

CAPITULO XI

LA DIVISION DE PODERES

- I Los organos del Estado Su clasificacion Sistema de la division de Poderes Doctrina de Locke Teoria de Montesquieu Ideas dominantes en la Asamblea Nacional francesa Principios aceptados por las Constituciones modernas Transformacion operada en estos principios al ser aplicados en la practica —II Las funciones juridicas del Estado Su concepto y clasificacion Distincion entre las funciones en sentido material y las funciones en sentido formal Los Poderes en el derecho moderno Caracteristicas del Poder legislativo, del ejecutivo y del judicial Otros Poderes organizados en algunos Estados Referencia de las doctrinas relativas al Poder armonico y al Poder gubernamental Doctrina que niega la independencia del Poder judicial

CAPITULO XI

LA DIVISIÓN DE PODERES

I *Los organos del Estado Su clasificacion Sistema de la division de Poderes Doctrina de Locke Teoría de Montesquieu Ideas dominantes en la Asamblea Nacional francesa Principios aceptados por las Constituciones modernas Transformacion operada en estos principios al ser aplicados en la practica* —II *Las funciones juridicas del Estado Su concepto y clasificacion Distincion entre las funciones en sentido material y las funciones en sentido formal Los Poderes en el derecho moderno Caracteristicas del Poder legislativo del ejecutivo y del judicial Otros Poderes organizados en algunos Estados Referencia de las doctrinas relativas al Poder armonico y al Poder gubernamental. Doctrina que niega la independencia del Poder judicial*

I El Estado, como toda agrupacion humana, solo puede actuar por medio de individuos o grupos de individuos a los que denominamos organos, empleando por analogia terminos de las ciencias naturales

Los organos del Estado son de dos clases organos que ejercen la alta direccion de las funciones y tienen una accion independiente, y organos cuya actividad se ajusta a los limites señalados por los organos aludidos anteriormente

Los primeros se designan con diversos nombres, se les llama indistintamente, Poderes, organos centrales y organos directos Algunos autores denominan Gobierno al conjunto de esos organos centrales de un Estado, otros tratadistas, en cambio, reservan el termino Gobierno para designar a uno de los Poderes, al ejecutivo Burgess llama por antonomasia Estado, al organo encargado de reformar la Constitucion de un pais, y Gobierno a los organos centrales que ponen en practica la Constitucion

La doctrina de Burgess esta inspirada en la organizacion de la Republica norteamericana, porque en ella hay una separacion completa entre el organo constituyente y los demas organos centrales. La Convencion general es un organo encargado unicamente de enmendar la Constitucion. Y todos los demas organos centrales, el Congreso, el Presidente y el Tribunal federal se hallan supeditados a la Convencion general. Por el contrario en Europa, el Estado y el Gobierno, usando esos terminos en el sentido de Burgess, se confunden. Por ejemplo, en Inglaterra, el Parlamento es el organo soberano que puede reformar la Constitucion y es al mismo tiempo el organo que dicta leyes ordinarias, poniendo asi en practica la Constitucion. Burgess estima necesario que se llegue en todos los Estados a separar en organos diferentes, como ocurre en Norteamérica, la funcion constituyente y las funciones del Gobierno. Pero la tendencia dominante en el derecho moderno, es la contraria, como lo hicimos observar al hablar de las Constituciones flexibles y rigidas, pues en definitiva lo que defiende Burgess, es que las Constituciones sean rigidas en el mas alto grado, y ya hemos visto los inconvenientes de las Constituciones rigidas (1)

Los segundos se denominan organos secundarios, organos indirectos o agentes gubernamentales.

La estructura de los organos del Estado ha variado y puede variar de un modo indefinido. En lo que se refiere a los organos centrales, que son los unicos cuyo estudio corresponde al derecho constitucional, se distinguen tres sistemas. Puede un solo hombre ser el unico organo central del Estado y ejercer todo el poder como ocurre en la Monarquia absoluta. Puede tambien ser ejercido todo el poder del Estado por un solo organo colegiado como pasaba en las Republicas classicas y en todos los pueblos organizados bajo el regimen de democracia directa. Y pueden hallarse distribuidas las funciones del Estado entre diversos organos individuales o colegiados. Este ultimo sistema conocido con el nombre de sistema de la division de poderes es el que domina en el Estado moderno, y, por lo tanto, el unico que nos interesa examinar en esta obra dedicada al estudio del derecho constitucional moderno.

El sistema de la division de poderes ha sido aplicado en formas muy distintas en los diversos Estados. Y asi observamos que reina una gran variedad de criterios en las leyes relativas a la Constitucion

(1) Véase cap IX

de los poderes, es decir, de los organos centrales, a sus funciones respectivas y a las relaciones que deben mantener unos con otros

Y como esta disparidad de los criterios legales refleja la diversidad de las doctrinas científicas referentes a esta materia, para tener nociones exactas del derecho actual, es necesario estudiar previamente las ideas de los principales autores

Locke es el primer publicista que formula una teoría sobre esta materia. Con anterioridad a él hubo muchos escritores que examinaron los diversos atributos del Poder. El mismo Aristoteles se ocupó de ese asunto en su *Política*. Pero hasta Locke, todos los autores partían de la idea de que en todo Estado bien organizado esos atributos deben ser ejercidos por el mismo organo

Locke, en cambio, defiende terminantemente la necesidad de dividir el Poder en diversos organos. En sus *Ensayos*, tan comentados, dice lo siguiente: "El Poder legislativo es aquel que tiene el derecho de determinar la forma en que se debe emplear la fuerza de la Republica para preservar a la comunidad y sus miembros. Como las leyes cuya acción debe ser continua pueden ser elaboradas en poco tiempo, no es necesario que el Poder legislativo este en constante actividad. De otro lado, dada la fragilidad humana, podía ser muy grande la tentación de poner la mano sobre el Poder, si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes, tuvieran también entre sus manos el poder de ejecutarlas. Y así, el Poder legislativo y el Poder ejecutivo llegan con frecuencia a estar separados."

Las ideas de Locke fueron recogidas y completadas por Montesquieu, quien formuló una nueva teoría

Cuatro ideas constituyen la esencia de la teoría de Montesquieu relativa a la división de Poderes

La primera es que la libertad carece de garantía cuando el Poder se concentra en una sola mano. "La libertad política—dice el ilustre jurisconsulto—no se encuentra más que en los Gobiernos moderados. Pero ni aun en los Gobiernos moderados esta siempre. Solo esta cuando no se abusa del poder, porque una experiencia eterna nos enseña que todo hombre que tiene poder tiende al abuso, él va hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud tiene necesidad de límites. Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder," (1)

Otra de las ideas fundamentales de la teoría de Montesquieu es

(1) Montesquieu, *Esprit de lois*, lib XI, cap IV

que las funciones del Estado son tres la legislativa, la ejecutiva y la judicial

“Hay en cada Estado tres clases de poderes la potencia legislativa, la potencia ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potencia ejecutiva de las que dependen del derecho civil Por la primera, el Principe o los Magistrados hacen las leyes por un tiempo o para siempre, y corrigen o derogan las que estan vigentes Por la segunda, hacen la paz o la guerra, envian o reciben Embajadores, establecen la seguridad, previenen las invasiones Por la tercera, castigan los crímenes o juzgan las diferencias entre los particulares Denominaremos a esta ultima la potencia de juzgar, y a la otra simplemente la potencia ejecutiva del Estado, (1)

La tercera idea tiende a armonizar las dos anteriores, defendiendo la necesidad de que la division de poderes sostenida en la primera se ajuste a la diversidad de funciones enunciada en la segunda

“Cuando la potencia legislativa se reúne a la potencia ejecutiva en la misma persona o en el mismo Cuerpo de magistratura, no hay libertad, porque se puede temer que el mismo Monarca o el mismo Senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente No hay tampoco libertad si la potencia de juzgar no está separada de la potencia legislativa y la ejecutiva Si estuviera unida a la potencia legislativa el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, sería arbitrario, porque el Juez sería legislador Si estuviera unida a la potencia ejecutiva, el Juez tendría la fuerza de un opresor Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo Cuerpo de notables, de nobles o del pueblo ejercieran los tres poderes, el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o las diferencias entre los particulares, (2)

Y la cuarta idea consiste en que estos poderes, lejos de ser independientes unos de otros, deben influirse mutuamente para marchar de acuerdo

“He aquí la constitución fundamental del gobierno de que hablamos Hallándose compuesto el Cuerpo legislativo de dos partes, una de ellas reducirá a la otra por su facultad mutua de impedir Ambas partes están sujetas por la potencia ejecutiva, que, a su vez, está atada por la legislativa Estas tres potencias parece que formarán un reposo o una inacción Pero como se ven obligadas a marchar por el

(1) Montesquieu, obra citada, lib, XI, cap VI

(2) Idem id

movimiento necesario de las cosas, se verán forzadas a marchar de concierto., (1)

La teoría de Montesquieu se propago rápidamente por toda Europa, influyo visiblemente en las primitivas Constituciones de los Estados Unidos y fue abrazada con gran entusiasmo por los revolucionarios franceses. Mas como hace notar Duguit, la Asamblea nacional, en su afán de armonizar la doctrina de la división de poderes con el principio de la soberanía nacional una e indivisible, modifico la teoría de Montesquieu

Así, en la Declaración de Derechos de 1789 se aceptan las tres primeras ideas de Montesquieu al proclamar la necesidad de que el poder del Estado se divida en tres Poderes el legislativo, el ejecutivo y el judicial, y que cada uno de estos Poderes cumpla su función correspondiente Pero se introduce un concepto nuevo de los poderes, y como consecuencia de ello se rechaza la cuarta idea de la teoría de Montesquieu para defender la independencia, la separación absoluta de los poderes

“Los poderes—dice Duguit—son (en el citado Cuerpo legal) los elementos mismos de la soberanía indivisible y, en consecuencia, cada órgano investido por representación de un elemento de la soberanía es soberano en su dominio, el Parlamento debe tener todo el Poder legislativo, y solo el legislativo, el Rey todo el ejecutivo, y solo el ejecutivo, el orden judicial todo el judicial, y solo el judicial, y, en fin, cada órgano debe quedar aislado o independiente, encerrado en el dominio en que él representa la voluntad nacional, sin poder ejercer ninguna acción sobre los demás órganos., (2)

La influencia ejercida por la Revolución francesa en todo el movimiento constitucional fue causa de que la mayoría de las Constituciones de Europa proclamara el principio de la división de poderes en el mismo sentido que la Asamblea Nacional

Al ser aplicado en la práctica este principio se ha transformado profundamente Lejos de limitarse cada Poder al cumplimiento de su función correspondiente, ocurre en todos los Estados que cada poder desempeña funciones distintas, que el Poder legislativo realiza no solo actos legislativos, sino también judiciales y administrativos y que algo análogo pasa con los demás poderes

Además, no solo no se mueven con absoluta independencia los

(1) Montesquieu obra citada, capítulo citado

(2) Duguit obra citada, primera parte, cap III

poderes, sino que, por el contrario, se influyen reciprocamente en todos los Estados, aun en aquellos, como la Republica norteamericana, que mas empeño han puesto en asegurar esa separacion de los poderes (1), y en todos los Estados hay un poder que se sobrepone a los demas

Estos hechos han sido reconocidos por la generalidad de los tratadistas modernos Sin embargo, algunos, partiendo de un concepto equivocado sobre la naturaleza de las funciones juridicas, se expresan como si cada poder cumpliera exclusivamente su funcion correspondiente Y como la materia encierra una gran importancia en el derecho politico, vamos a exponer el concepto de las funciones antes de entrar en el estudio de la organizacion de los poderes y las relaciones que ellos mantienen entre si

II En el tecnicismo cientifico se denominan funciones a los diversas ramas de una actividad, y asi se habla indistintamente de la actividad del Estado o de las funciones del Estado

Tratandose de una institucion tan compleja como el Estado, necesariamente ha de extenderse su actividad por diversas esferas Y, en efecto, la actividad del Estado tiene un aspecto economico, un aspecto intelectual, un aspecto juridico, etc

Ahora nos interesa exclusivamente la actividad juridica, o lo que es igual, los actos que el Estado realiza en el mundo del derecho, y por ello en este capitulo, al hablar de las funciones del Estado, nos referimos concretamente a sus funciones juridicas, es decir, a las diversas ramas de su actividad juridica

La esfera del derecho es la esfera de la voluntad Cuando se habla del derecho se sobreentiende que se trata de actos relativos a la voluntad humana Y por esta causa, al tratar de las funciones juridicas del Estado, hay que fijarse unicamente en la forma como actuan las resoluciones del Estado sobre las voluntades de los subditos

Muchos escritores, olvidandose de la naturaleza especial del derecho, al hablar de las funciones juridicas del Estado, atienden a los fines que el Estado se propone con sus actos y no a la forma juridica de esos actos, y clasifican las funciones juridicas del Estado, en funciones economicas, intelectuales, de asistencia social, religiosas, etc Esas clasificaciones parten de un concepto confuso del derecho En la esfera juridica, es indiferente que al realizar el Estado un acto, se

(1) W Wilson, *Congresional government a study in american politics*

proponga un fin economico, un fin de fuerza, un fin intelectual ó cualquier fin

Lo unico interesante es la forma en que esos actos influyen sobre las voluntades de los subditos, y puede darse el caso de que actos encaminados a la realizacion de fines diversos influyan en la misma forma, y tengan por ello la misma naturaleza juridica

Concretando así nuestro estudio a la forma como la voluntad del Estado actua sobre las voluntades de los subditos, observamos que el Estado unas veces promulga reglas generales y abstractas que obligan a todos los subditos, es decir, formula el derecho objetivo, otras veces crea situaciones de derecho subjetivo, o lo que es igual, obliga a determinados individuos al cumplimiento de una prestacion o se obliga a si mismo, y en algunas ocasiones dicta sentencias, o lo que es lo mismo, estatuye sobre la violacion del derecho objetivo o comprueba la existencia de una situación de derecho subjetivo

Estas tres formas en que actua el Estado en la esfera juridica, son la base de la clasificacion que en los modernos tratados de derecho publico se hace de las funciones del Estado en funcion legislativa, funcion administrativa y funcion jurisdiccional

De acuerdo con las ideas expuestas, son actos legislativos no solo las reglas de caracter general y abstracto aprobadas por el Parlamento, sino también los emanados de los demas organos publicos. Los Reglamentos dictados por los Ministros y las Ordenanzas municipales acordadas por los Ayuntamientos son actos legislativos, porque formulan normas de derecho objetivo. Y el Tribunal que por no haber disposiciones legales pertinentes al caso, aplica los principios generales del derecho y sienta jurisprudencia, realiza un acto legislativo

Por la misma razon son actos administrativos no solo las situaciones de derecho subjetivo creadas por el Poder ejecutivo, sino tambien las creadas por los demas organos

Una ley en que se conceden ciertos honores ó una pensión a alguna persona determinada no es un acto legislativo, sino un acto administrativo. Y una ley en que se condena a un Ministro o un decreto de un Gobernador en que se impone una multa, son actos jurisdiccionales, a pesar de no haber sido realizados por los Tribunales judiciales

Algunos autores, fijandose en la distinta fuerza juridica de los Poderes del Estado, han clasificado a los actos, según el Poder que los haya realizado. Y así denominan actos legislativos a todos los actos realizados por el Poder legislativo, cualquiera que sea la natu-

raleza jurídica de ellos, actos administrativos a los ejecutados por el Poder ejecutivo, y actos jurisdiccionales a los cometidos por los Tribunales de Justicia

No se puede negar que esta clasificación tiene una cierta importancia práctica, porque varían los recursos que se pueden entablar contra los actos del Estado, según el Poder que los haya realizado. Y para evitar confusiones, hoy todos los tratadistas, al examinar las funciones jurídicas del Estado, distinguen su sentido material de su sentido formal, según se tenga en cuenta la naturaleza jurídica interna de los actos o el Poder que los haya ejecutado. Con arreglo a esta distinción, son actos legislativos en sentido formal, todas las leyes dictadas por el Parlamento, y actos legislativos en sentido material, todas las reglas de derecho objetivo, cualquiera que sea el órgano que las formule, actos administrativos en sentido formal, todos los actos realizados por el Poder ejecutivo, y actos administrativos en sentido material, todos los actos que crean situaciones de derecho subjetivo, y actos jurisdiccionales en sentido formal, todos los ejecutados por los Tribunales de Justicia, y actos jurisdiccionales en sentido material, todos los actos que comprueban la existencia de una norma de derecho objetivo o de una situación de derecho subjetivo.

Pero la generalidad de los tratadistas reconoce que solo puede hablarse con propiedad de las funciones del Estado cuando se interpretan en su sentido material (1)

De todo lo expuesto se desprende que lejos de hallarse encomendada cada función a un órgano distinto, cada órgano desempeña funciones diferentes.

Aun cuando cada poder u órgano directo desempeña funciones distintas, en la mayoría de los Estados se han conservado tres Poderes con los mismos nombres con que los designó Montesquieu: el Poder legislativo, el Poder ejecutivo y el Poder judicial.

Cada uno de estos tres Poderes ejerce, según acabamos de ver, funciones distintas. Sin embargo, cada uno de ellos ejerce principalmente las funciones que corresponden a sus respectivos nombres. Así, aun cuando el Poder legislativo cumple funciones administrativas y judiciales se halla encargado especialmente de la función legislativa, y lo mismo podemos decir del Poder ejecutivo respecto de la función

(1) Laband *Le Droit public de l'Empire allemand* 1^o ad francesa tomo II cap VI — *Duguit*, obra citada, tomo I, parte 1^a cap II

administrativa y del Poder judicial en relacion con la funcion jurisdiccional

Pero lo que caracteriza especialmente a los Poderes es su independencia de accion y la fuerza juridica especial de sus actos El Poder legislativo actua con libertad absoluta y sus actos son obligatorios para los demas Poderes y todos los subditos El Poder judicial esta sometido a la ley, pero sus sentencias son obligatorias para el Poder ejecutivo y los subditos El Poder ejecutivo esta sometido a la ley y a las sentencias de los Tribunales, pero dentro de estos limites, y cuando no hay nada legislado, tiene accion directa é independiente

Ademas, segun indica M Hauriou, la organizacion especial de los Poderes es causa de que cada uno de ellos tenga una especial significacion El Poder legislativo, por su constitucion representativa de todo el pueblo, encarna el sentimiento democratico, el Poder ejecutivo representa la idea de la Autoridad, y el Poder judicial el espiritu legal (1)

Como veremos mas adelante, la diversidad de principios en que se inspiran las Constituciones modernas ha sido causa de que los Poderes ofrezcan también ciertos caracteres particulares en cada una de ellas Asi, en los Estados parlamentarios, el Poder ejecutivo esta sometido al legislativo, quien de hecho lo nombra y lo destituye Por el contrario, en los Estados representativos y presidenciales son independientes ambos Poderes En las Monarquias el Jefe del Poder ejecutivo es hereditario y en las Republicas electivo

En algunos Estados hay otros poderes distintos de los señalados En los Estados Unidos, la Convencion general, organo encargado exclusivamente de reformar la Constitucion, es un poder completamente distinto de los demas poderes En Suiza, la institucion del referendum y la de la iniciativa popular representan un nuevo organo publico Y en Francia, la Asamblea Nacional encargada de elegir Presidente de la Republica y enmendar la Constitucion es un organo distinto del Parlamento, aunque se constituya con Diputados y Senadores

Ademas, los Estados federales se caracterizan, como veremos luego, por tener dos clases de Gobiernos un Gobierno central y diversos Gobiernos locales

Algunos autores consideran que el jefe del Estado ejerce un poder distinto al ejecutivo, y unos, siguiendo a Benjamin Constant, le deno-

(1) M Hauriou, *Precis de Droit administratif*, cap I

minan el poder neutro, y otros, aceptando la doctrina del Sr Santa-maria de Paredes, le llaman el poder armonico

Nosotros no vemos ningun hecho que demuestre la existencia de ese poder, porque en las Constituciones vigentes todos los actos del Jefe del Estado, para que sean validos, necesitan estar refrendados por un Ministro. Es mas, las funciones que se consideran como características del Jefe del Estado, el nombramiento de nuevo Gobierno y la disolucion de las Camaras no pueden efectuarse si las ordenes del Jefe del Estado no van refrendadas por un Ministro responsable. El Jefe del Estado por ello es el Jefe del Poder ejecutivo, y no otra cosa.

La doctrina del poder armonico es una consecuencia de la hipotesis de los tres poderes independientes, igualmente representantes de la soberania, que, como veremos, no se aplica en ningun Estado, porque todos los poderes se relacionan mutuamente.

Otros autores, como O Mayer (1), distinguen el Poder gubernamental y el Poder ejecutivo o administrativo, hallandose constituido el primero por el Jefe del Estado y sus Ministros, que tienen la mision de imprimir un impulso central a toda la actividad del Estado, y el segundo por los agentes subordinados al Gabinete. Nosotros estimamos que no hay esa distincion entre ambos Poderes, sino que los dos constituyen un solo organo, por la misma razon que los elementos que constituyen el organo llamado en esa doctrina Poder ejecutivo o administrativo se hallan subordinados al Jefe del Estado y sus Ministros.

Hay tambien tratadistas que niegan la existencia del Poder judicial, y dicen que forma parte del Poder ejecutivo. En algunas epocas, en efecto, el Poder judicial era una verdadera dependencia del Poder ejecutivo. Pero en la mayor parte de los Estados se ha garantizado en tal forma la independencia de los Tribunales, que no se puede dudar de que constituyen un poder distinto. Ademias el Poder ejecutivo esta sometido a las sentencias de los Tribunales y hay Estados, como los Estados Unidos, en los que los jueces son electivos y no tienen dependencia alguna del Poder ejecutivo (2).

En los capitulos inmediatos completaremos estas ideas, estudiando los principios en que se funda la organizacion de estos Poderes y las relaciones que ellos mantienen entre si en los diversos Estados, y comparando los diversos sistemas relativos a estas materias.

(1) O Mayer *Le Droit administratif allemand*, traduccion francesa, tomo I, cap I.

(2) Véase el cap XIV