

Sección II. Las funciones del poder y el problema llamado de la “separación de poderes”	247
152. Evocación de la distinción entre el gobierno de los hombres y la administración de los servicios	247
153. El problema de las funciones del poder es el de los diversos modos de actividad del poder y de las relaciones entre estos modos	248

1. LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL PODER

154. Precisiones terminológicas: funciones del poder y funciones del Estado; funciones, poderes, órganos	249
--	-----

I

155. Las tres funciones tradicionales: a) la función <i>gubernativa</i> , singular por los actos, universal por la competencia y la presencia	250
156. b) La función <i>legislativa (sensu lato)</i> , que procede por vía de reglas preestablecidas; justificación del procedimiento . . .	252
157. c) La función <i>jurisdiccional</i> , en las relaciones entre particulares y en las relaciones en que está mezclado el Estado . .	254
158. Controversias suscitadas por la función <i>jurisdiccional</i> : ¿habrá dejado de ser función política?	257
¿no constituirá una función distinta?	258
¿será sólo una de las ramas de la ejecutiva?	259

II

159. La cuestión de la <i>jerarquía de las funciones</i> : por qué motivos no puede ser la primera la legislativa... ni la función jurisdiccional	261
El primado corresponde a la función gubernativa	264

160. En qué sentido la Revolución francesa y la ideología procedente de ella postulan la primacía de lo legislativo	265
---	-----

III

161. La teoría de los poderes en el sentido de operaciones de voluntad de la potestad pública, según Hauriou	267
162. Crítica de la tesis	268

Sección II

Las funciones del poder y el problema llamado de la “separación de poderes”

152. Hemos estudiado sucesivamente el modo de colación¹ y las formas de la autoridad en el Estado.² Debemos considerar ahora al poder político en sí mismo, en su organización material, más precisamente, en los modos de actividad en que se traduce. Es el problema de las *funciones* del poder y de la distribución de tales funciones.

Hubo ya ocasión de distinguir, dentro de la tarea concerniente a la potestad pública en el interior, dos objetos: por una parte, la *gobernación* propiamente dicha, enderezada a los hombres, nacionales o extranjeros, sobre quienes tiene poder la autoridad pública; por otra parte, la *administración* de las cosas, de los servicios públicos. La autoridad pública gobierna hombres y dirige servicios, pero se entiende que el gobierno de los hombres exige servicios auxiliares y que la administración no se da sin cierta gobernación de los hombres.³ Pero, pese a esta trabazón, se advierte la diferencia de planos: cuando la autoridad gobierna, al dar órdenes a los ciudadanos o aun al poner servicios a su disposición, gestiona el fin del Estado, que es hacer que reinen el orden, coordinar y ayudar las actividades particulares; cuando la autoridad instituye y hace funcionar los servicios del Estado —servicios de gobierno o servicios de administración propiamente tal— ocupándose del material, del personal y del rendimiento, gestiona, si así puede decirse, al propio Estado como organización destinada a los diversos fines de bien público. La tarea de *gobierno* está así orientada hacia la meta: hacia la producción del bien público y su equitativa repartición entre los súbditos; la tarea de *administración* está encaminada hacia el instrumento, a saber, el Estado y sus servicios, cuyo buen funcionamiento debe asegurar la autoridad.

1 Véase, antes, 110 y ss.

2 Véase, antes, 120-124.

3 Véase *supra*, 38 y ss., especialmente 45 y 46.

Esta distinción, empero, sólo aproximadamente coincide con la que se hace entre *actos jurídicos* y *actos materiales*, pues si la gobernación de los ciudadanos implica en primer lugar órdenes, es decir, actos jurídicos,⁴ entraña también actos materiales, como la intervención de la fuerza para procurar la ejecución de las órdenes.⁵ En sentido inverso, la administración entraña, respecto de los gobernantes que la dirigen como de los funcionarios que la ejecutan, junto a actos materiales de gestión, actos jurídicos, por ejemplo, los actos de nombramiento de los funcionarios o la determinación de su estatuto.

153. Independientemente de la naturaleza y del objeto formal de la labor que, con el nombre general de gobernación incumbe a la autoridad pública, queda por ver de qué manera, por qué procedimientos, con qué “funciones” desempeñará la autoridad pública la tarea así definida. El problema de las funciones del poder, tal como se entiende en esta terminología, es, pues, el problema de los *medios* de actividad del poder y *no* de su objeto. Puesto que la actividad del poder tiene por objeto la gobernación y la administración, nos preguntamos cuáles serán los *modos de obrar* empleados en vista de este objeto.

Se trata desde luego de *reconocer* estos modos de actuar, de diferenciarlos, de señalar sus relaciones; después, eventualmente, de *jerarquizarlos*.

Resuelto este primer problema, aparece una nueva cuestión: ¿conviene que las diversas funciones del poder sean asumidas *por un órgano único*? Naturalmente, el problema no puede plantearse en un régimen de monarquía pura en que, por definición, todas las funciones del gobierno están en manos de uno solo. No puede surgir sino donde el gobierno pertenezca a algunos o a la masa del pueblo; aun en este último caso, es preciso que no se trate de democracia directa e integral, pues entonces, otra vez, todas las funciones son ejercidas por el pueblo o sus delegados inmediatos, y no hay lugar para una división, ora de atributos, ora de funciones.⁶ Se necesita, pues, suponer que *varias personas* estén investidas de la autoridad, por sí mismas (caso de la aristocracia) o en nombre del pueblo (caso de la democracia directa). Entonces se preguntará uno si vale más que todas ellas ejerzan *colectivamente las diversas funciones* del poder o si es preferible una *separación*.

4 Véase antes, 39-41.

5 Véase más arriba, 42-44.

6 Mas no en el caso de la democracia semidirecta (por ejemplo, el *referéndum*), como lo advierte Hauriou, *Précis*, 2a. ed., p. 351.

Esto no es todo. En la hipótesis de la separación, surge una tercera cuestión: la de saber si el ejercicio de cada una de las funciones debe confiarse a un órgano simple o múltiple, pero *encerrado dentro de esa función*, o bien a un órgano complejo, compuesto de miembros llamados a *participar en el ejercicio de varias funciones*.

1. Las diversas funciones del poder

154. Por lo pronto, no confundamos las funciones *del poder*, que es la autoridad en el Estado, con las funciones *del Estado*, que es la agrupación política misma. Bajo el nombre de “funciones del Estado” en realidad contemplamos las atribuciones de la sociedad-Estado, tales como se derivan de su fin social: la paz, la armonía, la ayuda a las actividades particulares; en una palabra, el bien público en todas sus aplicaciones concretas, variables conforme a los tiempos, lugares y casos. Por “funciones del poder” se entiende necesariamente algo propio de la actividad de quienes rigen al Estado, y que debe interesar a esta actividad como tal, fuera de toda consideración de contenido y de fin.⁷

Además, se habla de “funciones”, no de “poderes” (en plural). Esta última expresión es, en efecto, equívoca. En una primera acepción, puede designar las funciones, pero en sentido de que constituyen, con el nombre de “poderes”, los elementos componentes de la potestad pública. Tal era la concepción de la Constitución francesa de 1791, que distinguía tres poderes, cada uno soberano en su esfera, y formando en conjunto la unidad indivisible de la potestad pública. Pero ¿para qué llamar “poderes” a aquello que es función, con el riesgo de desvirtuar tanto la idea de función cuanto la de potestad pública, que es por necesidad una e indivisible?⁸ En una segunda acepción, se entiende por “poderes” los *órganos* por quienes se ejercen las funciones. Mas ¿por qué confundir lo que puede ser distinto, pues acontece que órganos diferentes colaboran en una misma función, al paso que un mismo órgano puede participar en diversas funciones? Ciertamente Hauriou ha propuesto una tercera acepción del

7 Comp. Duguit, 2a. ed., t. II, parágrafo 14, pp. 132 y 133, que distingue entre las funciones *económicas y sociales* y las funciones *políticas* del Estado (en el sentido de los gobernantes). Del propio modo, Carré de Malberg, t. I, p. 259, que distingue entre las *atribuciones* del Estado y las *funciones* del Estado; las atribuciones se refieren a la materia y los fines. Comp. Hauriou, pp. 347 y 349, nota 5, cuya terminología es equívoca.

8 Véase, para la crítica de la concepción de 1791, Duguit, t. II, párrafos 41 y 42, especialmente la conclusión, pp. 541 y 542

término “poderes” tan distinto de las funciones como de los órganos, y que significaría “los *poderes de voluntad* en cuya virtud los órganos ejercen las funciones”.⁹ Pero como esta concepción es harto sutil y Hauriou la sitúa en la base de su teoría de la separación de poderes, la examinaremos más lejos.¹⁰

Hechas estas precisiones, ¿por medio de qué funciones se ejerce la potestad pública? Tradicionalmente son tres; ciertas recientes discusiones,¹¹ no obstante mejoramientos de detalle, no han trastornado, según parece, las soluciones aceptadas.

I

155. En primer lugar, sea que la autoridad pública gobierne a los hombres, sea que cuide de los servicios,¹² interviene por vía de acción o decisión *concreta*, relativa a un asunto determinado. Esta decisión puede tener carácter jurídico, si introduce modificación en el ordenamiento jurídico, o carácter puramente material; puede constituir lo que se llama un acto de imperio o de poder, cuando interviene por vía de mandamiento, o un acto de gestión, cuando trata de igual a igual con los ciudadanos.¹³ El acto es siempre de alcance particular; recae en una situación, un caso o un individuo determinados.¹⁴ Por ejemplo, la autoridad veda una reunión, da orden a su policía de que detenga a una persona o la aprehenda, entrega una autorización de construir o una licencia de importar, nombra para una función pública, da el pase a un mercado de suministros,

9 *Précis*, p. 347. Véase, también, p. 211.

10 Véase, más adelante, 161 y 162.

11 Aludo particularmente al nuevo estudio del problema a la luz de la *Stufentheorie* de Merkl y Kelsen. Según este método, la distinción material de las funciones del Estado debería hacerse partiendo exclusivamente de la regla de derecho y del papel desempeñado por el Estado en los diferentes estadios de la vida de la regla jurídica (hechos de estructura, de formación, de realización y de discusión del derecho). Véase Bonnard, *Précis de droit administratif*, parte general, pp. 29, 43, 44, 51 y 52. Pero este punto de vista da de mano a una actividad puramente material sin relación con la regla de derecho, que también cabe dentro de la función del poder. Véase, a este respecto, Duguit, t. II, parágrafo 14, pp. 134 y 135. Comp. Scelle, *Précis de droit des gens*, primera parte, pp. 18-20.

12 Sobre esta distinción que mira a la naturaleza u objeto del poder, no a sus modos de actividad, véase más arriba, 152 texto y notas 3, 4 y 5.

13 Acerca de esta última distinción, véase Bonnard, *Précis de droit administratif*, parte general, pp. 47 y 48. *Adde*, antes 70.

14 Comp. Hauriou, *Précis*, pp. 376-389; Duguit, 2a. ed., t. II, párrafos 23 y ss., pp. 28 y ss.; Bonnard, *Précis*, parte general, pp. 45-49; De la Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, París, 1934, pp. 87-92.

engancha a un obrero, emprende la construcción de una ruta, decreta el pago de un impuesto, llama las milicias a las armas, convoca al pueblo para requerir su opinión, promulga un decreto, un reglamento, una ley...; otras tantas providencias muy diferentes, capaces de reproducirse según la misma fórmula en circunstancias idénticas (de hecho, acaba siempre por establecerse una jurisprudencia más o menos fija, más o menos pública), pero que de por sí continúan limitadas a la especie.

Tal es, en verdad, la primera función de la autoridad: obrar doquiera que la necesidad de intervención se manifieste; proveer, prever, preparar: en lo ordinario y en lo extraordinario, en el interior y en el exterior, todos los días sin discontinuidad. Acción incesante y universal que abarca lo presente y lo venidero, lo previsto y lo imprevisto, lo importante y lo menudo; en principio, con sólo esta directiva, cuya aplicación habrá de hacerse a cada caso: las exigencias y las posibilidades del bien público.

Esta función, simultáneamente general y singular siempre, se llama *gubernativa*, precisamente porque corresponde a la tarea esencial del gobierno, que es vigilar todo y resolver una por una, en la situación en que se presenten y por los medios más apropiados, las variadas dificultades que suscita la gestión del Estado y del bien público. Entre los juristas, es cierto, algunos se contentan con la denominación de función *administrativa*.¹⁵ Sin duda que gobernar es, en un sentido, administrar, y a la inversa. Pero la expresión incurre en el error de no indicar la convergencia que se acaba de señalar entre la función llamada administrativa y la función misma de la autoridad, aparte de que no es feliz: en el uso, el vocablo *administración* se reserva para las faenas ordinarias y secundarias de mera ejecución, mientras que gobernanación designa una acción superior de dirección, de impulsión, de control.¹⁶ Con todo, como estas dos clases de acción se requieren por igual, nada impide denominar función gubernativo-administrativa a esta función de la autoridad que se caracteriza por la decisión concreta y singular.

En cambio, hay que repeler la denominación de función *ejecutiva*, en el sentido de ejecución de las leyes o actos del poder llamado legislativo,¹⁷ porque, en la realidad, la función que acabamos de describir, lejos

15 Así, Duguit y Bonnard.

16 Comp. Bonnard, *op. cit.*, p. 47; Duguit, t. II, parágrafo 32, pp. 399 y 400. Este es el punto en que ciertos autores proponen se distinga, además de una función gubernamental, una función administrativa: así De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, pp. 97-102. Comp. Barthélemy y Duez, pp. 783 y 784.

17 En sentido muy distinto, Hauriou habla de "Poder Ejecutivo": véase, más adelante, 161.

de limitarse a un papel de ejecución, entraña por el contrario mucha iniciativa; luego, porque, aun donde la función gubernamental y administrativa está sujeta a leyes, éstas están concebidas en términos bastante amplios para dar cabida al libre movimiento de una acción espontánea; finalmente, porque en las materias no regladas por la ley o también en los casos en que la observancia de la ley sería materialmente imposible (hipótesis del estado de necesidad, derivado, por ejemplo, de una guerra, de la invasión del territorio por el enemigo...), la función gubernativa recobra inmediatamente la plenitud de su autonomía.¹⁸

156. Pero la actividad de la autoridad pública no sólo se manifiesta en forma de decisiones singulares (de cualquier índole que sean, en cualquier dominio del bien público que intervengan y cualquiera que sea el fin que se propongan). Esta actividad procede también por vía de *reglas generales preestablecidas*, oficialmente promulgadas y publicadas, de tal suerte que todo mundo pueda tomar conocimiento y vigilar su aplicación, reglas sancionadas en cuanto sea posible, con la mira de garantizar su observancia contra la negligencia o la mala voluntad.

Poco importa el modo de producción de estas reglas, que puede estar a su vez sometido a un sistema más o menos reglado: así las reglas constitucionales rigen la elaboración de las leyes y reglamentos...; poco importa la gradación de estas reglas conforme a un orden jerárquico que igualmente podría instituirse: sistema de reglas escalonadas en leyes constitucionales, leyes ordinarias, reglamentos generales, locales...; poco importa, en fin, el contenido material de estas reglas, sea que definan derechos y obligaciones, competencias o autonomías, procedimientos o penas. Siempre acontece que la autoridad dicta de antemano una disposición destinada a ser empleada, no en un caso específico, sino en todos los casos correspondientes a la hipótesis prevista como condición de aplicación de la regla.¹⁹ Así pues, nos ceñimos aquí a una concepción filosófica y de ninguna manera técnica —principalmente de técnica formal— de la *legislación*, entendida simplemente en el sentido de regla general.

18 Comp., sobre la supuesta función ejecutiva, Bonnard, *op. cit.*, pp. 52 y 53; Duguit, t. II, párrafo 32, pp. 396 y ss.; De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

19 Sobre el objeto de la función legislativa, que es realizar *actos-reglas*, véase Duguit, 2a. ed., t. II, párrafo 14, p. 137; párrafo 15, pp. 144 y 145; párrafo 16, pp. 145 y ss.; Bonnard, *Précis*, pp. 44 y 45. De la Bigne de Villeneuve (*La fin du principe de la séparation...*, pp. 93-96) injustificadamente hace aquí intervenir consideraciones relativas al valor de fondo de la ley. El valor de la ley no tiene que ver con los modos de actividad del poder, sino con la virtud obligatoria de sus órdenes.

El procedimiento legislativo puede intervenir en dos series de relaciones. Primero, las relaciones de los ciudadanos entre sí (materia del derecho privado), pero también las relaciones que derivan de la existencia misma de la sociedad-Estado: relaciones entre el Estado, sus órganos o agentes y los ciudadanos, entre los órganos políticos del poder central y los poderes centrales (materia del derecho público y administrativo). Cuando se trata de relaciones *privadas*, la autoridad no las determina por imposiciones especiales y *a posteriori*, susceptibles de variación según las especies, sino por medio de leyes que enlazarán a los súbditos y, de rechazo, la ligarán a ella misma, en cuanto está encargada de procurar la aplicación de esas leyes. Si se trata de relaciones *públicas*, la autoridad no las determina de modo ocasional, circunstancial, sino conforme a normas prefijadas: en la sociedad pública todos tienen su regla de competencia y de conducta, más o menos completa, más o menos pormenorizada, no sólo los ciudadanos y los funcionarios, sino los mismos gobernantes: el *Estado legal* o, cuando menos, el *Estado de derecho* reemplaza al *Estado de policía*.²⁰

Desde luego se comprende lo provechoso del sistema. Ligada a un ordenamiento preciso, la acción de la autoridad, ora en materia civil, ora en materia pública, se salva de los escollos de la incertidumbre, la incoherencia y la arbitrariedad partidarista. Todos los que, con cualquier calidad, están constreñidos al deber de la obediencia, súbditos y funcionarios, saben cómo deben conducirse. Por su parte, los gobernantes están dispensados de improvisar cada vez las soluciones necesarias. El método y la continuidad rigen el gobierno del Estado; la seguridad y la confianza reinan entre los administrados. Seguramente que el procedimiento reglamentario no tiene la ductilidad de la acción moldeada sobre el caso concreto; pero el balance de inconvenientes y ventajas deja un clarísimo saldo a favor de éstas. Puede afirmarse aun esto: en el Estado, como en todo grupo organizado, una acción gubernativa que sólo procediera por decretos o instrucciones, fuera de toda regla *a priori*, prácticamente quedaría a la zaga y no llegaría a la meta. Por ello pronto la autoridad se ve forzada a establecer reglas, en todo caso para sus subordinados, si no es que siempre para ella misma.²¹

20 Sobre esta distinción entre Estado legal, Estado de derecho y Estado de policía, véase Bonnard, *Précis de droit administratif*, pp. 71-73.

21 El Estado legal o Estado de derecho, en que no sólo están ligados los súbditos y los funcionarios, sino también los gobernantes, es un ideal, en efecto, que no se ha realizado doquiera y que, por otra parte, no es realizable en todo. Pues hay materias en las que, para afrontar lo imprevisto de la

Todavía más: el procedimiento “reglamentario” es inconcebible cuando ya no se trata inmediatamente de regular conductas, sino de elaborar instituciones. La solicitud del bien público, que se encomienda a la autoridad, requiere frecuentemente la creación de sistemas instituidos, organismos o mecanismos que entrañan estructura: en el orden civil y social, instituciones de protección de los incapaces o débiles, de asistencia y de previsión...; en el orden específicamente político, instituciones de los servicios administrativos de todas categorías y la institución fundamental del propio Estado, que no puede existir sino organizándose por medio de instituciones subordinadas, gubernativas o de otra índole. Pero toda institución, toda estructura social supone un estatuto fijado de una vez por todas, en consecuencia, la ley. Si en rigor podemos concebir un sistema de imposiciones puramente individuales, no se concibe ninguna institución establecida para un caso. La *institución* demanda estabilidad, permanencia; tal es su papel social y, así, sólo puede ser realizada por el procedimiento legislativo y reglamentario.²²

Por otra parte, reiteremos que el procedimiento de la regla en modo alguno excluye el procedimiento de la acción concreta. Y pues la ley es obra humana, no podría prever todo ni, cuando ha previsto, resolverlo y fijarlo todo, lo cual deja un considerable margen a la función gubernativa no reglada y al poder discrecional de la autoridad, sea en ausencia de reglamentación, sea dentro del marco de una reglamentación amplia.²³

157. Esto no es todo. Entre las situaciones que se ofrecen al cuidado de la autoridad pública, hay una de fisonomía especial, la *situación contenciosa*, que da pie a una función nueva y distinta, a saber, la función *jurisdiccional*.²⁴

Surgen disensiones entre los ciudadanos, los grupos o las categorías sociales acerca de sus intereses particulares, individuales o colectivos. Se comprometería la paz social si no fueran zanjados estos conflictos. En verdad, podrían serlo por vía de acuerdo amigable. Pero este modo de solución de los conflictos, que en ocasiones disimula la ley del más fuerte, con sobrada rareza se practica entre los hombres. Fuera de la guerra privada, queda en-

vida gubernativa y administrativa, tiene la autoridad necesidad de un margen muy extenso de poder discrecional, desligado de toda regla *a priori*.

22 Comp. Hauriou, pp. 471 y 472.

23 Comp. en este punto *ibidem*, pp. 384 y 385.

24 Acerca de la función jurisdiccional, Bonnard, *op. cit.*, pp. 49-51. Comp. Duguit, t. II, párrafos 28 y ss., pp. 308 y ss.; De la Bigne de Villeneuve, *La fin du prince*..., pp. 102-105.

tonces el desenlace por medio de *sentencia* que emane, ya de un particular (individuo o corporación), a quien las partes interesadas encomiendan el proceso, ya de la autoridad pública. Después del examen y verificación de los hechos, el tribunal requerido deberá pronunciarse sobre el valor de las pretensiones opuestas y concluirá con una disposición apropiada (orden, prohibición, anulación; en una palabra, condena). En esto consiste la función del juez (*sensu lato*): los litigios no solamente son terminados o liquidados, lo cual podría eventualmente ser objeto de la función gubernativa y administrativa; son *juzgados*, esto es: la solución se produce sobre la base de un principio superior de razón o derecho, que es, ya la equidad (caso del *arbitraje*), ya una regla formal predeterminada; en una palabra, la ley en el sentido definido en ese momento (caso de la *jurisdicción* propiamente tal). En el último caso, la regla viene a refrenar y sostener la acción del juez como, a su tiempo, refrenaba y sostenía la acción de los gobernantes-administradores, de los agentes públicos y de los súbditos.²⁵

Juez público o *juez privado*: no hay que creer, en efecto, que la intervención de la autoridad para dirimir las controversias entre ciudadanos sea de necesidad absoluta o universal, por lo menos en el régimen de Estado. Tratándose de jurisdicción como en cualquier otro dominio o materia, el papel de la autoridad pública es sólo supletorio.²⁶ Si las partes prefieren recurrir a un juez o árbitro privados (a reserva de ciertas condiciones de aptitud de las que el Estado tiene derecho y deber de preocuparse), no se ve el motivo de prohibirles eso, atribuyendo a la autoridad pública y a sus órganos inmediatos el monopolio de la jurisdicción de los procesos. Después de un largo eclipse, que coincide con la era de la centralización estatal, el sistema del juez o del árbitro privados ha encontrado en nuestra época expeditiva, cansada de la lentitud del procedimiento oficial, la privanza del público de los negocios,²⁷ a tiempos hasta el de los gobernantes, cuando éstos temen comprometer su influencia en litigios delicados: por ejemplo, en materia de conflictos sociales.²⁸

25 Se encontrará una concepción diferente del papel del juez —que sería de pura comprobación— en H. Rolin, “De la hiérarchie des pouvoirs”, *Bulletins de la Classe des lettres de l'Académie royale de Belgique*, 1936, pp. 57 y 58.

26 Véase antes, 27 y 28.

27 Piénsese en el desarrollo del arbitraje en materia de controversias comerciales, no sólo internacionales, sino también internas.

28 Debe recordarse la actitud del gobierno francés, en el transcurso de la agitación que siguió a los acontecimientos de junio de 1936.

Sea lo que fuere, conforme a la misma doctrina supletiva, es indiscutible que donde haya ausencia o deficiencia del juez privado, incumbe a la autoridad pública cumplir la función jurisdiccional y tomar a su cargo la decisión de los litigios de toda especie que puedan dividir entre sí a los individuos, grupos o clases.

Pero existen controversias diferentes de las que ponen a los particulares en lucha, a saber, los conflictos en que el *mismo Estado* se mezcla como parte: disputas entre el Estado, sus órganos o agentes y los ciudadanos, sobre la regularidad formal o material de un acto cualquiera del poder (legislativo, gubernamental o administrativo, judicial); controversias entre el Estado o los gobernantes por un lado y los funcionarios por otro relativas al estatuto, derechos y obligaciones de éstos; controversias entre los diversos órganos del poder concernientes a sus respectivas competencias; controversias referentes a la aplicación de las penas (justicia *repressiva*) en las que, tratándose de infracciones particularmente graves a la disciplina social, el Estado necesariamente es parte pública. Todavía más que los litigios entre ciudadanos, todos estos litigios de índole en cierta forma societaria, puesto que interesan a la vida y al funcionamiento de la sociedad política, exigen una solución. En el Estado de policía, ésta es simplemente decretada por la autoridad, que resuelve sin expresar motivos. Salvo en materia represiva, la función jurisdiccional no interviene: el negocio contencioso es tratado como cualquier otro negocio, por el juego de la función gubernativa y administrativa. El interesado interpone recurso, ya ante el funcionario cuyo acto le causa perjuicio (sistema de la reconsideración o *recurso gracioso*), ya ante su superior jerárquico (sistema del *recurso jerárquico*). Pero en la doctrina y según el ideal del Estado de derecho, los conflictos en que está implicado el Estado, como todos los demás litigios, deben finalizar por un verdadero juicio, es decir, por una decisión motivada en los hechos y el derecho, consecutiva a un procedimiento ordenado y contradictorio, dotado de autoridad de cosa juzgada, con el fin de resolver definitivamente el conflicto.

Naturalmente, aquí la instancia competente no podría ser sino *pública*, instituida por el Estado y en manos de un juez de Estado. No se entendería que tales litigios, en que intervienen los derechos e intereses del poder público, fueran encomendados a jueces privados, totalmente extraños al Estado. Sin duda que éste es parte en la causa y que, por definición, el juez instituido debe ser imparcial. Pero basta que el juez nombrado por el Es-

tado sea de hecho independiente de éste, lo que puede obtenerse mediante ciertas garantías, como la inamovilidad.²⁹

158. Es verdad que la función de juzgar suscita controversias.

a) Para Hauriou, no debía tomarse en consideración desde que cesó de ser una función *política*. Lo era la función de los jueces, por ejemplo, cuando los antiguos Parlamentos tenían la misión de registrar las ordenanzas. Ya no lo es ahora que está encastillada en lo contencioso.³⁰

Mas parece que hay aquí una confusión. De que los cuerpos judiciales no participen en la función gubernativa y administrativa no se desprende que se hayan tornado un poder extra o suprapolítico. Zanzar conflictos no sólo pertenece al orden *político* cuando se hace por vía de autoridad, sino también por medio de sentencia, en la medida en que esta función es necesaria a la realización de los fines de orden político, entre los que figura la pacificación, la paz entre los hombres. Históricamente, juzgar (es decir, disolver los conflictos conforme a derecho dando la razón a uno y negándosela al otro) fue una de las primeras funciones de la autoridad política; hoy y siempre, es una de sus funciones principales y más esenciales. De que los tribunales deban estatuir según el derecho —equidad o regla— fuera de toda influencia, ora de la política (en el sentido de política partidarista), ora del poder (en el sentido de poder gubernativo o legislativo), no se sigue que sean exteriores o superiores a la política. Constituye una función política todo modo de actividad requerido por la política. Si ésta exige la función de juzgar conforme a derecho, esta función es política, puramente política, aun siendo, por su objeto, jurídica, como la función del ejército es política, aunque por su objeto sea militar.³¹

Es, por otra parte, un error oponer o aun separar las exigencia del *derecho* y los imperativos de la *política*.

En cuanto el derecho es la disciplina impuesta por el Estado para el bien público y en relación con el bien público, y no una regla de justicia meramente filosófica, juzgar de acuerdo con el derecho es, en cierta ma-

29 Es el problema ya examinado más arriba (89), en su aspecto general de la conciliación entre el principio de la soberanía del Estado y la sumisión de éste al derecho.

30 Hauriou, *Précis*, pp. 349, 350 y 382. *Adde*, sobre el lugar del juez en Inglaterra y los países anglosajones, pp. 229 y 230. Comp. H. Rolin. “De la hiérarchie des pouvoirs”, *Bull. de la cl. des lettres de l’Acad. royale de Belgique*, 1936, p. 58.

31 Sin razón, pues, se opone la función *jurídica* de los jueces a la función *política* de los legisladores y gobernantes. Es imposible realizar la política sin hacer derecho (en cuanto legislador), como a veces es imposible decir el derecho sin hacer política (en cuanto al juez). Sólo sucedería de otro modo si el papel del juez se redujera a la aplicación mecánica de una regla dada de antemano. Pero tal regla está lejos de ser dada siempre de antemano.

nera, juzgar conforme a la política. En otros términos: en ausencia de regla predeterminada y, muy a menudo, hasta en la interpretación y aplicación al caso concreto de una regla predeterminada, faltaría el juez a su deber si hiciera abstracción de las exigencias del bien público. Esto es harto claro en la función de juzgar *en materia de derecho público* o *administrativo*: por ejemplo, los tribunales administrativos franceses tienen que preocuparse constantemente de las exigencias y del bien de los servicios públicos, lo cual corresponde a una apreciación exclusivamente política.³² Pero es igualmente verdadero para la solución de los conflictos *de derecho privado*: la justicia que una de las partes demanda contra la otra no puede recibir la sanción del Estado, de sus autoridades y de su derecho, sino en cuanto concuerde con las exigencias del bien público, suprema norma del sistema estatal. Cuando interviene la función legislativa para decidir ella misma sobre esta concordancia, el juez no tiene más que inclinarse, aplicando la regla existente. Pero cuando aquélla no ha intervenido o cuando interviene para otorgar confianza al poder de apreciación del juez en la especie, la tarea jurídica vuelve a ser en primer lugar política; es decir, el juez debe esforzarse por conciliar las exigencias de la justicia, concebida desde un punto de vista filosófico y abstracto, con las exigencias más movibles del bien de la comunidad entera.³³

b) Otros autores, como Carré de Malberg, pretenden que la función jurisdiccional no constituye en el Estado una función *distinta*. Por una parte, en los regímenes en que el juez no puede negarse a juzgar ni aun en ausencia de un derecho formal previo (véase artículo 4o. del Código Napoleón), su misión comprende el “poder de fundar reglas de derecho nuevo, cuando menos de derecho localizado entre las partes”, y entonces participa de la función legislativa.³⁴ Por otra parte, la solución de los conflictos no es monopolio de los jueces: una multitud de otras autoridades de orden

32 Cuando Renard (*L'organisation rationnelle de l'État*, en el apéndice a *La théorie de l'institution*, pp. 570 y ss.) hace de la política un poder de control, pero ejercido desde el punto de vista meramente jurídico (control de la *legalidad*, de la *constitucionalidad*, de la *racionalidad* del comportamiento del Estado), es claro que esta fórmula no excluye la competencia *política* del juez, pues juzgar de “la adecuación de las actividades ejercitadas por cuenta del Estado con la finalidad de éste” (según Renard, en esto consiste el control de la *racionalidad*) es en primer lugar tarea política (en el sentido científico del término).

33 De una manera general, para las relaciones entre el derecho y la política, véase J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, núm. 46, pp. 184-187, y *La technique de l'élaboration du droit positif*, pp. 16-21.

34 Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, núms. 230 y ss., *passim*; *id.*, *Encyclopédie française*, t. X, *L'État moderne*, pp. 10 y 30-39, col. I.

gubernamental y administrativo (en ocasiones, aun del legislativo) están encargadas de decidir cuestiones de derecho y, en consecuencia, de desempeñar un papel jurisdiccional.³⁵

Pero, de nuevo, este razonamiento contiene un equívoco. Hasta suponiendo —*quod non*— que algunos órganos judiciales concurren en la legislación como otros órganos no judiciales concurren en la jurisdicción, de aquí no se deduce que la función de juzgar no sea distinta, sino sólo que a una función única y distinta no siempre corresponde un órgano único y distinto. En otras palabras, Carré de Malberg comete una confusión entre las *funciones* y los *órganos*. Una función seguiría distinta aunque fuera cumplida por varios órganos y aunque un mismo órgano participara en el ejercicio de varias funciones.³⁶

También en lo que atañe a la pretendida función legislativa del juez, es inexacto que él haga la ley. Si la función legislativa se caracteriza por la elaboración de reglas generales, claro está que el juez, que tiene por función decir el derecho en un caso determinado —el caso que le está sometido—, trabaja únicamente en lo particular, no en lo general. El juez decide un litigio entre tales personas, con tal objeto: nada más. Para zanjar este litigio, sin duda deberá referirse a un principio dotado de valor general —ley o principio no escrito— a cuya luz apreciará el caso. Pero pues no tiene competencia para erigir en regla obligatoria para todos ese principio general, en nada participa, al menos de modo inmediato y formal,³⁷ de la función legislativa.

c) Finalmente, otros autores quieren reducir la función judicial a una supuesta función *ejecutiva* de la que aquélla fuera una rama, por el motivo de que toda función de aplicación de la ley es necesariamente ejecutoria y porque “las discusiones y litigios que pueden provocarse en cuanto a la aplicación de la ley no son más que incidentes de la ejecución”.³⁸ Pero, en primer lugar, no pueden definirse como simples “incidentes de ejecución de la ley” los conflictos de toda especie encomendados a los tribunales. El juez ha de aplicar la ley, si existe; pero previamente debe apreciar los hechos; luego, aplicar la ley con habilidad. Ni el proceso es un incidente de la ejecución, cuanto más que, muy a menudo, el debate

35 Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, núm. 252 y ss., *passim*; *Encyclopédie française*, t. X, *L'État moderne*, pp. 10, 30-39.

36 Comp. Duguit, 2a. ed., t. II, parágrafo 14, pp. 136-139, 337 y 338.

37 Esto, para dejar a salvo el valor de la *jurisprudencia*, verdaderamente creadora de derecho. Pero también la jurisprudencia, que se deriva de las sentencias, es cosa distinta del acto de juzgar.

38 Véase la exposición de la tesis y referencias en Esmein, *op. cit.*, 8a. ed., t. I, pp. 538-540.

versa sobre los hechos y no sobre la aplicación de la ley ni el juez es mero ejecutor, semejante al gendarme o al alguacil.

Además, la tesis parte de un error de método, que consiste en situar frente a la *legislativa* todas las funciones que incumben a la autoridad pública, so pretexto de que, cuando menos en nuestro régimen, todas las demás le están subordinadas: así, toda función no *legislativa* sería necesaria y únicamente *ejecutiva*. Pero esta concepción, que es falsa para la función gubernativa y administrativa,³⁹ es igualmente falsa para la jurisdiccional. Formal y realmente, juzgar es otra cosa que aplicar la ley: es decir el derecho, dentro del marco de la ley y, a falta de ley, sobre la base de los principios de derecho no traducidos en ley.⁴⁰ Por lo demás, la función legislativa en que piensan los autores que criticamos no es, de una manera general, la que consiste en dictar reglas, aunque sean dentro del marco y en ejecución de otras reglas (como los decretos o reglamentos del poder reglamentario), sino únicamente la función desempeñada por los órganos del poder llamado Legislativo, es decir, la elaboración de leyes *en el sentido técnico*, constitucional, de la palabra. Incurrimos entonces en la confusión entre la función y el órgano.⁴¹

En resumen, si el problema de las funciones del poder se plantea tal como debe plantearse, y se investigan los modos de acción del poder (¿de qué manera interviene éste?), prescindiendo de toda consideración de fin o materia por una parte, y de órganos o agentes por otra, se llega a la conclusión de que el poder actúa, bien por vía de acción o decisión concreta, bien por medio de regla general, bien, en el caso especial de contención, por medio de juicio (sentencia).

Y no podrá reprochársele a esta discusión el tener sólo interés teórico,⁴² por el excelente motivo de que el análisis de las funciones permitirá definir las condiciones y cualidades requeridas para el mejor ejercicio de cada una de las funciones. Son diferentes las condiciones y cualidades que se exigen, ya para gobernar o administrar, ya para legislar, ya para juzgar, aunque todas estas funciones particulares pertenezcan a la misma función general de gobernar (*sensu lato*). Y estas diferencias habrán de traducirse especialmente en la determinación y compostura de los órga-

39 Véase más arriba, 155.

40 Comp. con la crítica presentada por Esmein, t. I, pp. 540-543. Véase, también, Vareilles-Sommières, pp. 225 y 226.

41 Véase *supra*, 158, texto y nota 36.

42 Así, Barthélemy y Duez, *op. cit.*, pp. 138, 143-145.

nos a quienes serán confiadas las diversas funciones, con el fin de que “el órgano esté a la altura de la función”.

II

159. Pero antes de abordar el problema de los órganos, conviene examinar una cuestión que se ha discutido con alguna pasión: la *jerarquía de las funciones*.

Si se pregunta cuál de las tres funciones —gubernativa, legislativa, judicial— es más importante, debe observarse, en primer lugar, que las tres son indispensables para constituir una potestad pública completa, apta para desempeñar todas las tareas que hay que esperar de un gobierno en un Estado bien organizado. Si el poder no comprende *jueces*, los conflictos perdurarán o se resolverán por la fuerza; cada uno intentará hacerse justicia por sí mismo, lo mismo entre los ciudadanos que en el seno del poder. Si la autoridad no obra por medio de *reglas* aplicables a los ciudadanos, a los funcionarios y aun a los gobernantes, cada uno quedará entregado a su propia opinión. Hace mucho tiempo que Aristóteles definió como buen gobierno al que se ejerce por leyes, y como malo, al que sólo procede por *decretos*.⁴³ Pero si no hay más que jueces y leyes, y no decretos; en una palabra, si no se desempeña la función gubernamental (*stricto sensu*) y administrativa, la cosa pública quedará descuidada.

Con todo, desde el punto de vista histórico, observemos que el gobierno a menudo ha precedido al juez, y que la ley ha aparecido en último término. Por lo pronto el Estado se ha afirmado como una potencia capaz de mantener cierto orden material, en el interior y en el exterior. Tal es el punto de partida de la formación estatal: era preciso defenderse contra los embates de los bandoleros e invasores, garantizar la seguridad de las personas y de las habitaciones. Ahora bien, ésta es la tarea esencialmente gubernativa, basada en acción concreta, militar en gran parte. Sólo más tarde, después de consolidarse cierto orden material, pudo el Estado pensar en la instauración de una justicia pública obligatoria (a lo menos, con carácter supletorio), y efectivamente sancionada, justicia que contribuyó al advenimiento de un orden más profundo y exacto, conforme a las exigencias del derecho, y ya no de la simple policía. Por fin nace el sistema legal, regla-

⁴³ Véase Defourny, “L’idée de l’État d’après Aristote”, *Miscellanea Vermeersch*, vol. II, pp. 102-105.

mentario, para encuadrar y disciplinar de modo firme las actividades de los súbditos por una parte; por otra, la de los jueces y gobernantes.

De estas consideraciones quizá estará uno tentado a deducir que la función primera, entre las funciones del poder, es la de la *ley*, ya que ésta precisamente está llamada a regir a las otras funciones en el Estado. Puesto que jueces y gobernantes están, cuando menos en nuestros días, subordinados a la ley, parece que debiera reconocerse la primacía a la función dominante.⁴⁴ Pero, además de que en algunos países es el juez quien domina hasta a la ley —como cuando se le encomienda apreciar el valor de la ley, y no sólo respecto de una norma superior, sino aun frente a ciertos principios no escritos—, se llegará a una conclusión radicalmente diferente si se advierte el papel de la ley dentro de la economía del poder, en una palabra, si se coloca uno en el punto de vista *político*, y no en el punto de vista estrictamente *jurídico y normativo*.⁴⁵

La ley domina, pero para servir. No tiene su fin en sí misma, como la función gubernativa y la jurisdiccional. No habría poder, no habría, pues, Estado, sin esta acción concreta, espontánea, incesante, multiforme, que caracteriza a la función gubernativa y administrativa, al paso que quedaría un Estado, aunque sin duda muy imperfecto, faltando las leyes. El poder se aventuraría a ser incoherente y arbitrario, aun malo, según la apreciación de Aristóteles; mas no sería inexistente. Lo mismo para la función jurisdiccional: a falta de ley que le señale el camino, el juez podría siempre recurrir a los principios generales del derecho, al derecho natural, a la equidad, o a alguna norma no vaciada en forma de regla positiva, que tendría que aplicar en la práctica. Por el contrario, ¿cuál no sería la impotencia de la ley sola, en ausencia de las otras funciones para procurar su realización y ejecución efectiva? ¿Cómo podría la ley ni siquiera existir, si no hubiera un gobierno que aparejara las condiciones materiales de existencia de la ley: presidir las operaciones electorales (donde se elija al órgano legislativo), facilitar los locales y las instalaciones necesarias para la elaboración de las leyes; en una palabra, asegurar el funcionamiento del “servicio público” de la legislación?⁴⁶

44 Así Esmein, t. I, p. 505, que funda la preponderancia del Poder Legislativo en estos dos argumentos: “por las leyes que hace, él es el regulador de todos los otros”; sobre todo, “en todos los países libres, es él quien vota y fija el presupuesto”. Pero esta última consideración, que mira a las asambleas, es ajena a la *función* legislativa. Véase también, en el sentido de prelación del legislativo, Vareilles-Sommières, pp. 226 y 227.

45 Sobre este punto de método, comp. Hauriou, pp. 383, 384 y 476.

46 Acerca del “servicio público” de la legislación, véase arriba, 46.

De manera que la ley que, desde el principio, no puede nacer ni vivir sino gracias a las otras funciones, por su fin está destinada a garantizar el buen ejercicio de esas mismas funciones, a desterrar de ellas la inseguridad y la arbitrariedad. De esta suerte, es subsidiario su papel en la economía del poder. Rigiendo como rige la acción —del juez, del administrador—, es secundaria respecto de la acción. Además, recordemos que no está en posibilidad de cubrir íntegro el dominio de la acción,⁴⁷ que la ley contiene varias lagunas y que, cuando dichas lagunas no signifiquen en realidad prohibición de intervenir, no pueden justificar la inacción del juez o del gobierno respecto de las decisiones exigidas por el fin del Estado, aun en los casos no previstos. Tampoco desde este ángulo es la primera la función legislativa, pues en el silencio de la ley continúan ejerciéndose las otras funciones, como en los tiempos primitivos, cuando no había leyes.⁴⁸

En cuanto a la función *jurisdiccional* —que se asemeja a la gubernativa y administrativa en cuanto que, en ambos casos, la decisión es singular, referente a especies individuales, mientras que la ley es general—,⁴⁹ también aparece como inferior a la función gubernativa desde diversos puntos de vista. Primeramente, por razón de su especialidad: juzgar es función especial; supone una situación particular que es la situación contenciosa, en tanto que gobernar o administrar es función general que engloba en su competencia toda situación, cualquiera que sea, que llegue a requerir la intervención del poder; en rigor, aun la situación contenciosa.⁵⁰ Además, porque el juez no se pone espontáneamente en movimiento: debe plantearsele la controversia, mientras que al gobierno siempre se la plantean las dificultades mismas; su tarea no es solamente resolverlas después de surgidas, sino adelantarseles: gobernar es prever. Finalmente, porque la decisión jurisdiccional, al igual que la regla legislativa, en la práctica de la vida, es incapaz de subsistir sin la fuerza ejecutiva, que está en manos de la autoridad gubernativa. Añadamos que, como la legislativa, la función jurisdiccional necesita, para su ejercicio, condiciones materiales que sólo el gobierno y la administración pueden procurarle: nombramiento del personal (cuando éste no es elegido o intraopta-

47 Véase más arriba, 155 y 157.

48 Comp. en este punto, Hauriou, pp. 384 y 385.

49 Comp. en este punto, *ibidem*, pp. 380 y 381.

50 Sobre este punto, comp. *idem*. *Adde.* sobre el papel *general* de la función gubernativa, Renard, “L’organisation rationnelle de l’État”, *Théorie de l’institution*, p. 563.

do),⁵¹ entrega de locales...; en fin, todo lo necesario al funcionamiento del “servicio público” de la justicia.

Y no se objete que la función jurisdiccional, en calidad de directa servidora del *derecho*, ha de ser necesariamente superior a las otras funciones que únicamente son *políticas*. La función legislativa está igualmente al servicio del derecho: hasta crea el derecho positivo que el juez está obligado a servir. Mas la objeción descansa, además, en la distinción ya criticada,⁵² que opone el derecho a la política, como si el derecho y las funciones específicamente jurídicas no estuvieran en sí mismos al servicio de la política (naturalmente, en el sentido del bien público interpretado de modo inteligente y honesto, no según los prejuicios o pasiones de los partidos). De esta distinción, que carece de fundamento real, no cabe sacar, pues, ningún principio de subordinación de una función a otra: todas las funciones del poder son a la vez jurídicas y políticas. No puede obtenerse un principio jerárquico sino de la importancia relativa de las funciones, de su carácter más o menos necesario, más o menos universal, frente a la noción misma de poder.

Pues bien, desde este punto de vista, corresponde la primacía a la función llamada *gubernativa*, la que primero nació y que, de ser necesario, podría prescindir de las otras, al paso que ninguna podría sustituirla. Lo advertimos en el estadio originario de la formación de los Estados como, más tarde, cuando peligra el Estado: en tanto que el gobierno da órdenes que sean obedecidas, el poder se sostiene y el Estado con él. Cuando menos de manera absoluta, no es necesario que dé estas órdenes en forma reglamentaria: en rigor, basta la orden singular. Y si, por acaso, le faltan tiempo o medios de ejercer él mismo la función jurisdiccional, zanjará los conflictos por la sola virtud de su autoridad gubernamental.⁵³ Donde las otras funciones, por cualquier motivo que fuere, no puedan penetrar o desenvolverse, la gubernativa está “en su casa”, habilitada para tomar toda medida útil dentro del cuadro general de la competencia del Estado y del bien público. Así se explica que haya adoptado el nombre de gubernativa y en cierto modo se haya vuelto sinónimo de poder: porque realiza en su esencia la idea misma del poder, que entraña el cuidado de la cosa pública en todos sus aspectos, en toda ocurrencia, sin limitación de competen-

51 Sobre el “servicio público” de la justicia (en el sentido de la *administración* o de los *servicios administrativos* de justicia), véase antes, 46. (N. del T. Véase 178, nota 149).

52 Véase, más arriba, 158, incisos *a* y *b*.

53 Sobre este último punto, comp. Hauriou, *Précis*, pp. 381, 382 y 428.

cia ni de materia. De aquí viene que el órgano que preside la función gubernativa, sea cual fuere su nombre, cualquiera que sea la extensión de sus poderes propios, se llama en todas partes *jefe* del Estado. Esta denominación no sólo evoca el recuerdo de la antigua plenitud de la función. Es el signo de una realidad siempre latente que, en ciertas deplorables coyunturas de la vida de los Estados (disturbios interiores o guerra exterior), recobra vigor con una energía a veces asombrosa. También esto: donde reina el principio de legalidad, en cuya virtud el gobierno no tiene poder sino dentro del cuadro y sobre la base de la ley, tal principio sólo es prácticamente defendible con la condición de que la ley no sea demasiado estricta, que no pretenda prever ni regular todo ella misma, lo cual mantiene en cobro la libertad (y la primacía) del gobierno.

160. Es verdad que la tesis del primado de la función gubernamental y administrativa⁵⁴ está en contradicción con la ideología política y jurídica surgida de la Revolución francesa. Para ésta, la primera función es y no puede menos que ser la legislativa. Pero necesitamos comprender bien el punto de vista revolucionario.⁵⁵

Para los hombres de la Revolución, la ley, obra de las asambleas representativas de la nación, “es la expresión de la voluntad general” (artículo 6o. de la Declaración de los Derechos de 1789). Además, por ley entendían toda decisión emanada de esas asambleas, sin importar la función a que perteneciera, legislativa, gubernamental, administrativa o judicial: en cualquier caso había *ley*, puesto que había expresión de la *voluntad general*.⁵⁶ De esta suerte, la ley no se definía por algún criterio intrínseco (todo lo que es regla general corresponde a la función legislativa), sino únicamente desde un punto de vista extrínseco: todo lo que sea decidido por las asambleas llamadas legislativas. Pero si la ley, es decir, toda decisión dada por las asambleas, es la expresión de la voluntad general, ningún titubeo está permitido: la ley debe

54 En el mismo sentido: Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 361, 383 y ss., 473 y 474. Véase también Renard, *L'institution*, pp. 563 y ss.; Pereira dos Santos, *La Constitution sociale et politique portugaise*, pp. 112 y ss., especialmente 119-125; H. Rolin, “De la hiérarchie des pouvoirs”, *Bull. de la cl. des lettres de l'Acad. roy. de Belgique*, 1936, pp. 66-71; Mirkine-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2a. ed., pp. 195-215.

55 Acerca de este punto de vista, véase Carré de Malberg, t. I, núms. 109 y ss., pp. 326 y ss.; *id.*, *Encyclopédie française*, t. X, *L'État*, pp. 10, 30-35 y ss. Comp. Del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, pp. 85, 289 y 292.

56 Sobre este punto, la concepción revolucionaria se aleja de la de J. J. Rousseau, para el cual la ley, expresión de la voluntad general, no puede tener sino un objeto *general*, es decir, dictar reglas generales, iguales para todos: véase *Du contrat-social*, lib. II, caps. IV y VI, edición Beaulavon, pp. 168-171 y 177-180.

tener la primacía, puesto que, en el Estado revolucionario, la soberanía pertenece a la nación, es decir, a la voluntad general.

A consecuencia del mismo punto de vista, “la Revolución se vio llevada a oponer al Poder Legislativo lo que denominó Poder Ejecutivo, otro poder que no es más que de ejecución, por lo menos en el sentido de que no puede ejercitarse sino a continuación, en virtud y sobre el fundamento de una prescripción o permisión legislativa”;⁵⁷ y este Poder Ejecutivo es el órgano al que compete lo que hemos denominado la función gubernativa y administrativa. Así, en esta concepción se encuentra resuelta la cuestión de la primacía, no en relación con la ley o la función legislativa científicamente entendidas, sino en relación con las asambleas, una de cuyas funciones, si no es que la única, consiste en votar leyes: la ley predomina simplemente porque las asambleas predominan. Así es que la Revolución confundió el *órgano* y la *función*, determinando el orden de prelación de las funciones conforme al orden de prelación de los órganos.

Pero resulta evidente que tal punto de vista es doblemente erróneo. En primer lugar, en el régimen parlamentario, las asambleas no se reducen al ejercicio de la función legislativa; ejercen otras funciones no legislativas, como votar el presupuesto y supervisar la acción gubernativa;⁵⁸ por su parte, el gobierno, aun estando sometido a la ley votada por el Parlamento, ejerce él mismo una función reglamentaria que es, por su naturaleza, legislativa.⁵⁹ Por consiguiente, no existe correspondencia absoluta entre las *asambleas* y la *función legislativa*. Además, y principalmente, es ilógico buscar en el carácter más o menos inmediatamente *representativo* de los órganos que cumplen las funciones el criterio distintivo de la importancia de éstas. La función primera, aun en la democracia, no es la que ejerce el órgano electo por el pueblo, sino la más indispensable a la conducción del Estado, sea cual fuere el origen (electivo o no) de los órganos que de ella se encargan.⁶⁰ Pero, como se ha demostrado, la función más indispensable, verdaderamente primaria, es la gubernativa.

57 Carré de Malberg, *Encyclopédie française*, t. X, pp. 10 y 30-35.

58 Más adelante volveremos sobre estas distinciones; véase más abajo, 175-182.

59 Sobre este punto, véase *infra*, 170, inciso c y 173.

60 Si este punto de vista no es “revolucionario”, no es tampoco “fascista”: comp. M. Prélot, *L'Empire fasciste*, núm. 36, pp. 164-166.

III

161. Sin embargo, para Hauriou, en la teoría general del poder cabría hacer intervenir, junto a la noción de las *funciones* (de las que acabamos de hablar: parágrafo 1, 154) y la de *órganos* (de ella vamos a tratar: parágrafo 2), a una tercera noción, vecina pero distinta, que sería la de “*poderes*”.

A decir verdad, el examen del análisis de Hauriou podría haber venido más pronto, al frente del parágrafo consagrado a las funciones del poder.⁶¹ Si lo hemos rezagado hasta ahora, fue con el fin de no complicar con una noción nueva —y discutible— una exposición ya suficientemente delicada. Y si ahora lo abordamos, es que Hauriou pretende resolver y aun plantear el problema de la “separación de poderes” sobre la base de esta noción.⁶² Mas como la noción de poderes no nos parece ni justificada ni necesaria (dentro de la misma concepción que Hauriou presenta de la “separación de poderes”), vale más estudiarla desde ahora para no tener ya que volver a ella.

Partiendo del principio de que “el Estado organizado de modo representativo constituye un ser corporativo que cómodamente puede considerarse dotado de voluntad”, Hauriou designa con el nombre de “poderes públicos” las diferentes “operaciones de la voluntad” que intervienen en el proceso psicológico de los actos de la potestad pública.⁶³ Distingue entonces Hauriou las tres siguientes operaciones formales, mencionándolas por orden de importancia. 1o. *la decisión ejecutiva*: es “la operación que decide el paso a ejecución de un proyecto de resolución”; a aquélla corresponde el poder llamado *ejecutivo*. Por otra parte, el autor entiende de manera muy amplia el “poder de decisión ejecutiva”, que no sólo comprende el derecho de decidir, sino también competencia para preparar las decisiones, especialmente por vía de iniciativa gubernamental y, además, competencia para asegurar la ejecución de las decisiones por sus propios medios;⁶⁴ 2o. *la deliberación*: es la operación de la voluntad “que consiste en la redacción, después de discusión y deliberación, de un proyecto de resolución que se hace obligatorio”. Aquí no se trata, pues, de una mera deliberación de la voluntad, sino de una deliberación formal, calificada, que supone una asamblea organizada para la discusión. A esta operación

61 Véase antes, 154.

62 *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., pp. 347 y 348.

63 Hauriou, pp. 348 y 349. *Adde*, pp. 171 y 262.

64 *Ibidem*, pp. 351, 352 y 376-380.

corresponde el poder llamado *legislativo*, al que el autor prefiere denominar “deliberante”;⁶⁵ 3o. el *sufragio*: es la operación de la voluntad “que se llama asentimiento” y que “consiste en aceptar o no aceptar una proposición hecha o una decisión tomada por otro poder”. A diferencia de los otros dos poderes, que son del gobierno, este poder, al que Hauriou da el nombre de “poder de sufragio”, pertenece al cuerpo electoral. Se manifiesta, ya en forma de elección, ya en forma de *referéndum*, implicando en ambos casos asentimiento: aquí, a una ley; allá, a una candidatura.⁶⁶

Precisemos que ninguno de estos diversos modos de operación de la voluntad del Estado queda necesariamente encastillado dentro de una de las funciones de la autoridad. Así es como el *poder de decisión ejecutiva* desempeña su papel “en la función gubernamental y administrativa, que constituye su principal esfera, pero también en la legislativa, en la que interviene para hacer ejecutivas las leyes por la promulgación, y para asegurar su aplicación por la reglamentación. Igualmente interviene en la función electoral del poder de sufragio, pues la operación es administrativa. Por fin, interviene en la función jurisdiccional misma”.⁶⁷ Del propio modo, el *poder deliberante* no interviene solamente en la función legislativa, ordinaria o constitucional, sino en el control del Poder Ejecutivo, a veces en la función jurisdiccional (hipótesis de la Suprema Corte).⁶⁸ Finalmente, el *sufragio* puede moverse con miras al ejercicio de todos los demás poderes, no sólo deliberante (miembros de las cámaras), sino ejecutivo (elección del jefe de Estado) y hasta judicial (caso de la elección de los jueces).⁶⁹

Justificando ahora el orden de enumeración adoptado, Hauriou advierte que el poder de sufragio, que no es más que asentimiento, queda necesariamente después de los poderes de decisión, y que entre los dos poderes de decisión, tiene preferencia el ejecutivo sobre el deliberante, pues la primacía compete al poder “que tiene la virtud de hacer ejecutivas las decisiones”.⁷⁰

162. ¿Qué debemos pensar de este análisis, del método y terminología empleados, de las soluciones propuestas?

65 *Ibidem*, pp. 351, 352 y 469-474.

66 *Ibidem*, pp. 351, 352 y 544-552.

67 *Ibidem*, p. 380.

68 *Ibidem*, pp. 472 y 473.

69 *Ibidem*, pp. 546 y 547.

70 *Ibidem*, pp. 352, 383 y ss., 473, 474 y 500-552.

Al momento se asombra uno de encontrar entre las “operaciones de voluntad del Estado” el *sufragio de los ciudadanos*, al menos cuando tiene por objeto *elegir*, que es el caso más práctico. Dar uno su asentimiento a un candidato que se afana por uno de los cargos del poder, en calidad de representante o de otro modo,⁷¹ es sin duda participar, de manera indirecta y derivada, en el ejercicio del poder; por lo menos, influir en la política que será practicada por los detentadores del poder. El sufragio, “manifestación de la soberanía nacional”, representa indiscutiblemente una fuerza política de primera categoría.⁷² Pero otorgar uno su sufragio o asentimiento a un candidato no es, hablando con propiedad, efectuar un acto de ejercicio del poder que entre en el proceso psicológico de las operaciones de voluntad del Estado. El cuerpo electoral o el ciudadano que elige no expresan un momento de la voluntad del Estado o del poder; escoge a los individuos u órganos que estarán, ellos sí, encargados de traducir la voluntad del Estado, de encarnar el poder. En consecuencia, el sufragio de elección es necesariamente anterior y exterior a la expresión de dicha voluntad, cuando menos en lo que toca a los órganos sujetos a elección.⁷³

En cuanto a la hipótesis del *referéndum*, en que el pueblo da su asentimiento a una ley o a una medida cualquiera del poder,⁷⁴ cabe observar que si efectivamente está comprendida dentro del cuadro de operaciones del poder mismo, interesa a la organización de las funciones del poder, a su distribución entre diferentes órganos, más bien que al *proceso* psicológico por medio del cual se realiza la actividad del poder. En otras palabras, lo descollante en el *referéndum*, más que el modo en que se expresa la voluntad del pueblo —en forma de asentimiento a una medida previamente deliberada o decidida—, es la propia intervención del pueblo en calidad de órgano especial en el ejercicio de ciertas funciones del poder: función legislativa; en ocasiones, función gubernativa.

En lo que atañe a la distinción entre la *decisión ejecutiva* y la *deliberación*, en que consiste el fondo del sistema, no se advierte que esté fun-

71 Esto, admitiendo el análisis de la operación electoral; pero sobre este punto, véanse mis críticas, 148.

72 Como dice el mismo Hauriou (pp. 358, nota 8, 550 y 551), debemos distinguir entre el punto de vista político de la soberanía nacional y el punto de vista del gobierno.

73 No parecen pertinentes los argumentos dados en contrario por Hauriou, pp. 550-552. Para la crítica, comp. De la Bigne de Villeneuve, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, París, 1934, pp. 76 y 77.

74 Sobre el *referéndum*, véase arriba, 125.

dada esta distinción, tomada del *proceso* psicológico individual,⁷⁵ frente al Estado o al poder. *Todas* las funciones del poder, como, por su parte, lo demás, cualesquiera actividades humanas, reclaman a la vez deliberación y decisión. La acción concreta y espontánea de la función gubernativa y administrativa no exige sólo decisión, sino deliberación, al igual que, por su lado, la acción reglamentaria de la función legislativa no requiere solamente deliberación, sino también decisión. Por otra parte, todos los órganos, ligados a cualquiera de las funciones del poder, tienen que deliberar antes de obrar, ya se trate de individuos, de colegios o de asambleas propiamente dichas. Otro tanto hay que decir de las funciones y de los órganos de la jurisdicción que Hauriou, muy sin razón, excluye del campo de la política.⁷⁶ En cuanto a la ejecución, también la encontramos por dondequiera al cabo de las actividades del poder, salvo si se admite la intervención de un órgano especial, la fuerza pública, dependiente de la función gubernativa, cuando ya no se trate de *declarar* ejecutiva la decisión tomada por uno y otro órgano, sino de procurar el paso a la ejecución *efectiva*.

Hecho este análisis, en vano se indaga el interés de distinguir entre los modos de operación de la voluntad estatal, que por necesidad son comunes a todas las funciones y a todos los órganos del poder. Tampoco hallamos interés en jerarquizar estos modos de operación según su respectiva importancia: ¿no son todos igualmente necesarios? Si, al fin de cuentas, es preciso escoger, hay que preguntarse por qué el poder “que tiene la virtud de hacer ejecutivas las decisiones” sólo por esto habría de ser reconocido el primero. La respuesta es cuando menos equívoca: si la invocada es la virtud de realización práctica, puede uno adherirse a ella, porque gobernar es realizar; pero si esa virtud sólo designa la fuerza bruta que está a la disposición del ejecutivo, es asentar la primacía de éste en una base a la vez estrecha, frágil y materialista.

Es cierto que, por “deliberación”, no entiende Hauriou solamente la deliberación en el sentido psicológico del término, sino la deliberación *en asamblea*, sujeta a las formas externas y al procedimiento de las deliberaciones de asamblea: “Una deliberación es una resolución colectiva, acerca de un objeto de gobierno o administración, tomada por mayoría de vo-

75 Santo Tomás de Aquino describe así el ciclo de las operaciones de voluntad del que tiene autoridad: *consiliari, judicare, praecipere* (*Polit.* IV, XIII, párrafo 33). Pero pensaba en el acto de mando emanado de una voluntad *única*.

76 Sobre lo erróneo de esta exclusión, véase arriba, 158, inciso *a*.

tos y después de discusión pública, por una asamblea que forma cuerpo y se constituye en autoridad pública”.⁷⁷ De esta manera el énfasis se traslada del término “deliberación” al término “asamblea”: se vuelve poder deliberante el de las asambleas, legislativas o no. Mas ¿quién no advierte que esto es desertar del terreno, primeramente escogido, de los *modos de operación de la voluntad* para transportarse al terreno de los *órganos*? Deliberar ya no es el hecho común de pesar el pro y el contra antes de la decisión; se trata ahora de operaciones complejas —de discusión y de resolución— propias de las asambleas llamadas deliberantes.

La desviación es doble. Por una parte, en cuanto al fondo, la *deliberación* deja de ser la operación psicológica que es en realidad y que se enunciaba, para transformarse en *resolución*, es decir, en *decisión*, a la que sólo le falta fuerza ejecutiva por sí misma; así casi se colma el intervalo entre el poder de deliberación y el de decisión. Por otra parte, en cuanto a la forma, la deliberación-decisión no es ya operación de cualquiera voluntad al servicio del Estado; es únicamente el modo de operar o, más exactamente, de proceder de las *asambleas*, de tal suerte que donde no haya asamblea deliberante según las formas de las asambleas modernas, esto es, después de debates y discusiones, desaparece el poder deliberante de Hauriou.⁷⁸

Se nota la misma desviación respecto del poder de *decisión ejecutiva*, que acaba por confundirse, en la exposición de Hauriou, con la función gubernativa y administrativa, más precisamente, con el *órgano* investido de tal función, a saber, el jefe de Estado y el consejo de ministros: todo lo que hace el órgano gubernamental, en especial so pretexto de “preparar” las decisiones (fórmula muy ancha y vaga, que engloba la deliberación y la consulta en el sentido psicológico de estos vocablos), es adjudicado al poder de decisión ejecutiva.⁷⁹

En estas condiciones, parece que ya no ha lugar a mantener la noción de “poderes” en el sentido en que lo entiende Hauriou, es decir, como distintos modos de la voluntad del Estado. Primero, porque tal noción no corresponde a la realidad: dentro de las etapas de la autoridad estatal, en ninguna parte se advierte este fraccionamiento de operaciones distintas;

⁷⁷ Hauriou, p. 470.

⁷⁸ Santo Tomás de Aquino, como lo recuerda Hauriou (p. 471), dijo también esa frase: “deliberar es acto de varios”, pero entendía por tal la consulta previa a la decisión.

⁷⁹ Véase, especialmente en lo que concierne a la iniciativa gubernativa y al poder discrecional, Hauriou, pp. 376 y 377.

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.