

CAPÍTULO III

Teoría de las funciones del Estado.

1. La función del Estado supone una actividad continua, ordenada en vista del cumplimiento de su fin. Función sin actividad no se concibe, ni se concibe actividad sin fin (contenido), el cual determina los caracteres y naturaleza de la actividad y los de la función. El contenido de la actividad del Estado consiste en el *Derecho*: el Estado se propone siempre una realización *jurídica*, que se define en virtud de la atracción que respecto del Estado ejercen las necesidades racionales—o sentidas como tales—de la vida. Mediante el Derecho, el Estado contribuye al bien de la humanidad. El adecuado desarrollo de la teoría de la función del Estado exige la consideración del problema de cómo se realiza el derecho por el Estado.

2. La función del Estado se define, ante todo, como el resultado de la plena y total manifestación de su actividad jurídica. Antes de que la actividad del Estado se concrete y manifieste en una función especial determinada, se afirma solamente como expresión sintética y continuada de la personalidad íntegramente. Importa señalar esta unidad de la función jurídica del Estado, en cuanto refleja la unidad real del mismo, raíz y fundamento de la actividad como *suya*, no de otro, ni de una parte—los gobernantes—, sino de todos sus elementos y factores.

3. Pero el análisis de la actividad del Estado, descubre una variedad de manifestaciones funcionales, que

se concretan en una complicada *simultaneidad* de operaciones y en una serie *sucesiva* de momentos exigidos: 1.º, por las condiciones mismas en que se efectúe el desarrollo de la actividad; 2.º, por la posición de todo Estado en la vida humana: ningún Estado es *el único* Estado, ni el único centro de vida, y 3.º, por las necesidades del sostenimiento, conservación y expansión del Estado. De conformidad con estas posiciones reales del Estado, se producen *simultáneamente* las siguientes manifestaciones o direcciones de su actividad: 1.^a, para la realización inmediata de su fin; 2.^a, para su vida de relación, y 3.^a, para la conservación y perfeccionamiento del organismo propio, y mediante el cual el Estado realiza su fin.

4. Las funciones del Estado así consideradas son esenciales a todo Estado. «En tal sentido, podemos señalar un primer error en las teorías dominantes, al creer que la distinción de poderes es propia no más de los gobiernos libres, y especialmente de los representativos» (1). Ya Aristóteles hablaba de la necesidad de distinguir en todo Estado tres elementos, miembros o partes; pero lo que ocurre es que la teoría moderna de la división de los poderes del Estado se ha formulado tomando en cuenta las instituciones históricas, en las que aparecen especializadas las manifestaciones de la actividad política: de esta suerte se ha considerado la distinción de los poderes desde el punto de vista tan sólo de la diferenciación orgánica y de la distribución de las fuerzas políticas, diferenciación y distribución necesariamente circunstancial y sin valor universal posible. Es indispensable establecer una distinción radical entre el *sistema de las funciones del Estado*, problema esencial, y el sistema de sus órganos, problema histórico. Las funciones, si son *esenciales*, se producen en todo Estado, mientras que el sistema y estructura especial de los órganos depende de las circunstancias y de la naturaleza particular de cada Estado.

(1) ORLANDO, *Princ. di dir. cost.*, pág. 62.

Recordando la naturaleza orgánica de las sociedades y de los Estados, y que la vida social se produce según un proceso de diferenciación de elementos, se comprenderá la riqueza y variedad de estructuras políticas a que históricamente puede y tiene que acomodarse una misma actividad funcional: la estructura en el Estado es obra de la diferenciación de sus funciones, o sea de la división social y política, *circunstancial*, del trabajo. En las sociedades sencillas (Spencer, *Princ. de Soc.*, volúmenes II y III) rudimentarias de los salvajes modernos, y en las primitivas, las funciones sociales se realizan de un modo homogéneo; a veces, sin órganos especiales. «En las sociedades groseras, todos los adultos varones son guerreros: el ejército es la sociedad movilizada, y la sociedad es el ejército en disponibilidad. Y se puede añadir que la reunión militar primitiva es, a la vez, la asamblea primitiva. En las tribunales, así como en las sociedades semejantes a las de nuestros groseros antepasados, las asambleas convocadas con un fin de defensa o de ataque son las mismas en cuyo seno se deciden las cuestiones de política general» (Spencer, ob. cit., t. III, pág. 635, trad. franc.). Las funciones de sacerdote, jefe político y jefe militar aparecen concentradas en la misma persona; sólo merced a la acción del principio hereditario y a la del predominio de la aptitud personal para elegir el jefe o director, se diferencian aquellas funciones en órganos distintos adecuados. El Estado político se manifiesta en el proceso de la historia indiferenciado, y ejerciéndose su función por otras instituciones u órganos; sólo con el tiempo se ha llegado a la distinción, no siempre definida, de las funciones políticas en una estructura propia, a la vez que se efectuaba la diferenciación interior de las funciones del Estado en órganos adecuados. Estas diferenciaciones no se han producido sólo como una natural consecuencia del movimiento orgánico, sino que ha actuado en ellas la reflexión humana, y a menudo se ha realizado la diferenciación estructural motivadamente, ya para utilizar las ventajas de la

división del trabajo--influjo *técnico* más o menos intenso en la vida del Estado —, ya para *garantir*, con la división, separación y hasta oposición de funciones, determinados intereses: significación de la *división de los poderes* en el régimen constitucional.

Determinar las funciones esenciales del Estado según la estructura de éste, sería, por una parte, plantear un problema distinto del que ahora nos proponemos, y por otra, reducir la teoría a los límites de una mera consideración histórica. La existencia de órganos con funciones varias, constituídos por razones de lugar y de tiempo, o por exigencias *técnicas* y *políticas*, no debe ser un obstáculo al análisis de la actividad que en ellos se contiene y para la determinación de sus direcciones, según su contenido propio. Una cosa es determinar las funciones esenciales del Estado para referirlas luego a sus órganos en los Estados contemporáneos, y otra definir desde luego las funciones políticas como funciones del rey, de la representación popular, de los ministros, de los jueces y del municipio. En el primer caso se distinguirán bien los dos problemas: el de las funciones del Estado y el de su organización actual; en el segundo, todo el problema se reducirá a la consideración de la pura organización exterior y formal, sin un criterio general de diferenciación, para explicar los movimientos y momentos esenciales de la actividad política (1).

5. Veamos ahora las direcciones funcionales que pueden reputarse esenciales en el Estado. La primera

(1) Se debe partir de la distinción esencial entre *función* y *poder* para comprender la doctrina de las funciones del Estado como una doctrina diferente de la de la *división de los poderes*. En el derecho constitucional un Poder del Estado es «un órgano encargado de una función cardinal objetiva (legislativa, ejecutiva o judicial), investido de una independencia suficiente para ejercer la función distintamente» (Véase KLEIN, *La Teoria dei tre Poteri nel Dir. cost. d. N-Amer*, pág. 6, n.). La función es la actividad normal y continuada del Estado en la realización de sus fines.

manifestación de la actividad del Estado, ya señalada, es la que se dirige a la realización del Derecho (1), o sea su función primitiva y permanente, y la cual se ejerce con esta o aquella amplitud, según sea la esfera de acción del Estado, y con un carácter especial y una tendencia dominante, según las circunstancias históricas y las exigencias del ideal social. Todo Estado puede concebirse como una institución que actúa sobre la vida social a su alcance por la *acción del Derecho*, es decir, mediante la elaboración de la conducta colectiva, expresada en normas, que debe hacer efectivas en parte mediante una *técnica* (2); toda esta labor del Estado se resume en la declaración del derecho, lo que supone: 1.º, la conciencia—más o menos intensa—de las *relaciones jurídicas*; 2.º, la determinación de la conducta por ellas exigida: *norma, procedimiento*, y 3.º, la elaboración y afirmación—*sostentamiento*—del *orden jurídico*. La función del Estado en esta primera determinación se ofrece como la ordenada dirección de su actividad soberana, en la propia esfera, dentro de sí y para sí—inmanente—. Para caracterizar tal función, es necesario atender al Derecho, porque si el fin *define* la función y su cumplimiento la exige *adecuada*, el *Derecho* dirá lo que es o debe ser la función para realizarlo. El problema de la función del Estado en esta primera determinación, viene a ser el de *cómo se vive y realiza el Derecho por el Estado*. El Derecho se vive y realiza por el Estado

(1) V. DUGUIT, ob. cit., I, págs. 129 y sigs. JELLINEK, ob. cit. cap. XVIII. «Las funciones materiales (del Estado) resultan de la relación entre la actividad del Estado y sus fines. En razón del fin jurídico del Estado, una parte de su actividad tiende al establecimiento y a la protección del derecho.» Comp. HAURIU, ob. cit., cap. XV.

(2) Es muy sugestivo el punto de vista de HAURIU (ob. cit., pág. 697), según el cual «la función del Estado es crear procedimientos para la persecución de los diferentes fines de la vida social y para los suyos propios, y la disciplina jurídica de su vida será cumplir su función gracias a su último procedimiento».

como consecuencia natural de los estímulos que actúan sobre la conciencia social, o sea la conciencia del Estado—persona—íntegramente considerado, y en cuanto el núcleo humano, sujeto de esta conciencia social, es *capaz* de reaccionar según las atracciones del fin. El Derecho es esencialmente la obra de la *personalidad* del Estado. En efecto, aunque al revelarse el Derecho se exprese como obra de la *voluntad*, y se afirme por esto que «la voluntad es el elemento activo de toda la vida del Derecho y del Estado» (1) como la voluntad se refiere a la persona considerada íntegramente, el Derecho, al manifestarse mediante la voluntad, es en rigor la consecuencia del movimiento de la persona, de toda la persona. Además, aunque la voluntad sea elemento principal en el Derecho, el Estado no es ser de derecho por la voluntad sólo, sino en virtud de las cualidades que distinguen y caracterizan a la persona—ser de razón y ser del Estado—. La persona no actúa ni se produce en la vida—en ninguna de las manifestaciones de la vida—, sino poniendo en actividad, en función, todas sus facultades, y todas ellas intervienen en la realización del Derecho. La actividad jurídica supone un proceso de elaboración psíquica que se expresa y concreta, en primer término, en la acción espontánea y total del Estado.

La realidad y eficacia de esta primordial e inmediata manifestación de la actividad jurídica del Estado, se afirma en el imperio de la costumbre, en la fuerza de la tradición y en el valor del elemento histórico en los Estados. El derecho consuetudinario es la demostración viva de la *acción total, espontánea y directa* del Estado. La expresión flexible de dicha acción total, indeterminada y flotante de la sociedad como Estado, es la *opinión pública*. Por encima de todo cálculo reflexivo y de toda fecunda combinación de los poderes públicos, actúa la función total del Estado, que no es exclusiva de ninguno de sus elementos y que

(1) AHRENS, ob. cit., pág. 175.

se manifiesta como propia suya. Y no sólo en un movimiento inicial—creando la norma consuetudinaria o la atmósfera política—, sino como *reacción* para asimilarse o rechazar el derecho mismo formulado en leyes.

6. La espontaneidad y universalidad con que la función *total* jurídica se produce, no impide que ésta se diversifique en relación con las exigencias de la vida del Derecho. El ejercicio de esta función supone momentos diferentes que constituyen el *proceso* de realización del Derecho, y los cuales, aunque se producen *sucesivamente*, se manifiestan en la vida del Estado de un modo *simultáneo*, constituyendo, sintéticamente considerados, el *orden jurídico*. En efecto, en el Estado se rehacen constantemente las *normas jurídicas* bajo el influjo de los cambios incesantes de la vida, y al rehacerse las *normas* se renueva el *orden jurídico*. Esta renovación—este constante e incesante rejuvenecer del Derecho—se verifica mediante un proceso—un verdadero devenir, en el cual el análisis de conciencia—o sea de cómo el Derecho se produce en toda persona—y el análisis realista de los fenómenos jurídicos circundantes, distingue las operaciones y momentos siguientes:

7. 1.º La operación—momento primordial—que supone la relación de la conciencia del Estado con las exigencias de la vida; la estimación *ética* de estas exigencias es la que determina y genera las *relaciones jurídicas*. Se trata de una operación definidora. Supuestas las exigencias del vivir racional—*finalidad*—, es preciso definir cómo aquéllas han de satisfacerse. Supone esto dos momentos: el del *reconocimiento* de la necesidad de una conducta dada, según las inspiraciones del juicio estimativo de valoración, y el de la *determinación* de la forma jurídica de esa conducta. Es este un proceso de elaboración que no se ofrece siempre de un modo específico, pero que en todo caso es inevitable, pues no hay derecho sin elaboración de normas; pero como el desarrollo de la *conciencia jurídica*

se produce paralelamente con el de *cultura*, la elaboración de normas empieza por manifestarse bajo formas indefinidas, incoherentes y fragmentarias, como consecuencia de una pura presión natural, o concretándose en decisiones particulares (1), hasta que, bajo la acción del influjo del progreso o del avance cultural—civilización—la elaboración definidora se condensa, ya sea en normas que recogen el sentir jurídico coherente de la masa social (*costumbres*), ya sea en decisiones normativas, trabajadas reflexivamente con habilidad y arte (*leyes*).

El derecho formulado o *cristalizado*, en preceptos de ley, obra del tiempo, de la *acumulación* y del *ahorro* de fuerzas jurídicas, reviste el carácter de imposición del poder social, y adquiere, a la larga, verdadera sustantividad, predominando en él el carácter formal y material de norma objetiva a que hay que ajustarse. Pero no debe olvidarse que a la determinación de la ley, como a la aceptación de la costumbre, precedió una elaboración, y que, aun en el caso de adoptarse la regla jurídica contenida en la ley o costumbre, no constituye aquélla verdadero derecho de un pueblo, sino cuando éste se lo asimila como norma de conducta.

8. Atraída la atención sobre los caracteres formales de la *Ley*—emanada del *órgano legislativo*—, no suele plantearse en el derecho político, con la debida amplitud, el problema de la elaboración de la norma jurídica del Estado y de la acción de éste, en la determinación y aplicación de la norma jurídica consuetudinaria. En primer lugar, ¿se ha de definir la *Ley*—es decir, la decisión expresa normativa—, atendiendo exclusivamente al órgano que la dicta, de suerte que se conceptúen leyes todas las decisiones de este órgano y sólo sean leyes las que de él emanen? Parécenos muy atinada la indicación de M. Duguit al rechazar que «el

(1) CONS. SUMNER MAINE, *El Derecho Antiguo*, trad. esp., pág. 17.

carácter de un acto (del Estado) pueda variar según el órgano que lo realice». (*Traité*, I, p. 132; *L'Etat*, I, p. 435.) Y aunque—como afirma Esmein—se dé nombre de ley a «todas las decisiones tomadas por el poder legislativo» (*Elements*, 5.^a edic., p. 879), esto no importa para que el problema deba plantearse. Y, a nuestro juicio, el problema surge y se impone, y no se resuelve justamente en tanto no se hace la debida distinción entre diferenciación de funciones y división de poderes: una adecuada diferenciación de funciones nos lleva a definir la Ley no por el órgano que la dicta, sino por la naturaleza misma de la función legislativa, que consiste en elaborar y dictar normas jurídicas—operación que se realiza en el régimen positivo por todos los órganos del Estado, los cuales, constituidos como *Poderes*, ni realizan exclusivamente la función de que específicamente son titulares—el legislativo hace más que legislar, el ejecutivo hace más que ejecutar normas, el judicial no se contrae a dictar sentencias—, ni *monopolizan* la función que se les asigna. La confusión con que se elabora la distinción de las funciones jurídicas del Estado bajo la preocupación de la estructural división de poderes, es la causa de la indeterminación que se advierte, y de las dificultades con que se tropieza, al definir la Ley—como Ley en sentido formal y Ley en sentido material (Duguit, *Traité*, I, p. 132), o como Leyes verdaderas y Leyes impropiaamente dichas (Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, *Revue du Droit pub.*, XIII, p. 224. V. Jellinek, *Teoria*, II. Laband, *Droit pub. de l'Empire Allem.*, II, págs. 511 y sigs. Esmein, *Elem. de Droit Const.*, Prim. p., tit. II, cap. III; seg. p., cap. V, sec. III. Duguit, *Traité*, 2.^a edic., II, cap. II.) El Estado—dice Duguit—ejerce la función legislativa, sea cualquiera el órgano que intervenga, siempre que realiza un acto-regla, siempre que formula una disposición normativa o constructiva que modifique en cualquier punto o de cualquier modo el derecho objetivo existente al intervenir (p. 132). V. Leroy, *La loi: essai sur la théorie de*

P'Autorité dans la démocratie (1908); Binding, *Die Normen* (1896).

Por otra parte, para la adecuada comprensión de la elaboración de la norma jurídica por el Estado, se ha de considerar tal elaboración íntegramente, en las dos manifestaciones de la *costumbre* y de la *ley*, manifestaciones que no son sino *expresiones que se complementan* de la conciencia jurídica del pueblo (1). El derecho político se ha elaborado quizá, con exceso, bajo la preocupación que entraña la *fe en la ley*, y la concepción del poder público como un poder para expresar e imponer en normas solemnes una voluntad soberana. En el siglo XVIII culmina esta concepción, pudiendo además distinguirse en ella «dos formas, o más bien dos momentos»... Uno es el de la acción personal del gobernante, más en condiciones de adaptar sus preceptos a las sinuosidades de la vida, renunciando a cristalizarlos en regla rígida permanente. El otro busca en esta fórmula la regulación de todo un grupo de casos y de conflictos futuros. Es éste, en el sentido técnico y amplio de las palabras, el *gobierno de la ley*, única fuente de normas jurídicas, como expresión de la voluntad suprema, eficaz, que dirige y dispone: lo expresado en la ley es el derecho que conviene. Quien tiene la ley y el poder público tiene, según esto, el *gobierno* real de la sociedad, es el Sobe-

(1) Se explica la indiferencia respecto del problema *político* del derecho consuetudinario, por la *fe* excesiva en la ley, consecuencia de la «fe en el poder de la reflexión para determinar la acción de los hombres en la vida social», característica del siglo XVIII (V. GINER, *A propósito de la función de la ley*, *Revue Intern. de Soc.*, agosto, 1908), y que todavía domina en el derecho político especialmente. V. GENY, *Science et Technique en droit positive privé*, 1914. «Si, pues, tratamos de determinar el estricto *mínimum* de lo que, según los trabajos recientes, debe considerarse como admitido en la investigación metodológica del derecho..., podemos condensarlo en esos términos: repulsa franca y definitivamente de la ilusión de que la ley escrita contenga todo el derecho positivo vigente.» Pág. 37.

rano—recuérdese Austin—. Mas frente a esa concepción formalista y mecánica, señala Giner la reacción romántica del siglo pasado. « ... Ella es quien ha elevado el *servum pecus* en la lengua y en la poesía, en el arte, en la industria, hasta en la religión, la ciencia y la filosofía, a la dignidad, cuando menos, de colaborador, en las obras que no se estiman ya como cosa de un grupo social. » La escuela histórica viene a colocar, como la primera de las fuentes del derecho, la «costumbre», que es la expresión espontánea del sentir difuso de todo el cuerpo social... El momento presente parece inclinarse, más bien que del lado de la costumbre, del de un renacimiento del prestigio de la ley; pero advierte Giner, con otro alcance y otro sentido: se considera, al determinar el valor de la ley, el factor histórico; se cree en la ley, pero enlazada con la Historia. La legislación es obra de arte reflexivo, pero de una reflexión ejercida sobre materiales que ofrece la Historia: «el legislador debe poner toda su habilidad y los recursos de su educación más o menos técnica al servicio de la conciencia nacional. No tiene que buscar en otra parte; la razón persiste como el principio absoluto de toda evaluación; pero no es lo opuesto a la Historia: forma parte de ella» (1).

9. Supuestas la concurrencia de la costumbre y de la ley en la elaboración del sistema jurídico de un Estado, queda en pie el problema de su respectivo alcance y función. Los de la costumbre se determinan considerando que expresa el sentir y el querer inmediatos y espontáneos de la masa del pueblo; como advierte Hauriou, se inspira en el pasado. Las dificultades de la costumbre surgen en sus *rozamientos con la ley*, y en cuanto ésta refleja la aspiración dominante del Estado en el Gobierno. La teoría de la política legislativa, a lo sumo, admite que la costumbre pueda

(1) V. en mi *Trat. de Der. Adm.* I (2.^a edic.), Cap. IV, § I. CONS. GINER Y CALDERÓN, *Curso de Fil. del D. DE DIEGO, Fuentes del Der. civ. esp.* (1922).

aplicarse a la falta de ley, y generalmente, por disposición de ésta (1); pero el imperio *efectivo* de la costumbre es evidente fuera o más allá de la intervención coactiva del poder (2), y, además, se propende a reconocer esta fuerza de la costumbre (3), la cual, por otra parte, implica una acción difusa, general, indeterminada e incoercible (4). Para comprender la eficacia de la costumbre, es indispensable prescindir del supuesto según el cual la realización del derecho depende de la eficacia de la coacción del poder público —el juez en último término—y considerar que dicha realización depende, esencialmente, de la adhesión de las gentes a las normas en que se concreta el derecho positivo (5).

La función fundamental de la ley no consiste precisamente en la *imposición* exterior de la norma; mediante ella, el poder público: 1.º, cree o aspira a recoger en una fórmula el sentir general, interpretando una

(1) V. nuestro Código civil (arts. 5 y 6) respecto del Derecho francés. Cons. HAURIU, ob. cit., pág. 625. DE DIEGO. Ob. cit.

(2) HAURIU (ob. cit., pág. 625). La costumbre, según él, conserva su valor, «si no se plantea la cuestión de su aplicación por el juez. Desempeña un gran papel en la vida de las instituciones, corporaciones, cuerpos administrativos; ocupa un lugar en la vida constitucional...» Pero como no puede invocarse (cuando no puede...), «no constituye más que una moral jurídica institucional y no un derecho de naturaleza pública».

(3) V. HAURIU, íd., pág. 626. Comp. GENY, *Método de interpretación en derecho privado*. «Es de notar que Alemania, en su Código civil como en el de Comercio, ha querido dejar cierto papel a la costumbre al lado de la ley, a condición de que sea admitida por el juez.»

(4) V. COSTA, *Derecho consuetudinario* (2 tomos), *La vida del Derecho y La ignorancia del Derecho*.

(5) Así, pues, dice M. DUGUIT: «aun en una época como la nuestra, justamente calificada de época legislativa por excelencia, la formación espontánea del derecho, la fuerza obligatoria de la norma jurídica formulada o no por la ley, no pueden tener otro fundamento que la conciencia del grupo social de que se trate. *Trat.* 2.º, edic. 1.ª, pág. 97.

actitud del espíritu social, y crea o consagra *situaciones jurídicas*; 2.º, tiende a regular determinadas relaciones de la vida. La característica diferencial de la ley es la forma de mandato o declaración expresa: la ley *dispone, hace saber, regula*; pero su *eficacia* depende de la adaptabilidad de sus preceptos a las condiciones reales de la vida. Así ha podido decirse que «la función de la ley no es más que un caso particular de la acción del hombre sobre el hombre... El legislador tiene que desempeñar un papel considerable, como el escritor o el educador. Todos son excitantes para provocar una cierta reacción en seres que tienen su vida propia. ¿Se despertará esta reacción? ¿Obedecerá el hombre al hombre? El problema es el mismo para el orador, el poeta, el actor... Todo gobierno, como toda educación, acaba por resolverse en una autarquía» (1).

10. Completaré la doctrina expuesta sobre la función y valor de la ley y de la costumbre con la desarrollada en el *Trat. de Der. Admin.* (I, 2.ª edic., págs. 163-167). La ley, decía, tiene, ante todo, una verdadera función *tutelar* que ejerce: 1.º, *orientando* el ideal del derecho; 2.º, *garantizando*, por la expresión literal, clara, definida, de sus preceptos, determinadas *situaciones y relaciones jurídicas*; 3.º, *difundiendo*, por medio de la publicidad de sus disposiciones, la fórmula del Derecho que contiene; 4.º, *prestando* a los derechos particulares que define, y a las situaciones que crea, la fuerza de la sanción coactiva, en virtud de la cual el Estado, que *a priori* fija la regla de la relación jurídica, se *compromete* a hacerla efectiva (en lo posible); 5.º, *ofreciendo*, como recurso reformador y defensivo, contra el desconocimiento del Derecho por ella declarado, la tutela de la *pena*.

En cuanto al valor y eficacia de la costumbre y de la ley, creo pueden formularse estas conclusiones:

(1) GINER, ob. cit. DORADO, *Valor social de Leyes y Autoridades*, DICEY, *Le droit et l'opinion en Angl.*

1.^a La costumbre jurídica tiene un valor de *Derecho positivo* basado en la fuerza de las manifestaciones espontáneas de la conciencia social (espíritu del pueblo) que la producen. (Véase Giner y Calderón, ob. cit., págs. 181-186. Costa, *Teoría del hecho jurídico, individual y social* (1880). El valor y la fuerza de la costumbre han sido siempre reconocidos. *Consuetudinis autem*, dice Cicerón, *jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* (*De Invent.*, II, 22). Véase muy especialmente J. Costa, *La vida del Derecho* (1876). Comp. Giner, *A propósito de la función de la Ley* (en la *Revue int. de Soc.*, agosto 1908, París) (1).

2.^a La costumbre es necesariamente eficaz, en cuanto es expresión del Derecho mismo, según el sentir de la conciencia jurídica del pueblo (Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II, 8, 1837). «El sentimiento, la conciencia jurídica del Estado, se manifiestan en su vida, en sus costumbres, en sus actos (Brunialti, *Il Diritto costituzionale*, I, pág. 183).

3.^a Como el Derecho abarca la vida humana en sus complejas manifestaciones, debiendo plegarse o acomodarse a todos los hechos de personas y del Estado, la costumbre, por su misma falta de precisión, por su carácter tácito y flexible, refleja de mejor manera el Derecho que se vive, que no la ley, *rigida* por necesidad.

4.^a La ley tiene valor en la medida en que sea expresión reflexiva de la conciencia jurídica *interpretada* por el legislador. Aun cuando es corriente oponer las funciones del legislador y del juez, no es la oposición tan radical como parece. En definitiva, hacen lo mismo; ambos *interpretan* el Derecho: el uno tiene como fuen-

(1) V. LAMBERT, *Etudes de Droit commun législatif*, 2 vols., 1901. TANON, *L'évolution du Droit et le conscience sociale*. LE FÉVRE, *La coutume comme source nouvelle du droit*, 1902. REGLADE, *La coutume en droit pub.*, 1919. RANELLETI, *La consuetudine come fonte del Dir. pub.* (*Rev. de dir. pub.*, I, pg. 141.) DUGUIT, *Traité* (2.^a edic.) I, §§ 11 y 12.

te la conciencia propia, en donde se reflejan las aspiraciones jurídicas del pueblo; el otro tiene como fuente la expresión formulada, tal cual se ofrece a su conciencia; pero ambos ejercen función de *intérpretes* jurídicos. Más aun: una sentencia, en rigor, es el reconocimiento de la regla jurídica para un caso dado, mientras la ley viene a ser como una sentencia aplicable a un orden de casos posibles. No hay que olvidar la teoría de Sumner Maine, según la cual las primeras formas de las leyes quizá fueron resoluciones individuales de los conflictos producidos en la vida—sentencias—, aplicadas luego por tradición (costumbre) a casos análogos. Estas consideraciones deben ser completadas con las que sugiere el problema de la función del juez como legislador. La atribución al juez de funciones legislativas (V. Código civil suizo, art. 1.º) es una demostración de que no hay una oposición tan radical entre el legislador y el juez. Según el Código civil suizo «a falta de una disposición legal aplicable, el juez resolverá según el derecho consuetudinario, y a falta de éste, según las reglas que él establecería si actuase como legislador». Recuérdese el art. 6.º de nuestro Código civil, según el cual el juez, sin ley aplicable, debe, en último término, acudir a «los principios generales del derecho». V. De Diego, ob. cit.

5.ª La eficacia de la ley no siempre es la que el legislador busca, sino la que permite su adaptabilidad a las exigencias del espíritu del pueblo. «Las leyes que se estrellan contra el espíritu de la época, sean reaccionarias o progresivas, encuentran siempre una resistencia obstinada». Ihering, ob. cit., III, pág. 19.

6.ª Mediante la ley puede aclararse el ideal jurídico.

7.ª Por la ley se recogen y acentúan los progresos de la técnica jurídica y se facilita la vida del Derecho; por supuesto, cuando la ley viene a su tiempo y es la consecuencia del progreso orgánico del Derecho mismo. La ley está llamada a simplificar el Derecho positivo, a reconstruirlo y a ordenarlo. Las leyes, por cla-

ras, precisas y detalladas que sean, no bastan para la operación técnica de facilitar y asegurar la aplicación de las reglas del Derecho a los casos concretos. (Véase Ihering, loc. cit., III, págs. 19 y sigs.)

8.^a La ley puede tener una eficacia educativa como medio sugestivo de bien obrar, tanto a causa del ideal jurídico, que aclara o formula, cuanto a causa del temor a la pena, que puede ser un freno del egoísmo en el cálculo utilitario de los motivos del obrar. Como la ley se cree siempre justa y se propone ser justa, influye por sus disposiciones, *enseñando* lo que se estima justo a las gentes. Las gentes, que constituyen el término medio intelectual, suelen dejarse influir o sugerir por lo que la ley manda, sólo porque lo manda.

9.^a La ley y la costumbre se completan o deben completarse. Aquélla completa a la costumbre mediante la labor reflexiva, de ordenación, de clasificación, de condensación de la *nebulosa* jurídica en que consiste la costumbre, y en cuanto la ley puede iniciar la costumbre. La costumbre, por su parte, completa la obra de la ley, bien sea prestándole la condición de eficacia de un ambiente de simpatía, bien sea modificándola en su aplicación, bien, por último, *llenando* los grandes y numerosos vacíos que la ley deja necesariamente.

10. Si la ley y la costumbre marchan de acuerdo, el Derecho positivo de un pueblo se afirmará intensiva y extensivamente, constituyendo aquel organismo jurídico propio de las grandes épocas del Derecho. De lo contrario, el Derecho vivirá vida lánguida y desordenada.

La función declarativa del Derecho denomínase *Función legislativa* y sintetiza el primer *momento* y *operación* de la realización del derecho: la *elaboración de la norma*.

11. 2.^o Formulada la norma, el Derecho cae bajo la acción inmediata de la voluntad; ante todo, de la voluntad colectiva del Estado mismo como persona. El Estado—persona—se somete (es *súbdito*) a su de-

claración jurídica, y desarrolla su actividad de modo que aparezca el derecho realizado en la vida. En este momento culminante de la función del Estado se manifiesta el poder de éste, actuando en dos sentidos: 1.º, sobre sí mismo para realizar la norma jurídica, y 2.º, sobre sus miembros y sobre la comunidad toda, para hacer que la norma se respete (1). Se trata del momento *ejecutivo*; aplicación directa y positiva del derecho, que entraña, como la declaración de éste, movimientos espontáneos, totales: el Estado, y la sociedad en él, *cumplen, ejecutan* de una manera *difusa*, la norma jurídica, creando y renovando el *orden jurídico*; pero además, el momento ejecutivo se manifiesta en forma reflexiva, de aplicación directa de la norma jurídica por el poder público, o a veces bajo la acción coactiva. En su sentido general, la función de que se trata denominase *ejecutiva—poder ejecutivo*, se dice; administración, dicen otros; es la función del mantenimiento efectivo del *orden público—*: jurídico

12. A causa de la íntima compenetración orgánica de las funciones del Estado, jamás se produce en su

(1) DUGUIT denomina este momento o función del Estado *administrativa*, y dice: «Por la función administrativa, el Estado crea una situación de derecho subjetivo o condiciona por un acto individual el nacimiento de una situación legal.» No debe olvidarse la situación fundamental que entraña, para el Estado mismo, la norma jurídica declarada: el poder ejecutivo, antes de ser un poder que crea situaciones—derechos y posiciones legales—, es un poder que expresa la obligación del Estado en el sentido de la realización del derecho. (Comp, DUGUIT, *Droit Const.*, I, pág. 130.) JELLINEK distingue tres funciones (materiales) del Estado: la legislación, la jurisdicción y la administración; *Gesetzgebung, Rechtsprechung* y *Verwaltung*. La legislación formula las normas jurídicas abstractas que regulan una serie de casos o hasta un hecho aislado. La jurisdicción fija para un caso particular el derecho incierto o discutido, o también las condiciones jurídicas y los intereses. La administración—lo ejecutivo—desempeña tareas concretas obedeciendo al impulso dado por las normas jurídicas que resultan de esas reglas.» Ob. cit., página 559 (edic. 1900).

vida una separación completa de lo *legislativo* y lo *ejecutivo*. La elaboración de la norma jurídica se hace bajo la condición de una acción ejecutiva del Estado; en la función ejecutiva no puede prescindirse de una particular elaboración; el momento mismo de la ejecución entraña una relación de derecho con la conciencia reflexiva. Aun en el régimen de separación de poderes, la función ejecutiva actúa a menudo mediante declaraciones de reglas jurídicas, con determinación de situaciones jurídicas.

13. 3.º Entre la *declaración de la regla jurídica* y la *ejecución del acto* ha de haber una conformidad (adaptación del *acto* a la *norma*) tan exacta como sea posible. Pero en este proceso de adaptación cabe: 1.º, la posibilidad de la *duda* al aplicar la norma; 2.º, la del error en la *interpretación de la norma*; 3.º, la *imposibilidad* de cumplirla por falta de medios, y 4.º, la posibilidad de la *rebelión* de la voluntad que no quiere *acomodarse a la norma*. En todos estos casos es necesario que se produzca una reacción para hacer que, en lo posible, se cumplan las normas establecidas. El Estado necesita acudir con su *fuerza*, a veces *difusa* (reacción espontánea de la opinión), otras condensada en una función específica, ya sea para aclarar las dudas, rectificar errores, poner los medios o declarar las imposibilidades jurídicas, ya para dictar una decisión especial que imponga el orden jurídico, venciendo la actitud rebelde de una voluntad. Como la realización de esta nueva función del Estado entraña generalmente un proceso particular, en forma de juicio, se la denomina *función judicial* (1).

(1) M. DUGUIT quiere que este momento o función judicial se denomine *jurisdiccional* para evitar confusiones; la función jurisdiccional, para él, es aquella por la que el Estado «comprueba la existencia y la extensión de una regla de derecho o de una situación de derecho, en el caso de una violación o de contienda, y ordena las medidas necesarias para asegurar su respeto». La confusión a que se refiere DUGUIT

14. Las tres funciones indicadas: *legislativa*, *ejecutiva* y *judicial* sintetizan las operaciones *sucesivas* de la realización de derecho por el Estado; son direcciones de la actividad político-social que se especializan, los momentos diversos del proceso. Pero la *especialización* no significa *separación* de las funciones engendradas: todas ellas se manifiestan bajo las dos formas de que se ha hablado al tratar de la función legislativa: toda la vida del derecho, no sólo la declaración de la norma se realiza de un modo *espontáneo* — *costumbres* — y tiende a realizarse, y se realiza de un modo *reflexivo*. Por otra parte, el movimiento *ejecutivo*, como el *judicial*, abarcan plenamente el Estado, que actúa, en todo momento, mediante una acción difusa. Obedeciendo a la ley natural del desenvolvimiento orgánico, merced a la cual toda operación esencial de un organismo tiende a especializarse, generando funciones específicas y órganos diferenciados, el Estado realiza el derecho intensificando su actividad en las tres funciones indicadas, las cuales, al fin, encarnan en órganos (*Poderes* se dice), pero sin llegar por esto al extremo de que la actividad se concentre en los órganos y que la labor social sea,

de llamar a tal función judicial, viene de que, según él, «la función judicial es la que desempeñan los funcionarios que existen en la mayoría de los países y forman el orden judicial; es el punto de vista formal». «Ahora bien — dice —: el orden judicial realiza, sin duda, muchos actos jurisdiccionales, pero realiza otros... Y numerosos actos jurisdiccionales se realizan por órganos... no pertenecientes al orden judicial.» (Ob. cit., I, pág. 131.) Pero la confusión no cabe quizá cuando, para definir lo judicial, se prescinde del punto de vista formal, división de los poderes. En la función judicial se trata, no de determinar la función por el órgano, sino por la función misma. Dada la separación de poderes, cabe discutir si lo *judicial* es una mera rama de lo *ejecutivo*; en lo judicial, se trata de hacer efectiva la voluntad legislativa, como en lo ejecutivo, sin duda, pero de otra manera. Si se atendiese sólo al punto de vista formal, la función del juez podría confundirse técnicamente con la legislativa; las decisiones judiciales pueden engendrar normas mediante la jurisprudencia y hasta establecerlas.

por tal modo, mera labor reflexiva. (V. Giner, *Filosofía y Sociología*.)

La manifestación espontánea *difusa* de la función total del Estado, exige que las especiales tengan un origen y fondo comunes en la conciencia jurídica de aquél: de otra suerte se producirá el divorcio entre el Gobierno y la Sociedad, provocando perturbaciones del orden jurídico-público. Además, como las funciones especiales del Estado indicadas, son para el fin *jurídico*, la unidad con que el Derecho quiere ser realizado, ha de reflejarse en la práctica de las mismas.

15. Y es tan imperiosa la necesidad de mantener hasta en lo formal, la relación constante entre la función total jurídica del Estado, y sus órganos, y la armonía e intimidad entre todas sus operaciones, que en los pueblos modernos *constitucionales*, se pueden señalar instituciones que atienden específicamente a dicha necesidad. No hablemos de Inglaterra, en donde la fuerza de la tradición y de la costumbre mantiene el equilibrio *orgánico* de las funciones políticas. En los Estados Unidos, la reserva de la reforma constitucional a una intervención excepcional de la conciencia popular, entraña el supuesto de la sumisión del Gobierno—acción reflexiva—a la soberanía del todo social. La institución del *Referéndum* entraña una idea análoga, sin duda. La distinción que en el régimen parlamentario existe, entre el poder del jefe del Estado y el del Gabinete, responde a la necesidad de mantener la armonía de los Poderes, y de dar una consagración expresa, *formal*, al principio de unidad política del Derecho.

Ocurre, sin duda, un fenómeno a primera vista extraño en la producción y actuación de la acción unificadora de las actividades especiales del Estado; parece que esta acción debiera ser siempre una acción total, suprema del Estado, difusa, sin determinación definiti-

va; y, esto no obstante, tal función tiende a ser *distinta y específica*. Pero el fenómeno se explica si se tiene en cuenta:

1.º Que las mismas funciones que, aceptando una nomenclatura corriente, si bien impropia, denominamos legislativa, ejecutiva y judicial, aunque se especialicen en órganos específicos, son, en definitiva, la misma función total del Estado, de igual suerte que las funciones específicas del organismo individual, son funciones de todo el ser de éste.

2.º Que el hecho de que la función de unidad se manifieste distinta y encarné en un órgano u órganos especiales, supone sólo el reconocimiento expreso de la necesidad de mantener la armonía entre las diversas funciones y actividades del Estado.

16. Siendo el Estado un organismo, su actividad no se agota, en la que se produce para realizar su fin; el movimiento de su vida se desarrolla en su orden de relaciones de carácter *jurídico*, que resultan de vivir cada Estado en el mundo real de la personalidad, y que, en el caso presente, constituyen la función propia del derecho transitorio de la personalidad política. En efecto: considerado el Estado político, en la realización directa y constante de su fin, aparece como un organismo con propia sustantividad; pero este organismo vive al lado de otros Estados en incesante comercio. La *función de relaciones* del Estado que de este comercio resulta, aunque, como todas las suyas, es de derecho, no se dirige al contenido en la esfera inmanente del mismo, sino al derecho relativo a las manifestaciones exteriores, en las cuales la persona del Estado actúa como uno de los términos de la relación jurídica. Esta función—poder *exterior* (1), si bien es una, por razón de su *autor*: un Estado—, se diversifica en distintas direcciones, según la posición que éste

(1) AHRENS, ob. cit. pág. 188.

ocupe frente a los demás Estados; sin embargo, pueden ellas reducirse en el Estado político, a dos: o bien se considera éste en relación con otros Estados políticos también, y con el individuo como ser político, o bien se le considera en relación con los Estados de las *sociedades especiales*. En las relaciones entre Estados políticos, deben distinguirse las situaciones siguientes: 1.^a, el Estado, ante otros de *igual* o análoga representación histórica; en los tiempos actuales esta posición da lugar al derecho internacional, llamado público; 2.^a, el Estado en relación con otros Estados, formando el *Estado compuesto*, más o menos intensamente constituido; caben aquí dos posiciones: la de un Estado que comprende otros—como sus miembros—, o la de un Estado que es miembro de otro u otros más extensos, o bien de una Sociedad de Estados, como la Sociedad de las Naciones. Entraña tal orden de relaciones, en primer lugar, los problemas del *federalismo*, del *self-government*, y, en general, de la organización territorial del Estado, y en segundo lugar, el problema de la situación del Estado en la Sociedad internacional.

Aun cuando en la doctrina corriente del derecho público la vida de relación se refiere especialmente al Estado nacional, sin gran esfuerzo se puede advertir cómo se produce en todos los demás Estados políticos (Municipios, Regiones, Estado internacional y hasta Estado humano).

En cuanto a las relaciones del Estado con las sociedades para fines especiales, pueden señalarse dos posiciones diferentes: la vida de relación entre las sociedades especiales que, por razones históricas, integran el propio fin jurídico del Estado, dando lugar a su intervención en los fines de cultura especialmente, y la que se manifiesta entre el Estado y las sociedades especiales constituidas con independencia de él, como formaciones espontáneas más o menos autónomas; verbigracia: la Iglesia, la Universidad.

17. El Estado no es sólo un organismo racional, espiritual, que genera y cumple el Derecho; se concreta en un organismo mediante el cual se hace efectiva la vida ética y espiritual del Estado. En suma, hay en el Estado un *medio*; es, en cierta esfera, *medio* (instrumento, *cuerpo* del Estado); toda intervención o acción del Estado se efectúa merced al desarrollo de una energía espiritual, psíquica, obrando sobre o a través de *medios*—elementos, cosas, actos, *servicios*—. Toda la actividad del Estado se sintetiza en definitiva en *servicios* que, a su vez, sintetizan actividades, obrando sobre cosas—*bienes*—que se transforman en *medios*; el conjunto de todos los medios instrumentales del Estado, para realizar sus fines, constituye el organismo concreto del Estado, el cual tiene vida propia, distinta de la que supone el empleo directo de la actividad política dedicada al fin.

A nuestro juicio—y abona la doctrina la misma estructura y funciones de los Estados reales—se señala aquí una actividad del Estado, que no se dirige inmediatamente a la elaboración y aplicación del Derecho, ni a hacer efectivas las relaciones del Estado, sino que se encamina a la *conservación, cuidado y perfeccionamiento del organismo político*, o sea de la *estructura orgánica con que funciona el Estado*.

18. El objetivo directo de esta actividad es la obtención del *medio idóneo*, que se traduce práctica y concretamente en la organización de los *servicios*, que entraña la realización de la misión propia del Estado y el desarrollo de su vida. En el Estado nacional contemporáneo, esta actividad se define más o menos específicamente en los esfuerzos y gestiones con que en ellos se atiende a la obtención de medios y elementos de vida, distribución adecuada de esos medios según las necesidades a que el Estado atiende, y a la organización y prestación de los servicios que se estiman en cada Estado y momento como esenciales. La función endere-

zada a realizar los esfuerzos y gestiones a que se hace referencia es, a nuestro sentir, la *función administrativa*, y, en su virtud, la *Administración del Estado* consiste en el adecuado arreglo, conservación y perfeccionamiento de su gobierno—estructura o instituciones de gobierno en amplio sentido—, a fin de que se gestionen y presten eficazmente los servicios atribuidos en cada caso y momento al Estado—los llamados *servicios públicos*. En otros términos, se podría definir la *Administración* y la *función administrativa* como *aquella actividad del Estado encaminada a obtener los medios adecuados para realizar con acción eficaz sus fines, organizando y ordenando al efecto el sistema y régimen de los servicios llamados públicos*.

19. En la primera edición del *Tratado de Derecho Administrativo* iniciamos la elaboración del concepto de la Administración y de la función administrativa, mediante el análisis realista de las actividades distintas del Estado, y procuramos razonar una doctrina según la cual el objeto propio de la actividad administrativa se contraería a *la conservación y perfeccionamiento del organismo político*: implicaba el concepto una radical rectificación de la concepción de nuestra Administración como rama o dependencia del Ejecutivo, concepción notoriamente inexacta. Pero nuestra fórmula necesitaba un complemento aclaratorio. En efecto: al afirmar que la Administración es la actividad para la conservación y perfeccionamiento del organismo político, podía creerse—y así se ha interpretado alguna vez—que reducíamos la función administrativa a las puras relaciones económicas que, sin duda, entrañan el esfuerzo y la gestión necesarios para que en el Estado se proporcionen los *medios o instituciones* exigidos para la realización de sus fines y el desarrollo de su vida. Y hasta se ha podido encontrar una contradicción entre lo estricto de la actividad administrativa, según nuestro concepto, y el desarrollo de la doctrina especial de los diferentes servicios. Pero precisamente el desarrollo que dábamos al régimen de los servicios, y

la esencial importancia que, en el sistema, alcanzara la noción de los servicios del Estado y por el Estado, o en el Estado, indicaba claramente que la noción de la conservación y perfeccionamiento del organismo político, no se contraía a la de una gestión o esfuerzo económico, toda vez que aquella noción se habría de considerar siempre subordinada a los fines perseguidos, o sea a los objetos propios de los servicios, siendo, en definitiva, la realización variable, circunstancial, a veces, de éstos, la que constantemente habría de determinar y definir la naturaleza y la extensión de las tareas de conservación y perfeccionamiento del organismo político o del Estado.

Una adecuada consideración de la Administración y de la función administrativa exige, a nuestro juicio, el desarrollo armónico de las ideas que estimábamos recogidas, aunque no bien determinadas, en la noción de conservación y perfeccionamiento del organismo político; esas dos ideas son las siguientes:

1.^a *La de la obtención del medio idóneo adecuado para constituir el organismo del Estado.*

2.^a *La de la organización, gestión y prestación del servicio exigido en el cumplimiento de los fines del Estado (noción del servicio público).* (Extracto del § 3.^o del cap. I de la *Intr. en mi Trat. de Derecho Admin.*, 2.^a edic., 1923. V. luego núm. 6, art. 1.^o cap. II del libro VI.)

20. La unidad superior de todas las funciones del Estado se mantiene y afirma merced a la forma característica de toda su actividad: *el Derecho*. Toda actividad del Estado es una expresión jurídica, porque toda ella se ha de manifestar en formas de derecho, a saber: determinando la *relación* o *relaciones* que entraña la actividad, la *norma* o *normas* a que ésta ha de acomodarse y el *orden* según el cual debe la misma producirse. La unidad, además, se impone y mantiene, porque en todas las manifestaciones de la actividad persiste el sujeto: el Estado. En su virtud, todo

Estado entraña la elaboración de un sistema de actividades distintas, pero armonizadas y contenidas en un sistema de derecho propio: su derecho positivo, el cual, a medida que se intensifica la conciencia jurídica de la comunidad política, penetra la vida real del Estado, acomodándole incesantemente a las exigencias del ideal jurídico. Y he ahí cómo puede interpretarse la concepción del *Estado de derecho*: es el Estado, que elabora y realiza un derecho propio, omnicomprendivo, es decir, derecho que se aplica a todas las manifestaciones de la actividad del Estado.

CAPÍTULO IV

Las teorías de la división de los Poderes.

1. La doctrina de la división de los poderes del Estado, es una de las generadoras del régimen constitucional contemporáneo, y por esta razón, en el estudio de dicho régimen, habrá de considerarse aquella doctrina en su amplio desarrollo y aplicación. Por el momento bastará recordar que tal doctrina sintetiza y expresa el sistema de *garantías*—de frenos y contrapesos—adoptado por el Estado constitucional en su primer período — de liberalismo — para defender las libertades; necesidad y aspiración inmediatas en los comienzos del régimen de Constituciones. Era preciso, en efecto, condicionar la libertad—individual—, especialmente frente a las extralimitaciones de los Poderes públicos. Montesquieu, al referirse a Inglaterra como país de libertad política, hacia notar que allí no estaban en una misma mano la potestad de hacer las leyes, la de ejecutarlas y la de juzgar, y de Montesquieu, de su interpretación de la Constitución inglesa (1), viene el mayor influjo; quizá no podría señalarse, en el movimiento de las ideas que determinan la instauración del régimen constitucional, otro que haya contribuido,

(1) V. *Espíritu de las leyes*, cap. VI del lib. XI. «No me corresponde, dice, examinar si los ingleses gozan actualmente de la libertad o no. Me basta ver que sus leyes la establecen...» (Trad. esp. de MAZO, I, pág. 241.)

con más fuerza y eficacia, a la elaboración de la estructura de gobierno, que al fin se acepta por todos los Estados civilizados.

2. Sin embargo, aunque la teoría de la división —distinción o separación— de los Poderes, como garantía de gobiernos libres, sea de nuestros tiempos, y venga más derechamente de Montesquieu, como reconocimiento o consagración de un fenómeno natural en el desarrollo institucional de los Estados, se remonta a épocas muy lejanas. Y es que la realidad del Estado es la variedad de sus funciones, y la de los gobiernos, la diferenciación de instituciones o magistraturas. Así se explica también el carácter empírico de las doctrinas, que se basan en la observación exterior de las formas históricas (1). Como doctrina, la división de los poderes tiene ya su fórmula en Aristóteles (2). «En todo Estado, dice, hay tres elementos—partes o cosas—en que todo legislador cuidadoso debe ocuparse... Una vez bien organizados, el Estado estará bien organizado, y los Estados no pueden diferenciarse sino en razón de la organización de esos tres elementos. El primero de esos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo el cuerpo de los magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de ser nombrados debe

(1) «De una manera más o menos clara, se ve a cada autor elegir por punto de partida el sistema de los órganos del Estado o de los derechos del órgano supremo, como quiera que esos derechos hayan podido distinguirse desde el punto de vista formal, y los toma tal como se los ofrece el Estado de su tiempo...» JELLINEK, ob. cit., pág. 545, cap. XVIII. SIDGWICK observa (cit. por GARNER, ob. cit., pág. 411) que, en los más primitivos tiempos, las funciones políticas se distribuían entre tres distintos órganos: el rey o jefe supremo, un Consejo de jefes subordinados y la asamblea de los ciudadanos reconocidos.» He ahí el tipo de la concepción empírica. (V. *Develop. of Europ. Pol.*, pág. 43.)

(2) V. WILLOUGHBY, *Pol. theor.*, cit., pág. 167.

fijarse, y tercero, el poder—cuerpo o departamento—judicial» (1).

No puede interpretarse la doctrina de Aristóteles en el sentido y con el alcance de las fórmulas modernas incorporadas a las distintas variedades del régimen constitucional. Aristóteles reproduce el tipo y los rasgos fundamentales de los Estados griegos de entonces: el Senado, el magistrado y los Tribunales judiciales (Jellinek, ob. cit., pág. 545): es una doctrina interpretativa y constructiva de la organización política positiva, hecha con el espíritu general de la *Política*, y en la cual se determinan las funciones según resultaban atribuidas a las instituciones. De todas suertes, la doctrina de Aristóteles es un precedente capital de la teoría, la cual tarda mucho tiempo en definirse y formularse, no obstante haber sido sostenida por no pocos autores de la antigüedad misma, verbigracia, Cicerón y Polivio. «La idea de la división de los tres poderes de gobierno fué admitida por Aristóteles, Cicerón, Polivio y otros escritores políticos antiguos... Aunque los autores antiguos distinguían entre tres clases de poderes, correspondientes rigurosamente a la moderna clasificación, en la práctica la distinción no fué siempre observada» (Garner, ob. cit., pág. 411). En rigor, ni entonces, ni después, ni ahora.

Aunque las funciones en sí persisten como distintas en el Estado, no se produce la adecuada diferenciación estructural, a veces ni aproximadamente. Prueba de ello es que el mismo punto de vista doctrinal considera las distintas funciones como derivaciones del poder supremo, siendo en ciertos momentos la división del poder político, más que una diferenciación constitucional, el resultado de la desintegración de la

(1) *Política*, trad. P. AZCÁRATE, pág. 211. Trad. ingl., JOWET, IV, 1298 a. «En todos los Estados hay (V. JOWET, Intr., pág. LXXXIII) tres elementos: 1, el deliberativo; 2, el ejecutivo; 3, el judicial; los tres revisten diferentes formas en las diversas constituciones.»

soberanía en las clases sociales, y luego la consecuencia de la oposición entre las instituciones políticas representativas de fuerzas sociales diversas: especialmente reyes y parlamentos. La teoría tenía que recibir un gran impulso, sobre todo de esta última oposición, que, por otra parte, implicaba la difícil labor de mantener la unidad del Estado, impidiendo que la diferenciación funcional de las instituciones rompiera tal unidad. En rigor, la teoría se elabora al fin como una consecuencia de la lucha entre las prerrogativas del rey y las reivindicaciones del pueblo.

3. Sin pretender recoger el proceso de la teoría, conviene, para completar estas indicaciones, señalar alguna de sus manifestaciones más típicas. Ya en el siglo xiv, Marsilio de Padua señala la diferencia entre el poder legislativo y el ejecutivo (1). Maquiavelo decía que «los reinos que tienen buen orden no dan el imperio absoluto a su Rey sino en los ejércitos...; en las demás cosas nada pueden hacer sin consejo» (2). Bodin (3), dice Garner, «en el siglo xvi fué el primer escritor político que llamó la atención hacia el peligro de conceder al príncipe la administración de la justicia en persona, y hacía ver las ventajas de otorgar el poder judicial a magistrados independientes» (4). Pero

(1) Más que de una división de poderes, en MARSILIO, se trata de una rectificación del absolutismo. Atribuída la soberanía al pueblo, éste tiene el poder legislativo, que es el derecho fundamental de la soberanía; el ejecutivo depende del legislativo. KLEIN, ob. cit., pág. 9. GARNER, ob. cit., página 412. JELLINEK, ob. cit., pág. 550.

(2) *Arte della guerra*. L. I.

(3) «BODIN, dice BLUNTSCHLI, fué el primero que demostró que el rey debía renunciar a administrar justicia y dejar este cuidado a ... jueces independientes». *Teoría G. del E*, página 422.

(4) Ob. cit., pág. 412. Si nos propusiéramos seguir en estas indicaciones el desarrollo de la doctrina sería preciso señalar la división de poderes propuesta por CROMWELL para el Protectorado—separación de las funciones legislativas y ejecutivas. «En los comienzos de la revolución puritana, a

donde la teoría alcanza cierto desarrollo es en Locke, quien distingue en el gobierno civil dos poderes principales: el legislativo y el ejecutivo, existiendo luego otros poderes como el federativo y el discrecional, o prerrogativa, especie de poder extraordinario que el gobierno posee en los casos no prescritos por la ley; el legislativo es aquel que tiene el derecho de determinar cómo la fuerza de la república debe emplearse para defender la comunidad y sus miembros. La índole intermitente de su acción, y la necesidad de atender permanentemente a la eficacia de las leyes, suscita el poder ejecutivo. Estos poderes deben actuar separados. El federativo es el poder de hacer la paz y la guerra, y va unido generalmente al ejecutivo. El poder discrecional, o Prerrogativa, es una especie de poder que actúa discrecionalmente, según las solicitudes del bien público, sin «estar sometido a la ley, y a veces contra ella» (1).

4. Pero es preciso llegar a Montesquieu para en-

mediados del siglo XVII, la división de los poderes y su ejercicio por órganos separados y distintos llega a ser por primera vez una doctrina política». GARNER, ob. cit., pág. 412. En el *Instrument of Government* se consagra la separación: «la autoridad suprema legislativa de la República... debe ser y residir en una persona y en el pueblo reunido en Parlamento. El ejercicio de la magistratura principal y la administración del Gobierno... será del *Lord Protector*». Cons. JELLINEK, ob. cit., pág. 550. Algunos escritores estiman que la teoría, tal como se ofrece en MONTESQUIEU, está ya en GROCIÓ. V. GIERKE, *Althusius*, 174, 175, n., 186, y 187, n., 185. Comp. KLEIN, ob. cit., pág. 17. V. LAVELLEYE, *Le Gouv. dans la démocratie* (1891), t. I, lib. VII. JANSEN, *Montesquieu Theorie von der Dreiteilung der Gewalten im Staate auf ihre Quelle zurückgefuhrt* (1873). SAINT-GIRONS, *La Separations des Pouvoirs* (1881). BONDY, *The Separ. of Gov. Powers. Columbia Univ. Studies in Hist.*, etc., vol. V.

(1) Ob. cit., II, capítulos XII, XIII y XIV. Hay en LOCKE, además de una interpretación de la constitución inglesa, no pocas de las ideas fundamentales en que habrá de descansar la teoría de la separación de los poderes. Sobre el alcance doctrinal de la teoría de LOCKE, véase JELLINEK, ob. cit., página 551. Cons. DUNNING, ob. cit., páginas 354 y siguientes.

contrar el verdadero filósofo de la teoría (1). Montesquieu habla de la existencia de tres poderes en todo Estado: «el poder legislativo, el poder ejecutivo, relativo a las cosas que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo, relativo a aquellas que dependen del derecho civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes por un tiempo dado o para siempre, y corrige o deroga aquellas que están hechas; por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad y previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga las diferencias entre los particulares. Se debe llamar a este último el poder de juzgar, y al anterior simplemente el poder ejecutivo del Estado» (2).

Esta distribución de los poderes, hecha por Montesquieu hablando precisamente de la constitución inglesa (3), venía a ser una exposición de la parte formal de ésta que se ofrecía entonces con un *Rey*, un *Parlamento* (dividido en dos Cámaras) y una *Administración de justicia*. Montesquieu, según dijimos, se fijaba para apadrinar y defender como buena la división de los poderes, en la necesidad de asegurar y garantizar la libertad de los ciudadanos mediante, no ya la distinción de funciones, sino en virtud de la distribución de éstas, o sea del poder en manos distintas (4), y esto

(1) «No obstante, lo que toma de los antiguos autores, MONTESQUIEU es el primero que ha hecho dar en este punto un paso decisivo a la doctrina.» V. JELLINEK, ob. cit., página 551 y nota. CONS. HATSCHKE, *Engl. Staatsrecht*, cit. por JELLINEK, ob. cit. Comp. DUNNING, ob. cit., páginas 412 y siguientes. GIERKE, ob. cit., pág. 185. KLEIN, ob. cit., intr. JANET, ob. cit., II, lib. IV, cap. V.

(2) *Espíritu de las leyes*. Lib. XI, cap. VI.

(3) «La constitución británica fué para MONTESQUIEU lo que fué Homero para cuantas han escrito sobre poesía épica». MADISON, *The Federalist*, n. 47.

(4) MONTESQUIEU, dice GARNER, «fué el primer autor que hace de la teoría de la separación de los poderes una doctrina de la libertad». Ob. cit., pág. 413. Comp. JELLINEK, l. cit.

precisamente es lo que le llevó a dar a la constitución y organización del Estado un carácter mecánico. En efecto: la división de los poderes no resulta tanto de la existencia de funciones distintas en el Estado que por ley de división del trabajo tienden a determinarse y diferenciarse en magistraturas propias, como de la necesidad de imponer a todo poder del Estado un límite con otro poder, a fin de que la tendencia que se señala en todo poder a convertirse en tiránico no triunfe, y el ciudadano sea libre (1). La idea de una limitación del poder, por virtud de una reacción interna, verdaderamente orgánica, no se advierte: quizá no era posible. De esa manera mecánica de justificar la existencia de varios poderes políticos, se originó la doctrina de los frenos y contrapesos y de la balanza de los poderes y el sistema de las desconfianzas, que tan gran papel desempeñarán en el régimen constitucional doctrinario. Y así, como concepción mecánica, es como principal e inmediatamente ha influido la teoría de Montesquieu en el régimen constitucional (2).

(1) «Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en las mismas personas o en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente» (MONTESQUIEU, XI, cap. VI), si el poder judicial «estuviera unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y de la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, porque el juez sería al mismo tiempo legislador; si estuviera unido al ejecutivo, el juez tendría en su mano la fuerza de un opresor». «Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo, de príncipes, o de nobles, o del pueblo, ejerciesen esos tres poderes.» (Id.)

(2) Como dice GARNER, las ideas de MONTESQUIEU llegaron a ser una parte de la «filosofía política de la Revolución francesa, y fueron plenamente expresadas en las constituciones que se formularon en Francia antes de finar el siglo XVIII»: recuerda GARNER el art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, que dice: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución»: en rigor, su influjo es manifiesto en todas las constituciones. Por otra parte, las ideas de BLACKSTONE y las de MONTESQUIEU «tuvieron un in-

5. A partir de Montesquieu, la división de los poderes se desarrolla bajo el influjo de la práctica constitucional y de la elaboración de las teorías del Estado, persistiendo, en mayor o menor medida, las ideas generadoras del filósofo. Consideradas las teorías formuladas, cabe, sin embargo, distinguir, de un lado, las que reponen más directamente al sentido mecánico de Montesquieu, y que se producen generalmente con ocasión del estudio del derecho constitucional, a veces como una teoría del mismo; y de otro, las que se formulan atendiendo más bien a la actividad del Estado, considerando éste desde el punto de vista filosófico y general, y en las cuales se manifiesta el influjo de la filosofía del derecho, y, a menudo, el de la sociología. Debe advertirse que las primeras, muy numerosas, son las más inseguras y de criterio más variable; generalmente divídense los poderes bajo la preocupación de la estructura y de la organización actual del Estado, dando consideración de *Poder* (institución política que emana directamente del soberano y se opone y limita a otro de análogo valor) a los órganos que por el momento alcanzan importancia preeminente.

flujo poderoso y decisivo en América en los momentos de la elaboración de la constitución nacional, y sus doctrinas sobre la separación de los poderes llegaron a formar parte del credo de los primeros hombres de Estado.» (GARNER, ob. cit., páginas 414-415. Cons. *Federalista*, n. 47. MADISON dice en él: «Convendrá investigar el sentido en el cual el mantenimiento de la libertad exige la separación de los tres grandes departamentos del poder. El oráculo citado y consultado siempre en este asunto es MONTESQUIEU. Si no es el autor de este inestimable precepto de la ciencia política, tiene el mérito de haberlo desenvuelto y recomendado con más éxito a la atención del mundo.» V. GOODNOW, *Pol. and Adm.*, páginas 11 y siguientes KLEIN, ob. cit., cap. I. En la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 se lee ya (art. V): «Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, deben ser separados y distintos.» Comp. la de Massachusets de 2 de marzo de 1780, art. XXX. Pueden verse los textos de algunas Declaraciones en JELLINEK, *La Declaración de Derechos*, etc., trad. esp., cap. V, y Apéndices. Cons. GINER, *La política antigua y la política nueva*.

6. Indicaremos, por vía de ejemplo, las opiniones de algunos tratadistas:

Benjamín Constant viene a completar la división de Montesquieu, estableciendo la distinción entre el poder real y el poder ejecutivo ministerial. (Esta distinción la hace Clermont-Tonnerre. Véase Constant, *Cours de pol. const.*) La distinción de que se trata traduce una positiva diferenciación de funciones y obedece a una distinción histórica, que poco a poco se dibuja en la constitución inglesa, y que llega a ser característica del gobierno parlamentario. Benjamín Constant habla de los poderes *real, ejecutivo, representativo, tradicional* y de la *opinión y judicial*. «El poder real (entiendo, dice, por tal el del jefe del Estado, sea cualquiera el título que ostente) es un poder neutro. El de los Ministros es un poder activo». En Benjamín Constant persiste con fuerza la concepción mecánica; el poder real se justifica como una fuerza que reduzca a las otras a su lugar propio (ob. cit., I), y «está formado, según el modelo de la Prerrogativa inglesa, en el Estado sometido al régimen parlamentario, debe servir para justificar teóricamente la existencia de la monarquía». (Jellinek, ob. cit., pág. 554.) Pero recordando la aplicación que la doctrina ha logrado en las Repúblicas de régimen parlamentario (Francia, Chile), puede la distinción tener otra interpretación y estimarse que el jefe del Estado, con función distinta del Ejecutivo, responde a la necesidad de expresar, mediante una institución específica, la unidad del poder público. El jefe del Estado, se dice, es el poder moderador o de armonía. (V. cap. ant.—V. Azcárate, *El self-government y la Monarquía doctrinaria*, cap. VIII.—V. Tambaro, *Il dir. cost. ital.*, esp. *Teoria dello Stato*, III, 1909.)

Otro tratadista, Hello (*Du Régime constitutionnel*, parte 2.^a, 1849), divide los poderes en legislativo, ejecutivo, judicial, administrativo y constituyente, obediendo al señalar éste, sin duda, a la importancia que en los Estados constitucionales alcanza la función jurídico-política, de reforma expresa de la constitución escrita,

Balbo, después de tachar de abstracta e impracticable la teoría de los tres poderes, legislativo, ejecutivo, y judicial, afirma que los poderes verdaderamente tales son el Rey (o el Presidente) y las dos Cámaras que, juntos en Parlamento, forman el poder supremo. «En suma, dice, la división técnica de los tres poderes..., por buena que parezca abstractamente, por completa y exacta que sea, nunca se aplica, no es aplicable prácticamente» (esos tres poderes son tres poderes abstractos... que no pueden convertirse en tres poderes reales...)

Romagnosi distingue (*Scienza delle Costituzioni*, Parte 1.^a, cap. VIII) hasta ocho poderes en el Estado, a saber: determinante (legislativo), operante (administración), moderador (un Senado con tres Cámaras, de los jueces, de los conservadores y de los príncipes), postulante (protector), judicial, coactivo (Ejército), certificante (fe pública) y predominante (de la opinión pública). Según Palma, si por poderes se entiende las funciones abstractas del Estado—Ley, Gobierno y Justicia—, se pueden reducir a los tres famosos—Legislativo, Ejecutivo y Judicial—; en el fondo dos funciones: *querer* y *obrar*; pero si se entiende por poderes «los órganos principales de la *Suprema potestas*», se deben distinguir el poder electoral, el representativo (diputados), el moderador (Senado), el ejecutivo y administrativo del ministerio, el judicial y el del rey (obra citada, pág. 190, y esp. 211).

7. No es necesario alargar más la exposición de estas teorías de la división de los poderes; como se ve, divídense éstos atendiendo más a la importancia actual de las instituciones que a la consideración del contenido de la actividad del Estado. Se gira además constantemente alrededor de los tres poderes que se han conceptuado ya como una aplicación analógica de las facultades humanas—la razón, el legislativo; el juicio, el judicial; la voluntad, el ejecutivo—, o bien como el desarrollo de un «razonamiento práctico».

Kant decía: «Toda ciudad—Estado—encierra en sí tres *poderes*, a saber: la voluntad universalmente conjunta en una triple persona (*trias política*): el *poder soberano* (*soberanía*), en la persona del legislador; el *poder ejecutivo* (según la ley), en la persona del gobierno, y el *poder judicial* (como reconocimiento de lo Mío de cada cual, según la ley), en la persona del juez (*potestas legislativa, rectoria et judiciaria*). Lo cual corresponde a las tres proposiciones de un razonamiento práctico: a la mayor—o principios—, que contiene la ley de una voluntad; a la menor, que contiene el *precepto* de conducta en consecuencia de la ley..., y, en fin, a la conclusión que contiene la *sentencia*, o lo que es de derecho en los diferentes casos» (1).

8. Conviene ahora recordar la tendencia que induce a colocarse en el punto de vista de la actividad del Estado. Pero antes debe señalarse la sugestiva posición que entraña la revisión crítica de la doctrina de Montesquieu, doctrina que llega a estimarse inaplicable, y que, en efecto, no ha podido hacerse efectiva ni aun en la práctica misma del régimen constitucional (2).

La imposibilidad de una absoluta separación de poderes se reconocía ya por Locke (3). Blackstone, que se muestra entusiasta partidario de la separación de los poderes, no rechazaba las ventajas de una mezcla circunstancial de «las funciones legislativas y ejecutivas» (4). Por otra parte, se ha hecho notar que la misma Constitución, inspiradora de Montesquieu, no respondía—ni responde—al criterio rígido de la separación de los poderes. Madison decía, comentando a Montesquieu, que «un examen muy superficial de la Constitución británica debe convencernos de que en

(1) KANT, *Princ. met. del Der*, § XLV.

(2) Véase BENTLEY, *The Process of Government* (1908), cap. XIII. Véase DUGUIT, ob. cit., I, páginas 349 y sigs.

(3) Ob. cit., II, sec. 159.

(4) Cit. por GARNER, ob. cit., pág. 418, n. 2.

manera alguna separa enteramente los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial», y que el propio Montesquieu, al proclamar la necesidad de la separación, no quería significar que no se ejerciese ninguna *acción parcial*, o *control* recíproco entre los distintos poderes. Estima Madison que la doctrina misma no exige que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial no tengan entre sí ninguna conexión (1).

Bluntschli advierte que «la expresión usual, *separación de los poderes*, conduce a falsas aplicaciones. La separación completa disolvería la unidad y destruiría el cuerpo social» (*Teoría*, pág. 425. Comp. Stuart Mill, *El gobierno representativo*). «El principio de la separación de los poderes—dice Goodnow—en su forma extrema, no puede asentarse como base de ninguna organización política concreta» (*Politics and Administration*, pág. 23). «La estricta separación de los poderes, afirma Garner, no sólo es impracticable como un principio de actuación en el gobierno, sino que no es deseable en la práctica. La experiencia de la Constitución inglesa, y de otras, en las que el principio no es estrictamente observado, demuestra que no es una condición necesaria para las instituciones libres» (Garner, ob. cit., pág. 421. Comp. Crane y Moses, *Politics*, página 194, cit. por Garner, ídem).

9. La observación directa de la actividad del Estado en las experiencias constitucionales, y de las complicaciones prácticas de la vida del gobierno, unida al influjo de la concepción orgánica, han impuesto el punto de vista indicado de la distinción de funciones, basada en la consideración de la finalidad y de la actividad del Estado. Según Ahrens, el Estado debe hacer imperar el derecho en la vida, y, para ello, tiene su poder, el cual sintetiza las fuerzas todas de la comunidad.

(1) *The Federalist*, 46. Véase también el n. 48.

«La fuerza jurídica del Estado está en la vida jurídica de la personalidad jurídica.» «El poder aquí se determina desde la actividad: el poder del Estado es la fuerza que tiene para realizar el derecho: es uno en su fuente, y reside en la nación, como personalidad política. Pero se ejerce por los *órganos* que en el progreso de la vida se han *constituido* en determinadas formas... Mediante estos *órganos*, la personalidad *colectiva*, de masa indiferente, se convierte en un real organismo político...» Por otra parte, el poder del Estado «forma en su ejercicio *una unidad orgánica*», que se expresa en la necesidad de mantener la unidad superior de las funciones diversas en que se especifica; además, el poder requiere *independencia* frente a la totalidad nacional, con la cual debe mantener una *acción recíproca*. Ahrens entiende que la división del poder del Estado ha de hacerse mirando a los diferentes estados de la *voluntad*, en el derecho; la voluntad, como querer universal, expresada en una forma estable, es la legislación; en el querer particular sobre el derecho para hacerle efectivo, es la función judicial; la que determina la vida del derecho y del Estado en su dirección general e individual, es la función ejecutiva. Además, la voluntad es el principio supremo de unidad que mantiene la organización interior de las manifestaciones diversas del querer. Considerados estos momentos de la voluntad, y su unidad superior, en la realización del derecho en la vida, la voluntad, como facultad dominante del Estado, se revela en primer término como principio originario causal; luego como forma y regla general para el cumplimiento del fin jurídico, y, por fin, como aplicación concreta y determinada. De estas tres diversas direcciones del querer se parte para señalar en la vida política las tres funciones fundamentales siguientes:

1.^a El *Gobierno*, poder supremo, *punctum saliens*, el cual tiene como tareas propias: a) *Guiar* al Estado, esto es, dar el impulso, o acción inicial, a toda la vida política, para la cual el Gobierno debe desarrollarse en contacto con la vida social, y debe tener ciertas inter-

venciones en los demás poderes; *b) Ejercer* una alta inspección para mantener en sus límites la actividad jurídica y política de todas las esferas de vida, y asegurar la ejecución de leyes y reglamentos; *c) Sancionar* las leyes.

2.^a El *poder legislativo*, que señala y fija las normas de la vida del derecho y del Estado, ya estableciendo su tipo fundamental (constitución), con su forma de poder *constituyente*, ya las demás normas jurídicas para fines más o menos generales.

3.^a El *poder ejecutivo*, el cual se manifiesta en dos direcciones: *a) Como función judicial; b) Como función administrativa.*

Aparte de estas direcciones del poder, que van al cumplimiento del derecho, indícanse como direcciones distintas de la actividad del Estado, resultado de sus diversas posiciones, las del poder como *interior* y *exterior* (de relaciones con otros Estados), *jurídico* y de *cultura*, y, por fin, se distingue el poder del Estado por su forma externa, como *monárquico, aristocrático, democrático y mixto.*

10. Stein se coloca en el punto de vista de la actividad. Para desenvolver la teoría de las funciones del Estado, empieza por afirmar la existencia positiva de éste como la más alta representación de la personalidad colectiva, constituido por la unión del *pais* y del *pueblo*. El Estado, así, tiene una voluntad y una inteligencia personales, las cuales se manifiestan en la unidad del *yo*, que para la organización política, encarna en el *jefe del Estado*. La actividad política emanada de esta superior unidad personal, se traduce luego como *voluntad*, en la *legislación* que supone una *deliberación* y una *decisión*, y, como hecho real y efectivo, en la *administración*, la cual, si se revela como fuerza y hecho del Estado en sí, es *ejecutiva*, y si se revela como actividad positiva en la realización concreta del contenido del Estado, es *administración* (estricta), *político-económica, de justicia, interior.*

11. Mantiénese el punto de vista de la actividad del Estado, concebida principalmente como voluntad por no pocos escritores, acentuándose así la rectificación del formalismo de la separación de los poderes. Treitschke, por ejemplo (*Politik*, II, págs. 2 y 3), después de afirmar que la existencia de tres poderes en el Estado, y su separación, es una pura concepción teórica y fantástica, añade que se deben reconocer sólo dos poderes en el Estado: la *Constitución—Verfassung—*, que abarca la totalidad de las actividades que se refieren a la expresión de la voluntad del Estado, y la *Administración—Verwaltung—*, que comprende las relativas a la ejecución de la voluntad del Estado. «Las funciones políticas—dice Goodnow—consisten en la expresión de la voluntad del Estado, y en la ejecución de esta voluntad.» «Nuestro análisis de las funciones políticas nos lleva a afirmar que se refieren a la expresión y a la ejecución de la voluntad del Estado.»

Esta distinción de momentos en el desarrollo de la voluntad del Estado, se traduce en el gobierno en las dos funciones que el autor denomina Política y Administración. «En todo sistema de gobierno, dice, hay dos funciones primarias o últimas de gobierno: la expresión de la voluntad del Estado y la ejecución. Hay también en todos los Estados órganos distintos, cada uno de los cuales está principalmente encargado de desempeñar una de esas funciones. Estas funciones son, respectivamente, la Política y la Administración.» (Goodnow, ob. cit., pág. 22. V. capítulos I y II.)