

2. EL PROBLEMA LLAMADO DE LA “SEPARACIÓN DE PODERES”

I

163. Posición del problema: suponiendo la multiplicidad de los titulares del poder, las diversas funciones ¿serán ejercidas por todos conjuntamente, salvo delegación, o repartidas entre instituciones y órganos distintos?	272
164. Situación aparte, generalmente reconocida, de la función <i>jurisdiccional</i>	273
165. El régimen “convencionista”, tipo de la confusión de los poderes	274

II

166. Las aparentes ventajas del sistema de concentración de los poderes	275
167. En realidad, el sistema es inconveniente para el propio <i>poder</i> , porque no permite la especialización de las funciones	276
168. ...y peligroso para los <i>derechos y libertades legítimas</i> de los ciudadanos	278

III

169. Demostración de la tesis referente a la acumulación <i>objetiva</i> :	
a) La absorción de lo gubernamental por lo legislativo	280
b) ...de lo jurisdiccional por lo gubernativo	282
170. c) La absorción de lo legislativo por lo gubernativo	283
d) ...de lo jurisdiccional por lo gubernativo	285
171. Toda fórmula de “delegación de poder” es contraria al principio de la separación	286

172. Hipótesis del cúmulo <i>subjetivo</i> , que entraña dependencia absoluta del personal de una de las funciones respecto de los titulares de otra	288
--	-----

IV

173. Las <i>subseparaciones</i> en el seno de cada función, particularmente dentro del legislativo (ley constitucional, ley ordinaria, reglamentos); las “leyes-marcos”	290
174. Las segmentaciones de órganos	293

V

175. Como el principio de la separación sólo tiene valor de medio, es susceptible de excepción, en los tiempos <i>normales</i>	293
176. ...En las circunstancias <i>anormales</i>	295
177. Que se trata en verdad de excepciones, contra lo que sostiene Hauriou	296

VI

178. Pero la separación en modo alguno impide las relaciones entre órganos y poderes:	297
a) La dependencia inevitable de los <i>órganos</i> frente a aquel de entre ellos de quien obtienen la existencia (normalmente, el legislativo)	297
La designación (normalmente por el gubernativo) de las <i>personas</i> llamadas a integrar los órganos de las diferentes funciones	298
179. El principio de la separación no está contrariado por la <i>participación de ambos órganos</i> , administrativo y legislativo, en los actos de la misma función, sea legislativa, sea gubernamental	300

180. La concepción “separatista” de la separación de poderes, tal como se encuentra en América	302
181. El sistema del <i>gobierno de gabinete</i> , tipo de gobierno a base de separación de funciones y de colaboración de órganos . .	304
182. ¿Es el gobierno parlamentario negación de la separación de poderes?	307

VII

183. Conclusión sobre la teoría de los poderes y de sus recíprocas relaciones	308
---	-----

la deliberación y la decisión andan siempre parejas; la deliberación siempre pone término a la deliberación con una decisión obligatoria.⁸⁰ Luego, porque la distinción no conduce a nada: sólo adquiere sentido si degenera en una distinción de órganos, en la que el poder deliberante significa las asambleas; el poder ejecutivo, la institución gubernativa (*sensu stricto*); el poder de sufragio (aunque no es este su lugar), el cuerpo electoral.

En cuanto al empeño de asegurar una base al sistema de la separación de poderes, que provocó todo este esfuerzo de Hauriou, veremos que no es necesaria la noción de “poderes” para justificar la solución, a todas luces mal denominada, de la separación de poderes: bastará hacer notar que varios órganos distintos pueden colaborar en funciones distintas, cada uno en su plano y dentro de los límites de su competencia.

2. El problema llamado de la “separación de poderes”

I

163. Dentro de la actividad de aquellos a quienes se nombra titulares de la autoridad o gobernantes, sean individuos, cuerpos o instituciones, y sean cuales fueren el modo de designarlos, el régimen político o la forma de gobierno, el análisis descubre, pues, modos de obrar conexos pero distintos —las funciones del poder— que pueden reducirse a tres: función gubernativa propiamente dicha, comprendiendo la administrativa, función legislativa, función jurisdiccional. La autoridad actúa, toma decisiones y medidas de toda especie: ésta es su función esencial, primaria; la autoridad no establece reglas sólo para sus subordinados, ciudadanos o funcionarios, sino en ocasiones también para sí misma; la autoridad juzga las contiendas que pueden suscitarse, ya en las relaciones de los ciudadanos entre sí, ya en las materias (pública, administrativa o represiva) en que el Estado es parte.⁸¹

Si los titulares del poder son múltiples, surge entonces la cuestión de saber si estas distintas funciones van a ser ejercidas *por todos juntos*, solidaria e indivisamente, salvo delegación a uno de ellos o también a un delegado escogido fuera de ellos, o si, por el contrario, cada una de las funciones o

⁸⁰ Comp., en este punto, la crítica de Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, pp. 75-78.

⁸¹ Sobre este análisis, véase el párrafo precedente, 154 y ss.

alguna de entre ellas será ejercida de modo distinto *por titulares especializados*. En términos más concretos, los mismos hombres, instituciones u órganos investidos de la tarea de regir el Estado y el bien público, ¿van a gobernar y administrar, legislar y juzgar acumulativamente, sin otra distribución de funciones que la que podría resultar de una simple delegación? En la afirmativa, será el régimen llamado de la *confusión de poderes*: entiéndase que las funciones están confundidas en las mismas manos, reunidas en cabeza de las mismas personas. Confusión que puede ser total o parcial, según que esté o no englobada la función jurisdiccional.

164. En nuestros días, se está generalmente de acuerdo en poner aparte la función *jurisdiccional*, al menos cuando se trata de la justicia civil y hasta de la represiva; en menor grado cuando se trata de la justicia administrativa.⁸² la función se confía de ordinario a órganos a la vez especializados e independientes, los tribunales, que no efectúan actos de legislación (no obstante el *processus* jurisprudencial), ni, en principio, actos de gobierno o de administración.⁸³ Las sentencias bien pueden ser pronunciadas, ya en nombre de la nación soberana, ya en nombre del rey, representante de la nación: cualquiera que sea la exacta significación de estas diversas fórmulas, lo cierto es que los jueces legalmente instituidos, órganos de la potestad pública en lo que atañe a la función de juzgar, en el momento mismo en que sentencian, en el ejercicio de su función de jueces, no son mandatarios ni delegados de nadie. La sentencia que profieren es obra de su ciencia y su conciencia personales, puestas al servicio del Estado y de la función. Con la salvedad de estar subordinados a la ley y a los reglamentos,⁸⁴ los tribunales, órganos distintos, deciden con plena independencia, sin tener que soportar imposición, reforma ni ingerencia alguna de parte de los otros titulares del poder público, titulares de la función gubernamental y administrativa o de la legislativa.⁸⁵

82 Es cierto que la justicia *represiva* toca más de cerca al Estado y al ejercicio del poder que la justicia *civil*, pues en aquélla se trata de reprimir los ataques al orden público mismo; por lo cual el ministerio público, aunque distinto del juez, funciona obligatoriamente a su vera. En cuanto a la justicia *administrativa*, ya hubo ocasión de notar que cuando está establecida como distinta de la justicia ordinaria, no queda absolutamente separada de la administración, ya que dentro de ésta recluta a sus miembros.

83 Para las excepciones, véase más abajo, 176.

84 Subordinación garantida por el establecimiento de un órgano especial, tribunal o corte de casación, encargada de verificar la legalidad de las decisiones, independiente él mismo de los otros poderes.

85 Naturalmente hay excepciones. Por ejemplo, dentro de la lógica del sistema de Rousseau está el que siempre se pueda apelar de la decisión de los jueces a la voluntad general.

En contraste, el problema de la confusión presenta un carácter del todo práctico respecto de las funciones *gubernativa* y *legislativa*: un mismo órgano, individual o colectivo, simple o compuesto (poco importa), ¿estará encargado de los actos de la función gubernativa y administrativa y de los actos de la legislativa? En el caso de la monarquía absoluta —monarquía de un príncipe hereditario o monarquía de un jefe sin corona—, la confusión de ambos poderes, gubernamental y legislativo, es necesaria consecuencia de la unidad en la persona del titular del poder. Pero sigue siendo posible la confusión aunque los titulares del poder sean *múltiples*: esto ocurre cuando el poder sea detentado por un colegio o una asamblea. Individuo o cuerpo, el titular del poder continúa siendo único y concentra en sus manos todas las funciones. Sólo que cuando el titular es un individuo o colegio, se dice que la confusión se produce en beneficio del poder administrativo, que absorbe o aventaja al legislativo; cuando el titular es una asamblea, se dice que la confusión se ha producido en provecho del Poder Legislativo.

165. El tipo perfecto de confusión de los poderes gubernativo y legislativo en manos de un sujeto de múltiples cabezas nos lo brinda la Convención de 1793, en Francia: de aquí el nombre de “régimen convencionista” que a veces se le da.⁸⁶ La Asamblea, emanación de la soberanía popular, detenta, imagen del pueblo soberano de quien se reputa representante, todos los “poderes” —léase, todas las funciones— de la autoridad estatal. Los que no están en condición de ejercitar por sí misma, los delega a comisarios-ministros, a los que nombra y destituye, a quienes da sus instrucciones y que son sólo sus agentes. Así pues, no se trata, como en el régimen parlamentario, de un control ejercido por la Asamblea sobre hechos y actitudes de un gobierno que es, de suyo, distinto e independiente. La asamblea es quien, de derecho como de hecho, ejerce la función gubernativa y administrativa por medio de funcionarios comisionados. Aquí se reconoce el pensamiento de Rousseau sobre el gobierno, “cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano [el pueblo, la voluntad general]”, cuerpo cuyos miembros no son más que “sim-

⁸⁶ Véase Hauriou, pp. 199 y 200. *Adde*, en lo que se refiere a este tipo de gobierno, Esmein, t. I, pp. 530-533; Duguit, t. II, parágrafo 49, p. 629; Barthélemy y Duez, *op. cit.*, pp. 148-150. Suiza conoce el gobierno “convencionista”: el Consejo federal es electo por la Asamblea federal (Consejo Nacional y Consejo de los Estados); además, la iniciativa gubernativa pertenece a la Asamblea, y las decisiones tomadas por el Consejo pueden ser modificadas o anuladas por la Asamblea. Pero, de hecho, el *Bundesrat* disfruta de una autoridad equivalente, si no es que superior, a la del gobierno de los demás países.

ples oficiales del soberano”, “que en su nombre ejercen el poder de que él los ha hecho depositarios, y que él puede limitar, modificar y recobrar cuando le plazca”.⁸⁷

II

166. ¿Qué pensar de esta confusión o, si preferimos un término de aspecto menos peyorativo, de este cúmulo o concentración de funciones en manos de un órgano único?

Aparentemente, la solución tiene que ser ventajosa: ¿no realiza la esencial condición de la unidad del poder? Bien pueden ser distintas las tres funciones; fundamentalmente se apoyan entre sí, pues constituyen los tres aspectos de una misma acción, que es la del poder, y al servicio del mismo fin, que es el bien del Estado y el bien público. Hay que decir más: las tres funciones son conexas en su propia existencia, puesto que cada una tiene necesidad de las otras para realizarse plenamente. De esta suerte, la ley necesita del juez y del gobierno para llegar a los hechos; el juez, a su vez, necesita de la fuerza gubernativa para sancionar sus decisiones; por fin, en el Estado legal, el gobierno y el juez hallan en la ley la guía y el sustento de su acción.

Pero si el ejercicio de las diversas funciones, hasta este punto ligadas, se atribuye a órganos distintos, cada uno independiente y soberano en su esfera, hay el peligro de que la acción del poder total sea incoherente y contradictoria: el gobierno rehusará su concurso a la promulgación y ejecución de una ley que le disgusta y, si se trata de una ley que viene a limitar su propia acción, se negará a obedecerla; por su lado, el legislador estará en posibilidad de elaborar leyes inaplicables para el gobierno, capaces aun de impedir su labor. En cuanto a los jueces, soberanos intérpretes de la ley y de los reglamentos, se les otorgará licencia de burlar los textos que tienen como misión aplicar, mientras que el gobierno, por su parte, es libre de rehusar a las sentencias de ellos toda fuerza ejecutiva... Suponiendo un conflicto entre los diferentes órganos, se paraliza el juego del poder, la anarquía está en el centro y el Estado camina hacia el derrumbe. Por el contrario, si se admite unidad de órgano o, lo que es lo mismo, un órgano jefe, encargado de dirigir y coordinar la acción de los órganos subordinados, se restaurará la unidad del poder: las

87 *Du contrat social*, lib. III, cap. I, edición Beaulavon, p. 210. Véase, también, p. 218.

decisiones de gobierno y administración concordarán con las leyes, que se adaptarán a las exigencias de la vida gubernamental y administrativa; los jueces no contrariarán al legislador, y el gobierno hará que se ejecuten las sentencias.

Con todo, sean cuales fueren las ventajas teóricas del sistema desde el punto de vista de la unidad del poder,⁸⁸ incurre en dos graves inconvenientes que lo desaconsejan como régimen de gobierno, al menos en las circunstancias normales.

167. Por una parte, es desventajoso *al poder mismo*, en cuanto no permite la *especialización* de las funciones.⁸⁹

Gobernar y administrar, legislar y juzgar son otros tantos modos de actividad del poder que bien pueden concurrir al mismo fin, pero que no por ello dejan de ser diferentes; en ciertos aspectos, opuestos. Único en su fin, el poder es múltiple y diverso en sus modos de actividad. Cada una de las funciones del poder se ejerce en condiciones particulares, se mueve dentro de una atmósfera especial, posee —si puede hablarse así— su propio genio. El gobierno es de todos los días y todos los instantes, funciona sin intermitencia, mientras que la labor legislativa y de reglamentación permite ocios. El gobierno, que opera en lo concreto, supone espíritu de decisión, sangre fría y atingencia, al paso que la tarea legislativa, que se ejerce en lo abstracto, demanda reflexión y madurez. El gobierno reclama un equipo poco numeroso, prenda de homogeneidad y rapidez en la acción, en tanto que la faena legislativa soporta el método “deliberativo”, el número y la variedad de las opiniones, garantía de una legislación concienzuda y duradera: “deliberar es cosa de varios; obrar es cosa de uno solo”. En cuanto a la función jurisdiccional, que se refiere a la muy especial hipótesis de lo contencioso, requiere también un sentido especial, una competencia propiamente técnica, que mucho la diferencia de las funciones del hombre de gobierno, del administrador y hasta del legislador.

Pero ni un individuo ni un colegio ni una asamblea podrían jactarse de reunir tan disímbolas cualidades de ánimo y condiciones de trabajo,

88 Este empeño de unidad del poder (sin excluir cierta distinción de funciones) domina el estudio de Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*; id., *Les nouvelles formules de la statologie sociale*, París, 1934. Comp. con la crítica nacional-socialista del mismo principio: Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 102, pp. 102 y 103; núm. 104, p. 104.

89 Otros hacen intervenir, con análogo lenguaje, la “repartición de las competencias” o la “división del trabajo”: así De Lapradelle, *Cours de droit constitutionnel*, citado por De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, pp. 58 y 59. Véase, también, Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 288.

por no decir contrarias: una actividad que no permite ocios ni da respiros, los dones de la decisión y el consejo, de la prontitud y la sabia lentitud... Desde luego, las asambleas, que sin duda están dotadas para la tarea legislativa precisamente porque tienen el número,⁹⁰ no se ajustan del todo a la acción y aun parecen heridas de una radical incapacidad, porque fatalmente el número enerva, “estandariza” o retarda la acción.⁹¹ La prueba es que, en el régimen “convencionista” las asambleas encargadas del gobierno se ven obligadas a delegar el ejercicio de la función en comisarios especializados. También es raro que un solo individuo (sería menester un superhombre, sobre todo en el Estado moderno) pueda bastar al desempeño de todas las funciones, por falta de tiempo y de competencia propiamente técnica. Prueba de ello es que, en los regímenes en que dirige la voluntad de uno solo, abundan más que en todos los otros las delegaciones y los comisariados, haciendo en el Estado un papel efectivo aunque indeterminado.⁹²

¿No está aquí precisamente, se dirá, la solución ideal que concilia todas las cosas: una sola autoridad responsable, individuo único mejor que colegio o asamblea, que acumule todos los poderes, con la asistencia subordinada de comisariados especialistas? Pero una de dos: o bien estos comisariados son lo que deben ser, es decir, meros ejecutores, destinados a practicar su técnica sobre una materia dada y según directivas dadas, y entonces reaparece la objeción de omnisciencia, y de hecho se encubre la omnipotencia del jefe. O bien tales comisarios ejercen real influencia en la autoridad —¿cómo podrá esa influencia faltar si, por una parte, son especialistas y, por otra, en materia política y social todas las especialidades se apuntalan para no formar sino sendos aspectos de la misma materia política y social?—, y entonces recaemos en la división de funciones, privándonos de la ventaja de una distinción a la vez neta, oficial y orgánica.⁹³

90 Naturalmente a condición de que estén compuestas de miembros capaces, que no sean demasiado numerosas y que tengan un buen método de trabajo. Pero este es otro problema, muy importante, de organización práctica.

91 Este es el fondo de verdad que encierra el sistema de Hauriou, anteriormente criticado (161 y 162): en cuanto el modo de operación de la voluntad que Hauriou llama deliberación se toma de la manera de proceder de las asambleas, es cierto que las asambleas están hechas para deliberar y no para obrar.

92 Sin razón pretende Vareilles-Sommières (*op. cit.*, pp. 227 y 228) reducir la “separación de poderes” a este sistema de delegación o comisariado.

93 Es verdad que la autoridad que delega es siempre señora de los comisarios, a quienes nombra y revoca a su antojo. Pero he aquí un nuevo elemento de complicación: el respeto de la competencia ya no está garantizado cuando el hombre que la encarna está a merced del jefe.

Así, el sistema de los comisarios, aplicado a las funciones del poder, se reduce de hecho a esta alternativa: o bien son juguetes de la autoridad que los delega (este caso se presenta sobre todo cuando la autoridad es única), o bien actúan como amos (el caso se presenta en especial cuando la autoridad es múltiple). Pero es muy raro que la materia admita —y que los hombres consientan— este delicado equilibrio que permitiría a la autoridad conservar la alta dirección de las funciones, sin invadir, no obstante, la competencia de los comisarios especializados. Para dirigir el ejercicio de una función es preciso ser uno mismo capaz de desempeñarla o, cuando menos, de comprender a fondo su economía. De todos modos, la fórmula de la delegación da pie a una incertidumbre: la unidad del poder que pretendíamos salvaguardar por el cúmulo de las funciones se halla amenazada de nuevo. Y siempre sucederá así, pues para que no pudiera sufrir duda alguna la unidad del poder, se necesitaría que previamente fuera cierta la plenitud de las competencias gubernativas (en el sentido de capacidades) respecto del órgano supremo de la autoridad.

168. Sería preciso también que los súbditos no tuvieran razones para temer, además de la incompetencia, los *excesos* de los titulares, uno o múltiples, de la autoridad. Es el segundo escollo del sistema de la confusión o acumulación de poderes: además de malo para el propio Estado, es *peligroso para los ciudadanos*, cuyos derechos, públicos y privados, no garantiza suficientemente. La unidad que se pretendía en el gobierno, la cual, frente a las variadas exigencias de la gobernación, se traduce de hecho en cierta deficiencia, por falta de una especialización autónoma exigida por la naturaleza de las funciones, no recobra eficacia sino para amenazar la legítima libertad de los súbditos.

Como se sabe, este es el punto de vista, más político que técnico, de Montesquieu y de los teóricos de la separación de poderes: con la división de funciones buscan sobre todo ventajas para la libertad. “La libertad política, escribe Montesquieu, sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre está en los gobiernos moderados; existe en ellos sólo cuando no se abusa del poder. Mas es una eterna experiencia el que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él; llega hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo creyera: la misma virtud necesita límites! Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.⁹⁴ Cualquiera que sea la forma de gobier-

94 Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XI, cap. IV.

no, aun siendo éste moderado, cabe siempre temer, por parte de los detentadores de la fuerza, individuo o cuerpo, el abuso de poder: así piensa Montesquieu. Por lo tanto, la prudencia aconseja no confiarles desde luego la totalidad de las facultades que componen las funciones del poder, sino, por el contrario, enclavar a cada uno dentro de una de esas funciones. “El poder refrenando al poder”: cuando se provea a cada órgano de su función, la concurrencia de los órganos, celosos de su respectiva competencia, impedirá toda extralimitación.

En efecto, no es suficiente que los órganos del poder sólo hallen como límite de su competencia el general y abstracto del bien público. Indudablemente, el Estado es competente desde que interviene el bien público y cada vez que éste interviene. Este es, racionalmente, el único límite a su competencia, y su competencia llega en realidad hasta allí. Pero los órganos del Estado no son el Estado o, si se quiere, la autoridad se ejerce por medio de órganos humanos, individuales o colectivos, los cuales, por razón de su índole humana, están sujetos a las pasiones y al error.⁹⁵ La buena voluntad y la inteligencia no constituyen garantías de pleno sosiego; ellas mismas son susceptibles de desarreglos, en ocasiones tan graves como los que provienen de las pasiones. De aquí la necesidad de encontrar barreras y resistencias en las cosas mismas, es decir, en la coordinación y mecanismo del poder.

Claro está que, dentro del marco de competencia así trazado no se desterrará necesariamente el abuso: cada uno de los órganos conserva la libertad de abusar. Sin embargo, no olvidemos que ya el órgano legislativo puede, sin faltar a la distinción de las funciones, prevenir una parte de los abusos, asignando reglas de acción a los demás poderes, gubernativo, administrativo y judicial (este es el sistema del Estado legal). Por otro lado, nada impide que los actos de los diferentes poderes, comprendido el legislativo, se sometan a un control jurisdiccional, ya que el juez permanece en su función de juzgar. Todavía pueden considerarse otras soluciones, de orden político, como subdivisiones de funciones o desdoblamientos de órganos.⁹⁶

Pero sean los que fueren los medios practicables para precaver los abusos de cada uno de los poderes u órganos, una cosa es cierta: por la no

⁹⁵ No se trata, pues, de una medida de desconfianza contra el *Estado* en cuanto tal (como lo sostienen los autores nacional-socialistas: véase Mankiewicz, *op. cit.*, t. I, núm. 102, pp. 102 y 103), sino de precauciones adoptadas contra *las personas* que ejercen la autoridad estatal.

⁹⁶ Sobre esta ulterior estructuración, véase más abajo, 173.

acumulación de las funciones, el posible abuso queda de raíz circunscrito dentro de la función sin que esté en condiciones de desbordarse sobre la función vecina, confiada a otro órgano. Tal es la idea inicial de Montesquieu, cuya justificación parece indiscutible. La preocupación que la inspira y el peligro que teme no son imaginarios: están verificados por la experiencia de todas las épocas y todos los regímenes; la libertad respetable —y no únicamente la libertad exagerada o licencia— tiene que protegerse contra las ilegítimas incursiones de los titulares del poder.⁹⁷ En cuanto al modo de limitación propuesto, parece que el camino escogido lleva de veras a la meta: con la salvedad del término final, que podrá ser separación rígida o separación flexible,⁹⁸ es lógico plantear desde el arranque el principio de que no podrán todas las funciones reunirse en las mismas manos.⁹⁹ Esto es todo lo que, por el momento, queremos recordar de la teoría de la separación de poderes.

III

169. Pero conviene estrechar el cerco a la dificultad y mostrar de manera concreta, a propósito de cada una de las funciones precedentemente analizadas, en qué no es deseable el cúmulo, tanto desde el punto de vista de la libertad como desde el punto de vista del buen desempeño de las tareas gubernativas.

La acumulación puede presentarse en dos formas: la del cúmulo propiamente dicho, objetivo o directo, que consiste en la acumulación de las funciones mismas, y en otro indirecto, por interpósita persona, que podría denominarse subjetivo y que consiste en cierto estado de dependencia de los titulares de una función respecto a los titulares de otra función. Sucesivamente se examinará una y otra hipótesis.

A. *La acumulación propiamente dicha*, que se traduce siempre en una primacía o más bien en una absorción de competencia, puede adoptar varias figuras. Ya la absorción se cumple en provecho del órgano legislativo que desempeña, al mismo tiempo que su función legislativa, la gubernamental y administrativa y aun la judicial. Ya la absorción se produce en beneficio del órgano gubernativo y administrativo, que da la ley y hace justicia.

97 En el mismo sentido, Pereira dos Santos, *La constitución sociale et politique portugaise*, pp. 131-133, 142-144, 188 y 189.

98 Sobre este punto volveremos más adelante, véase *infra*, 178-182.

99 Véase, en el mismo sentido, Del Vecchio, *Philosophie du droit*, pp. 85 y 289.

Primer caso: a) el órgano *legislativo*, supongamos la asamblea, por sí misma o por delegados, está encargada de la acción *gubernativa* y *administrativa*.

Aun haciendo abstracción de su ineptitud para la acción concreta, reglada o no,¹⁰⁰ se deduce que la asamblea, al menos en el sistema del Estado legal, habrá de aplicar, en cuanto gobierno y administración, la regla que ha elaborado en cuanto órgano legislativo, con la mira precisamente de dirigir la acción de gobierno y administración. A primera vista, parece prudente la solución de confiar al mismo órgano la elaboración de la ley y su aplicación: así se evita de antemano toda divergencia. El órgano permanecerá fiel a sí mismo: la obediencia a la ley corresponderá rigurosamente al pensamiento y a la voluntad incluidos en la ley. *Traduttore, traditore*: si un órgano distinto está encargado de traducir la regla legislativa, y no sólo en la conducta de los ciudadanos, sino en la suya propia, hay mucho peligro de que la traicione, la malinterprete conscientemente o no, la eluda o la viole.

Pero veámoslo de más cerca. Por lo pronto, admitiendo que sean posibles divergencias entre el órgano creador de la ley y el órgano gubernativo o administrativo sometido a la ley, tales divergencias tienen remedio. Pueden preverse recursos para el efecto de garantizar la exacta inteligencia y observancia de la ley: éste será el papel de los órganos jurisdiccionales, puesto que estamos en presencia de una situación contenciosa. Pero los hay mejores. Es una ilusión creer que el autor de una ley ha de ser infaliblemente su mejor intérprete y su más escrupuloso observante, y que no debe temerse ninguna incomprensión o traición de su parte. Justamente porque se le ha encomendado la aplicación de su propia ley, tiene toda la libertad para apartarse de ella si ha cambiado de opinión o también si la observancia de su regla ha de estorbarle en la práctica. Y a diferencia del órgano distinto, no tiene que responder ante ninguna jurisdicción del desconocimiento de la ley. Ésta tenía por objetivo refrenar la arbitrariedad al regular la acción gubernativa y administrativa: el confundir al legislador con el súbdito eleva a éste por encima del legislador. La función legislativa se paraliza y esteriliza cuando la misión de aplicar la ley, ejecutarla y darle obediencia se encomienda al órgano creador de la ley. En apariencia, reina la ley; en realidad, abdica, y la libertad que tenía por cometido proteger contra los embates del poder ya no tiene defensa. Sean

100 Sobre este punto, véanse nuestras observaciones más arriba, 167.

cuales fueren las posibilidades, de ningún modo necesarias o irremediables, de discordancia, el imperio de la ley y su dominación efectiva están más aseguradas cuando el cuidado de procurar su ejecución o de obedecerla se deja a un órgano distinto e independiente. Éste no se verá tentado a desatarse demasiado fácilmente de una regla de la que no puede proclamarse autor.¹⁰¹

Asimismo, aun cuando el órgano legislativo no tuviera la veleidad de desligarse de su propia regla, no se ha dicho que sea el mejor juez de su aplicación en los casos prácticos. Aquí interviene el punto de vista técnico: legislar en materia de gobierno y administración no es gobernar ni administrar. Regular la acción no es lo mismo que actuar. Hay que abandonar al gobierno y a la administración la tarea de interpretar y adaptar a las circunstancias las reglas propuestas para la acción. La aplicación de la ley, si se confía a un órgano distinto, no subordinado al legislativo, sino a la ley, ganará en objetividad y serenidad, en matiz y en finura; tal vez hasta estará más cerca del verdadero pensamiento legal. En efecto, ¿no acontece que los intérpretes son más hábiles para valorar la obra, extraer de ella recursos y minucias y que, en este sentido, son más fieles que el propio autor, harto absorbido por su idea para guardarse de interpretaciones excesivas? Lo que es verdad de toda obra y de toda interpretación es más verdadero aún respecto de la obra y la interpretación legislativas: a diferencia de otras obras, que basta con “hacer”, la legislativa, que es abstracta, debe recibir aplicación, es decir, pasar a lo concreto. En este nuevo plano, nada indica que el autor de la ley sepa apreciar exactamente los hechos a que se trata de referir la regla, ni que sea capaz de ajustar la norma a las mil variadas contingencias que, mejor que el autor del texto, capta el administrador, el hombre de gobierno responsable de su realización.

b) Los mismos argumentos militan contra la absorción por el legislador de la función *jurisdiccional*, sin distinción entre el contencioso ordinario (plano de las relaciones privadas) y el contencioso administrativo.

Por una parte, si el autor de la ley es quien está encargado de decir el derecho conforme a ella, nada le impedirá hacerla a un lado y juzgar de modo arbitrario, mientras que un órgano jurisdiccional distinto, sometido a la ley y controlado en este punto, hará sin duda una justicia conforme a la ley: al propio tiempo que la legalidad, quedará a salvo la libertad de los

101 Véase, en el mismo sentido, Esmein, t. I, pp. 498 y 499; Del Vecchio, *Philosophie du droit*, pp. 85 y 289. En sentido contrario, Vareilles-Sommières, p. 229. Especialmente acerca del ejercicio del poder ejecutivo por el poder constituyente, véase Hauriou, p. 251, texto y nota 5.

súbditos.¹⁰² A estos inconvenientes se agregará, para la jurisdicción *administrativa* desempeñada por el legislador, la certeza de conflictos con el órgano gubernativo. Por otra parte, el acto de juzgar, como el de gobernar o administrar, exige un sentido de lo concreto inmediato o que está fuera de las perspectivas del legislador y que indudablemente éste no adquiriría en el momento en que se tratara de que cambiase de perspectiva. Habiendo visto las cosas desde un ángulo abstracto, está menos preparado que un órgano distinto e independiente para abarcarlas desde diferente ángulo. Por fin, la profesión de juez requiere cualidades de perspicacia psicológica y de humanidad que no tienen derecho de menospreciar el legislador ni el hombre de gobierno, pero que, sin embargo, son más extrañas a su vocación propia.¹⁰³

170. Supongamos ahora —*segundo caso*— que el cúmulo se produce en beneficio del órgano gubernativo.

c) Si es innegable que el gobierno tiene menor ineptitud para *hacer leyes* que las asambleas legislativas para gobernar, es verdad también, desde el punto de vista técnico, que las asambleas —admitiendo que no sean muy numerosas y que sea buena su integración— se revelan más aptas para el trabajo legislativo que el gobierno y las oficinas. La discusión no siempre crea confusión: del choque de las ideas brota a veces la luz; a más de que el procedimiento de los debates permite seguir el desarrollo del pensamiento y descubrir por él, en los “trabajos preparatorios”, elementos útiles para la comprensión de los textos. Añadamos que la obra legislativa de las asambleas tiene por necesidad un carácter más estable, por razón de la pesadez misma del órgano, que la que emana del poder gubernativo: esta estabilidad puede tener sus inconvenientes cuando es excesiva, pero no deja de constituir de por sí una ventaja, pues una regla desprovista de estabilidad en verdad ya no es regla.¹⁰⁴

Pero piénsese lo que sea de esta comparación propiamente técnica, que depende naturalmente de la estructura de los órganos que se examinan,¹⁰⁵ y que puede ser influida por el valor de los hombres que componen los diversos órganos, hay una categoría de reglas que no concebimos

102 En el mismo sentido, véase Esmein, t. I, pp. 498 y 499; Del Vecchio, *Philosophie du droit*, pp. 85 y 289. En sentido contrario, Vareilles-Sommières, p. 229.

103 En lo que concierne a las excepciones, véase más adelante, 176.

104 Sobre esta consideración, comp. Esmein, t. I, p. 499.

105 Hemos partido, en efecto, de la hipótesis de la ley hecha por asambleas. Aunque sea ésta hoy la más frecuente hipótesis, hay otras de leyes hechas por un colegio o un solo individuo; en este caso nuestra comparación queda destruida.

puedan proceder del gobierno: las que tienden a contener al órgano gubernativo y administrativo, a definir su competencia, sus derechos y deberes. Si el propio gobierno tiene autorización para establecer las reglas de su acción, estará en posibilidad de formularlas arbitrariamente. Antes, era la asamblea la que, por el rodeo de una aplicación infiel, podía deshacerse de sus propias reglas; ahora es el gobierno quien, sin perjuicio de una aplicación sobre la que sigue teniendo señorío, las modela a su talante. En ambos casos, la ley no es sino una palabra, y los derechos de los súbditos cesan de estar garantizados.

Sin duda, en nuestros días, todos los gobiernos hacen legislación, pues se les reconoce el poder “reglamentario”, no sólo en materia de derecho privado, para regular las relaciones de los súbditos entre sí, sino igualmente en materia de derecho público y administrativo, concerniente a las relaciones entre el gobierno y los administrados (en el orden de las elecciones, de la milicia, de los diversos servicios públicos...). Pero aunque estos reglamentos, decretos o circulares, produciendo reglas *generales*, constituyen filosóficamente y en realidad leyes,¹⁰⁶ la libertad está a salvo, primeramente porque con frecuencia tales reglamentos se dan “en ejecución de las leyes” y para precisar modos, medios o detalles; luego, y sobre todo, porque, a diferencia de las leyes propiamente dichas, emanadas del poder legislativo, no siempre subordinadas a una superior norma constitucional,¹⁰⁷ a los reglamentos procedentes del poder gubernativo y administrativo no se les permite que contradigan a ninguna ley; si lo hacen, podrá el juez ser obligado a rechazar su aplicación.¹⁰⁸ Repulsa de aplicación que, por su parte, no indica en modo alguno que se invada otra función: el juez se ciñe a zanjar un litigio, lo cual se comprende dentro de su propia función y, con esta ocasión, juzga en derecho que es contrario a la ley el reglamento cuya aplicación se solicita. No anula ni reforma el reglamento; se contenta con no aplicarlo en la práctica.¹⁰⁹ La subordina-

106 Acerca de la distinción entre los respectivos dominios de la *ley* y el *reglamento*, véase más abajo, 173.

107 Sobre el sistema de las Constituciones rígidas, véase antes, 99-105.

108 Se dice “podrá” porque la solución depende de los países. En Bélgica, la cuestión está resuelta por el artículo 107 de la Constitución. Pero en Francia, después de controversias, está regulada sólo por la jurisprudencia. Asimismo, hay recursos subjetivos y recursos objetivos que tienden a la anulación de la regla ilegal, etcétera. No podemos internarnos en esta técnica.

109 Por lo demás, tampoco habría usurpación aunque el tribunal ordinario o especial estuviera capacitado para *anular* el reglamento contrario a la ley. El juez ejerce su función jurisdiccional cuando decide el conflicto de leyes que opone el reglamento a la ley propiamente dicha. La anulación no sería más que la consecuencia de su comprobación o apreciación de que el reglamento es contrario a la ley.

ción a la ley, garantizada por el control de los tribunales, impide que el procedimiento reglamentario tenga la eficacia y el valor de una ley, lo cual mantiene el principio de la distinción entre la función gubernativa y la propiamente legislativa.

d) *A fortiori* conviene quitar al gobierno y a la administración la competencia *jurisdiccional*, ora en las discusiones entre particulares, ora en las discusiones entre los ciudadanos y la misma administración (contencioso fiscal, electoral, militar o administrativo, llamado de plena jurisdicción).

Por principio de cuentas, de modo general, el hombre de gobierno y el administrador que practican la acción rara vez son buenos jueces de los conflictos. Por temperamento, la acción sufre mal la contención: sólo ve en ésta un molesto obstáculo que debe eliminarse de manera radical. El hombre de acción aparta o “taja” las contiendas; no tiene paciencia para juzgarlas. Al contrario, el juez, por profesión, comprende la contención; si es hostil a la trapacería, abuso del litigio, es sensible al argumento de derecho; se esforzará por desembrollar casos a menudo oscuros y complicados. Después, desde el punto de vista de la libertad, es peligroso confiar al gobierno la interpretación de las reglas aplicables a los litigios, ya se trate de la regla legal y aun del decreto emanado del poder reglamentario. Las reglas solamente valen y viven por la interpretación, que puede deformar su sentido y arruinarlas. El respeto a su esencia, así como su adaptación en cada caso particular, requiere un órgano especializado en la interpretación y aplicación del derecho. Por último, el juez digno de tal nombre debe quedar al margen de la política. Lo cual no significa, digámoslo de nuevo,¹¹⁰ que la función jurisdiccional no sea política (pues el juez es órgano del Estado político), ni siquiera que nunca tenga que preocuparse de las oportunidades políticas: deberá tomarlas en cuenta, por ejemplo, cuando la ley le encomienda la apreciación de las exigencias del orden público (el juez civil y a menudo hasta el juez represivo) o del servicio público (el juez administrativo). Lo que simplemente se quiere decir es que en todas sus sentencias, aunque haya de apreciar oportunidades políticas, debe el juez prescindir de las pasiones e intereses de partido. Pero el gobierno, ya proceda de los partidos, ya presuma de repudiar a los partidos, no está absolutamente al margen de la política partidarista. Y aun cuando pudiera estarlo, no continuaría estándolo, porque, en el cho-

110 Véase antes, 158, incisos a y b.

que de las opiniones, aparecerá siempre como el “partido del gobierno”. Mezclado como se halla en la acción, es decir, en la lucha, y representando una tendencia, si sus juicios no son sospechosos de parcialidad, sí serán “sospechables”.¹¹¹

La sospecha se torna fundada del todo cuando el gobierno o administración es parte directa en la disputa, lo que ocurre especialmente en el caso del *contencioso administrativo*. La administración no puede ser a la vez juez y parte (sistema del administrador-juez o de la jurisdicción ministerial). Pero quizá los jueces ordinarios, especializados en los conflictos civiles y represivos, no siempre estarán suficientemente informados de las exigencias de la vida gubernamental y administrativa para proceder a una adecuada aplicación de las reglas del derecho administrativo.¹¹² Sabemos cómo se ha soslayado, si así puede decirse, en Francia la dificultad: por el establecimiento de una jurisdicción surgida de la administración y cuyos miembros se reclutan dentro de la carrera administrativa, sin depender por ello de la administración. Es, pues, ésta quien, por un órgano especial, ejerce la función jurisdiccional. Si en teoría parece menospreciada la distinción de funciones, en la práctica queda asegurada gracias a la independencia del órgano administrativo encargado de la jurisdicción de lo contencioso.¹¹³

171. Con base en las precedentes explicaciones, hay que declarar contrarias a la separación de poderes (en el sentido de no acumulación de funciones), no sólo toda cesión o transmisión, sino también cualquier fórmula de *delegación de poderes*, siquiera sea a título temporal o para determinado orden de materias.¹¹⁴ Prácticamente, el caso se presenta en la delegación consentida por el poder llamado legislativo (es decir las cámaras) en provecho del poder denominado ejecutivo o gubernativo. En teoría, indudablemente el delegado representa al delegante, que lo ha designado y puede

111 En el mismo sentido, véase Esmein, t. I, p. 499.

112 Existe otra dificultad, derivada de cierta concepción de la separación de poderes, conforme a la cual la atribución, a favor de los jueces ordinarios, de competencia para juzgar los actos de la administración entrañaría inmixción del juez en la administración. Pero ésta claramente está sometida a una regla legal, sin que nadie invoque ataque a la separación de poderes, por invasión del poder legislativo en la administración. Pero si la administración está sujeta a la ley, ¿qué impide que sus actos sean sometidos a un juez encargado de verificar su legalidad?

113 Una exposición detallada del sistema francés y su historia se hallará en Bonnard, *Précis de droit administratif*, parte general, pp. 103 y ss., especialmente 103-107.

114 De aquí el nombre dado a este sistema, llamado de *poderes especiales*. Sobre esta cuestión, véase *La réforme de l'État*, publicado por el “Centre d'études pour la réforme de l'État”, Bruselas, 1937, pp. 73 y ss.

retirarle la delegación, y a quien debe finalmente rendir cuentas. Mas todas estas limitaciones, suponiéndolas efectivas, no impiden que el desempeño de una función por un delegado que conserva la iniciativa y la espontaneidad de su acción difiera del desempeño de la función por el mismo a quien se reconoce competencia para ejercerla. Así acontece sobre todo cuando el delegado escogido es precisamente el titular de la función vecina, proclamada distinta de la precedente; *a fortiori* cuando la tarea confiada al poder delegado comprende el establecimiento de la norma a que estará sometido éste en el ejercicio de su función propia. Toda delegación, en la materia complejísima del ejercicio de las funciones del poder, importa abdicación más o menos completa de parte del poder delegante. De hecho, esta abdicación puede llegar hasta ser total, y la delegación equivale a cesión pura y simple cuando el control es ilusorio, como ordinariamente sucede. Se sigue de aquí que las razones que militan contra el sistema del cúmulo de funciones se dan con fuerza más o menos igual ante el sistema de delegaciones entre poderes. Por una parte, el órgano que se presume competente, organizado en vista de esta competencia, no podría delegar sus títulos a otro, que se reputa menos competente;¹¹⁵ por otra, la libertad del ciudadano, que postula la separación, no podría acomodarse con una fórmula que, en el fondo, restablece la confusión.¹¹⁶

Cierto que en los regímenes en que el gobierno posee esa especie de función legislativa inferior que se llama poder “reglamentario”, el problema se plantea en términos un poco diferentes: se trata entonces de saber si el órgano competente para elaborar *reglamentos* (en el sentido técnico) puede recibir delegación para elaborar *leyes* (en el sentido técnico). Propuesta en tales términos, aun así debe resolverse la cuestión de manera negativa, justamente porque toda delegación de un órgano a otro contraría el principio de la especialización y separación de funciones: no puede admitirse que el órgano encargado de la legislación delegue su función propia en el encargado de la reglamentación.¹¹⁷ Sin embargo, la cuestión puede plantearse en otra forma, fuera de toda idea de delegación del poder, en el mero terreno de la distinción entre ley y reglamento. ¿Hay un criterio material, objetivo, que permita hacer esta distinción? En caso afir-

115 En este sentido, comp. Barthélemy y Duez, pp. 198-202.

116 Conviene hacer reserva del caso de necesidad, cuando menos material: si el órgano legislativo está en imposibilidad de ejercer su función, hay que reemplazarlo. En tal caso, el órgano gubernamental está designado del todo por la naturaleza misma de la función gubernativa: véase, más adelante, 176. *Adde*, sobre el primado del ejecutivo, antes, 159 y 160.

117 Comp. Hauriou, *Précis*, pp. 264-266.

mativo, y para aplicar el criterio a los hechos concretos, ¿quién decidirá: el gobierno, el titular del poder legislativo, tal vez un órgano jurisdiccional? Lo que ahora se discute es la línea de demarcación entre dos funciones legislativas distintas, una subordinada a la otra: la legislativa propiamente dicha, ejercida por el órgano legislativo, y la función reglamentaria, desempeñada por el órgano gubernativo.¹¹⁸

172. B. Independientemente del cúmulo objetivo, que consiste en el cumplimiento de funciones diversas por un mismo órgano, encontramos una forma de acumulación que podemos llamar subjetiva, que consiste en cierta dependencia de los órganos destinados a una función respecto de los órganos de otra función, de tal suerte que los primeros son en alguna manera hechura de los segundos. La repartición de las funciones es observada, pero su independencia no. Ahora bien, ¿de qué sirve buscar determinaciones de competencias si la confusión, expulsada por el lado de las funciones, se reintroduce por el lado de los órganos encargados de las funciones?

Hay varios modos posibles de subordinación: el que concierne a las *instituciones* mismas, sometidas en su existencia o en su estructura a la acción de otro poder, dueño de suprimirlas, y el que atañe al *personal* componente de las instituciones, cuyos miembros dependerían en cierta medida de los titulares de otro poder. Estas clases de subordinación no siempre son inevitables; a menudo son hasta necesarias. Así, corresponde a la ley, constitucional u ordinaria, crear e instituir los órganos por quienes se ejercerán las diversas funciones.¹¹⁹ Una de las ventajas del sistema de Constituciones rígidas es sustraer a la competencia del legislador ordinario todo lo que toca a la estructura de los órganos llamados constitucionales.

Con todo, existe un caso de subordinación radical que es inadmisibles, porque de hecho niega el principio de no acumular las funciones: es el *derecho de revocación* arbitraria.¹²⁰ Si el legislador tiene derecho de revocar *ad nutum* a los titulares de la función gubernativa o jurisdiccional, si el gobierno tiene derecho de revocar a los titulares de la legislativa o de la jurisdiccional (aunque sea a los jueces administrativos), o también (hipótesis poco práctica), si los jueces tienen derecho de destituir directa o

118 Este problema será examinado más adelante: véase *infra*, 173.

119 Después volveremos sobre esta subordinación: véase más adelante, 178.

120 Acerca de la primordial importancia del principio de irrevocabilidad recíproca, véase Esmein, 8a. ed., t. I, pp. 505 y 506.

indirectamente a los titulares de las otras funciones, la determinación de las competencias no es más que un señuelo: los titulares de la función subordinada, por razón del derecho de revocación, descienden al nivel de delegados o ejecutores de los titulares de la función dominante.¹²¹ En contraste con este sistema, hay que sentar el principio de que, dentro de su esfera, cada poder es soberano, lo que debe entenderse en el sentido de independencia, no ciertamente respecto del poder en general, del que cada poder es sólo un órgano especializado, sino con referencia a los poderes vecinos, es decir, a los órganos encargados de las funciones vecinas. Es fuerza que los titulares de cada función puedan ejercerla con la plena seguridad de su independencia, sin tener que temer, a falta de la revocación de sus actos, la revocación de sus funciones, y sin tener tampoco que esperar recompensa alguna en premio de su docilidad o de sus servicios.

Por consiguiente, admitiendo que el nombramiento de los *jueces* pueda pertenecer, ora al gobierno, ora al órgano legislativo,¹²² sería intolerable que la autoridad que nombra tuviera el medio de pesar sobre la libertad de sus decisiones con alguna amenaza de retiro de empleo, de descenso o aun de traslado; de ahí la regla tutelar, inscrita en muchas Constituciones, de la inamovilidad de los jueces.

Igualmente sería intolerable que las asambleas legislativas, so pretexto de que recibieron su mandato directamente del pueblo, tuvieran el derecho de deponer al *gobierno*.¹²³ Sin duda, la asamblea de representantes del pueblo puede estar investida de un derecho de control sobre los actos del gobierno; en el sistema de gobierno de gabinete o parlamentario, hasta se admite que los ministros a quienes rehúsa su confianza la asamblea están obligados a poner su dimisión en las manos del jefe del Poder Ejecutivo. Pero en primer lugar, éste es libre de no aceptarla, y si de esta negativa resulta un conflicto con la asamblea, de ordinario tiene la facultad de disolverla y apelar al cuerpo electoral. Luego y principalmente, los ministros no componen por sí solos el gobierno; sobre ellos, perso-

121 Es harto evidente que el derecho de revocación brutal y absoluto de que aquí se habla nada tiene de común con el derecho reconocido a las cámaras de negar su confianza a los ministros ni aun con la facultad de disolución de las cámaras, que es el contrapeso del derecho de derribar ministerios. Se trata, en el último sistema, de un equilibrio entre poderes, cuya significación y espíritu serán más tarde explicados: véase *infra*, 179.

122 Después insistiremos en este contacto entre los poderes: adelante, 178.

123 Verdad es que, en esta contingencia, más que la repartición de funciones entre ambos órganos (gubernativo y legislativo), entra en acción la idea de soberanía de la nación; los gobernantes, sean quienes fueren, no serían sino delegados más o menos inmediatos de ésta. Para la crítica de la tesis, véase antes, 136.

nificando el poder gubernativo y asegurando la continuidad de éste, se encuentra el jefe del Estado, también representante de la nación, y único a quien compete el derecho de nombrar y remover a los que son sus ministros.¹²⁴ Por esto se ve que, no obstante el juego de las influencias recíprocas y aun ciertas preponderancia de las asambleas —no en cuanto legislan, sino en cuanto se reputa que representan al pueblo de modo más inmediato— permanece la independencia del poder gubernativo, a lo menos según la regla constitucional, si no siempre en la práctica, por razón de la osadía de los unos tolerada por la debilidad de los otros.

De la misma manera, estaría comprometida la independencia de los titulares de la función *legislativa* si no sólo fueran designados, sino también revocables por el gobierno: entonces sería muy fuerte la tentación de obedecer o agradar al amo, elaborando leyes que extendieran sus facultades o indebidamente facilitar su tarea, y descuidando las leyes que le impusieran, o bien límites, o bien nuevos deberes.

IV

173. De esta suerte, nada nos veda perseverar en tan buen camino e introducir, por los mismos motivos de orden técnico y político, nuevas distinciones en el seno de cada una de las funciones. Dentro de la *gubernativa*: es tan vasta esta función, pues engloba todo lo que interesa al Estado y al bien público, que resulta imposible limitar *a priori* el número de las divisiones y separaciones de que es capaz. Éstas crecen con la cantidad de quehaceres y servicios que el gobierno toma a su cargo,¹²⁵ quedando entendido, sin embargo, que la responsabilidad de los diferentes servicios, sin distinción, incumbe al órgano investido de la autoridad gubernativa. Por el lado de la función *jurisdiccional* encontramos las mismas subdivisiones según la diversidad de las materias que dan lugar a conflictos, y no son simplemente subdivisiones de órganos, sino subdivisiones de funciones, considerando a éstas como diversas por su objeto y pertenecientes a competencias distintas. Hallamos así: una jurisdicción *civil* y una jurisdicción *penal*, cuyos métodos, en el fondo y en la forma, tienden a diferenciarse más y más; luego, en el sistema del Estado de derecho, en

124 En el mismo sentido, véase Esmein, t. I, p. 505. También existe el sistema suizo, pero, como ya se advirtió (más arriba, 165, nota 86), el Consejo federal suizo, aunque delegado de las Asambleas, es más estable que ningún ministerio en el régimen parlamentario.

125 Sobre los servicios que entraña la administración de las cosas, véase antes, 46 y 47.

que el ejercicio de las funciones normalmente exige control por un juez, tenemos una jurisdicción especial *administrativa*, competente en materia de actos emanados de la administración;¹²⁶ eventualmente, hasta una jurisdicción encargada de apreciar, con respecto a una norma superior, escrita o no, los actos del poder legislativo. Por fin, en el seno de la función *legislativa*, aparece la doble distinción de ley y reglamento por una parte,¹²⁷ ley ordinaria y ley constitucional por otra.¹²⁸

Es verdad que, a diferencia de las precedentes, estas distinciones en lo legislativo, que señalan una gradación jerárquica de reglas —en la base, la Constitución, como valladar a la ley y al reglamento; en el último peldaño, el reglamento, sujeto a la barrera de la ley—, hasta ahora han quedado como puramente formales, sacadas de la naturaleza del órgano creador de la regla. A tal punto que el reglamento, procedente del órgano administrativo, por este motivo ha sido ligado a la función gubernativa. Sin duda que este punto de vista formal de la definición por el órgano tiene sus ventajas: permite incluir en una u otra de las categorías las reglas que la razón política aconseja dotar de un carácter, ya más, ya menos estable. Y pues las reglas más estables son las constitucionales, precisamente por razón de las dificultades del procedimiento de revisión, bastará inscribir en la Constitución las reglas que deseamos sustraer a fáciles mutaciones, sea a causa de su importancia intrínseca, o aun a causa de especiales peligros de mutación a que estarían expuestas.¹²⁹ En cambio, donde la materia reclama más frecuentes precisiones, se dejará al gobierno, cuya acción es más expedita que la de la ley, el cuidado de proveer por medio de decretos.

No está, sin embargo, prohibido concebir una distinción *objetiva*, obtenida no sólo del órgano generador de la regla, sino de ésta misma, de su consistencia y de su puesto dentro del cuadro del derecho y del Estado. Serán constitucionales, en el sentido de que merecerán figurar en la Constitución y participar de la estabilidad de las normas constitucionales, las

126 Así en los países que admiten el principio de la separación entre autoridades administrativas y judiciales. En otras partes, es la jurisdicción ordinaria quien juzga, cuando menos parcialmente, el contencioso administrativo (véase más arriba, 170, texto y nota 112). Por lo demás, la identidad de jurisdicción no podría impedir la diversidad de métodos, consecuencia de la diversidad de problemas.

127 Acerca de la función reglamentaria (y, en este sentido, legislativa) del órgano gubernativo, véase *supra*, 170, inciso c.

128 Sobre el problema de las Constituciones rígidas, véase antes, 100-105.

129 Así fue como en Francia se erigió en institución constitucional (10 de agosto de 1926) la Caja de gestión de los bonos de la defensa nacional y de amortización de la deuda pública. Véase, sobre esta disposición y su historia, Esmein, 8a. ed., t. II, pp. 555 y ss.

reglas que establezcan los principios fundamentales de la organización del Estado y de la vida política y social.¹³⁰ A continuación vendrá la legislación ordinaria, fijando las grandes líneas o disposiciones esenciales del ordenamiento, en las diferentes materias en que se juzga necesaria una regla, al paso que podrán abandonarse al reglamento propiamente dicho los detalles o las medidas de ejecución. Sea cual fuere la dificultad de llevar a la práctica tal distinción, especialmente a consecuencia de la radical relatividad de los criterios que utiliza, no deja de tener fundamento real, pues en efecto toda regla está constituida por *principios* y por *determinaciones* de principios.

De cualquier modo, racionalmente nada se opone a que la aplicación de la distinción se confíe a los mismos órganos de la legislación, conforme al orden jerárquico que les es propio, pues el órgano superior tiene competencia para determinar lo que reserva a sí mismo y lo que deja al órgano inferior. Tal es la solución admitida en el sistema llamado de las *leyes-marcos*,* en el que el órgano de la legislación ordinaria se limita a sentar los principios del ordenamiento sin descender siempre hasta los detalles: éstos deben ser precisados y eventualmente puestos al día, dentro del marco de los principios, por el órgano encargado del poder reglamentario.¹³¹ La función legislativa está repartida así entre órganos escalonados según el proceso del movimiento de elaboración legislativa, que va desde los principios más generales o más fundamentales hasta la determinación cada vez más concreta de estos principios.

Hace falta también que las jerarquías sean respetadas, y que el órgano legislativo inferior se mantenga dentro del marco que se le ha trazado, sin contradecir la norma establecida por el órgano superior. Cuando la ilegalidad proviene del órgano reglamentario, el mecanismo de la sanción casi no ofrece dificultad: el juez que conoce de un conflicto en que el reglamento hubiera de aplicarse rehusará esta aplicación,¹³² o bien se instituirá un tribunal especial para anular los reglamentos ilegales. Pero se complica el problema cuando la ilegalidad proviene del órgano legislativo ordinario que dicta una regla contraria a la Constitución. Por una parte, es

130 Se hallarán algunos elementos de definición en este sentido en Hauriou, pp. 247 y 248, y núm. 3 de la p. 248.

* “*Lois de cadre*” en el original (N. del T.).

131 Sobre el procedimiento de las “leyes-marcos”, véase *La réforme de l'État*, publicado por el “Centre d'études pour la réforme de l'État”, pp. 70-73. En lo que atañe, para Francia, al procedimiento de los “reglamentos de administración pública”, véase Barthélemy y Duez, pp. 200-202.

132 Sobre esta solución, véase antes, 170, inciso c.

poco lógico confiar al legislador ordinario, juez en causa propia, el cuidado de apreciar si la ley que él dicta viola o no la regla constitucional: por otro lado, hay serias razones de índole política y de índole propiamente técnica (en particular a causa del carácter impreciso de muchos principios constitucionales), para no encargar a un órgano jurisdiccional (tribunales ordinarios que denieguen la aplicación o tribunal especial que anule la ley) la solución de este litigio de derecho constitucional. Con efecto, debemos preguntarnos si, en semejantes materias que tocan tan de cerca a la política práctica, será el juez a la vez competente e imparcial y, en la afirmativa, si sobre su competencia e imparcialidad no recaerán sospechas.¹³³

174. Hay un último tipo de separación, que me reduciré a mencionar, por temor de penetrar demasiado pronto en precisiones técnicas: es el procedimiento de *segmentaciones de órganos* consagrados a las mismas funciones,¹³⁴ después de las separaciones de funciones y subseparaciones dentro de cada función. El ejemplo más sencillo de esta categoría es el sistema bicamaral, en el que la función legislativa (si es que no es siempre la de control sobre los actos del gobierno, que corresponde a otro punto de vista) pertenece a dos cámaras, integradas a menudo conforme a reglas diferentes, en vista de acentuar el contrapeso. Otro ejemplo de institución bicéfala,¹³⁵ pero más complicada, es el del jefe de Estado y los ministros, que juntos componen el órgano de la función gubernativa y administrativa.

V

175. Por más fundada que esté experimentalmente la distribución de las funciones del poder entre instituciones u órganos distintos e independientes, sin embargo sólo tiene valor de un medio, no de un dogma.¹³⁶ Esto significa que el principio no carece de excepciones.

Se justificará la excepción, en primer lugar, cada vez que las razones generales que motivan el principio no ocurran en la práctica.

La hipótesis es harto frecuente, pero siempre especial. Además, desde un punto de vista teórico, la solución derogatoria se presta con frecuencia

¹³³ En lo que concierne a los inconvenientes del control jurisdiccional en materia de legislación, véase J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núms. 226-229, pp. 734-745. Comp. Barthélemy y Duez, pp. 224-226.

¹³⁴ Comp. Vareilles-Sommières, pp. 229 y 230, que ve en este procedimiento una garantía a la vez suficiente y eficaz.

¹³⁵ La expresión es de Hauriou, *Précis*, pp. 387 y 390, *initio*.

¹³⁶ Barthélemy y Duez, *op. cit.*, pp. 138, 142 y 143.

a discusión y se explica, o por la historia de las instituciones, o por consideraciones de oportunidad. Hagamos a un lado el caso (en verdad importantísimo) del poder *reglamentario*, en que vemos que el órgano gubernativo decreta reglas, lo cual, en el fondo, constituye labor legislativa.¹³⁷ El caso puede ser descartado, y no sólo porque en la práctica la acción gubernativa es imposible sin cierto poder reglamentario, sino ante todo porque la reglamentaria es una función legislativa inferior, que sólo puede ejercerse dentro del marco de la ley o, al menos, no en contra de la ley.¹³⁸

Pero hay otros ejemplos. Tenemos el caso del administrador-juez y también el de la jurisdicción administrativa separada de la administración activa: con razón o sin ella, se estima que el argumento de la especialización, que constituye una de las razones del principio denominado de la separación de poderes, en la práctica milita contra la separación; que, en la materia particular del contencioso administrativo, la competencia técnica, aun para juzgar, se encuentra sólo en el seno de la administración. Verdad es que no podría desatenderse la garantía de imparcialidad: por ello se ha ideado que juzgara la administración, sí, pero por un órgano jurisdiccional distinto.¹³⁹

Asimismo, el legislador está capacitado para efectuar actos en primer término gubernativos, como las naturalizaciones. Materialmente, la naturalización nada tiene de ley: es un acto particular, relativo a un individuo determinado y que, en el fondo, corresponde a la competencia (no sólo residual, sino primaria) del órgano encargado de presidir en el Estado. Si, con todo, se le atribuye competencia al legislador, esto es en virtud de la idea de soberanía nacional, porque el órgano legislativo ha parecido el más representativo de la voluntad general: ¿no incumbe al pueblo decidir sobre la admisión de un nuevo miembro al seno de la comunidad?¹⁴⁰

137 Sobre el poder reglamentario, véase más arriba, 170 inciso c y 173.

138 En efecto, es una cuestión discutida la de saber si la función reglamentaria tiene campo libre *praeter legem* o si sólo puede moverse dentro del marco positivo de una ley: se juega aquí el principio de legalidad (véase más abajo, 229). Ciertamente queda la hipótesis de los decretos-leyes (en el sentido estricto: decretos capaces de modificar las leyes); sobre ésta, véase Barthélemy y Duez, pp. 779 y 780; Bonnard, *Précis de droit public*, 4a. ed., pp. 120-122.

139 En Hauriou (p. 428, texto y notas 55 y 56) se encontrarán otros ejemplos del mismo tipo.

140 Para la *amnistía*, la situación es un poco diferente: en tanto que interviene por vía de medida general, puede admitirse que atañe a la función legislativa; pero, por su fondo, compete más bien al órgano gubernativo. El sistema de la *amnistía por gracia*, en que el legislador sienta el principio de la amnistía, dejando al gobierno el cuidado de determinar sus beneficiarios individuales, constituyen una solución intermedia. Acerca de este punto, véase: Hauriou, pp. 429 y 430; Barthélemy y Duez, p. 754.

A veces el legislador realiza actos propiamente jurisdiccionales, como en el caso de la organización de las cámaras en Suprema Corte de Justicia (gran jurado), para juzgar ciertos delitos cometidos por el jefe del Estado o por los ministros, o también ciertos atentados cometidos por particulares contra la seguridad del Estado. Aun tratándose aquí de negocios propiamente políticos o que tocan de cerca a la política, es lícito preguntarse si semejante jurisdicción, eminentemente política, da suficientes garantías de imparcialidad. Sin duda que el órgano se cambia: las cámaras se transforman en gran jurado. Pero el personal permanece político, y es de temerse que no pueda despojarse del partidismo para revestirse del alma de juez.¹⁴¹

Finalmente, acaece que el órgano judicial, cuya función es, empero, la más “homogénea”, se entregue a actividades que no tienen nada de contenciosas: tal el caso de la jurisdicción llamada graciosa (jurisdicción voluntaria), en la que el juez, haciendo las veces de la administración, presta a los particulares servicios que, sin embargo, no dejan de tener ligas con la administración de la justicia. O más aún cuando es requerido el juez a decidir en materia de opción de patria o de pérdida de la nacionalidad:¹⁴² el órgano judicial ha parecido más imparcial que el gubernativo, y el procedimiento judicial, con mayores garantías que una decisión administrativa.

176. En segundo lugar, estará justificada la excepción al principio de la separación en todas las circunstancias históricas en que la aplicación del principio sea, ora impracticable, ora simplemente nociva al Estado.

¿Cómo mantener el principio cuando uno de los órganos esté en imposibilidad de funcionar: por ejemplo, las cámaras legislativas en caso de ocupación del territorio por el enemigo? Puesto que todas las funciones del poder deben continuar ejerciéndose, es fuerza que el gobierno, único órgano absolutamente indispensable, tome en sus manos y ejerza según su propio modo las funciones privadas de su órgano regular.

Mas no debemos limitarnos a esta hipótesis. Hay pueblos políticamente poco educados (el caso es menos raro de lo que se piensa, aun en los países de civilización y cultura) en quienes cierto cúmulo de las funciones, por ejemplo el gobernar por decretos, es la única solución moral-

141 Así, en Bélgica, se encarga la función a la Corte de casación, por lo menos en lo que concierne a la responsabilidad de los ministros (Constitución, artículo 90).

142 Tal es el sistema adoptado por las leyes belgas de 15 de mayo de 1922 (artículos 10 y 19) y 30 de julio de 1934.

mente posible; por hipótesis, estos pueblos tienen más necesidad de orden que de libertad. Así, será lógico renunciar a una fórmula de gobierno destinada sobre todo a salvaguardar los derechos de la libertad.¹⁴³ Pero hasta en los pueblos políticamente educados, y fuera de todo supuesto de imposibilidad material de funcionamiento, hay momentos de peligro grave, exterior o interior, que aconsejan un abandono temporal del principio de la separación. En tiempos anormales, gobierno anormal. El Estado y el bien público, que son el fin de toda la política, no pueden ser sacrificados a simples medios organizados en vista de este fin. Sólo que sí convendría proclamar la doctrina y legalizarla, estableciendo un régimen completo de organización y funcionamiento de los poderes para los periodos de peligro, y debería de antemano definirse esta última noción, de manera que, en cuanto sea posible, se extirpe toda interpretación arbitraria.¹⁴⁴

177. Pero volvamos a los tiempos normales.

Aunque algunos pretendan otra cosa, parece muy difícil negar que los ejemplos señalados de ejercicio de una función por un órgano extraño a esta función constituyan otras tantas excepciones, más o menos numerosas, más o menos especiales, más o menos justificadas, al principio de la separación de poderes. “Aunque cada uno de los poderes públicos reúna las más variadas funciones”, según Hauriou, “no hay en esta participación de una misma función nada contrario a la separación de poderes; a la inversa, el verdadero principio es que los poderes públicos, separados en cuanto operaciones de la voluntad, participan de las mismas funciones en amplia escala”.¹⁴⁵ Pero cuando, en tal caso determinado, el órgano legislativo, sea cual fuere su “forma de volición” (asamblea deliberante o poder de decisión ejecutiva), desempeña él solo la función de juez o administrador, o cuando el órgano gubernativo, en tiempos normales o anormales, dicta verdaderas leyes y no meros decretos, o bien ya las palabras no tienen sentido, o bien esta “colección de funciones” es lo contrario de la separación de poderes, pues ésta supone, al comenzar, repartición de las distintas funciones entre distintos órganos. Para que exista separación de poderes no es suficiente que haya órganos distintos, aun cuando estén dotados de “formas de volición” distintas. Todavía hace

143 En lo que se refiere a las colonias, véase Hauriou, pp. 385 y 441.

144 Véase, sobre la distinción entre tiempos *normales* y tiempos *anormales*, Hauriou, pp. 440-441. Respecto de los tiempos *anormales*, Hauriou, p. 4; Barthélemy y Duez, *op. cit.*, pp. 241-245.

145 Hauriou, p. 535. Se recordará la teoría de Hauriou sobre la distinción de los poderes según las operaciones de la voluntad, teoría que ya antes (161 y 162) fue expuesta y criticada.

falta que estos órganos distintos se apliquen a funciones distintas, lo que ya no sucede si acumulan con su función propia (la que corresponde a su propia forma de volición) otras funciones diferentes, que no corresponden a su forma de volición propia. La confusión bien puede ser accidental en un régimen en que la separación se establece como principio y funciona de manera general; no por ello constituye menos una excepción a tal régimen, excepción que, al derogar la regla, la confirma.

VI

178. La verdad es que el principio de separación de los poderes, dentro de una concepción racional, no destruye en modo alguno las relaciones entre *órganos* o *poderes*, que pueden llegar hasta una cierta dependencia en cuanto a las instituciones y al personal, hasta una colaboración más o menos íntima en cuanto al ejercicio de los actos de una misma función. Pero, como veremos, ya no se trata entonces de cúmulo de *funciones*, ni siquiera a título accidental; son dos hipótesis diferentes.

a) Ante todo, en cuanto a las *instituciones* y al *personal* que integra los diversos órganos o poderes. Aquí se puede hablar de excepciones si se quiere, pero más bien de obligada atemperación al principio.¹⁴⁶ Lo que siempre sucede es que se afirman preponderancias. En el régimen del Estado legal, la estructura y el mecanismo de los órganos llamados a ejercer las diferentes funciones están determinadas por la ley, constitucional u ordinaria. Por naturaleza, toda *institución* requiere una regla.¹⁴⁷ Mas la regla, que erige y organiza la institución, puede también modificarla y suprimirla. Indiscutiblemente, el poder que dispone de la regla tiene los medios para organizar las instituciones de tal manera que, en su funcionamiento, no le hagan sombra. Por esta parte hay un ascendiente, cuando menos posible, pero que puede neutralizarse por otras combinaciones o por otras influencias¹⁴⁸ del poder legislativo sobre los demás poderes organizados por él. A falta de influjo legislativo, recaerá el predominio en el poder gubernativo, quien, por vía de reglamento, creará las instituciones y los órganos de que no podría prescindir el Estado. Situación a tal punto inevitable, que forma el presupuesto necesario de toda la estructura del Estado, comprendiendo

146 Sobre el principio de independencia incluido en el concepto de separación, véase antes, 172.

147 Acerca de esta exigencia, véase antes, 156.

148 Otras combinaciones, en especial la participación de varios órganos en la función legislativa; otras influencias: la opinión pública.

el principio de la separación de poderes: es preciso suponer un poder constituyente (en sentido formal o, simplemente, en sentido material) del cual deriven los otros su existencia, su estatuto y sus prerrogativas.

Tenemos una dependencia a la vez más peligrosa y menos necesaria cuando se trata de la nominación de las *personas* destinadas a componer los órganos de las diversas funciones.

Teóricamente, no hay sino dos medios para eludir del todo esta dependencia de los órganos de una función frente a los órganos de otra función: la *intraopción*¹⁴⁹ y la elección por el pueblo o una fracción del pueblo.¹⁵⁰ Pero a más de que el procedimiento de la *intraopción* supone condiciones de número que no se dan siempre (como para escoger al jefe del Estado, cuando éste es un solo individuo),¹⁵¹ la designación por hombres del mismo grupo se presta a múltiples inconvenientes: espíritu de camaradería, prima a la ancianidad, repliegue sobre sí mismo, esclerosis del cuerpo. La elección por el pueblo no presenta estos inconvenientes, pero engendra otros igualmente graves. Claro está: este sistema realiza la democracia perfecta, al menos en su forma indirecta: todos los detentadores de la autoridad, sea cual fuere su función, son nombrados por el pueblo.¹⁵² Pero aun admitiendo que tal elección no los reduzca al estado de meros delegados o mandaderos, la cuestión es saber si el régimen de la elección, aplicado a todas las funciones sin discernimiento, será favorable al buen desempeño de las funciones.

Formulada en estos términos generales, el problema debe resolverse de modo negativo. Hay funciones que exigen la elección popular: son las que tienen un carácter representativo, por lo menos en el régimen democrático. La participación del pueblo en el gobierno lleva aneja, por definición, la elección por el pueblo de algunos de los titulares de la autoridad. En cuanto a la determinación de las funciones representativas sujetas a elección, depende de las modalidades del régimen y del grado de democracia que se adopte. De ordinario, el pueblo elige la totalidad o parte de los miembros de las asambleas encargadas de hacer la ley; en ocasiones,

149 Se introduce este nuevo vocablo, para traducir la palabra francesa *cooptation*, cuyo significativo es: “Modo de reclutamiento que para una asamblea consiste en designar ella misma a sus miembros”. Creemos que *intraopción* (o también podría decirse *intraelección*) da clara idea de este caso especial dentro del concepto genérico de elección (N. del T.).

150 Sobre la elección como consecuencia necesaria del principio de la separación de poderes, véase la crítica de Esmein, t. I, p. 505, nota 40.

151 Es verdad que el jefe único podría escoger a su sucesor, lo cual es una modalidad de la *intraopción*.

152 Sobre el carácter imperfecto, desde este punto de vista, de la democracia, véase antes, 128 y 137.

al jefe del Estado.¹⁵³ Mas sea cual fuere el campo que se ofrezca a la democracia, hay funciones a las que sólo conviene el sistema de nombramiento por la autoridad: tales las funciones *judiciales*.¹⁵⁴ Parece que por respeto al principio de la separación de poderes, la Asamblea constituyente decretó que “los jueces serían elegidos por sus propios súbditos”.¹⁵⁵ Con la experiencia, fue condenado el método,¹⁵⁶ y se volvió al sistema antiguo de la elección por el poder, con la contragarantía de la inamovilidad de los jueces.¹⁵⁷ Hemos dicho nombramiento por el poder. Se trata del poder *gubernativo*, en especial del jefe de Estado. Semejante atributo no podría, en efecto, corresponder a las asambleas, ni en calidad de legislación, pues se trata de nombrar para una función, ni en virtud de la representación del pueblo, porque, a este respecto, su misión es de control y no de acción. Como la competencia del gobierno es general y “residual”,¹⁵⁸ cualquier acto que no incumba ni a la legislación ni a la jurisdicción debe, en principio, pertenecer a esa competencia: así la nominación para todas las funciones públicas, comprendiendo la función de juez, cuyo carácter es por lo demás mixto, ya que, al propio tiempo que ejerce un poder, el juez desempeña una profesión técnica, especializada.¹⁵⁹

Ante estas consideraciones, el principio del todo formal de la separación de poderes debe ceder: si la razón y la experiencia exigen que uno de los poderes tenga derecho de designar a las personas titulares de otro poder, no hay que vacilar frente a esta atemperación a la teoría de la separación, pues, en su ejercicio, las funciones continúan confiadas a órganos distintos. Pero queda entendido que aun el mismo sistema del nombramiento por el poder gubernativo puede dejar lugar a otro, como sería la nominación por el poder legislativo, la intraopción o la elección por el pueblo, o también una combinación de estos diversos sistemas, siempre que la solución esté en condiciones de salvaguardar lo esencial, a saber, el buen desempeño de las funciones.¹⁶⁰ En materia de organización de los

153 Sobre las ventajas del régimen de monarquía hereditaria, véase *supra*, 137.

154 Acerca de la cuestión de la elección de los jueces, Esmein, t. I, pp. 543, 551 y ss.; Barthélemy y Duez, pp. 849-851; Laski, *Grammaire de la politique*, pp. 275 y 276.

155 Ley del 16 de agosto de 1790, tít. II, artículos 3o. y 4o.

156 Véase Esmein, t. I, p. 555.

157 Sobre la inamovilidad de los jueces, Esmein, t. I, pp. 544 y 559; Barthélemy y Duez, pp. 851-854.

158 Sobre este principio, véase más arriba, 159.

159 Sobre este carácter mixto, Esmein, t. I, p. 553.

160 Algunos magistrados o funcionarios pueden así ser elegidos por los órganos del solo Poder Legislativo, o bien éstos tienen derecho de presentación, etcétera.

poderes, los principios jamás tienen sino un valor general, es decir, aproximado: no siempre se imponen; a veces son hasta nocivos.

179. *b)* En cuanto al *ejercicio de las diferentes funciones*, al menos por lo que toca a la función gubernativa y a la legislativa, no parece que el principio de la separación de poderes sea incompatible con una participación del órgano gubernamental y del legislativo en los actos de una misma función, sea legislativa, sea administrativa. Pero antes de emprender la demostración, y con la mira de precisar los datos del problema, es oportuno ponerlo en su punto.

Se dijo ya¹⁶¹ que el poder se realiza por tres funciones formalmente distintas, que son: la acción concreta, que corresponde a la función gubernativa y administrativa; la elaboración de las reglas generales, que compete a la legislativa; la solución de litigios por medio del derecho, que incumbe a la función jurisdiccional. Estas distintas funciones exigen una repartición entre órganos distintos, especializados, y no un cúmulo en manos de un órgano único —simple o compuesto— capacitado para cumplirlas todas indistintamente.

Asentado esto (que constituye la esencia o principio de la teoría llamada de la separación de poderes), pueden presentarse varias soluciones, entre las que unas contradicen, y otras no, dicha teoría.

Por lo pronto, es evidente que la separación de poderes no queda afectada, sino al contrario, por la necesaria colaboración de los diferentes órganos para *dar eficacia* al trabajo de cada uno de ellos.¹⁶² Por ejemplo, si la misma ley es elaborada por el órgano legislativo, para ser luego promulgada por el gubernativo y, finalmente, aplicada por el órgano jurisdiccional, este proceso, que se refiere a la ley y tiende a su efectiva realización, no por ello deja de comprender actos distintos, correspondientes a funciones diversas y efectuados por órganos distintos.

Tampoco se quebranta el principio de la separación cuando el órgano legislativo traza reglas para la acción gubernativa o para la del juez, ni cuando éste es llamado a juzgar a la administración. Al legislar, aunque lo haga dirigiéndose a otros poderes, el órgano legislativo permanece dentro de su función; al decir el derecho, hasta en conflictos en que están mezclados otros poderes, el juez no sale de su función jurisdiccional.¹⁶³

161 Véase *supra*, 154-158.

162 Sobre esta especie de colaboración de algún modo sucesiva, véase *supra*, 166.

163 Véase más arriba, 168, 170, nota 112 y 175.

Sin duda, de esta manera, uno de los poderes puede actuar sobre el otro y, en cierta medida, dictarle su actitud; pero, puesto que sólo ejerce este influjo por medio del cumplimiento de su propia función, el principio de la separación está a salvo. Desechar este punto de vista equivaldría a afirmar la incompatibilidad radical de la separación de poderes y del Estado legal, en que los poderes están sometidos a la ley y al juez.¹⁶⁴

En cambio, se discute y contraría el principio de la separación —ya lo dijimos—¹⁶⁵ en todos los casos en que al órgano encargado de una función se le reconoce competencia para realizar, además de los actos de la suya propia, actos relativos a *otra función*: así, cuando el órgano legislativo o el gubernativo efectúan actos que en el fondo son jurisdiccionales, o cuando el órgano judicial hace actos de administración o pronuncia “sentencias de reglamento”... En semejantes hipótesis, manifiestamente hay cúmulo de funciones, cuando menos limitado y, por consiguiente, ataque, justificado o no, al principio de la separación.

¿Acontece lo mismo cuando el órgano encargado de una función ya no es llamado a llevar a cabo por añadidura actos de una función diferente, sino a *colaborar con el órgano encargado de otra función en la realización de actos de ésta*? En otros términos, ¿queda contrariado el principio de la separación, ya no por el cúmulo de funciones en manos de un mismo órgano, sino por el *concurso de órganos distintos en una misma función*? Así se plantea el problema, y de inmediato se advierte que la hipótesis del *concurso* es diferente a la del *cúmulo*, y que la respuesta válida para la acumulación no tiene necesariamente validez para el caso de la concurrencia.¹⁶⁶

Sin embargo, hay un caso de concurrencia que hay que descartar desde luego: el concurso en el ejercicio de la función *jurisdiccional*. Por su propia naturaleza, la función jurisdiccional excluye la intromisión de todo órgano ajeno a la jurisdicción. No se concibe que las sentencias puedan ser obra común del juez y del órgano legislativo o gubernativo. Podrá acontecer que el gobierno comparezca ante el juez y exija de él un fallo (por medio del ministerio público); podrá acontecer que el juez esté obligado a juzgar según una regla que le han dado el legislador o el gobierno (caso

164 Es la tesis nacional-socialista en su crítica del principio de la separación: véase Mankiewicz, *Le national-socialisme allemand*, t. I, núm. 114, p. 116.

165 Véase antes, 177.

166 Sobre el problema de las relaciones entre poderes, de una manera general, véase H. Laski, *Grammaire de la politique*, pp. 176 y ss., 210-226.

del poder reglamentario). Pero el acto jurisdiccional, la sentencia misma, es y debe ser obra sólo del juez. De otra suerte, el acto será jurisdiccional en la forma, no en el fondo. A la verdad, la participación de otro órgano en el acto jurisdiccional, más que el principio de la separación, contraría el principio de la independencia del juez, que debe poder juzgar sólo para emitir su fallo de manera independiente e imparcial. Lo que, por otra parte, es la solución admitida por todo mundo, sea cual sea la interpretación dada al principio de la separación de poderes: como poder separado, el juez no puede aceptar ni se le puede imponer, en su función de juzgar, la colaboración de ningún otro órgano o poder extrajurisdiccional.¹⁶⁷

No es posible ser tan claros cuando se trata de las otras dos funciones del poder, la *función legislativa* y la *gubernativa*. Bien pueden ser distintas por naturaleza y reclamar que sean confiadas a órganos distintos, pero no exigen que el órgano destinado a cada una de ellas quede completamente excluido del trabajo que realiza el órgano vecino. No lo exigen porque las actividades, aunque distintas en sí, son vecinas, y porque cada una de ellas, para realizarse plenamente, necesita del concurso de la actividad vecina, lo cual justifica cierta participación del órgano legislativo en la actividad del gubernativo y viceversa. En una palabra, la separación de poderes no es necesariamente sinónimo de “separatismo” (en el sentido de un ejercicio exclusivo por cada órgano de la función que le pertenece, fuera de toda colaboración, de todo contacto con el órgano destinado a otra función).

180. Esta interpretación no coincide, es verdad, con la concepción americana de la separación de poderes,¹⁶⁸ que se caracteriza, al contrario, por una rigidez hecha de compartimentos cerrados, sin comunicación entre los órganos y las personas. Por un lado se encuentra el presidente, electo por el pueblo,¹⁶⁹ que escoge, fuera de las asambleas, a sus secretarios de Estado, responsables sólo ante él. Por otra parte, el Congreso, compuesto de dos cámaras: la Cámara de Representantes, electa por dos años por el país entero; el Senado, electo por los estados de la Unión a razón de dos senadores por cada estado. Pero si los dos órganos repre-

167 Con todo, hay países en que los jueces no son en nada independientes: prestan “servicios” al poder, ya sea que éste solicite o exija tales servicios, o que los jueces quieran complacer al poder o hacerse gratos a él.

168 Esta fue igualmente la concepción de la Constitución francesa de 1791 y de la del año III, que se inspiraron en el ejemplo yanqui: véase Esmein, t. I, pp. 507 y ss.; Duguit, t. II, parágrafo 41, pp. 514 y ss., especialmente pp. 521 y ss.; Barthélemy y Duez, pp. 146 y 147.

169 Más exactamente, por medio de delegados con mandato imperativo.

sentativos del pueblo americano, el Legislativo y el Ejecutivo, están en relación directa con el pueblo por la elección, en principio no colaboran. El gobierno y sus miembros no participan en la elaboración de la ley: no tienen el derecho de iniciativa; no son oídos; ni aun los secretarios de Estado tienen acceso a las asambleas, pues no son miembros de ellas. Únicamente en un punto padece desviación el principio: el presidente tiene derecho de oponer veto suspensivo a la aplicación de una ley votada por el Congreso. Recíprocamente, el Congreso no participa de la función gubernativa y administrativa, ni siquiera en forma de control: no puede ni censurar ni derribar a los ministros, que no son sino agentes en cierto modo personales del presidente. En un solo punto sufre desviación el principio: el Senado es llamado a ratificar las decisiones del presidente en materia de tratados internacionales y de nombramiento de funcionarios federales.¹⁷⁰

Tal es, soslayando ciertos matices y aun algunas atemperaciones, más o menos graves, la línea general del sistema americano. Lo cierto es que, en la práctica, no ha podido mantenerse esta línea. El enlace entre los dos poderes se establece dentro de los comités permanentes del Congreso (los del Senado, electos por la asamblea; los de la cámara, electos por el *speaker*), organismos creados por el reglamento de las cámaras, en los que se concentra la actividad real del Congreso. Ahora bien, los ministros que deseen que una ley prospere o sea propuesta por un miembro del Congreso, cuidarán de entrevistar al presidente del comité ante quien se enviará el proyecto. Por otra parte, algunos de estos comités permanentes ejercen constante vigilancia sobre los actos y la conducta de los ministros, hacen que ante ellos comparezcan y los interrogan. En caso de desacuerdo, el Ejecutivo continúa como amo, pero su actividad queda paralizada. De esta manera se da la colaboración, pero por la puerta falsa, en el secreto de los comités, sin las garantías de una colaboración pública y reglada. Y cuando no encuentra solución el conflicto, el desenlace es la revolución, como en más de una república de América del Centro y del Sur.¹⁷¹

Así, los hechos demuestran que el “separatismo” es insostenible, lo cual bastaría ya para condenar la doctrina. Mas el “separatismo” es insostenible porque contraría la naturaleza de las cosas. Así como es lógico

170 Sobre el sistema norteamericano, véase Esmein, t. I, pp. 503-518; Duguit, t. II, parágrafo 49, pp. 634-639; Hauriou, pp. 198, 199, 355 y 359; Barthélemy y Duez, pp. 150-155; Laski, pp. 210 y 211.

171 Para la crítica del sistema americano, Esmein, t. I, pp. 518-524; Duguit, t. II, parágrafo 49, pp. 634-639; Hauriou, pp. 199 y 356, nota 13.

que al gobierno no se le permita hacer las leyes que lo ligarán, así también es lógico que él tenga derecho a hablar en la elaboración de las leyes que habrá de ejecutar: aun aparte de la responsabilidad que incumbe al gobierno como jefe de la empresa del Estado, la carga de la ejecución de las leyes confiere sin duda calidad para participar en su elaboración. Tan lógico es que el órgano encargado de hacer las leyes no esté investido al mismo tiempo de la función de gobernar y administrar, como que tenga (sobre todo si directamente lo eligió el pueblo) el derecho de controlar la ejecución de las leyes y, en general, la acción del gobierno.

181. El más acentuado tipo de gobierno basado en la *separación de las funciones* y en la *colaboración de los órganos* es sin duda el gobierno parlamentario, o, mejor, el “gobierno de gabinete”.¹⁷² Podemos definirlo como el régimen en que el gobierno (*sensu stricto*), es decir, el jefe del Estado, colabora con el Parlamento, esto es, las asambleas electas, por intermedio de un órgano de enlace, arco toral del sistema, que es el gabinete o cuerpo de ministros. El gobierno colabora con las cámaras en la tarea legislativa; las cámaras colaboran con el gobierno por el llamado control parlamentario y por la votación y fijación del presupuesto. El gabinete opera la trabazón, pues sus miembros, escogidos por el jefe de Estado (de ordinario, en el seno del Parlamento) y responsables ante él, al propio tiempo son responsables frente al Parlamento, que puede manifestarles su desconfianza y estrecharlos a la dimisión.

En el sistema parlamentario clásico, el órgano gubernativo está en algún modo “desdoblado”:¹⁷³ por una parte, el jefe del Estado —monarca o presidente elegido—, titular inamovible del poder gubernativo,¹⁷⁴ independiente de las asambleas e irresponsable; por otra parte, el comité de los ministros, libremente electos por el jefe del Estado, que no puede efectuar ningún acto de la función gubernativa sin su concurso. Indudablemente los ministros deben gozar de la confianza del Parlamento, y el medio de que la obtengan es desde luego tener en cuenta el estado de la

172 Acerca del gobierno parlamentario, véase Esmein, 8a. ed., t. I, pp. 169 y ss., 524-530; Duguit, t. II, párrafos 50 y ss., pp. 649 y ss.; Hauriou, pp. 196-198, 358-373; Barthélemy y Duez, pp. 158-167, 680 y ss.; Bonnard, *Précis de droit public*, 4a. ed., pp. 97-102 y 132-139. Sobre el gobierno de gabinete según la práctica inglesa, Sir M. Amos, *La Constitution anglaise*, trad. de La Pradelle, París, 1935, pp. 77 y ss.

173 Hauriou, *Précis*, 2a. ed., p. 361.

174 Sin embargo, el Parlamento tiene medios para forzar al jefe del Estado a retirarse: poner obstáculos a la formación de todo ministerio. Sobre este medio, véase Esmein, t. I, pp. 526-528. Pero esta situación es revolucionaria.

opinión parlamentaria y hasta escogerlos dentro de la mayoría del Parlamento. Pero no obstante esta obligada confianza, que satisface la idea de colaboración, no son los ministros en modo alguno delegados del Parlamento; siguen siendo ministros del jefe de Estado, lo que mantiene el principio de la separación de poderes.¹⁷⁵ Al derecho que pertenece al Parlamento de forzar a los ministros a dimitir corresponde, para el jefe de Estado, el derecho de disolver el Parlamento; a la acción de éste sobre los ministros, agentes del gobierno, se agrega como contrapeso la posible reacción del gobierno sobre el Parlamento.¹⁷⁶ De esta suerte se realizan, gracias a la institución ministerial y a la elección misma del personal ministerial, las ideas de separación-colaboración-equilibrio, que caracterizan la concepción flexible del principio de la separación de poderes.¹⁷⁷

El mismo carácter complejo se descubre en el funcionamiento de la institución ministerial. El jefe de Estado, por sus ministros, participa en la elaboración de la ley: tiene derecho de iniciativa; sus ministros toman parte en la discusión de los proyectos de ley, y, si son miembros del Parlamento, votan; a veces el jefe de Estado hasta tiene derecho de veto, rehusando sancionar la ley votada por el Parlamento.¹⁷⁸ Por su lado, éste controla la acción gubernativa que se ejerce por los ministros: pregunta, interpela, manifiesta su confianza o desconfianza, adopta o rechaza el presupuesto y los créditos que necesita el gobierno para regir la cosa pública. Los órganos son distintos; cada uno, dotado de sus variadas prerrogativas; pero, a menudo, colaboran en las mismas funciones. Así es como, aun controlando al gobierno, es decir, a los ministros, el Parlamento no gobierna; pero, por medio de este control, en su rango y dentro de su puesto, colabora con el gobierno; también así es como el Parlamento,

175 Sobre este último punto, véase Esmein, t. I, pp. 170-172 y 524-526; Hauriou, pp. 368 y 369. Comp. Barthélemy y Duez, pp. 160 y 161.

176 Sobre la índole lógica y necesaria del derecho de disolución en el régimen parlamentario, véase Esmein, t. I, p. 175; Duguit, t. II, parágrafo 50, pp. 645 y 646; Barthélemy y Duez, pp. 692 y 693; Bonnard, *Précis de droit public*, pp. 137-139.

177 Por lo demás, quedan puntos hartamente mal definidos, y esto suscita controversias; en la práctica, conflictos entre autoridades constituidas: tales, las cuestiones de las relaciones y derechos respectivos del jefe del Estado y del gabinete de los ministros (véase Esmein, t. I, pp. 174 y 175; Hauriou, pp. 363 y 364), del jefe del Estado y del Parlamento al escoger a los ministros, del sitio exacto del Presidente del consejo o primer ministro entre sus colegas, etcétera. Véanse, a este respecto, las consideraciones generales de Esmein, t. I, pp. 176 y 177.

178 Así, en Bélgica, donde el rey es miembro del poder legislativo (Constitución, artículos 26 y 69), lo que implica un derecho de veto definitivo ante el proyecto de ley votado por las Cámaras. Este derecho de veto no debe confundirse con el de *promulgación*, que es un atributo del Poder Ejecutivo distinto de la sanción o del veto (véase Hauriou, p. 438).

investido del control, es convocado y citado, sus sesiones son prorrogadas y clausuradas por el gobierno, de tal suerte que, por esto, el gobierno participa en la vida misma del Parlamento, etcétera.¹⁷⁹

En apoyo del principio de la separación de poderes comprendido de manera orgánica, como “un juego de poderes públicos, a la vez separados y ligados”, Hauriou invoca el argumento de que el principio significa “para la gobernación del Estado una vida continua y seguida, al mismo tiempo que una garantía de la libertad”.¹⁸⁰ Visión exacta en teoría, pero que sólo se realiza en la práctica en cuanto es efectiva la colaboración. Pero acontece que, en lugar de colaborar en espíritu y con hechos, los poderes, o más bien, los órganos, enfrentados unos a otros, se obstruyen y hasta quieren destruirse mutuamente. En este caso una institución excelente de suyo, pero de un funcionamiento delicado, por culpa de los hombres engendrará estos sobresaltos y estos “tirones” de los que precisamente debe guardarse, en opinión de Hauriou.¹⁸¹ Mas ésta es la común suerte de todos los mecanismos políticos: deben ser manejados por hombres sabios, y esto supone un elevado espíritu público y un personal político selecto. Mientras más delicado es el manejo menos soporta la mediocridad. Asimismo, los diferentes órganos del poder, aunque radicalmente separados, hallarán siempre el medio de encontrarse y, por consiguiente, de oponerse, pues las diversas funciones del poder constituyen aspectos de una actividad única, que es la del poder.

Más aún, en la medida en que el órgano consagrado a una de las funciones ha recibido su mandato especialmente del pueblo (este es el caso de las asambleas legislativas en el régimen democrático), es fatal que se produzcan choques entre el poder que representa la libertad y el que representa la autoridad. Es la índole misma del régimen democrático; esta es la condición de la propia vida, en que tanto la libertad como la autoridad tienen derecho a la existencia, a reserva de dar su sitio a cada una. Naturalmente, el punto de equilibrio no es fácil de descubrir y, como todo en la vida, la conciliación no se logra sin lucha. Es necesario, pero basta que la lucha no degenera y que se restablezca el equilibrio después de un plazo razonable, lo cual no excluye por lo demás ciertas oscilaciones, ora en el sentido de la libertad, ora en el de la autoridad, según el genio de los pue-

179 Sobre esta acción recíproca del Parlamento sobre el gobierno y viceversa, comp. Duguit, t. II, parágrafo 50, pp. 644 y 645; Barthélemy y Duez, pp. 682 y ss.

180 Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 357 y 358.

181 *Ibidem*, p. 358.

blos y las exigencias del momento. Si no queremos acomodarnos a estas luchas y oscilaciones, no nos queda más que suprimir la democracia y la separación de poderes, adoptando un régimen puramente autoritario, en el que uno solo ejerza sin compartir todas las funciones del poder. Pero también este régimen tiene sus inconvenientes de otro orden.

182. Sea que la separación de poderes, tal como acaba de exponerse, reproduzca o no la exacta concepción de Montesquieu,¹⁸² esta cuestión puede muy bien interesar a los juristas en calidad de interpretación del derecho positivo, en cuanto éste derive de Montesquieu, pero no podrá detener al filósofo, que indaga la verdad libremente, sin estar ligado al sistema de ninguna legislación ni de autor alguno. En cambio, el filósofo será sensible a otra objeción (aunque recaiga sobre un punto de terminología) según la cual una separación que terminara en colaboración no merecería ya el título de separación. Conforme a esta doctrina, sólo el “separatismo” absoluto estaría acorde con el concepto de separación, mientras que el gobierno parlamentario sería su reverso.¹⁸³

Parece que hay aquí una confusión. Lo contrario de la separación es la no separación, el cúmulo, la mezcla de funciones distintas en manos de un órgano único, individual o colectivo, simple o compuesto. Desde que funciones distintas se atribuyen a órganos distintos, se ha logrado la separación. Y ésta permanece, es decir, no se restablece la acumulación, aun cuando posteriormente se organiza una colaboración entre órganos diferenciados al empezar. No hay sofisma ni sutileza en pretender que, para que se establezca la colaboración, no sólo es preciso que la separación *preexista*, sino que *persista*: colaboración supone dualidad; unión supone distinción. Sin duda el órgano creado para una función se vuelve, con la unión, partícipe de otra función de la que al principio estaba alejado. Pero esta participación no reintroduce la confusión: cada uno de los órganos conserva su función, y su intervención en la función del otro órgano sigue siendo a la vez limitada y secundaria: a pesar del control parlamentario, el órgano gubernativo conserva la carga y responsabilidad de la función gubernativa; es el Parlamento quien, no obstante la participación del gobierno en la obra legislativa, vota las leyes. Y nada impide que el órgano titu-

182 Sobre este punto, y en el sentido más resueltamente negativo, véase De la Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, pp. 19-79, con las referencias. En sentido afirmativo, Hauriou, pp. 352-355; Duguit, t. II, parágrafo 41, pp. 519 y 520. Comp. Esmein, t. I, p. 499, 3o.

183 Véase, en este sentido, Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, pp. 68 y ss.; De La Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, pp. 45 y 50.

lar de la función halle en el órgano “partícipe” su propulsor y guía: el gobierno puede, de esta suerte, dirigir el trabajo legislativo, como el Parlamento puede, ya estimular, ya moderar la acción administrativa.¹⁸⁴ Ni esta participación ni esta influencia destruyen la separación inicial, a la que simplemente vienen a completar en un sentido orgánico, de manera de coordinar el juego del poder.

Carré de Malberg advierte que “no basta recordar que el régimen parlamentario presupone como punto de partida el dualismo de las autoridades estatales, sino que es esencial también agregar inmediatamente que su principal meta es atenuar tal dualismo, reducir su alcance y consecuencias, y esto hasta el punto de convertirlo en nada, o casi nada. El parlamentarismo mantiene nominalmente la separación de poderes, pero, en realidad, todas las instituciones y tendencias que lo caracterizan están combinadas con la mira de un resultado final, que es el predominio de una de las autoridades sobre la otra”.¹⁸⁵ La respuesta es fácil: si el régimen parlamentario se practica de modo que deba parar en la preponderancia de las asambleas sobre el gobierno,¹⁸⁶ ya no hablemos de régimen parlamentario; caemos en el régimen convencionista del gobierno por las asambleas,¹⁸⁷ que marca, en efecto, “el fin del principio de la separación de poderes”.¹⁸⁸

VII

183. Al término de esta exposición sobre la teoría llamada de los poderes y sus recíprocas relaciones, concluiremos de la manera siguiente:

Por lo pronto, no existen *poderes*, ni en el sentido de las distintas y soberanas potestades, que en conjunto integran la potestad pública,¹⁸⁹ ni en el sentido de modos distintos de operación de la voluntad de la autori-

184 Véase, sobre estas “oscilaciones del poder en el interior de un sistema de equilibrio”, Hauriou, pp. 356, 357, 369 y 370. *Adde*: Esmein, t. I, p. 505.

185 Carré de Malberg, *op. cit.*, t. II, p. 86.

186 De hecho, el reparo a menudo es fundado. Véase, sobre el funcionamiento del régimen parlamentario en Francia, Duguit, t. II, parágrafo 52, pp. 657 y ss.; Hauriou, p. 360, nota 16; Barthélemy y Duez, pp. 160, 161, 712-721 y 198. En Italia, antes del advenimiento del fascismo, Prélot, *L'Empire fasciste*, núm. 38, pp. 169-172.

187 Sobre el régimen convencionista, véase 165.

188 Título del estudio, ya citado (por ejemplo, notas 182 y 183), de M. de la Bigne de Villeneuve.

189 Sobre esta concepción, que fue la de Kant, de conciertos revolucionarios, quizá de Montesquieu, véase Michoud, 3a. ed., t. I, núm. 111; Duguit, 2a. ed., t. II, parágrafo 41, especialmente pp. 521-526; parágrafo 42, pp. 541 y 542. Para Montesquieu, véase Carré de Malberg, t. II, p. 20.

dad pública.¹⁹⁰ En la potestad pública no puede haber pluralidad de potestades, puesto que toda autoridad, todo poder, considerado en sí, es necesariamente único. Como el papel del poder es reducir a la unidad, dentro del marco de los fines sociales, la actividad desparramada de los súbditos, ¿de qué modo se cumplirá esta tarea si el poder mismo está dividido, aun en su ser, en múltiples potestades? En cuanto a distinguir los poderes significando “formas de volición”, la tentativa parece destinada al fracaso, pues, o bien el proceso psicológico de deliberación y decisión ejecutiva queda siendo puramente interno y, así, sin interés, o bien se traduce al exterior, caso en el cual se llega de hecho a cierta organización del poder conforme a la diversidad de funciones.

En realidad, el problema tiene tres términos. Por un lado, existe el *poder*, que es único, y cuyas operaciones pasan todas por el proceso indivisible de la deliberación y la decisión ejecutiva; por otro lado, hay *funciones* y hay *órganos*. Las *funciones* constituyen los diferentes modos de actividad del poder en cuanto tal. Los *órganos* son las instituciones o personas por quienes se desempeñan las funciones del poder. Por ende, debe eliminarse la noción de “poderes”, en plural: ora se expone a perjudicar la idea de poder en singular, ora, sin utilidad, mas no sin riesgo de confusión, está a horcajadas sobre las nociones de función y de órgano.

Escombrado así el terreno, ya no se trata sino de señalar las relaciones entre las funciones y los órganos, dependientes unas y otros de ese poder que es único.

De manera precisa, se trata de saber, en primer lugar, si a cada una de las funciones distintas del poder (que el análisis reduce a tres: gubernativa y administrativa, legislativa, jurisdiccional) corresponderá un órgano o un sistema de órganos distinto, independiente de cualquiera otro en cuanto al ejercicio de su función propia, o bien si, por el contrario, un mismo órgano o sistema de órganos acumulará el ejercicio de todas las funciones, sea por sí mismo, sea por órganos especiales, pero delegados, cuyas decisiones podrá siempre reformar o anular, cuyo personal podrá cambiar o revocar. La llamada teoría de la separación de poderes toma partido por la primera de estas soluciones: primeramente porque parece razonable, frente a funciones realmente distintas, otorgar a órganos distintos competencia para los actos de esas funciones; luego, porque el cúmulo de funcio-

190 Según la interpretación de Hauriou, estudiada y criticada antes, 161 y 162.

nes en manos de un órgano o sistema de órganos único se prestaría a peligros de abusos contra las legítimas libertades de los ciudadanos.¹⁹¹

Notemos también que esta repartición de las diversas funciones entre órganos distintos e independientes se concilia perfectamente con cierta jerarquía entre estas funciones distintas y estos órganos independientes. Es así como nos ha parecido que el primado entre las funciones y, por consecuencia, entre sus órganos, pertenece a la gubernativa, primado no sólo teórico, sino práctico, que se expresa en ciertas prerrogativas del gobierno respecto de las otras funciones, legislativa y jurisdiccional, si no en la realización de los actos mismos de estas funciones en que se reserva el principio de independencia, sí al menos en su acondicionamiento, en dar el primer impulso (derechos de iniciativa, de requisa, de nominación del personal...).¹⁹² Todo ello, sin perjuicio del derecho de la ley a regular y del juez a juzgar el modo de ejercicio de la función gubernativa: esta nueva subordinación, que es de orden jurídico, deja intacta la primacía afirmada y postulada por la ciencia política,¹⁹³ tanto más que, aun en el Estado legal, el campo realmente cubierto por la ley y por el juez está lejos de coincidir, en extensión y profundidad, con el inmenso dominio que pertenece de derecho a la actividad gubernativa.¹⁹⁴

Empero, el principio de la repartición de las funciones del poder entre órganos distintos, susceptible por otra parte de todas las derogaciones que podrían recomendar los casos especiales o las circunstancias de tiempo o de lugar,¹⁹⁵ no necesariamente entraña separación, en el sentido de una prohibición, a los órganos previamente diferenciados, de cooperar en cierta medida al ejercicio de funciones que no son estrictamente las suyas. Por lo menos, esto acaece en cuanto a las dos funciones de la legislación y el gobierno. Es razonable que al gobierno, en su calidad de encargado de la función gubernativa, que es la primera en el Estado, no sólo se le admita que mueva al órgano legislativo, sino también que tome parte activa y hasta preponderante en la confección de las leyes, comprendidas las que estén dirigidas contra él. Tanto como debería deplorarse que el gobierno fuera señor absoluto de las reglas que han de regir su acción, en igual grado es útil que en ellas colabore, pues tiene la responsabilidad de

191 En cuanto a esta tesis, y para la demostración, véase más arriba, 163-174.

192 Véase, sobre la primacía de la función gubernativa, antes, 159; sobre el derecho de nombramiento para las funciones judiciales, 178.

193 Sobre este punto, véase *supra*, 179, texto y nota 163.

194 Sobre el margen libre, *supra*, 155-157.

195 Acerca de estas derogaciones, véase más arriba, 175 y 176.

la actividad gubernativa. Por otra parte, es normal en el régimen democrático que la asamblea directamente electa por el pueblo no quede recluida dentro del ejercicio de la función legislativa. Ésta le ha sido atribuida como la más importante, por razón de los dos caracteres de generalidad y de permanencia que se da a la ley. Pero, en otros respectos, la función gubernativa es más importante aún, lo cual, en el régimen democrático, justifica una participación, indirecta al menos, del pueblo en la actividad gubernativa, por la vía del control de las asambleas elegidas.

“Distinguir para unir”: éstos son, en opinión de un filósofo, los dos grados del saber. El mismo principio vale todavía más en el dominio de la acción, especialmente de la acción política: las separaciones son benéficas, necesarias; mas si no se completan con cualquier modo de vínculo orgánico, amenazan degenerar en antagonismos y desgarramientos.¹⁹⁶ Lejos de excluir un enlace, la separación lo reclama, aun por virtud de los motivos que la justifican, a saber: las dos ideas de competencia y de equilibrio. Gracias a la colaboración, la función se desempeñará mejor, en una comprensión más amplia de todos los intereses: gracias a la colaboración, los órganos que intervienen se moderarán mutuamente, para mayor provecho de la legítima libertad.

196 Sobre esta colaboración, véase más arriba, 179-182.