

## ¿SEPARACIÓN DE LOS PODERES O DIVISIÓN DEL PODER?

I. Un sólo nombre para dos doctrinas . . . . .	59
II. Poder . . . . .	59
III. Las funciones del Estado . . . . .	60
IV. Observaciones al margen . . . . .	60
V. “Entreacto” sobre el poder constituyente, Constitución y revisión constitucional . . . . .	62
VI. Separación de los poderes . . . . .	64
VII. División del poder . . . . .	66
VIII. Implicaciones divergentes . . . . .	67
IX. La disposición de la función legislativa en los dos modelos . . . . .	69
X. La disposición de la función ejecutiva en los dos modelos . . . . .	70
XI. Implicaciones convergentes . . . . .	71
XII. Comentario a la disposición de los poderes y de las funciones en la Constitución italiana vigente .	72

# ¿SEPARACIÓN DE LOS PODERES O DIVISIÓN DEL PODER?\*

## I. UN SÓLO NOMBRE PARA DOS DOCTRINAS

En la historia de las doctrinas constitucionales, la expresión “separación (o división) de los poderes” denota no ya una, sino dos técnicas diferentes de organización del poder político, que se supone que funcionan con el objeto de evitar el despotismo y garantizar (tutelar, proteger) la libertad de los ciudadanos (y del mismo modo son valoradas).

Para evitar confusiones, de ahora en adelante, usaré la expresión “separación *de los* poderes” (en sentido estricto) para referirme a la primera técnica constitucional, mientras que usaré la expresión “división *del* poder” para referirme a la segunda.

## II. PODER

En el contexto de la expresión “separación de los poderes”, el vocablo “poder” condensa en sí dos significados, que conviene sin embargo distinguir.

1. En un primer sentido, “poder” se refiere a las funciones del Estado. “Función” a su vez denota una actividad, es decir, una clase de actos.

2. En un segundo sentido, “poder” se refiere a los órganos del Estado que ejercen las diversas funciones.

Esta precisión es necesaria no sólo por amor a la claridad conceptual, sino también por el hecho de que, entendida en sentido es-

\* Traducción de María Bono López. Revisión técnica de Manuel Ferrer Muñoz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

tricto, la separación de los poderes consiste, por así decirlo, en una doble separación (a la cual corresponden dos distintas series de reglas): la separación de las funciones y la separación de los órganos. Como veremos en un momento, una primera serie de reglas se dirige precisamente a “separar” las funciones estatales; una segunda, a “separar” a los órganos que las ejercitan. Adviértase además que, como podremos ver, el vocablo “separar” tiene dos diversos significados según se hable de órganos o de funciones.

### III. LAS FUNCIONES DEL ESTADO

La doctrina de la separación de los poderes está históricamente conectada a una específica clasificación de las funciones estatales, que —por cuanto discutible y a menudo discutida que sea— es todavía hoy, desde mi punto de vista, un poderoso instrumento analítico. Según la doctrina clásica, el Estado cumple con tres —y sólo tres— funciones (esto es como decir que los actos del Estado pueden ser reagrupados en tres clases).

1. La función legislativa es aquélla que consiste en la producción de normas generales (es decir, impersonales) y abstractas (es decir, referidas al futuro).

2. La función jurisdiccional es aquélla que consiste en verificar en concreto la violación de tales normas (prácticamente, en resolver controversias que tienen como objeto la violación de normas).

3. La función ejecutiva tiene un carácter residual, en el sentido de que incluye todo acto individual y concreto (puede tratarse de un acto administrativo o de un acto de ejecución material) que no pertenezca a una u otra de las funciones anteriores. Escapan del dominio de la función ejecutiva sólo la producción de normas (generales y abstractas) y la resolución de controversias.

### IV. OBSERVACIONES AL MARGEN

Esta clasificación de las funciones estatales requiere algún comentario.

1. En primer lugar, es preciso notar que esta clasificación de las funciones estatales ha sido elaborada en régimen de Consti-

tución flexible (o, mejor dicho, en una época en la que la noción de Constitución rígida ni siquiera estaba concebida).

En régimen de Constitución rígida, la función legislativa y, en cualquier ordenamiento, también la función jurisdiccional no tienen carácter unitario. En el sentido de que en el seno de la función legislativa es preciso distinguir la producción normativa (legislación) “ordinaria” y aquélla “constitucional” (o de revisión constitucional). Y, en algunos ordenamientos, en el seno de la misma función jurisdiccional es preciso distinguir una jurisdicción “ordinaria” de una jurisdicción “constitucional”.

2. En segundo lugar, es importante notar que las tres funciones del Estado, así definido, no se encuentran en el mismo plano. Al contrario, están necesariamente jerarquizadas.

La función jurisdiccional y la función ejecutiva presuponen lógica y cronológicamente normas que aplicar: así, presuponen la función legislativa (son “secundarias” respecto de ésta), y, por tanto, están jurídicamente subordinadas a ésta.

3. Viene también al caso notar que la noción de función ejecutiva, definida del modo en que se ha establecido (esto es, sólo en sentido negativo), se extiende a actividades múltiples y heterogéneas, históricamente variables con relación a la expansión de los campos de intervención del Estado: el uso de la fuerza pública, la recaudación de impuestos, la repartición de los recursos públicos, las relaciones internacionales, el ejercicio de la acción penal, entre otros.

Lo que esas diversas actividades tienen en común es sólo esto: que todas presuponen normas. En el sentido de que todas son actividades o mandadas o autorizadas —pero de todos modos previstas— por normas preconstituidas. Algunas de estas son simplemente ejecutivas (en sentido estricto) de normas preconstituidas, y, por tanto, son actividades debidas y no discrecionales; otras no son puramente ejecutivas, constituyen, por el contrario, ejercicio de poderes discrecionales, pero tales poderes son de todos modos conferidos por normas preconstituidas.

4. Generalmente hablando, en los ordenamientos contemporáneos las tres funciones están distribuidas de la siguiente manera: la función legislativa es ejercitada de forma centralizada

por una asamblea (denominada de manera general “cámara”) o colectivamente por dos distintas asambleas (a las que se les denomina en su conjunto “Parlamento”); la función jurisdiccional es ejercida de forma difusa por órganos (ya monocráticos, ya colegiados) denominados genéricamente “jueces”, “cortes” o “tribunales”; la función ejecutiva es ejercida por un conjunto de órganos, comúnmente denominados “administración pública”, en cuyo vértice se encuentra un órgano colegiado llamado “gobierno”.

Cada ordenamiento estatal, sin embargo, está dotado de un órgano superior (generalmente monocrático) denominado “jefe del Estado”. No obstante, la situación del jefe del Estado respecto al resto de los poderes es variable. Hay ordenamientos (algunos ordenamientos monárquicos; todos aquellos de “gobierno presidencial”), en los cuales el jefe del Estado posee al mismo tiempo la calidad de jefe del Ejecutivo. Pero hay también ordenamientos (aquellos de “gobierno parlamentario”), en los que, por el contrario, el jefe del Estado asume el papel de un “poder neutro”, distinto al resto de los poderes, con funciones de garante (o como también se dice, “custodio”) de la Constitución. Y hay, finalmente, otros ordenamientos (algunos ordenamientos monárquicos; aquéllos de gobierno “semipresidencial”) en los que la posición del jefe del Estado no es igualmente unívoca, y se presta a ser configurada de uno u otro modo.

## V. “ENTREACTO” SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN Y REVISIÓN CONSTITUCIONAL

La clasificación de las funciones estatales, que se ha señalado en los párrafos anteriores, se refiere evidentemente a los “poderes constituidos” y sólo a esos, es decir, a los poderes conferidos y disciplinados por las normas jurídicas positivas, formal o materialmente constitucionales. Necesariamente, pues, escapa de esta clasificación el llamado poder “constituyente”.

Del poder constituyente se encuentran, en la cultura jurídica contemporánea, dos distintas concepciones que podemos denominar, respectivamente, “formalista” y “sustantiva”.

1. Según la concepción formalista, poder constituyente es aquél que —no siendo “constituido” (es decir, previsto y disciplinado por normas preexistentes)— necesariamente se ejerce *extra ordinem*, o sea, en formas ilegales o, en cualquier caso, no legales.

2. Según la concepción sustantiva, por el contrario, constituyente es el poder que —cualquiera que sean sus modos de ejercicio— expresa la “decisión política fundamental”: aquel poder, en fin, que elige los principios supremos y/o caracterizantes del ordenamiento.

Estas dos concepciones del poder constituyente sostienen dos distintas concepciones de la Constitución.

- A. La concepción formalista del poder constituyente tácitamente supone que la Constitución es, en lo superficial, nada más que un conjunto de normas (como tal es definible extensivamente, es decir, por simple enumeración de las normas que lo componen).
- B. La concepción sustantiva del poder constituyente, a su vez, tácitamente supone que la Constitución es, en cambio, una totalidad coherente de principios y/o valores.

De esto se siguen dos modos opuestos de concebir la revisión constitucional y sus límites.

- a) Desde un punto de vista sustantivo, el poder de revisión constitucional no puede avanzar hasta tocar los principios constitucionales supremos (puede sólo retocar marginalmente las restantes normas del texto constitucional): si hiciera así, necesariamente se transformaría en poder constituyente. Alterar los principios supremos, en efecto, constituye no ya una mera revisión de la Constitución existente, sino una verdadera instauración de un nuevo ordenamiento constitucional.

Una consecuencia relevante de este modo de ver es que no existen modos legales de cambiar la Constitución (entendida, precisamente, como el conjunto de los principios supremos): la Constitución sólo puede ser cambiada de forma ilegal, revolucionaria.

- b) Desde un punto de vista formal, por el contrario, el poder de revisión constitucional se distingue del constituyente sólo por el hecho de ejercerse en los modos previstos y regidos por la Constitución. Por lo tanto, la modificación constitucional, cuando se realice en las formas previstas por la misma Constitución, queda como mera revisión —no se transforma en instauración de un nuevo ordenamiento constitucional— cualquiera que sea su objeto, aunque, en el fondo, la revisión puede incidir sobre los principios supremos.

Consecuencia relevante de este modo de ver es que la Constitución puede ser modificada también profundamente en formas legales, sin que se ocasionen revoluciones o guerras civiles.

## VI. SEPARACIÓN DE LOS PODERES

En estricto sentido, el modelo de la separación de los poderes resulta de la combinación de dos principios: el primero atiende a la distribución de las funciones estatales; el segundo, a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas. Los principios en cuestión son: 1) el principio de especialización de las funciones, y 2) el principio de independencia recíproca de los órganos.

En otras palabras, “separar” significa especialización cuando está referido a las funciones; significa otorgar recíproca independencia cuando se refiere a los órganos.

Cualquiera de los dos principios actúa a través de una serie de reglas específicas.

1. *Especialización de las funciones.* Una función puede decirse “especializada” cuando es ejercida por un cierto órgano (o conjunto de órganos) de modo exclusivo y enteramente.

En particular, una función es especializada —es decir, constituye atribución exclusiva de un órgano dado— si, y sólo si, existen reglas que prohíben a cada órgano del Estado: 1) ejercer aquella función; 2) interferir en el ejercicio de esa función por parte del órgano al que está atribuida (obstaculizando o impidiendo el ejercicio), y 3) privar de eficacia los actos de ejercicio de esa función.

Algún ejemplo ayudará a aclarar el punto:

Diremos que la función legislativa es especializada a condición de que: *a*) esté prohibido a los jueces y al Ejecutivo producir normas (generales y abstractas); *b*) esté prohibido a los jueces anular (o negar la aplicación de) actos legislativos (incluso si son inconstitucionales), y *c*) esté prohibido al Ejecutivo oponer el veto a la promulgación de actos legislativos.

Diremos que la función jurisdiccional es especializada a condición de que esté prohibido al Legislativo y al Ejecutivo resolver controversias y, además, que esté prohibido al Legislativo y al Ejecutivo privar a una decisión jurisdiccional de la autoridad de cosa juzgada.

Diremos que la función ejecutiva es especializada con la condición de que esté prohibido al Legislativo cumplir actos de ejecución material y/o adoptar medidas individuales o concretas, como también privar retroactivamente de eficacia actos del Ejecutivo, y que esté prohibido al Judicial anular actos del Ejecutivo.

2. *Independencia de los órganos.* Dos órganos pueden decirse recíprocamente “independientes” cuando cada uno de estos está libre de cualquier interferencia por parte del otro en cuanto a su formación, a su funcionamiento y a su duración.

Particularmente, un órgano A es independiente de otro órgano B, si, y sólo si, el titular de A no es nombrado por B, y, además, el titular de A no puede ser revocado por B. Por ejemplo:

Diremos que el Ejecutivo es independiente del Legislativo con la condición de que: *a*) el Ejecutivo no sea nombrado (elegi-



do) por el órgano Legislativo, y *b*) no pueda ser revocado (por pérdida de confianza) por el órgano Legislativo.

Diremos que la asamblea legislativa es independiente del Ejecutivo con la condición de que: *a*) sus miembros no sean nombrados por el Ejecutivo, y *b*) no pueda ser disuelta por el Ejecutivo.

Diremos que el Judicial es independiente de los otros dos órganos con la condición de que los jueces: *a*) no sean nombrados por el Ejecutivo ni por la asamblea legislativa, y *b*) no puedan ser revocados o removidos o por el Ejecutivo o por la asamblea legislativa.

## VII. DIVISIÓN DEL PODER

Eso que llamo “división del poder” es aquella técnica de organización constitucional que es conocida comúnmente con el nombre de *checks and balances*: frenos (o controles) y contrapesos. Este modelo de organización constitucional excluye tanto la especialización de la función ejecutiva, como la especialización plena y total de la función legislativa, como la independencia recíproca del Ejecutivo y del Legislativo.

El modelo de la división del poder se rige por la simple idea (de Montesquieu) según la cual “sólo el poder frena al poder”. En otras palabras, para evitar que los diversos órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos es necesario —no ya que los “poderes” estén perfectamente “separados” (en el sentido que hemos visto), sino, por el contrario— que a cada “poder” se contraponga otro, capaz de condicionarlo y de frenarlo.

Hay que precisar que, en este contexto, el poder político incluye al Poder Legislativo y al Ejecutivo, pero no contempla al Poder Judicial, que es concebido como un poder de algún modo “nulo”, porque consiste sólo en verificar la violación de las leyes.

En este orden de ideas:

1. En primer lugar, el poder político debe estar dividido entre varios órganos, de tal modo que ningún órgano pueda ejercer el poder político en su propio interés.

2. Además, cualquier función estatal debe ser —no ya especializada, sino— distribuida entre una pluralidad de órganos, de tal modo que la acción de cada uno de los órganos pueda ser, si es el caso, impedida por la acción de otro.

3. Por tanto, los diversos órganos del Estado —lejos de ser recíprocamente independientes— deben, por el contrario, disponer de poderes de control y de influencia recíprocos.

## VIII. IMPLICACIONES DIVERGENTES

Para aclarar la diversidad entre los dos modelos, puede ser útil ilustrar, de cada uno, algunas implicaciones notables y del todo divergentes.

1. En el modelo de la separación de los poderes, el Ejecutivo no es políticamente responsable ante el Legislativo. En fin, la separación de los poderes es incompatible con el gobierno parlamentario (y es, por el contrario, compatible con el gobierno presidencial, en el que el gobierno no está sujeto a la confianza y al rechazo del Parlamento).

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, el Ejecutivo es políticamente responsable ante el Legislativo. En otras palabras, la existencia y la sobrevivencia del gobierno dependen de la confianza del Parlamento.

2. En el modelo de la separación de los poderes, el Parlamento no puede estar desvinculado del Ejecutivo.

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, el Ejecutivo (el jefe del Estado y/o el jefe de gobierno) puede disolver a un Parlamento que le sea desfavorable y convocar nuevas elecciones con la esperanza de que obtendrá una mayoría parlamentaria diversa.

3. En ambos modelos, el Ejecutivo no tiene poderes normativos (no puede emanar actos normativos; cuando menos, actos normativos dotados de fuerza de ley).

Sin embargo, en el modelo de la separación de los poderes, el Ejecutivo no puede oponer el “veto” a las leyes (cuando menos, un veto absoluto): el jefe del Estado está obligado a promulgarlas.

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, el Ejecutivo (en general, el jefe del Estado) —aunque no puede hacer leyes (lo que originaría confusión de los poderes)— puede, sin embargo, impedir la entrada en vigor de una ley al oponer su veto. Por otra parte, dentro de este modelo, es oportuno que la misma función legislativa sea conferida no a una sola, sino a dos asambleas distintas, de modo que cada una de ellas pueda fungir como contrapeso de la otra (concretamente, impedir que una ley sea aprobada).

4. En ambos modelos, los jueces no tienen poderes normativos (lo que originaría confusión de los poderes). Esto implica, entre otras cosas, que los precedentes judiciales no son vinculantes (a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos de *Common Law*) y que cada decisión jurisdiccional posee eficacia sólo *inter partes*.

Sin embargo, en el modelo de la separación de los poderes, los jueces no pueden en ningún caso rechazar la aplicación de la ley; en particular, no pueden controlar la conformidad de las leyes con la Constitución. En otras palabras, la separación de los poderes es incompatible con la garantía jurisdiccional de la Constitución (la cual, naturalmente, supone una Constitución rígida).

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, las leyes están sujetas a control jurisdiccional de legitimidad constitucional, de modo que los jueces pueden rechazar la aplicación de la ley inconstitucional (control difuso), o hasta anularla (control concentrado).

5. En el modelo de la separación de los poderes, los jueces no pueden controlar la legalidad de los actos del Ejecutivo ni anularlos o privarlos de eficacia (el control de legalidad sobre los actos de la administración es confiado a órganos internos de la misma administración).

Por el contrario, en el modelo de la división del poder, los actos del Ejecutivo están sujetos a control jurisdiccional de la legalidad, y los actos administrativos ilegales pueden ser anulados (o, al menos, desaplicados).

## IX. LA DISPOSICIÓN DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA EN LOS DOS MODELOS

Quería llamar la atención sobre la diversa disposición de la función legislativa en el modelo de la separación de los poderes y, respectivamente, en el modelo de la división del poder.

La separación de los poderes exige la especialización plena de la función legislativa, y esto supone tres cosas fundamentales: *a)* la ausencia de poderes normativos al frente del Ejecutivo y del Judicial, en pocas palabras, la reserva de ley; *b)* la ausencia de veto sobre las leyes, así como, *c)* la ausencia de cualquier tipo de control jurisdiccional (difuso o concentrado, poco importa) sobre la conformidad de las leyes a la Constitución.

Por el contrario, el modelo de la división del poder exige algo menos: no la plena especialización de la función legislativa, sino sólo la reserva de ley. La división del poder admite —más aún, requiere— ya sea el veto sobre las leyes, ya sea el control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes. El único rasgo común de los dos modelos es la reserva de ley.

En general, la reserva de ley responde al objeto de garantizar la libertad no tanto porque impida que el Ejecutivo y el Judicial invadan la competencia reservada al legislador, sino sobre todo porque es, a su vez, un presupuesto necesario del principio de legalidad en la jurisdicción y en la administración.

El principio de legalidad es aquella regla en virtud de la cual cada acto jurisdiccional y administrativo (es decir, ejecutivo) debe ser: *a)* fundado sobre una norma previa (general y abstracta), y, además, *b)* conforme a ésta.

Este principio garantiza, por un lado, certeza del derecho; por otro lado, igualdad en la aplicación del derecho. Certeza del derecho (es decir, predecibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones), ya que las decisiones jurisdiccionales y administrativas no serían previsibles si no estuvieran fundadas sobre normas preexistentes y conocidas por todos los destinatarios. Igualdad, ya que, si el Poder Judicial y el Ejecutivo estuvieran autorizados a decidir caso por caso (y no de conformidad

con las normas preexistentes), nada impediría que casos iguales fueran tratados de modo diverso.

Evidentemente, el principio de legalidad postula que los órganos jurisdiccionales y ejecutivos encuentren normas preconstituidas, y, por lo tanto, exige que tales normas hayan sido creadas por otros órganos. Por tanto, el Judicial y el Ejecutivo no pueden estar dotados de competencias normativas.

Añádase que las normas que eventualmente hayan sido creadas por el Ejecutivo y por el Judicial para decidir casos concretos serían normas creadas *ex post facto*, y tendrían, por lo tanto, eficacia retroactiva. También bajo este perfil, el ejercicio de competencias normativas por parte de los órganos jurisdiccionales y ejecutivos convierte a sus decisiones en impredecibles, y, por tanto, convierte el derecho en incierto.

Allí donde el órgano investido de la función legislativa tiene carácter electivo (representativo), la reserva de ley está conectada a la garantía de la libertad por una razón superior: la creación de normas por parte de órganos representativos responde, en fin, al principio democrático de autonomía, autodecisión o autodeterminación. Si se conviene que cada norma jurídica constituye, en cuanto tal, una limitación de la libertad para sus destinatarios (para los sujetos a los cuales impone obligaciones), puede decirse que semejante limitación de la libertad sea, no obstante, aceptable a condición de que sea resultado de una decisión asumida por los mismos ciudadanos, si no directamente, al menos, a través de sus representantes.

## X. LA DISPOSICIÓN DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA EN LOS DOS MODELOS

Conviene, además, decir alguna cosa de aquello que se refiere a la disposición ejecutiva en los dos modelos.

El modelo de la separación de los poderes exige la especialización de la función ejecutiva. Ésta, como se ha establecido, es especializada a condición de que: *a*) esté prohibido al Legislativo adoptar medidas individuales y concretas —en fin, leyes-medida—, y *b*) esté prohibido al Judicial anular actos del Ejecutivo.

El modelo de la división del poder, por el contrario, exige, sí, que al Legislativo le sea impedido adoptar leyes-medida, pero exige también que los actos del Ejecutivo estén sujetos al control jurisdiccional de legalidad.

El rasgo común entre ambos modelos es, pues, únicamente la prohibición de leyes-medida. Pero también en esto la uniformidad es sólo aparente, en el sentido de que las razones de la prohibición son diversas en los dos modelos.

En el modelo de la separación de los poderes, cualquier ley-medida está prohibida, ya que constituye por sí una invasión de la función ejecutiva.

En el modelo de la separación del poder, es preciso, en primer lugar, distinguir dos tipos de leyes-medida. Una medida individual y concreta adoptada por el Legislativo puede ser, según los casos, o una medida meramente actuativa de una norma general precedente o un procedimiento derogatorio de una norma general precedente.

Ahora bien, una ley meramente actuativa de una ley precedente es inadmisibles no porque constituya una invasión de la esfera reservada al Ejecutivo, sino por una razón completamente distinta: es inadmisibles porque las leyes, a diferencia de los actos del Ejecutivo, están tendencialmente sustraídas al control jurisdiccional (salvo aquel control del juez constitucional, donde esté instituido), al menos, allí donde los jueces están incondicionalmente sujetos a las leyes y no pueden en ningún caso negarles la aplicación.

Por otro lado, una ley que deroga a una norma general precedente es inadmisibles, de nuevo, no porque constituya una invasión de la esfera reservada al Ejecutivo, sino por una razón del todo diversa: es inadmisibles porque viola el principio de igualdad.

## XI. IMPLICACIONES CONVERGENTES

Los dos modelos, a pesar de las muchas diferencias, poseen también una implicación común: la especialización de la función jurisdiccional y la independencia del Judicial. Una y otra cosa

responden al objeto de garantizar la libertad de modo demasiado evidente, para que sea necesario argumentar extensamente a este propósito.

En cuanto a la independencia de los órganos jurisdiccionales, parece obvio que, donde los jueces fueran nombrados y/o revocados por obra de los otros dos poderes, no estaría asegurada su imparcialidad.

En cuanto a la especialización de la función jurisdiccional, puede observarse lo que sigue.

El Legislativo no debe ejercer la función jurisdiccional por las mismas razones que exigen que el Judicial no ejerza la función legislativa. Si la comprobación de la violación del derecho fuese confiada a aquel mismo órgano que es competente para crearlo, tanto el principio de igualdad como el principio de certeza del derecho estarían expuestos a posibles lesiones. Con ocasión de la decisión de una concreta controversia, el legislador podría, en fin, crear normas al mismo tiempo singulares y retroactivas.

El Ejecutivo no debe ejercer la función jurisdiccional, porque el uso de la fuerza (la aplicación de sanciones) debe estar fundado sobre la comprobación, previa e imparcial, de la violación de normas jurídicas.

Y, por otro lado, ni el Legislativo ni el Ejecutivo deben estar autorizados para revocar o privar de eficacia las decisiones jurisdiccionales. Si éstas pudieran (por cualquiera) estar privadas de la autoridad de cosa juzgada no tendríamos certeza del derecho, tanto en el sentido de la predecibilidad de las consecuencias jurídicas de las mismas acciones, como en el sentido de la estabilidad de las relaciones ya caducadas.

## XII. COMENTARIO A LA DISPOSICIÓN DE LOS PODERES Y DE LAS FUNCIONES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA VIGENTE<sup>1</sup>

Para concluir, alguna somera indicación acerca de la disposición de los poderes y de las funciones estatales en el ordena-

<sup>1</sup> Todas las referencias del autor a la legislación vigente se refieren a textos normativos italianos. N. del T.

miento constitucional vigente. Una disposición —conviene subrayarlo— que está garantizada en sede jurisdiccional por la competencia de la Corte Constitucional para juzgar sobre los “conflictos de atribución entre los poderes del Estado” (artículos 134 de la Constitución; 37 y 38, Ley 87/1953).

Antes de proseguir, es necesario sólo observar que la Constitución vigente asigna al jefe del Estado un papel no bien definido. Según la doctrina mayoritaria, el presidente de la República asume el papel de “poder neutro”, garante de la Constitución. Sin embargo, muchas de las atribuciones que le confiere la Constitución parecen configurarlo —aunque sólo sea exteriormente— como jefe del Ejecutivo. Por ejemplo, todos los actos normativos deliberados por el gobierno son “emanados” por el jefe del Estado (artículo 87, párrafo quinto, constitucional): en otras palabras, asumen la forma de decretos (no ya gubernativos, sino) presidenciales. La disolución de las cámaras es dispuesta por decreto presidencial, aunque se requiera el refrendo del presidente del Consejo (artículo 88 constitucional). Y otras cosas por el estilo. La ambigüedad de la figura del jefe del Estado no puede ser aclarada suficientemente en esta ocasión. En lo que sigue, por tanto, las referencias al Ejecutivo conservan esta misma ambigüedad; serán entendidas a veces como referencias al gobierno, a veces como referencias al presidente de la República.

1. En la disposición del Legislativo (órgano y función) se combinan elementos de separación, de división y de confusión.

A. En cuanto a la función:

a) Los artículos 70, 77, párrafo primero y 101, párrafo segundo, constitucionales reservan a las cámaras la función legislativa. El artículo 70, en efecto, establece que la función legislativa es ejercitada colegiadamente por las dos cámaras. El artículo 77, párrafo primero, dispone que el gobierno no puede emitir decretos que tengan valor de ley. El artículo 101, párrafo segundo, en fin, establece que los jueces están sujetos a la ley.

Obsérvese que la atribución de la función legislativa no es a una única asamblea, sino a dos cámaras distintas, lo que responde al principio de la división del poder; se supone, en efecto, que cada una de las cámaras actúa como freno y contrapeso de la



otra. Pero, naturalmente, la eficacia de la división de la función legislativa en dos asambleas distintas resulta muy atenuada (si es que no cancelada) cuando las reglas de composición de las dos asambleas —es decir, las leyes electorales de las dos cámaras— son tales que producen, *grosso modo*, la misma mayoría en ambas, como ocurría en el pasado y ocurre todavía en el ordenamiento vigente.

b) La función legislativa está, en principio, reservada a las cámaras. Sin embargo, la reserva de ley no puede decirse perfecta. Es necesario recordar que —en contextos de doctrina del Estado— la expresión “función legislativa” denota no ya la creación de actos (es decir, documentos) denominados “leyes”, sino más en general la producción de normas (de cualquier modo que sean denominados los actos que las expresan).

Ahora bien, por el momento, en el ordenamiento vigente (como en el resto de muchos ordenamientos, si no en todos) el gobierno, si no puede adoptar decretos que tengan valor de ley (artículo 77, párrafo primero, constitucional), puede, sin embargo, adoptar decretos de contenido normativo. Tales decretos que, conforme a la tradición, adquieren el nombre de “reglamentos” (artículo 87, párrafo quinto, constitucional; artículo 17 de la Ley 400/1988) están doblemente subordinados a la ley: por un lado, están autorizados por la ley; por el otro, no pueden contrastar con ésta. No obstante, su contenido normativo consiste en afirmar que la función de la producción normativa no está totalmente reservada a las cámaras.

Sobre todo, la regla del artículo 77, párrafo primero, según la cual el gobierno no puede adoptar decretos que tengan valor de ley, está sujeta a dos excepciones (también éstas comunes a muchos ordenamientos). Por un lado, el gobierno puede emitir decretos con fuerza de ley cuando esto sea previamente autorizado, con ley, por las mismas cámaras (artículo 76): es el fenómeno de la delegación legislativa y de la legislación delegada conectada a esa. Por otro lado, el gobierno, en circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia (artículo 77, párrafo segundo), puede —sin previa autorización de las cámaras— adoptar decretos con fuerza de ley, aunque dotados de eficacia sólo

provisional, y sujetos a la aprobación posterior por parte de las cámaras; lo contrario estaría sancionado con la pérdida retroactiva de la eficacia (artículo 77, párrafo segundo).

La existencia de poderes relevantes de producción normativa en el Ejecutivo es un elemento de “confusión” de los poderes.

c) El Ejecutivo, además, puede interferir en el ejercicio de la función legislativa oponiendo el “veto”. Más precisamente: el presidente de la República (que, sin embargo, como señalamos, es configurado por la doctrina dominante como un “poder neutro”, distinto al Ejecutivo) puede suspender la promulgación de una ley y pedir a las cámaras una nueva deliberación (artículo 74, párrafo primero, constitucional). El veto presidencial constituye obviamente un “freno” al ejercicio de la función legislativa.

Por otro lado, el veto presidencial se ha caracterizado simplemente como suspensivo, ya que, en caso de que las cámaras aprueben nuevamente la ley reenviada, el presidente no puede ulteriormente negarle la promulgación (artículo 74, párrafo segundo, constitucional). Si no fuera así, no deberíamos decir que el presidente ejerce un papel de freno frente al legislador, sino que el presidente participa, junto con las cámaras, en el ejercicio de la función legislativa.

d) El artículo 101, párrafo segundo, el cual dispone que los jueces están sujetos a la ley —y, es más, sólo a ésta—, está lleno de implicaciones. Las más interesantes en el presente contexto son las siguientes.

Antes que nada, los jueces, estando sujetos a la ley, obviamente no pueden crearla ellos mismos: las decisiones jurisdiccionales no pueden asumir contenido normativo. Además, estando sujetos los jueces *sólo* a la ley, está excluido que los precedentes judiciales puedan asumir valor vinculante, como ocurre en los sistemas de *Common Law*. En consecuencia, está también excluido que las decisiones jurisdiccionales puedan tener eficacia general: esta eficacia no puede más que ser circunscrita al caso que se decide (artículo 2909, Código Civil).

e) Sin embargo, la Constitución vigente —como la mayor parte de las Constituciones contemporáneas— es rígida (artículo 138 constitucional). Y, como conviene a una Constitución rígi-

da, las leyes están sujetas a control jurisdiccional de legitimidad constitucional: tal control es ejercido no ya de forma difusa por cada juez con ocasión de una controversia a él sometida, sino de forma concentrada, por una expresa Corte Constitucional (artículo 134 constitucional), cuyas decisiones provocan, sin más, la anulación de las normas juzgadas inconstitucionales (artículo 136, párrafo primero, constitucional).

Cuantos creen que anular una ley no es cosa sensiblemente diferente de legislar dirán que la Corte es no tanto un “contrapeso” del Legislativo, sino más bien un “legislador negativo” (si no un “colegislador”).

f) La Constitución vigente instituye otro contrapeso al Poder Legislativo, desconocido por el constitucionalismo clásico, y de eso conviene hacer una mención. Se trata del referéndum derogatorio (artículo 75 constitucional; Ley 351/1970).

La Constitución prevé que quinientos mil electores (o cinco consejos regionales) puedan reclamar un referéndum popular para la derogación total o parcial de una ley. Evidentemente, el referéndum derogatorio no es otra cosa que un “contra-poder” político del pueblo frente al Legislativo; concretamente en la mayor parte de los casos, un contra-poder de las minorías parlamentarias frente a la mayoría (la mayoría que ha aprobado una determinada ley, la cual no necesariamente coincide con la mayoría que sostiene al gobierno) o bien de un movimiento político (no organizado en partido) frente a las fuerzas políticas dominantes.

B. En cuanto al órgano:

a) Las cámaras son casi totalmente independientes del Ejecutivo por lo que se refiere a su composición, ya que ambas, de hecho, tienen carácter electivo (artículos 56, párrafo segundo, y 58, párrafo primero, constitucionales).

La independencia no puede decirse total a causa de los senadores vitalicios de nombramiento presidencial (artículo 59, párrafo segundo, constitucional) que —aunque en número reducido— pueden, sin embargo, determinar la formación de una mayoría, ya sea en la aprobación de las leyes, ya sea en la aprobación de las mociones de confianza o de censura del gobierno.

b) Las cámaras son también independientes del Ejecutivo por lo que se refiere a su organización interna y a su funcionamiento: cada una de ellas, en efecto, está dotada de un reglamento propio, aprobado por la mayoría absoluta de sus componentes (artículo 64, párrafo primero, constitucional).

c) Las cámaras son también independientes del Ejecutivo en el sentido de que, en principio, ningún miembro del Parlamento puede ser de ninguna manera privado de la libertad personal sin autorización de la cámara a la que pertenece, salvo que haya sido condenado con sentencia definitiva o haya sido sorprendido en el acto de cometer un grave delito (artículo 68, párrafos primero y segundo, constitucional).

d) Las cámaras no son en absoluto independientes del Ejecutivo, por el contrario, por lo que se refiere a la duración de la legislatura, desde el momento en que pueden ser disueltas por decreto del presidente de la República (artículo 88 constitucional), refrendado por el presidente del Consejo. Y esto constituye obviamente un contrapeso del Legislativo.

e) Las cámaras, en fin, son independientes del Judicial bajo un doble perfil. Por un lado, cualquiera de las cámaras juzga los títulos de admisión de sus componentes y las causas sobrevenidas de inelegibilidad y de incompatibilidad (artículo 66 constitucional). Por el otro, los miembros de las cámaras no pueden ser llamados a responder de las opiniones expresadas y de los votos dados en el ejercicio de su función (artículo 68, párrafo primero, constitucional).

2. También en la disposición del Ejecutivo (órgano y función) se combinan elementos de separación, de división y de confusión:

A. En cuanto a la función:

a) En el ordenamiento vigente, la función ejecutiva no puede decirse íntegramente especializada. Esto a causa del fenómeno de las así denominadas “leyes-medida”. Se trata de actos legislativos (aprobados, pues, por las cámaras), dotados sin embargo no ya de contenido normativo, general y abstracto, sino de contenido singular y concreto: el contenido típico de un acto administrativo, que en régimen de especialización de las funciones debe-

ría ser competencia exclusiva del Ejecutivo. Las leyes-medida suscitan diversas dudas de legitimidad constitucional.

En cuanto a las leyes que dan ejecución a una norma legislativa preexistente, parece que contradicen el artículo 113, párrafo primero, constitucional, si éste se interpreta en el sentido de que está garantizada la tutela jurisdiccional no sólo contra los “actos de la administración pública” (según la letra de la disposición), sino más en general contra todo acto “materialmente” administrativo (provenza de donde sea). Las leyes en cuestión tienen precisamente el contenido de actos administrativos, pero —teniendo la “forma” de la ley— no pueden ser impugnadas frente “a los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa”, como querría la Constitución. Sólo la Corte Constitucional (artículo 134 constitucional) puede conocer la legitimidad constitucional de actos formalmente legislativos. Y, por otro lado, a causa del modo en que el control de legitimidad constitucional está consignado en nuestro ordenamiento (*a posteriori*, en vía incidental), es del todo posible que las leyes de este tipo escapen, de hecho, al juicio de la Corte.

En cuanto a las leyes que derogan una norma legislativa preexistente, parece que contradicen el principio de igualdad. Parece, en efecto, natural entender el principio de igualdad “ante la ley” (artículo 3o., párrafo primero, constitucional) en el sentido de que el legislador tiene la obligación de disponer en general y en abstracto. *Prima facie*, cada ley singular constituye la violación del principio de igualdad.

Pero estas dudas han sido rechazadas en muchas ocasiones por la Corte Constitucional.

En primer lugar, la Corte —con la conformidad de la doctrina dominante— niega que en la Constitución vigente exista una reserva de función administrativa (*cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 60/1957, 331/1988, 143/1989). De lo que se sigue que no está prohibido a la ley contener preceptos singulares y concretos ejecutivos de normas preexistentes. Por otro lado, la Corte entiende el principio de igualdad no ya como prohibición absoluta de leyes singulares sino como prohibición de leyes “irracionales”, arbitrarias, es decir, de leyes que *sin razón* discriminan

entre ciudadanos que se encuentran en situaciones iguales o similares, o que *sin razón* omitan distinguir entre ciudadanos que se encuentran en situaciones diversas (*cfr.*, por ejemplo, Corte Constitucional 15/1960, 204/1982). De lo que se sigue que una ley singular, derogatoria de una norma preexistente, no es sólo por eso inconstitucional.

b) La función ejecutiva es también balanceada por el control jurisdiccional sobre todos los actos del Ejecutivo (sean éstos normativos, como los reglamentos, o singulares y concretos, como los procedimientos administrativos). Estatuye, en efecto, el ya mencionado artículo 113, párrafo primero, constitucional que, “contra los actos de la administración pública, se admite siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa”. Por otro lado, sólo los jueces administrativos —tribunales administrativos regionales y Consejo de Estado— tienen el poder de anular actos del Ejecutivo que sean ilegítimos: los jueces comunes pueden sólo “desaplicarlos”, es decir, rechazar la aplicación, no tenerlos en cuenta al juzgar las controversias a ellos sometidas.

B. En cuanto al órgano:

a) El presidente de la República —puesto que se le ha querido considerar como parte del Ejecutivo— no puede considerarse enteramente independiente del Legislativo. En primer lugar, es elegido por el Parlamento en sesión común de las dos cámaras (artículo 83, párrafo primero, constitucional) y, no existiendo ninguna norma que excluya la reelección, es reelegible. En segundo lugar, no es —jurídica ni políticamente— responsable por los actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones (artículos 89, párrafo primero, y 90 constitucionales), de modo que no puede ser revocado; sin embargo, puede ser sometido a estado de acusación por el Parlamento en sesión común (y juzgado después por la Corte Constitucional: artículo 134 constitucional), en caso de que se le encuentre culpable de alta traición y/o de atentado a la Constitución (artículo 90, párrafo segundo, constitucional).

b) La forma de gobierno instaurada por la Constitución vigente es esencialmente parlamentaria. El Ejecutivo es, por tan-

to, balanceado por el doble instituto de la confianza y de la censura, que lo hace políticamente responsable frente al Legislativo (artículo 94 constitucional). En otras palabras, el gobierno debe tener la confianza de las dos cámaras, de modo que no puede tener la plenitud de sus funciones hasta que no la haya obtenido, y tiene la obligación de dimitir cuando no la obtenga o, cuando habiéndola obtenido en el acto de su formación, le sea después revocada.

c) Conviene observar, por otro lado, que hay, en el ordenamiento, una parte (no despreciable) de la función ejecutiva que escapa al control del Legislativo, se trata de la función ejercida por el Ministerio Público que consiste en el ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público tiene la *obligación* de ejercer la acción penal cada vez que tenga conocimiento de un acto calificado como delito por la ley (artículo 112 constitucional), está —como los órganos jurisdiccionales— sujeto a la ley y a ella sola.

3. En fin, el Judicial está, en el ordenamiento vigente, completamente “separado” tanto del Legislativo como del Ejecutivo.

A. En cuanto a la función jurisdiccional:

a) La función jurisdiccional es estrictamente especializada en virtud de la reserva de jurisdicción deducible del artículo 102, párrafo primero, constitucional, el cual dispone que la función jurisdiccional no puede ser ejercida más que por los magistrados ordinarios. Esto, de por sí, excluye que el legislador (mediante una ley) o el Ejecutivo (mediante un acto administrativo) puedan sustituir a los órganos jurisdiccionales en la decisión de una controversia.

Por el otro lado, como se ha dicho, los jueces están sujetos tan sólo a la ley (artículo 101, párrafo segundo, constitucional). Y esto significa, entre otras cosas, que éstos no están sujetos a órdenes o directivas políticas de cualquiera “en cuanto al modo de juzgar en concreto” (Corte Constitucional 234/1976), es decir, en orden a la solución de controversias específicas.

b) En el ordenamiento vigente, todos los actos del Estado están sujetos a un determinado tipo de control jurisdiccional de legalidad (o de “legitimidad constitucional” en el caso de los ac-

tos con fuerza de ley). Los actos del Legislativo están sujetos al control de la Corte Constitucional. Los actos administrativos están sujetos al control de los jueces ordinarios y administrativos. Las decisiones jurisdiccionales, a su vez, están sujetas al control de la Corte de Casación, frente a la cual pueden ser siempre impugnadas por violación de la ley (artículo 111, párrafo segundo, constitucional).

Pero esto quiere decir que, mientras el Legislativo y el Ejecutivo encuentran un freno o contrapeso en el Judicial, es decir, en otro poder del Estado, el Judicial no encuentra otros contrapesos más que en el interior de sí mismo.

c) La reserva de jurisdicción implica —también en ausencia de una expresa disposición constitucional en tal sentido— el principio de intangibilidad de la cosa juzgada (artículos 2909, Código Civil y 324, Código de Procedimientos Civiles). Lo cual, a su vez, implica la ilegitimidad constitucional de una eventual ley que, retroactivamente, pretendiera atropellar decisiones jurisdiccionales ya convertidas en cosa juzgada (*cfr.* Corte Constitucional 55/1971, 185/1981, 70/1983).

d) Excepciones (¿sin importancia?) a este principio están constituidas por las instituciones de la gracia, de la amnistía y del indulto, todas las cuales, de modo diverso, inciden en uno o más asuntos juzgados. La gracia constituye una interferencia en la función jurisdiccional por obra del Ejecutivo: más precisamente, la gracia es concedida por el jefe del Estado (artículo 87, párrafo decimoprimer, constitucional), pero naturalmente su decreto debe ser refrendado por el ministro que propone (artículo 89, párrafo primero, constitucional). La amnistía y el indulto constituyen otras tantas interferencias en la función jurisdiccional por obra del Legislativo: amnistía e indulto, en efecto, pueden ser concedidas sólo con una ley (aprobada por una mayoría calificada: artículo 79, párrafo primero, constitucional).

Pero, a decir verdad, en un cierto sentido, el principio de intangibilidad de la cosa juzgada no vale en derecho penal. En este específico sector del ordenamiento, de hecho, es aceptado sin discusión (no estando constitucionalizado) el principio así denominado del *favor rei* (artículo 2o., párrafo segundo, Código Penal),



en virtud del cual cualquier ley que disponga un trato más favorable al reo tiene efectos retroactivos hasta cancelar las sentencias de condena pronunciadas sobre la base de la ley precedente, haciendo cesar la ejecución y los efectos penales. De manera que, en este sentido, el legislador interfiere en la función jurisdiccional cada vez que adopta una norma penal más favorable.

e) Se ha dicho, incidentalmente, que no constituye interferencia en la función jurisdiccional el fenómeno de las leyes llamadas de “interpretación auténtica”; leyes, éstas, que —en presencia de dudas y en contrastes interpretativos— establecen qué significado los jueces deben atribuir a leyes preexistentes. Las leyes de interpretación auténtica no constituyen interferencia en la función jurisdiccional por la simple razón de que el Parlamento, al determinar (imperativamente y *erga omnes*) el significado de una ley precedente, ejerce no ya la función jurisdiccional sino la función legislativa.

B. En cuanto a los órganos jurisdiccionales:

a) Los jueces son autónomos e independientes —como dispone el artículo 104, párrafo primero, constitucional— “respecto de cualquier otro poder”. Autonomía e independencia, sin embargo, provienen no tanto y en cualquier caso no sólo de esta solemne proclamación, sino más bien de otras dos circunstancias.

En primer lugar, de la circunstancia de que —como se ha dicho repetidamente— los jueces están sujetos únicamente a la ley (artículo 101, párrafo segundo, constitucional). Y, en consecuencia, ningún juez está ligado por vínculos de jerarquía con otros jueces: “los magistrados se distinguen entre sí únicamente por la diversidad de funciones” (artículo 107, párrafo tercero, constitucional).

En segundo lugar, de la circunstancia de que los jueces son inamovibles (artículo 107, párrafo primero, constitucional): admisiones, asignaciones, transferencias, promociones y medidas disciplinarias de todo tipo en los asuntos que afectan a los magistrados (incluidos, entre ellos, los del Ministerio Público) son competencia exclusiva —no del Ejecutivo ni tampoco del Legislativo, sino— del Consejo Superior de la Magistratura (artículo 105 constitucional).

El Consejo Superior —compuesto mayoritariamente (aunque no completamente) por magistrados electos por los mismos magistrados (artículo 104, párrafo cuarto, constitucional)— es, suele afirmar la doctrina, un órgano de “autogobierno” de la magistratura. Conviene subrayar que se trata precisamente de la “magistratura” y no de los jueces (titulares de la función jurisdiccional), desde el momento en que son representantes del Consejo también los magistrados de la acusación pública.