores de los que vimos) se admitiría si estos órganos funcionan vinculados o relacionados. Si leemos la defensa de Eisman y su análisis, llegamos a esta conclusión: Debe haber tantos órganos como funciones siendo suficiente que ellos no sean idénticos aunque tengan algún elemento o miembro común.

Y a continuación analizando la relación entre el parlamento y el ejecutivo nos dice: "ellos no podrían hacer nada uno con el otro ni uno sin el otro". Queriendo evitar las oposiciones insuperables que habrían paralizado la vida del estado nos dijo: "como para el movimiento necesario de las cosas están obligados a ir en concierto". Por tanto admite la vinculación de los órganos y su relación. Que luego se discuta si "concierto" y "colaboración" es la misma cosa es distinto de nuevo, es el juego de las palabras, pero el concepto es el mismo.

3) En cuanto a la separación funcional el remedio sería que una fuera preferente es decir el órgano ejercería esa función con preferencia a las otras pero a su vez no dejaría de ejercer otra función por ejemplo, el legislativo ejerce la función legislativa (crea normas generales y abstractas) pero también ejerce funciones administrativas cuando designa funcionarios. Y a su vez el órgano ejecutivo ejerce preferentemente esta función pero también ejercería función legislativa en caso de veto o iniciativa de una ley.

A) Esta explicación es para aquellos autores para quienes poder sería sinónimo de función.

B) Pero existe otra posición que diferencia netamente función de poder y por lo tanto el mecanismo de funcionamiento del estado (no de estancamiento) estaría explicado de otra manera.

Y vuelve a surgir el ilustre Jiménez de Aréchaga que nos dice: "la distinción de las funciones del estado legislativa, ejecutiva y jurisdiccional resulta de un análisis técnico de la actividad estatal, considerada del punto de vista jurídico. ...En cambio la separación entre los poderes del gobierno no resulta de un examen teórico, de un análisis jurídico del proceso de realización del derecho. La separación de estos se produce históricamente como consecuencia de un conjunto de factores técnicos tradicionales y políticos, que

llevan a la ruptura de la unidad de la autoridad.

"Dicho de otro modo la distinción de las funciones jurídicas del estado es un problema de laboratorio, la separación de los poderes es un problema político.

4) En la relación dinámica que se enlaza entre ellos, éstos no permanecen en un plano de igualdad, sino que el esquema de la separación se rompe por la primacía de uno sobre el otro. Quien escribe cree que esto se remediaría por los controles y un poder sobre otro que a continuación explicará.

... Para Casinelli el Poder del Estado (poder con mayúscula) señala un conjunto de órganos. Habría correspondencia entre los tres poderes y las tres funciones. Así hablamos de Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial. Pero tengamos en cuenta que en el sistema uruguayo hay órganos del gobierno que no son calificados como poderes, por ejemplo: el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o el Tribunal de Cuentas. Por tanto esta agrupación de distintos órganos del estado en poderes de gobierno es un medio técnico de organización de personas jurídicas para obtener un resultado político: prevenir el abuso de los gobernantes.

Creemos importante distinguir entre el poder del estado y los poderes de gobierno de que habla Casinelli. Poder del estado es uno de los elementos del estado y sobre él existen tantas definiciones como doctrinas sobre sus elementos esenciales. Nosotros diremos para una comprensión nítida del tema que poder del estado consiste en el derecho de mandar y ordenar. Luego que ese derecho de mandar o de dominio nazca, como dice Kelsen de la norma jurídica y de la naturaleza coactiva de ésta, o que nazca de una noción histórica-sociológica de como se fue construyendo la sociedad humana hasta formar el estado creo que es un extenso tema que correspondería a un trabajo aparte.

En cuanto a los poderes de gobierno, existen también autores y diversas explicaciones. Para algunos ese poder de gobierno es sinónimo de función, para otros ese poder se refiere a los órganos. Nosotros diremos que poder de gobierno es el sistema de autoridades a través de las cuales se expresa la voluntad estatal realizando el derecho.

Pero en definitiva la cuestión reside en un problema de empleo de términos pero no de concepción final de un estado democrático. En este tipo de estado, necesariamente el poder no está concentrado en una sola mano, sino que formado por tres compartimientos que se relacionan y controlan entre sí.

Autores como Kelsen y Eismann vemos que sostienen esta teoría y mismo los detractores de Montesquieu discuten acerca del término pero con distintas palabras terminan por aceptar que el poder o las tareas del estado o los servicios o las funciones no pueden concentrarse en una sola mano, sino organizarse en estancos diferentes.

Y en nuestro medio tanto Jiménez de Aréchaga como Casinelli aceptan esta división de poderes y las relaciones

entre ellos. Creo que esto es lo importante, luego las definiciones pueden ser varias. Lo que no se debe olvidar es que el poder para funcionar, para ordenar, debe estar dotado de soberanía. Pero qué es la soberanía?... Para Carré de Malberg era "una superioridad de fuerza que no reconocía ninguna otra más elevada en su dominio". Pero nosotros preferimos las de Bluntschl para quien es "la unidad completa de todos los poderes del estado". Y dónde reside la soberanía?... También existen una vastedad de teorías al respecto que tampoco creo que sea tema para analizar en este trabajo, sin que corresponde a otro más amplio.

Pero lo que importa es que para un estado democrático la soberanía reside en la nación que la hace efectiva a través del cuerpo electoral. (Posición de nuestra Constitución).

El cuerpo electoral a través del voto dota al estado del poder para gobernar. este mismo cuerpo crea la Constitución y ésta dispone las facultades y competencias de cada poder gubernamental.

... Continuando con el pensamiento de Casinelli éste nos dice: "lo importante es tener claro que dentro de una misma persona jurídica estatal existen varios centros de autoridad que tienen entre sí relaciones y cuyos órganos se vinculan de determinada manera". Antes de examinar estos tipos de relaciones vemos que también para este jurista existe la división de poderes que no la niega. Pero que a diferencia de Montesquieu da una dinámica de funcionamiento. Estudió el modo de relacionarse estos diversos órganos para que el estado funcione con equilibrio.

Cree quien escribe que las relaciones entre los poderes pueden ser de dos tipos: De Coordinación y de control. Coordinación sería por ejemplo la iniciativa de ley del ejecutivo con referencia al parlamento. Control sería la declaración de inconstitucionalidad de las leyes realizada por la Suprema Corte. Es decir que coordinar es trabajar en conjunto para lograr un determinado fin. En cambio el control es (al decir de Montesquieu) que un determinado poder frene al otro de tal manera que su voluntad no se torne despótica. Este contralor está determinado por ciertas reglas: I) Debe haber una correspondencia entre los poderes de gobierno y el ejercicio de una de las funciones del estado, aunque esa función no sea única y exclusiva de ese órgano. Pero es la principal. Esas funciones las distribuye de acuerdo a la competencia de cada órgano la Constitución. II) Cuando las decisiones correspondientes a un poder son adoptadas en el ámbito de su competencia (atribuidas por la Constitución) ellas no pueden ser revocadas ni revisadas por otra autoridad dentro del estado. Por ejemplo los actos del Poder Legislativo no pueden ser revisados ni anulados por los otros dos poderes. El veto absoluto del Ejecutivo respecto a una Ley, llevaría al Ejecutivo al despotismo. El relativo es distinto porque no deja sin efecto la Ley, sino que la observación puede ser levantada. en este caso el

veto formaría parte del proceso de formación de la Ley, sería un ejemplo de que la función principal es del Legislativo pero no por ello dejaría de tener injerencia en la función otro órgano pero porque así lo indica la Constitución y aquí entra el control para evitar en un sentido político que un poder prime de tal manera que sus decisiones se conviertan en dictadura. Tenemos en nuestro país el sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. La Corte puede por determinadas vías fijadas por la Constitución declarar dicha inconstitucionalidad. Pero para ser solo control y no lesionar el principio de separación de poderes, hay tres límites:

- 1) La declaración para el caso concreto no es general para todos los casos similares.
- 2) No obliga a los Jueces en lo sucesivo a fallar como precedente obligatorio para los de inferior categoría.
- 3) El número de miembros de la Corte está fijado en la Constitución. En Estados Unidos igual que en Uruguay la declaración sólo se da para casos concretos pero los fallos son obligatorios para los Jueces de inferior categoría. Es decir en los hechos esta declaración está actuando como una derogación. Y en cuanto al número de miembros podría prestarse a maniobras políticas. Que al no establecerse el número de éstos, el partido o el poder interesado en mantener una ley nombrara Jueces de su tradición partidaria para que así en la práctica la jurisprudencia de la Corte siga determinada corriente política.

Control ejercido por Organos ajenos a los Poderes.

Esto sucede en la práctica tanto en nuestro país como en el extranjero. También tiene un fundamento político, para conservar el equilibrio de la separación. En el Uruguay tenemos por ejemplo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que tiene potestad para anular los actos de la Administración que sean ilegales es decir que no exista la tentación de aplicar criterios políticos, (Art. 309 de la Constitución. En Italia existe la Corte Constitucional y en Alemania Occidental -ya no existe más esa división geográfica- el Tribunal constitucional Federal), son órganos encargados solamente de anular las leyes inconstitucionales.

II) "Los actos expedidos por un Poder de Gobierno no pueden ser modificados o dejados de aplicar por órganos ajenos al poder que lo expidió salvo por razones de ilegitimidad". Es decir tiene que ser en razón de haber infringido una regla de derecho y no por razones de inconveniencia u oportunidad; en estos últimos dos casos entrarían criterios políticos ajenos a las reglas dictadas en la Constitución.

III) Los actos no afectados de ilegalidad sino por razones de conveniencia u oportunidad (razones políticas) no cae el acto el cual se mantiene. Cae el funcionario o los funcionarios que lo dictaron. Ejemplos: a) La Censura Parlamentaria, cae el Ministro pero el acto se mantiene. b) El Juicio Político (Art. 93), cae el funcionario pero no afecta las decisiones tomadas.

Sistema Parlamentario y la Democracia

De los tres poderes clásicos de gobierno dos de ellos se los conoce como Poderes Políticos: son el Ejecutivo y el Legislativo. Entre estos poderes debe existir coordinación, colaboración para que un Estado pueda proseguir su marcha pues son los poderes que tienen a su cargo hacer la ley y hacerla ejecutar. Como ya es sabido, existen tres sistemas típicos de gobierno: el presidencialista, el parlamentario y el convencional.

Del sistema presidencial sólo diremos que su coordinación entre sus dos poderes políticos, no se hace por vía constitucional ya que el Presidente de la República no ve censurada nunca su conducta por el parlamento. Por tanto los partidos políticos son de suma importancia ya que es a través de ellos, o sea políticamente, que se logra una coordinación.

En cambio en el parlamentario el Jefe de Estado: 1) puede nombrar sus Ministros y hacerlos cesar en el cargo; 2) el Presidente tiene participación en el Consejo de Ministros con voz y voto. Pero los ministros no pueden gobernar sin el apoyo del parlamento pues pueden ser censurados por este cuerpo y caer su investidura.

Para completar el cuadro democrático el Jefe de Estado puede llamar a nuevas elecciones parlamentarias.

Esto se explica así: Habría dos tendencias políticas diferentes: 1) La del Ministro o los Ministros con determinada posición que no coincide con la del Parlamento. 2) La tendencia del Legislativo que al no coincidir con el Ejecutivo, este cuerpo hace caer por censura al Ministro o los Ministros.

Modo de coordinar las políticas. Si el Jefe de Estado lo decide lo nivela el cuerpo electoral, al elegir un nuevo Parlamento que puede seguir la tendencia política del anterior o tomar una nueva posición.

Conclusión: Vemos entonces que este sistema es el plenamente democrático pues es el que en definitiva el pueblo dirime la contienda.

Esta conclusión de la exponente está ligada a la de Kelsen en una parte de su exposición pero difiere en otra.

Para Kelsen todo poder debe centrarse en el pueblo y allí donde es posible la democracia directa, no la indirecta. Todo poder debe ser ejercido por un órgano colegiado, cuyos miembros han sido electos por el pueblo y jurídicamente responsable ante éste. Por ello los otros órganos que sólo ejecutan normas deben ser responsables ante el Legislativo, aún cuando esos otros órganos los elija el pueblo).

"La Democracia requiere que el régimen legislativo tenga control sobre el administrativo y el judicial".

"La Democracia está en la forma que regula la creación del orden jurídico". Este orden se crea por todos (Democracia), por algunos (Aristocracia) o por uno (Monarquía).

La idea de Libertad originaria es puramente negativa dice Kelsen. Es la no sujeción a norma alguna, es el estado

natural. Pero tal libertad original es anarquía por tanto el nombre debe vivir en sociedad y para ello la libertad original, se convierte en libertad política. El problema que se creó entonces es cómo pueden los hombres vivir en sociedad y permanecer libres? Rousseau lo resuelve por el contrato social y la soberanía residiendo entera en la colectividad.

Kelsen dice "esta armonía entre la voluntad colectiva y la individual sólo queda garantida cuando el orden social lo crean los individuos cuando participan en la creación del mismo" y aquí viene la conclusión de Kelsen que no compartimos:

El principio de la separación de poderes no es esencialmente democrático. La separación de la función legislativa de las otras, o el control del legislativo sobre los otros poderes, sólo se explica por razones históricas pero no se justifica por razones democráticas específicamente. Pensamos que es al revés. La separación de poderes y sus controles y coordinaciones, es lo que resguarda la democracia.

Una democracia directa, capaz de ejercer directamente todas las funciones, es un ideal utópico. Forzosamente en el reino de la tierra, tienen que dividirse las funciones y existir órganos que representen al pueblo, pero que ejerzan por mandato esa función.

Por tanto deben controlarse y coordinarse una con otra para que no exista una de esas funciones sobre las otras tornándose despótica y dominando a las demás. El Poder Legislativo (que es el más representativo y el que prima) y en eso estamos de acuerdo, debe también tener limitaciones y controles. Y así vemos que el sistema de disolver las cámaras es un control. Y el llamado a nuevas elecciones hace que este control sea directamente ejercido por el cuerpo electoral.

Mientras que el juicio político por ejemplo al que puede ser sometido un legislador o la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, son controles hacia el poder exagerado del legislativo establecido por la Constitución pero ejercido por órganos representativos.

El ilustre maestro de Viena llevando sus ideas al extremo más puro ignora la realidad. Y para vivir en ella, es necesario controles sobre todas las conductas humanas y un ejercicio representativo de la soberanía, pues el directo, es imposible.

Finalmente citaremos la posición de De La Bigne, para quien la creación y existencia del régimen parlamentario, es la demostración clara de que no hay principio de separación de poderes. Dice De La Bigne: "Después de un largo tiempo se produce la reacción contra la separación de poderes y una modificación radical en el sistema pregonizado por Montesquieu. Claramente se ve que la institución del gabinete, tiene como fin corresponder a la necesidad comprobada de establecer una unión permanente en el Poder Legislativo y el Ejecutivo, donde la separación total es netamente intolerable e imposible.

Nosotros diremos que el Poder Legislativo y el Ejecutivo siguen cumpliendo cada cual sus funciones atribuidas por la Constitución.

Lo que existe es un control de uno sobre el otro y finalmente quien dirime la contienda es el cuerpo electoral. Pero las funciones del Legislativo y del Ejecutivo o se confunden o se plasman. Cada una de ellas, sigue teniendo sus propias funciones. Sólo en el caso que esta distribución de competencias desapareciera y que ambos poderes políticos ejercieran las mismas potestades habría desaparecido la separación de poderes. Cosa que no sucede en absoluto. Al contrario la coordinación del sistema es un perfeccionamiento del mismo.

Primacía del Ejecutivo

En el transcurso de este siglo se ha dado un nuevo fenómeno. De la primacía que tuvo el parlamento en el siglo pasado, el Poder Ejecutivo ha estado llevando una ventaja inesperada. El devenir de la historia presenta realidades sorprendentes. Y así es que debido al avance tecnológico al fenómeno de las dos guerras mundiales hubo que tomarse medidas de urgencia, en las cuales la deliberación legislativa, no era lo suficientemente ágil para resolver las circunstancias apremiantes que presentaban el momento histórico. Así surge un nuevo instituto jurídico: la delegación de competencias del Poder Legislativo hacia el Poder Ejecutivo.

Ataca este fenómeno la clásica división de poderes?... Al igual que algunos autores decían que el régimen parlamentario era el fin de la separación de poderes este nuevo instituto representa igual peligro?... Nosotros creemos que no. Las constituciones mantienen las competencias de cada poder. Y si el Poder Ejecutivo acapara más funciones, no es por primacía directa de este poder, porque se le hayan atribuido más facultades que al Legislativo.

Las competencias otorgadas no son atribuidas directamente por la Constitución sino que siguen siendo materias privativas del Poder Legislativo que este traspa (delega) al Ejecutivo.

Se necesita que la Constitución habilite la delegación y que ésta se haga por ley. Por tanto las materias delegadas siguen perteneciendo a la competencia del legislativo, quien cuando lo desee puede recuperarlas. Sería distinto en caso que la propia Constitución habilitara directamente al Ejecutivo porque en ese caso sí aumentaría el poder de ese órgano en relación al poder de los demás. Esto es en el caso de constituciones rígidas.

Eismenn opina que la delegación legislativa resulta admisible en un solo caso, el de las constituciones flexibles. Y lo hace apoyado en el concepto de soberanía ya estudiado en este trabajo. Porque si la soberanía reside en la Nación y es la Constitución la que distribuye esta soberanía entre los distintos órganos, sólo aquella puede autorizar la

delegación. de se sigue que requiere lamentario, Poder Legislativo necesidad de Inglaterra pues el parla

Sin en político. Del lamento pero quien dictam

Y de es ción no qued pervisada por cia. Al margen poderes en cu legada, puede trata de una d

Un caso habilita la delegación Estados Unidos

En este

delegación. Pero en el caso de constituciones flexibles donde se sigue el mismo procedimiento para elaborarla que el que requiere una ley ordinaria, es decir procedimiento parlamentario, no existe un poder constituyente distinto al Poder Legislativo. Por tanto se puede delegar competencias sin necesidad de una autorización especial. El caso clásico es el de Inglaterra donde se habla de "Soberanía Parlamentaria" pues el parlamento parece acaparar todas las atribuciones.

Sin embargo se da un fenómeno de carácter socio-político. Del punto de vista jurídico la soberanía es del parlamento pero en la práctica la opinión pública, el pueblo es quien dictamina.

Y de esta forma nos encontramos con que la delegación no queda completamente incontrolada pues está supervisada por comisiones técnicas y por tribunales de justicia. Al margen de que el parlamento puede recuperar sus poderes en cualquier momento. Es decir que la materia delegada, puede ser vuelta a asumir por el legislativo y no se trata de una delegación irreversible.

Un caso especial de Constitución rígida donde no se habilita la delegación pero en la práctica se realiza es el de Estados Unidos.

En este país la admiten los jueces basándose en el

principio de la razonabilidad. En cada caso particular, los jueces determinan si ha existido o no extra-limitación constitucional del parlamento al delegar. Parecería que aquí funcionara el control de inconstitucionalidad de las leyes que pertenece al Poder Judicial.

En la legislación comparada existirían tres países, que autorizan constitucionalmente la delegación de competencias al ejecutivo, y que la reglamentan en forma expresa: Italia, Francia y Alemania.

Conclusión

El ejecutivo ve ampliada su esfera de actividad pero esa "facultad" si no es otorgada expresamente por la Constitución es controlada por órganos judiciales.

La materia delegada puede volver al órgano que la delega (el Parlamento) por tanto no hay confusión de funciones. Es decir que sigue existiendo la clásica división de poderes.

La delegación es sólo un instituto jurídico creado ante las necesidades imperiosas de la vida moderna, que agiliza así la actividad del Estado, pero que en manera alguna altera el principio de separación de poderes.

BIBLIOGRAFIA

- CASSINELLI, H. "Derecho Público I" p. 151 y ss.
 CARRE DE MALBERG. "Teoría general del Estado".
 KELSEN, H. "Teoría general del Estado" p. 33 a 340 y 387 a 393.
 SCHMITT, K. "Teoría de la Constitución" p. 212 a 231.
 EISEMAANN, R. "Le sprit de lois et la separation des pouvoirs", en Melanges CARRE DE MALBERG (1933).
 DE LA BIGNE DE VILLENEUVE. "La fin du principe de la separation des pouvoirs", París 1934.
 PRAT, J. "Montesquieu, el principio de separación de poderes, su proyección y vigencia" en "Estudios de Derecho Administrativo", t. I p. 313 y ss.
 BRUNO, J.L. "La delegación de competencias del P.L. al P.E." en Estudios sobre Derecho Constitucional 1er. Curso p. 65 a 109.
 JIMENEZ DE ARECHAGA, J. "Teoría de Gobierno" T. 2 p. 287 a 300.