

EL VALOR ACTUAL DEL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Humberto BRISEÑO SIERRA

SUMARIO: I. *Concreción del tema.* II. *La alternativa histórica.* III. *La actividad gubernativa.* IV. *Evolución y alternatividad.* V. *Las influencias políticas.* VI. *Del poder a la función.* VII. *A manera de recapitulación.*

1. CONCRECIÓN DEL TEMA

Si alguna región del planeta ha tenido la más vasta experiencia sobre la división de poderes, ha sido Iberoamérica. Desde los llamados preludios criollos de 1808 en México, en Cuba o en Guatemala,¹ fray Melchor de Talamantes afirmaba que en ausencia del rey la nación recordaba su potestad legislativa, así como todos los privilegios y derechos de la Corona. Y además, resaltó la idea de la representación nacional.²

De la administración pública decía el padre Mier que concurrían a ella activamente los electores y en forma pasiva los elegidos,³ y en

¹ Torre Villar, Ernesto de la y Jorge Mario García Laguardia, *Desarrollo histórico del Constitucionalismo hispanoamericano*, UNAM, 1976; "Menos cauteloso en sus ideas, que expuso con mayor libertad, fue fray Melchor de Talamantes (Lima, 1765; Veracruz, 1809), quien llegó a afirmar que en ausencia del rey, "la nación recobra inmediatamente su potestad legislativa, como todos los demás privilegios y derechos de la Corona..." p. 9.

² *Op. cit.*, p. 11: "Talamantes señala una serie de casos justificativos de la separación de las colonias, casos que correspondían a la realidad novohispana y no puramente teóricos, lo cual lo llevaba a reclamar ante la situación política reinante la manifestación de la voluntad popular a través de la representación nacional. El religioso, apoyándose en la idea que de la representación nacional 'la han formado los publicistas y políticos', la define al decir que es: 'el derecho que goza una sociedad para que se le mire como separada, libre e independiente de cualquiera otra nación'."

³ *Op. cit.*, p. 12: "Por el tercer principio, el de la política, dice (el padre Mier): Pende únicamente del derecho cívico, o lo que es lo mismo, de la cualidad de ciudadano que las leyes conceden a ciertos individuos del Estado. Esta cualidad de ciudadano, según la define Aristóteles, y después de él todos los políticos, consiste en la facultad de concurrir activa y pasivamente a la administración pública. Los que concurren activamente son los electores y los que lo hacen en forma pasiva, los elegidos."

el camino de la separación, cabe recordar que Talamantes no considera que el pueblo ínfimo pueda ser el que ejerza la soberanía, sino sólo sus tutores, sus verdaderos y legítimos representantes.⁴

Cualesquiera sean las discrepancias con estos pensadores, lo cierto es que, al menos fray Melchor de Talamantes esboza por primera vez la necesidad de una constitución para la vida futura de México.⁵

Desde ahí hasta las realizaciones legislativas, la búsqueda de la independencia y de la soberanía, transitó por los obligados caminos de la organización estatal. Las diversas Constituciones iberoamericanas, con similitudes y discrepancias establecieron las representaciones, concepto que se enfrenta inmediatamente al postulado del derecho divino de los reyes. Esta fue la razón esgrimida por Hidalgo al lanzarse a la lucha nombrado por la nación mexicana para ser independiente de España y gobernarse a sí misma.⁶

El gobierno, la idea de dirigir al pueblo ejerciendo la soberanía, llevaba consigo la representación, fórmula que se ha enlazado a la democracia. Y los representantes comenzarían con un congreso o asamblea de provincias para organizar al país.⁷

Si la primera búsqueda era la de un órgano legislativo, integrado con representantes de ciudades, villas y lugares del reino, porque lo inicial era dar leyes benéficas y acomodadas a cada región,⁸ lo segun-

⁴ *Op. cit.*, p. 12: "Talamantes no considera como Rousseau, a quien critica, que todo el pueblo, 'el pueblo ínfimo', por 'su rusticidad, ignorancia, grosería, indigencia y la dependencia necesaria en que se halla en todas las naciones', pueda ser el que ejercite la soberanía, sino sólo sus tutores, los hombres más preparados que habrán de ser 'sus verdaderos y legítimos representantes'. A esta representación deberá corresponder...".

⁵ *Op. cit.*, "Ese Congreso, Talamantes afirmaba, debía, en suma, aplicarse a la formulación de una norma de validez general, de un código fundamental, 'de una Constitución más religiosa, más justa y más conforme a las leyes fundamentales del reino y a las circunstancias locales'. En estos párrafos esbozó fray Melchor de Talamantes, por vez primera, la necesidad de una Constitución que normara la vida futura de México."

⁶ *Op. cit.*, p. 19: "Tanto Hidalgo como sus compañeros al lanzarse a la lucha lo hicieron, como ellos afirmaron, 'nombrados por la nación mexicana para defender sus derechos', 'para ser independientes de España y gobernarnos por nosotros mismos'."

⁷ *Op. cit.*, p. 19: "Estos representantes, reunidos en un congreso o asamblea de provincias, deberían organizar al país, y también, según sus propias palabras, 'echar los fundamentos de nuestra libertad e independencia'."

⁸ *Op. cit.*, p. 20: "Los documentos de alta trascendencia político-social emitidos por Rayón en Tlalpujahua y por Hidalgo en Valladolid y Guadalajara en octubre y diciembre de 1810; el nombramiento de tres secretarios de Estado; así como las posteriores declaraciones y realizaciones de Morelos y Rayón respecto a la convocatoria de un congreso y emisión de una Constitución, revelan que los dirigentes del movimiento emancipador mexicano no actuaron al azar, sino organizadamente, sujetos a una serie de principios que deberían cristalizar en auténticas instituciones."

do y tal vez el medio condicionante era la designación de órganos administrativos, como fueron los tres secretarios de Estado que designara Hidalgo en Valladolid y en Guadalajara en 1810.⁹

Independencia que es soberanía y representación que tiende a la democracia, son los apoyos de una estructuración con base en encomienda de funciones entre diversos órganos del Estado; porque la ausencia de separación legal de las atribuciones hace recordar a los gobiernos de un solo hombre o de una sola casa reinante.¹⁰

La separación entre quienes hablan de división de poderes y quienes lo hacen de las funciones, es menos trascendental de lo que se piensa. Se tiende a hablar, inclusive en el lenguaje legislativo, de colaboración de funciones, y se sostiene que esta terminología supera la clásica separación absoluta que había sido tan cara al pensamiento de Montesquieu, pero que en el grado a que ha llegado el Estado no se compagina con la agilidad y flexibilidad que se concede a los órganos políticos en el marco constitucional.¹¹

Hay, inclusive, otras razones para desterrar una tripartición que se afirma tiene carácter meramente doctrinario, como la aparición de la fuerza efectiva de los partidos políticos que es un fenómeno relativamente nuevo en Iberoamérica, y que aparece por primera vez en el

⁹ *Op. cit.*, p. 20: "... El 19 de agosto de 1811 hizo levantar (Ignacio López Rayón), en la mencionada villa (Zitácuaro), el acta de instalación de la Suprema Junta Nacional de América compuesta, como en el breve gobierno de Hidalgo, por tres miembros que esta vez fueron el propio Rayón, don José María Liceaga y el doctor José Sixto Verduzco. El título de la junta, el número de sus componentes y sus funciones, emparentan a este organismo con el constituido en 1809 en Quito bajo el nombre de Suprema Junta Gubernativa del reino de Quito integrada por tres ministros secretarios de Estado, uno para Negocios Extranjeros y Guerra, otro para Gracia y Justicia y el tercero para Hacienda..."

¹⁰ "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina", UNAM, 1979, Jorge Tapia Valdés, "Democracia versus racionalización política. El caso chileno", p. 204: "(g) La ley y el principio de obediencia a la misma en cuanto ley, no tienen valor intrínseco. La obediencia a la misma no emana de su significación propia, sino del hecho de ser la expresión de voluntad de un poder político absoluto que predomina no por consenso sino por el uso o amenaza de uso de la fuerza."

¹¹ *Op. cit.*, La Roche, Humberto J., "Veinticinco años de evolución en la organización política y constitucional de Venezuela", p. 261: "En lo que respecta a los poderes públicos se ratifica el principio de la colaboración de funciones, de manera que los órganos a los que incumbe el ejercicio del poder "deben colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado" (artículo 118). Este principio de colaboración supera la clásica separación absoluta que había sido tan cara al pensamiento de Montesquieu, pero dentro del grado evolutivo a que ha llegado el Estado contemporáneo no se compagina con la agilidad y flexibilidad que hoy se concede a los órganos y sus respectivas funciones."

texto uruguayo de 1919, y que después se intensifica pasando del campo de la sociología política al derecho constitucional.¹²

Y como en el caso de los partidos, se dan el movimiento popular y la opinión pública,¹³ o bajando en importancia política pero no gubernativa aparecen, la burocracia con influencia determinante,¹⁴ o cuerpos especiales como la Comisión Legislativa Permanente de la Constitución chilena en 1967,¹⁵ la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Compañías o la Junta de Planificación del mismo origen.¹⁶

Cabe parangonar estos órganos públicos con los establecidos en la Constitución mexicana, por ejemplo la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos o la Comisión Nacional del Reparto de Utilidades,¹⁷

¹² *Op. cit.*, La Roche, p. 263: "La incorporación de los partidos políticos al marco constitucional de los Estados es un fenómeno relativamente nuevo en la América Latina, que aparece por primera vez en el texto uruguayo de 1919, inspirado en el pensamiento de Batle, pero después de la Segunda Guerra Mundial se intensifica el reconocimiento de un fenómeno que antes pertenecía exclusivamente a la sociología política y hoy pasa al derecho constitucional."

¹³ *Op. cit.*, Bidart Campos, Germán J., "Evolución de la organización político-constitucional, en la República Argentina desde 1930 hasta 1975", p. 328: "Hasta 1955, en que Perón es derrocado, podemos hablar fácticamente de una tetrarquia compuesta por el poder personal del presidente Perón, por su esposa Eva Duarte como factor real de poder, por la Confederación General del Trabajo como ala sindical del movimiento, y por el partido peronista (masculino y femenino) como cuadro organizado de las afiliaciones políticas."

¹⁴ *Op. cit.*, Tapia Valdés, Jorge, "Democracia versus racionalización política", p. 204: "k) Juridicamente hablando, el gobierno es esencialmente irresponsable en el orden político, penal, civil y administrativo." *Id.*, p. 192: "La burocracia, de bastante preparación y eficacia, jugaba un rol permanente y de primera instancia en la solución del conflicto social, cumpliendo simultáneamente una función arbitral y otra de promoción del desarrollo económico-social a través del Estado."

¹⁵ *Op. cit.*, Mena, Camilo, "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975). Situación del Ecuador", p. 216: "Se crea la Comisión Legislativa Permanente, integrada por cuatro senadores y cinco diputados y este organismo, entre otras facultades, tiene la de 'dictar, en receso del Congreso Nacional, las leyes decretos cuya expedición no esté a él reservada'. Hay capítulos en relación con el Ministerio Público, Contraloría General del Estado, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías y Junta de Planificación."

¹⁶ *Id.*, p. 217, nota: "Artículo 257. La Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella. Sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y de resolver las dudas que se susciten sobre la inteligencia de sus preceptos."

¹⁷ Art. 123, frac. VI... "Los salarios mínimos se fijarán por comisiones regionales integradas con representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno y serán sometidos para su aprobación a una comisión nacional que se integrará en la misma forma prevista para las comisiones regionales."

para no mencionar otras estructuras como el llamado constituyente constituido del artículo 135,¹⁸ el Consejo de Salubridad General del artículo 73, fracción XVI, el Gran Jurado de los artículos 110 y 111 y hasta el ministerio público del artículo 102, todos caracterizados por el hecho de que sus funciones públicas no pueden ser realizadas por otros órganos.

Es manifiesto entonces, que la tripartición funcional y la división de poderes han dejado de ser efectivas, o que nunca lo fueron, considerando que en los regímenes federales hubo en la hipótesis misma de su concepción una distribución de competencias entre las autoridades centrales y las locales.

II. LA ALTERNATIVIDAD HISTÓRICA

En un plano apriorístico las opciones de una organización estatal son múltiples y todas jurídicamente válidas si caen en un esquema de coordinadas eficaces.

Por lo general es la fuerza resultante de los instrumentos materiales la que crea, sostiene o modifica una situación de hecho. Pero no faltan expresiones de fuerza popular que van desde las manifestaciones callejeras, las huelgas y paros, a las abundantes votaciones ciudadanas.¹⁹

Lo cierto es que el poder oscila de la fuerza militar a la fuerza popular, pero hay una diferencia fácilmente perceptible, y es que la primera, al dominar se convierte, no sólo en mando y gobierno, sino en legislación y administración,²⁰ en tanto que la segunda parece terminar

¹⁸ Art. 135. "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas."

¹⁹ "Evolución, etc.", *op. cit.*, La Roche, p. 247, nota 17: "Aun cuando los dirigentes de Acción Democrática en la clandestinidad niegan que ellos hubiesen ordenado a sus militantes votar por Unión Republicana Democrática, parece que a pesar de que el voto nulo fue la línea que debían seguir, estas instrucciones no fueron obedecidas por la base de dicho partido."

²⁰ *Op. cit.*, Justo López, Mario, "La revolución libertadora (1955-1958)", p. 340: "Además, el día 20, en el decreto por el cual en su carácter de jefe de la 'Revolución Libertadora', asumió el gobierno provisional de la Nación, el general Lonardi, determinaba que lo hacía 'con las facultades establecidas en la Constitución vigente'. Por otra parte, varios días después de haberse instalado en la Casa Rosada

en la actividad comicial.²¹ De ahí que el poder político del pueblo se transmute en representación, mientras que el poder político de las dictaduras se exprese en gobernación.

Ambas, sin embargo, no quedan en la unidad, en la simplicidad de lo elemental del poder, sino que se vuelcan en la repartición de actividades. El gobernante, monocrático o plural, no puede omitir la división del trabajo, y si en el último caso ello es propio de la hipótesis de su concepción, en la monocracia las circunstancias lógico-materiales se imponen inexorablemente.

Hay, desde luego, la diferencia de que en la pluralidad gubernativa puede pensarse en el juego de pesos y contrapesos aunque se duda que sea verdaderamente factible,²² en tanto que en la monocracia se destierra de inicio esta posibilidad. Pero abajo del dictador, en las esferas de los llamados mandos intermedios, la lucha vuelve a presentarse, así sea para conservar si no es que para incrementar la influencia personal.

No es, por tanto, problema de soberanía estatal, que se vincula estrechamente con la independencia nacional, sino cuestiones de mando y competencia que se debaten en la teoría de la división de poderes.

En la historia iberoamericana, la separación funcional no ha desaparecido en momento alguno, pero la hegemonía del mando se ha dado

de Buenos Aires, el mismo general Lonardi, en el decreto 42/55, dispuso que mientras dure la situación existente el presidente provisional ejercerá las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda al Congreso, incluidas las privativas de cada una de las Cámaras, y que dichos poderes serían ejercidos por el vicepresidente provisional en los casos establecidos en el artículo 76 de la Constitución Nacional."

²¹ *Op. cit.*, Gros Espiell, Héctor, "Evolución de la organización político-constitucional en América Latina, 1950-1975: Uruguay", p. 311: "Los años posteriores a 1966 han sido años de crisis política en los dos partidos tradicionales, que se venían manteniendo, ya desde antes, como meras estructuras electorales, sin unidad ni pensamiento político propio, limitándose a acumular los votos de sus diferentes candidatos y fracciones. Los dos partidos históricos, en efecto, se mostraban incapaces de renovarse y nutrirse con el nuevo contenido que los tiempos exigían. Pese a esto seguían contando con un amplísimo apoyo popular, ya que la ciudadanía se aferraba todavía a ellos con esperanza. Pero, en esencia, no eran más que estructuras políticas dirigidas a subsistir, a durar, mediante la afirmación de un sistema de clientela electoral, que las transformaba en intermediarios necesarios entre el ciudadano y el Estado, entre el individuo y los servicios públicos y que se manifestaban en una acción política basada en el favor, en la ayuda y, básicamente, en el apoyo para la obtención de un empleo público."

²² *Id.*, p. 301: "El mismo propósito político relativo a la distribución bipartita de los cargos del Consejo Nacional de Gobierno, encontró su consagración en las normas sobre integración de los Directorios o Consejos de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Los miembros de esos organismos eran designados, en sesión del Consejo Nacional de Gobierno, tres a pluralidad de votos por la mayoría del Consejo y dos a pluralidad de votos por la minoría."

con frecuencia, haciendo pensar en un golpe mortal a la democracia que, por lo demás, ahí donde opera, no parece ir más allá de los comicios.

III. LA ACTIVIDAD GUBERNATIVA

El Estado es una empresa de gobierno, y aunque se dice que la noción de empresa ha perdido su significado o su importancia teórica,²³ todavía cabe entender que se está ante un fenómeno social de conjunción de medios y esfuerzos para lograr metas comunes.

En épocas recientes esas metas se han convertido en planes. Ya no se está en el caso de las proclamas revolucionarias, sino en la obligación que el segundo párrafo del artículo 25 constitucional mexicano describe de la siguiente manera:

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

La planeación deja supuesta la organización y naturalmente una distribución que se concreta en un primer momento en el artículo 40 al dividir para su ejercicio, el Supremo Poder de la Federación en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Que esto no sea del todo exacto es un problema distinto, lo que está evidenciado es el fenómeno de la división funcional, la cual, por otra parte, no coincide con la estructura orgánica, pues queda dicho que los órganos mencionados pueden, constitucionalmente hablando, efectuar distintas tareas que vienen a ser ajenas a su denominación.

En el panorama iberoamericano, la actividad de gobernar ha presentado, amén de la distribución de funciones, la complicación de factores. Ya no se está ante el ejercicio del gobierno, sino frente a movimientos sociales que llevan a la detentación de la fuerza. Y hay que insistir en que se trata de la fuerza misma, tenga o no la intensidad de la violencia o se limite a la potestad de la influencia, porque sin su respaldo el fenómeno gubernativo es impracticable.

La complicación de factores que se menciona, consiste cabalmente en que a los conocidos órganos estatales se han venido a sumar estruc-

²³ *Cfr.*, "La empresa pública", publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, en sus diversos artículos.

turas que se han llamado indistintamente grupos de presión o populismo o simplemente movimiento popular.²⁴

Hay por tanto, una necesaria separación entre el gobierno como significación de poder y organización competencial como distribución de las funciones estatales. Al primero van, en primer lugar las representaciones, ya sea por elección o por nombramiento indirecto. A la segunda corresponden no sólo las actividades legislativas, administrativas y judiciales sino muchas más.

IV. EVOLUCIÓN Y ALTERNATIVIDAD

Las variaciones estructurales de los regímenes políticos de Iberoamérica han producido representaciones parlamentarias, presidencialistas, de juntas militares, de sistema colegiado del Ejecutivo y de dictaduras alcanzadas inclusive a través de referendos.²⁵

Una perspectiva evolucionista daría un cierto orden, no sólo axiológico sino histórico, a la aparición de cada tipo de gobierno. Lo empírico es que se carece ya no de elementos para prever la marcha de los acontecimientos, sino la sucesividad de los modelos.

A una democracia altamente calificada puede seguir una dictadura, y a ésta sucederle un régimen popularmente electo. Al mismo tiempo llama la atención el hecho de las concomitantes alteraciones funcionales, que tampoco obedecen a un patrón especial, de manera que la dispersión del poder puede coexistir con el respeto a las atribuciones or-

²⁴ "Evolución", *op. cit.*, Bidart Campos, Germán, p. 321: "Como en su hora lo había sido el radicalismo advenido al poder en 1916 y prolongado en su ejercicio hasta el golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930, el peronismo implicó un movimiento popular y nacional que, esta vez, promovió al proletariado haciendo bandera de la justicia social. El estudio de sus características de gobierno (1946-1953 y 1973-1975) será objeto de análisis posterior. Por ahora basta situarlo cronológicamente para abrir la etapa que es objeto de nuestro comentario."

²⁵ *Op. cit.*, "Evolución...", Restrepo Piedrahita, Carlos, p. 57: "El sistemático terror estatal contra el Partido Liberal produjo el resultado de compactar firmemente a los perseguidos. Guerrillas campesinas aparecieron en diferentes lugares del territorio. Los incontables desplazamientos forzados de moradores y pobladores de campos y aldeas aumentaban la presión demográfica sobre las ciudades medias y grandes y contribuían a multiplicar la aversión al régimen. Un sector del Partido Conservador, por diferencias intestinas, se distanció definitivamente del gobierno. La publicación del proyecto de reforma avivó más todavía la repugnancia pública. El gobierno, no obstante, continuaba impertérrito en su empeño de instalar la Asamblea constituyente el lunes 15 de junio de 1953. Pero la antevispera, sábado 13, el comandante general de las fuerzas militares, general Gustavo Rojas Pinilla, por ocasional y personal desavenencia con el Ejecutivo, se tomó vacilantemente el poder, estimulado por la facción disidente del Partido Conservador y luego aplaudido sin reservas y con justificado júbilo por todo el Partido Liberal."

gánicas,²⁶ y en cambio la llamada normalización democrática puede implicar una severa afectación de la seguridad jurídica.²⁷

Si la idea de la evolución es un cambio hacia adelante, una transformación constante o eventual pero siempre ascendente en una escala de valores, las manifestaciones políticas en Iberoamérica no responden a un determinado patrón axiológico, y cabe que épocas de pacífica convivencia no sean enteramente democráticas, en tanto que otras de general agitación se rodeen de referendos y apoyos multitudinarios que han llevado al calificativo de gobiernos populistas.²⁸

Otra manera de considerar estos fenómenos es la de ubicarlos en un mismo plano horizontal, carente de medidas de valor y registrables por su posibilidad lógica.

En una etapa histórica determinada, como la uruguayana de más de noventa años que concluyeron en 1958, pese a la falta de rotación de partidos en el poder, el país fue llamado por Eduardo J. Couture la tierra de la tolerancia.²⁹

²⁶ Evolución, *op. cit.*, Frías, Pedro J., p. 358: " 'Sofía' fue también un 'leading case' y esta vez sobre el control judicial de razonabilidad en materia de estado de sitio. En un régimen político que vive casi habitualmente en estado de sitio. En un régimen político que vive casi habitualmente en estados de excepción, el control de razonabilidad de su ejercicio es un problema clave. Clave para el sistema de garantías, para el equilibrio integrado de los poderes, para la conciencia de legitimidad del régimen político. En 'Sofía' se resolvió por vez primera que los jueces podían controlar la razonabilidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, aunque éste suspendía todas las garantías constitucionales. Marcaba una etapa en el problema de la judicialidad de las cuestiones políticas, que el debate argentino ha esclarecido pero no resuelto."

²⁷ *Id.*, pp. 358-9: "... En el áspero clima de huelgas que alentaron, según acusación de Frondizi, peronistas y comunistas, emergió un terrorismo que anticipaba una de las experiencias más dolorosas de la Argentina contemporánea. El gobierno respondió con el estado de sitio y con el Plan Conintes, fórmula convencional que designaba un poco explorado desvío de poder: se aplicaban medios propios del estado de guerra en una situación de emergencia grave, para la cual la ley de 'organización de la nación en tiempo de guerra' preveía recursos más limitados. Resultaron así sometidos a la ley y jurisdicción militar los civiles no movilizados, siendo sólo esta última situación la pertinente..."

²⁸ *Id.*, Bidart Campos, p. 425: "Un régimen populista de base sindical, sin cohesión ni eficiencia, ha ensayado métodos y soluciones varios sin resultado positivo. Proscripción de movimientos tildados de subversivos y de un partido político sindicado como representante 'legal' de fuerzas 'ilegales'; clausura de órganos periodísticos; clima de violencia y de guerra; pujas inusitadas por el poder, desmembramiento de fuerzas y alas del movimiento justicialista; lucha entre quienes pregonan la verticalidad y quienes la rechazan; inflación incontrolada y sin precedentes; postración e intranquilidad en la atmósfera civil; retaguardia vigilante de la fuerza armada; avance notorio del sindicalismo adicto, también dividido."

²⁹ Couture, Eduardo J., "Introducción al estudio del proceso civil", Buenos Aires, 1953, p. 101, donde también agregó: "Es imposible olvidar, no obstante, el canto de las sirenas publicistas, que el proceso es un instrumento para la paz individual. En primer término, antes que nada, el proceso ha sido hecho para el individuo. Ha sido

Las condiciones para el establecimiento de una dictadura hubieran sido esas en cualquier otro Estado, sin embargo se dice que una severa crisis económica que comenzaba a aparecer como crónica, una burocracia aplastante, unos servicios públicos insuficientes y un cambio en el partido de gobierno como salida a los problemas abrió las puertas para la nueva Constitución de 1966, a la incitación a la violencia, a la aparición de asociaciones ilícitas y a la disolución de los partidos pequeños el 12 de diciembre de 1967.

Como hipótesis de trabajo, el caso uruguayo o el de otro país cualquiera en Iberoamérica, sirve para verificar la lógica de la alternativa. Dadas las coordenadas sociales de espacio y tiempo, la situación escogida, ya sea el parlamentarismo o la dictadura, el gobierno *de facto*, el llamado proceso revolucionario o cualquier tipo de Constitución aprobada mediante plebiscito son posibles.

No es necesario que un tipo anteceda a otro, no hay entre sí un orden causal y, como expresara Héctor Gros Espiell, tal vez con tono pesimista pero con entero apego a la realidad, "la libertad no está jamás definitivamente asegurada".³⁰ Y no se imagine siquiera que éste es un fenómeno iberoamericano, ahí están el fascismo, el nazismo y el terrorismo europeos para confirmar lo contrario.

Una primera conclusión consiste en advertir que el término evolución no es adecuado al fenómeno político, o al menos no lo es en el sentido del devenir histórico, al grado que es frecuente oír o leer nostálgicas apreciaciones de otras épocas.³¹

V. LAS INFLUENCIAS POLÍTICAS

Cabe entender que las tácticas y aun las técnicas para alcanzar y

hecho para afianzar su derecho y para asegurar su paz. Su proyección en el derecho público es una consecuencia, por el Estado ha sido hecho para el hombre, y no el hombre para el Estado."

³⁰ "Evolución", *cit.*, Gros Espiell, H., p. 294: "La realidad habría de demostrar la ilusión que esto significaba y enseñar la dura lección que la libertad no está jamás definitivamente asegurada, que es necesario conquistarla día a día, mediante una lucha sin tregua para defender los principios en que se basa su vigencia y para lograr un Estado moderno y eficaz en el que el orden público, los derechos humanos, el progreso económico y el desarrollo social sean el fundamento del juego constitucional democrático."

³¹ *Id.*, Gros Espiell, p. 294: "La democracia real, el amplio sentido social del sistema jurídico y la normal convivencia en la discrepancia, eran componentes de la vida institucional del país y más allá de reformas constitucionales dirigidas a cambiar aspectos orgánicos o procesales de la carta fundamental, eran extremos que parecían definitivamente adquiridos e inamovibles. Se pensaba que eran el resultado de la culminación de un proceso histórico político irreversible."

mantener el poder constituyen la política. En Iberoamérica se han empleado todas las conocidas. El uso de las armas ha sido naturalmente la primera fórmula, pero no la única como lo muestran las pacíficas resistencias del Ejecutivo frente al Legislativo y viceversa, los recurrentes referendos, las marchas populares o simplemente populares, y hasta los medios de comunicación masiva.³²

Los comentarios ya clásicos o simplemente reiterados de las influencias económicas de la plutocracia han de ser ampliados a fenómenos que, o no se percibieron en su magnitud o no se presentaron con el peso que han alcanzado en fechas recientes. Estos acontecimientos se vinculan directamente con el reformado artículo 25 constitucional mexicano, al expresar que "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional".

Una reacción oligárquica inicial, presionando sobre esa economía ha venido constituyendo un arma suicida económicamente desestabilizadora que de las minorías pudientes pasó a la masa informe de la población para acelerar y convertir en padecimiento crónico la constante devaluación y la consiguiente inflación que expresan puntualmente el reverso del precepto constitucional.

Ese poder que se evidencia en el mando, que opera en la obediencia del gobernado, puede continuar empleando el medio del temor, pero el objeto temido cambia de las armas al patrimonio y de la libertad a las carencias; y todo ello sin que las estructuras competenciales del gobierno se alteren, sin necesidad de cambiar los artículos constitucionales que hablan del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial.

Tal vez lo discutible haya sido no sólo denominar poderes a las funciones, sino creer que efectivamente se confundían ambas.

Tras la potestad se descubren diversos factores y procedentes de ella se van conociendo actividades varias que además de no corresponder en número con los anteriores, no les son consustanciales.

Los factores que sucesivamente determinan el núcleo subjetivo del poder, pueden ser indiferentes a la actividad judicial, al menos hasta el punto en que tenga que decidir sobre problemas trascendentales, en el sentido de que avancen o lleguen a sus objetivos. También pueden desentenderse de las tareas legislativas, igualmente hasta el momento en que tengan que dictarse normas que afecten los dichos

³² *Id.* Quiroga Lavié, p. 402: "La revolución invocó la representación del pueblo, como si fuera una suerte de dexocracia (gobierno de la opinión pública: Onganía sostuvo que el Congreso podía substituirse por la prensa); pero en realidad funcionó como un paternalismo mesiánico plutocrático que tuvo el manejo de esa opinión: se utilizó la idea de que a través de la opinión pública se efectuaba una especie de plebiscito cotidiano."

propósitos. Y por supuesto no obstaculizarán al Ejecutivo, no de manera importante, mientras sus fines se respeten en lo más valioso.

Todo ello lleva a la apariencia de un gobierno estable, de un mando pacífico aunque de una situación que transita por un camino de altibajos económicos, sociales y culturales que se califican en periodos cada vez más cortos de crisis con posibles desembocaduras en violencias de distinta graduación y, posiblemente, una que imprevisiblemente escape al control del gobernante como lo tienen experimentado todos los países iberoamericanos.

VI. DEL PODER A LA FUNCIÓN

La empresa de gobierno que es el Estado tiene cometidos objetivos que las Constituciones suelen enumerar como atribuciones gubernamentales, así como determinan los órganos competentes para llevarlas a cabo.

El poder, o la parte del mismo que se fusiona en el gobierno, tiene que operar eficazmente para subsistir. Si se atrofia, si se entumece pierde realidad para quedar en lo meramente nominal.

No es algo nuevo ni inusitado. Cualquiera época histórica es ejemplar al respecto. La creación de la Curia Regia en la Roma imperial mostró la impotencia práctica del César para conocer en última instancia de los juicios entre los gobernados.³³ Esa delegación que ha florecido de manera inexorable hasta la fecha, que crece y se abate en etapas sucesivas es resultado también de la pérdida de poder.

Un legislador que concede al ejecutivo facultades extraordinarias, o que le confiere la regulación del comercio exterior inclusive constitucionalmente, o que al dictar una ley orgánica prevé su reglamentación por la misma administración pública llamada a cumplirla, está delegando y necesariamente cediendo poder, disminuyendo su influencia en la vida nacional.

Hay una forzosa vinculación entre el poder y la actividad final que puede provocar la repulsa general en el momento en que la delegación de funciones choque con el interés mayoritario o simplemente con el preponderante, aunque también cabe la menos aparatosa medida de control judicial declarando inconstitucional esta remisión de competencias.³⁴

³³ Cfr. Calamandrei, Piero, "La casación civil", Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945.

³⁴ Cfr. Acosta Romero, Miguel, y Góngora Pimentel, Genaro David, "Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos", México, 1983, p. 382. tesis relativa a la ratificación de las leyes de emergencia por el Congreso, p. 160, Sexta Época. Vol. LIV.

Ello se propicia, además, por la circunstancia de que la conocida tripartición de funciones también llamada aunque no con justeza división de poderes, es realmente inadecuada desde el ángulo competencial.

Las atribuciones que hacen las leyes, desde la Constitución a las ordinarias, de actividades específicas a los órganos del Estado, dan lugar a una circunferencia delimitante que separa lo que se ha denominado derechos del hombre, derechos individuales o simplemente la libre actividad del gobernado.

Al quedar ubicadas en el órgano público, las actividades específicas van acompañadas o están dotadas de autoridad, de potestad de mando. Por ello, competelerle a un órgano determinada función es, al mismo tiempo, corresponderle la facultad de mandar, camino que no puede seguir el particular frente a su semejante y por ello se limita a pactar y convenir.

La materialidad de los mandatos, como la materialidad de las contrataciones puede ser la misma, de manera que la llamada obra pública o el servicio social, la dación o la prestación pueden concretarse en lo mismo, ya vengan de la orden o de la obligación acordada. Por ende, el círculo competencial ni puede precisarse *a priori*, ni sería aconsejable definirle, que es tanto como discriminar entre las cosas lo que es público de lo privado.

No hay signos, no hay muestras aparentes que hagan ver cuál puente se construyó por un particular, por la comunidad o por el gobierno; no hay iglesia que enseñe la intervención del Ejecutivo y le distinga de la obra de una hermandad, de una fundación o de todos en conjunto.

Hablar de servicio público como algo propio y exclusivo del gobierno es intrascendente en la práctica, al grado de que al crearse la Defensoría del Consumidor se tiene que encomendarle la atención de las reclamaciones contra empresas privadas y de participación pública por igual, porque el usuario del servicio telefónico en un país de libre empresa y el usuario en otro de empresa controlada, intervenida o perteneciente a la Administración oficial, se quejan por igual del mal servicio y piden las mismas protecciones y similares indemnizaciones.

Pero de otra parte, la premisa mayoritariamente utilizada para separar las funciones es de contenido extremadamente estrecho. Legislar, administrar y jurisdicción pueden ser actividades muy importantes y hasta básicas porque sin ellas no se posibilitarían otras, pero no son las únicas.

Si se deja en suspenso momentáneamente la cuestión relativa a la pertenencia estricta y forzosa de las actividades, el tema de su elenco, de la nómina de aquellas que llevan a cabo las autoridades supera la tríada manifiestamente.

La tarea más relevante en ejercicio del poder público estriba en legislar, es decir, expresar la voluntad eficaz, esa voluntad llamada a tener el resultado único de poner en vigor la normatividad que ordena la conducta de la comunidad.

En seguida aparece el quehacer de operar con el patrimonio del Estado, ya se forme con bienes propios porque las leyes así lo determinen, con contribuciones o con financiamientos de toda índole. La operación del patrimonio se caracteriza porque su uso o su beneficio tienen un destino ajeno a la satisfacción económica del órgano realizador de la función.

La actividad jurisdicente es, probablemente, la más fácil de identificar: ahí donde un tercero imparcial dirija un proceso se presentará la jurisdicción.

Después de esas funciones, el derecho positivo va mencionando y atribuyendo actividades de distinta índole, como puede confirmarse con la siguiente enumeración formada al azar y sin la idea de clasificación, sistematización y menos de enunciación exhaustiva.

Una actividad específica, inconfundible con la dirección de un proceso, con la operación de un patrimonio o con la expresión de voluntad que da vigencia a la norma general es la actuarial, género en el que están comprendidos los tipos registral, de dación de fe, de autenticación y de certificación. Vinculada con esa función aparece la conservadora que origina los archivos nacionales, las cancillerías y las custodias de valores, antecedentes de la riqueza cultural nacional (museos, bibliotecas, hemerotecas, pinacotecas, etcétera).

Hay notas inconfundibles en la potestad ejecutiva, que va de la institución castrense a las tareas de los agentes oficiales y profesionales: de los alguaciles a los martilleros y de los corredores a los subastadores, sin olvidar el ramo penitenciario que suele rodearse de establecimientos de rehabilitación.

No hay necesidad de alargar la lista con otras realizaciones, pero para no dejar fuera algunas de importancia mayor para la empresa estatal, deben recordarse los actos comunes a toda la organización de carácter contractual, los atinentes a las finanzas y en particular las cuestiones financieras que se relacionan con las fiscales sin fundirse totalmente con ellas.

La potestad disciplinaria no es exclusiva de órgano público alguno e inclusive aparece en la empresa privada. En fin, pueden agregarse los cometidos de los entes autónomos que calificados de descentralizados, consisten en toda índole de actividades culturales, educativas, de espectáculos, deportivas y demás.

La dicotomía del problema anterior permite vincular las dos distin-

tas cuestiones, una relativa al rubro competencial y la otra a la índole o materialidad de las actividades.

Puede comprobarse que la llamada tripartición del poder estatal corresponde en realidad al fenómeno de la división del trabajo de la organización pública. La competencia, la delimitación de las funciones de los representantes de la ciudadanía, es lo constitucional, legal y prácticamente divisible.

También se observa que la idea tripartita no es correcta, puesto que indebidamente limita el cúmulo de tareas a tres que pueden ser de superior importancia para efectos políticos, pero ni son las únicas ni siempre las relevantes. Épocas y momentos históricos hay en que una actividad como la financiera, la cultural (incorporación de etnias) o simplemente la promocional, esto es, la que induce a la población, a cierto sector o a grupos determinados a llevar a cabo empresas útiles o necesarias, son prioritarias por motivos que se han calificado de coyunturales, de adecuados a las situaciones económicas y sociales del momento histórico.

Si lo que se ha venido manejando con la tesis de la división de poderes es la clasificación de los contenidos de la esfera competencial y, en todo caso su jerarquización, la materia propia del poder queda ubicada en el extremo del gobierno.

Es un dato constante de la experiencia, muy particularmente de la iberoamericana, que la detentación del poder surge ante todo con la titularidad de la competencia legislativa.

Poseer la voluntad determinante para poner en vigor la normatividad general es gobernar. En ocasiones ha sucedido que la Constitución impone una estructura en virtud de la cual los órganos que legislan y que administran son formalmente diferentes, pero el mecanismo de su composición permite la unidad política a través de la correspondencia mayoritaria al mismo partido.³⁵

Éstas y circunstancias parangonables permiten reiterar que la prioridad en el gobierno está en la potestad legislativa, y que cuando formal o materialmente esa potestad radica en un solo órgano se presenta la dictadura.

³⁵ "Evolución", *cit.*, Tapia Valdés, J., p. 199: "En efecto, todo el sutil mecanismo de reglas formales e informales cuyo juego daba efectividad e importancia a la acción de los parlamentarios y de los partidos políticos, fue destruido, sin equilibrarse esta pérdida de posición con mecanismos alternativos de contrapeso. Todavía más, se mantuvieron virtualmente iguales las facultades de control del parlamento sobre el Ejecutivo, es decir, inoperantes. En suma, el Parlamento chileno, luego de la reforma de 1970 quedó privado de sus facultades más naturales y esenciales dentro de un régimen democrático: las de legislar y fiscalizar."

Todo lo comentado permite comprender la interdependencia que existe entre las potestades del mando y la composición de la competencia estatal. La interdependencia significa desde luego la autonomía de cada extremo y después una relación funcional.

Son interdependientes la política y las funciones públicas, porque a su característica independencia que explica su existencia y desenvolvimiento según reglas propias, añanan la interrelación que explica la trascendencia de un plano al otro de sus directrices.

Así como se ha sostenido que en momentos de dictadura algunos países iberoamericanos alcanzaron prosperidad económica, o niveles no obtenidos en otras condiciones para su jurisprudencia, también se ha observado que esas dictaduras han sojuzgado a los órganos judiciales y que el legislativo ha dejado de operar.

Hay, pues, interdependencia que no es igual a entera o franca dependencia. No sería verificable la afirmación en el sentido de que una forma de gobierno produce siempre y necesariamente un esquema competencial específico, pero tampoco cabría suponer que es indiferente el tipo de gobierno para la función pública.

VII. A MANERA DE RECAPACITACIÓN

a) La idea de la división del poder público y sus consecuencias de distribución de funciones y formación de pesos y contrapesos, ha tenido un inicio y una consideración discutibles en virtud de que ha englobado dos ámbitos jurídicos distintos, uno ha sido el atinente a lo político y otro a la competencia.

La política es la lucha por el poder y su conservación (inclusive cabría hablar de su transmisión). Por ende, si la detentación del poder se presenta unas veces como monocracia³⁶ y otras como democracia, se trata de un problema político que tiene su propia axiología, la cual no prejuzga sobre la división competencial.

Así es, porque la división del trabajo que conduce a la distribución de las funciones atribuidas al gobierno, se presenta y subsiste en cualquiera de las formas políticas conocidas.

b) La competencia del gobierno se distingue de la libertad de los individuos.

En el gobierno, a la manera de las cualidades separables y sustitui-

³⁶ Palomar de Miguel, Juan, "Diccionario para juristas", México, 1981, p. 881: "Monocracia (gr. *monos*, único y *kratos*, autoridad). f. Gobierno de uno solo como autoridad suprema efectiva."

bles de los objetos, hay un conjunto de actividades (funciones y servicios) que se atribuyen a sus órganos.

Como reflexión marginal cabe agregar que no es comprensible una actividad pública sin la identificación o el señalamiento del órgano competente.

La competencia viene, entonces, a consistir en una circunferencia que encierra la actividad pública del Estado. La restante actividad está librada a la iniciativa privada.

c) Es lo atribuido al sector gubernamental lo que resulta susceptible de individualización, separación, clasificación y jerarquización por su importancia jurídica.

En la idea de la tripartición se encuentra una aplicación de la división, si bien el número es insuficiente en dos sentidos: en cuanto a los órganos y en cuanto a las actividades.

Los órganos más frecuentemente mencionados, que son el legislativo, el ejecutivo y el judicial, ni son los únicos ni siempre tienen la máxima importancia. Otros órganos, como el constituyente, originario o constituido, a veces una junta de gobierno o un Consejo de Estado, y desde luego las entidades financieras, pueden tener mayor influencia y hasta jerarquía constitucional, legal o de hecho.

d) En el rubro de las actividades, legislar, administrar y jurisdicción son apenas unos cuantos rubros que han de incrementarse en la medida que la doctrina analice el total competencial.

Sobre todo es indispensable dejar esclarecido el hecho de que las funciones son públicas por su ubicación competencial y no por su propia e intransferible naturaleza jurídica.

Legislar que es expresar la voluntad eficaz para dar vigencia a una normatividad general, no es algo exclusivo del gobierno. Se conocen fenómenos legislativos privados que con el nombre de reglamentos (interiores de trabajo), convenios (contratos colectivos), estatutos (de instituciones administradoras del arbitraje) y aun reglas internacionales privadas (INCOTERMS de la Cámara Internacional de Comercio, que son reglas y usos o prácticas sancionados por ella y de eficacia universal al igual que sus Reglas para el Crédito Documentado y otras más relativas a transportes o competencia desleal, etcétera), tienen la misma trascendencia para la previsibilidad, la predictibilidad, la planeación y la programación de la conducta colectiva de comunidades que van, desde el núcleo de una empresa mercantil a la universalidad del comercio mundial.

Administrar que es operar el patrimonio ajeno en términos de su propia naturaleza, es una actividad que realiza el Ejecutivo de un Estado o el ejecutivo de una empresa comercial, el Ayuntamiento de un

municipio o el síndico de una quiebra, el tutor de un inhábil, o simplemente el mandatario civil.

Y jurisdicir es, inclusive históricamente, una función tan privada que el arbitraje la emplea de tiempo inmemorial, con y sin la autorización, la anuencia y aun sin el respaldo del gobierno, porque la voluntad de someterse a la decisión de tercero imparcial en un proceso de instancia bilateral, sólo requiere de los órganos públicos cuando el vencido desacata el laudo y se precisa la ejecución. Pero como lo tiene publicado y verificado la Cámara Internacional de Comercio o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, la desobediencia del laudo apenas tiene importancia relativa en el ámbito nacional y ninguna en el internacional, por la propia hipótesis del comercio a través de las fronteras que se apoya totalmente en el crédito y buen nombre de los comprometidos. Una desobediencia del laudo es una renuncia a la continuación de los negocios. Y debe observarse que el arbitraje privado somete o se aplica, lo mismo a las empresas particulares, a las públicas y a los mismos Estados actuando en el mercado transnacional.

Así pues, cuando estas funciones se remiten a la órbita del sector oficial, su ubicación es similar a la de otras no distinguidas en la doctrina y que han quedado ejemplificadas antes.

e) Desde la relación jurídica competencia-iniciativa privada y más adelante en la relación gobierno-gobernados, la libertad es un círculo de afectación.

Es apenas obvio que el avance competencial sobre todo tipo de actividades signifique una restricción del sector privado y, por el contrario, toda reivindicación, toda invención y cualquier crecimiento de las actividades de los particulares, significará una disminución de la influencia competencial.

Para sólo mencionar ejemplos de actualidad, puede corroborarse lo anterior con los dos movimientos contrapuestos que se presencian hoy en día: de una parte la tendencia intervencionista gubernamental en los negocios privados, y de otra la tendencia a reincorporar al ámbito privado empresas y actividades que previamente se le sustrajeron.

Este vaivén histórico, nueva aplicación del principio de alternatividad lógico-jurídico, permite reconocer que la compenetración mutua y recíproca de los dos sectores, se traduce en objetivos políticos necesaria e inexorablemente.

La única manera de lograr que la competencia crezca o disminuya es detentando el gobierno o por lo menos los medios e instrumentos para influirlo. No hay una generación espontánea, no hay una auto-retroalimentación jurídica, ni siquiera una técnica desarrollista propiciatoria de lo que podría calificarse de evolución institucional.

Todo lo atribuido a la competencia pública, las funciones y servicios, son actividades que alternativamente van tomando un sentido u otro por presiones externas a su esquema jurídico.

El caso de la jurisprudencia pública (porque también la hay privada en el arbitraje) es ejemplificativo: las resoluciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia argentina durante el gobierno *de facto* entre 1957 y 1958, no fueron el cumplimiento de objetivos de la destitución de los jueces en 1955, como tampoco las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia mexicana fueron la aplicación de la consulta popular efectuada durante la campaña presidencial de 1982.³⁷

En el primer caso, la creación del amparo, el control judicial de razonabilidad de las medidas del Ejecutivo durante el estado de sitio y demás, fueron creaciones jurisprudenciales realizadas por los nuevos jueces que no siguieron, como era de suponer, una línea de crecimiento sin solución de continuidad, porque la posterior legislación se encargó de impedirlo.³⁸

³⁷ "Evolución", *cit.*, Bidart Campos, G. J., p. 323: "Pese a tan macabro horizonte, y dejando de lado las reformas formales a la Constitución operadas en 1957 y 1972, el derecho constitucional material alcanzó enriquecimientos innegables por fuente del derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En 1957-1958 se incorpora a él el instituto del amparo, hasta entonces desconocido en el derecho federal argentino. De ahí en más, se acuñan principios tan importantes como el de que las decisiones de la administración jurisdiccional han de gozar —para su validez constitucional— de posible y ulterior control judicial suficiente; de que no pueden subsistir después de superada una emergencia las sentencias de condena dictadas por tribunales militares, que hayan sido legalmente impugnadas; de que el monto de la indemnización expropiatoria debe responder al valor real y actual del bien expropiado con computación de la depreciación monetaria; de que el haber jubilatorio debe guardar razonabilidad proporcional con la remuneración de actividad y con la que percibiría el jubilado si hubiera continuado trabajando; de que las medidas que adopta el poder Ejecutivo durante el estado de sitio han de ser susceptibles de control judicial de razonabilidad en resguardo de las libertades restringidas; de que el Estado está obligado a cumplir las sentencias judiciales que lo condenen, pese al mero efecto declarativo que les asigna la ley 3952."

³⁸ "Evolución", *cit.*, Quiroga Lavié, H., p. 401: "Durante esa época se dictó la ley de amparo (16986) aún vigente —que recoge en forma sistemática los antecedentes jurisprudenciales en la materia. Sin embargo, la ley le colocó una serie de cortapisas a la garantía, que hacen que en vez de ley de amparo bien pueda llamarse del desamparo: no admitió la acción por violaciones provenientes de actos de particulares (si bien luego se remedió esta falencia a través del juicio sumarísimo incorporado en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital Federal), no admitió la posibilidad que fuera declarada inconstitucional una disposición normativa en el trámite de la acción de amparo (pero la Corte Suprema, en el caso *Outón*, admitió esa posibilidad), no admitió la procedencia del amparo si la violación se cometió con motivo de la aplicación de la ley de defensa nacional, tampoco admitió la procedencia de la acción si la violación se produjo con motivo de la prestación de un servicio público. Estas limitaciones han restringido la oportunidad del amparo, hasta convertirlo en una rara excepción en las jurisdicciones del país."

f) Si el objetivo de las funciones, el contenido de los servicios, la nómina de atribuciones al círculo competencial público son, finalmente, determinaciones de gobierno, el poder estatal, los factores que le constituyen o informan, vienen a ser la realidad del mando.

Como ya lo ha visto la doctrina, concurren para alcanzar o mantener el poder los partidos políticos pero también los movimientos y las fuerzas militares o económicas, sindicales o patronales.³⁹

La técnica para hacerse del poder o para mantenerlo varía porque cada situación social ofrece alternativas especiales. Lo singular en todos los casos de la era contemporánea es que sin excepción se invoca la democracia.

No hay fórmula alguna, ni siquiera en las dictaduras monocráticas o de partido, militares o de gremios, que se invoque como durante el regalismo, el derecho divino de los reyes.⁴⁰

Lógica y empíricamente, no parece que haya otra posibilidad para la empresa de gobierno llamada Estado, porque ya sea por la fuerza de los comicios, por la fuerza física de la resistencia o de los levantamientos populares, por la fuerza económica de los gobernados, por la fuerza de la opinión pública, general o masiva, por la fuerza silenciosa de la cotidiana renovación del pacto social a través de la obediencia pacífica o por cualquiera otra expresión material de la colaboración ciudadana, el gobernante sólo puede serlo si el gobernado acepta sus mandatos, y además, en la medida en que lo hace.

g) Pero la democracia tiene dos defectos o si se quiere dos puntos débiles. En primer lugar la democracia es fórmula de gobierno y no fórmula de competencia. Ni siquiera la experiencia uruguaya de repartición de cargos en el gobierno y también en los entes paragubernamentales,⁴¹ pasó de ese límite, porque la distribución de cargos siguió siendo manifestación de gobierno compartido y no entrega al pueblo o a los particulares de grupos de actividades.

En segundo lugar, la democracia termina en los comicios.⁴² A par-

³⁹ *Supra*, nota 13.

⁴⁰ Neville Figgis, John, "El derecho divino de los reyes", versión española de Edmundo O'Gorman, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 80: "Se requería una teoría de potestad secular ilimitada para hacer frente a las exigencias del papa; era forzoso poner en juego un poder suficiente para combatirlos. La teoría de soberanía más natural es la monárquica; la única autoridad que podía aspirar a enfrentarse con el papa era la Corona. Para los fines de congruencia teórica y a la vez de eficacia práctica, una doctrina de soberanía investida por derecho divino en el rey, era el indispensable correlato de una Reforma nacional."

⁴¹ "Evolución", *cit.*, Gros Espiell, H., *supra*, nota 22.

⁴² "Evolución", *cit.*, Njaim, Humberto, p. 276: "La importancia que en todo lo anterior se le ha concedido al sistema de partidos obliga a referirse a las configuraciones de acceso y exclusión en el seno de los mismos, que dejan de ser cuestiones

tir de ese momento opera la representación.⁴³ Lo mismo en las elecciones directas que en las indirectas, el paso de la expresión de la voluntad popular hasta el punto de la expresión de la voluntad del órgano, sigue un camino, no ya de delegación de cometidos, así sea a la manera del mandato privado, sino de reemplazo en la determinación de la voluntad eficaz para mandar.

El electorado podrá conservar la facultad de una hipotética vigilancia, de un orquestado referendo y hasta de una permanente advertencia de aplicación de medidas correctivas o represivas; lo que no puede es seguir expresando, a toda hora y en todos los renglones de competencias su voluntad decisoria.

Además, no sólo no puede hacerlo por razones físicas, porque no pueda estar reunido en el ágora día y noche, sino porque el contenido alternativo de las decisiones del gobierno, le son cada día más abstrusas, más incomprensibles, menos analizables y fácilmente implicables en un plan o en su opuesto, en un programa o en otro.

Esto contribuye también a que pierda su sentido original la tripartición hipotética del poder público. Una decisión financiera, tomada muchas veces por el gobernante en la sede del Ejecutivo o del Parlamento o apenas del gabinete presidencial, no responde a los cánones de ninguna de las actividades clásicas de administrar, legislar o juzgar.

Una medida financiera hace intervenir multitud de cuadros y esquemas sociales incluidos los órganos del gobierno, precisamente porque las realizaciones técnicas bancarias, bursátiles, empresariales y de instituciones o entidades extranjeras e internacionales son indispensables.

Imaginar y no ya pensar que el electorado estará presente en la mesa de las discusiones, planificando y programando los medios de consecución del crédito, de su operación y aplicación, los convenios para su pago y las afectaciones patrimoniales adecuadas es imposible.

Quienes actúan son los órganos, ocupados por representantes que pertenecientes o no al partido en el poder, tienen que apegarse a las condiciones técnicas de su cometido. La democracia les llevó o se sos-

meramente internas para constituir características fundamentales del acceso al sistema político en general...".

⁴³ "Evolución", *cit.*, De Vega García, Pedro, "tendencias y problemas del constitucionalismo español actual", p. 451: "... La discusión legalista, como es de todos conocido, sólo adquiere dimensiones notables en aquellas situaciones en que la ley se consagra como expresión política de la voluntad fundamental del Estado. Es lo que ocurre en el seno de la democracia constitucional donde, según la consabida fórmula, a lo que se aspira es a sustituir el gobierno de los hombres por el ordenado gobierno de las leyes. Nada tiene de sorprendente, por lo tanto, que en aquellas circunstancias, o en aquellos momentos, en que sobre la voluntad de la ley se coloca la voluntad del gobernante, la temática jurídica pierde relevancia política y significación científica."

tiene que los llevó al cargo, pero una vez en él les abandona a su criterio, tal y como lo haría la monocracia, la dictadura militar o del proletariado.

El pueblo, en una descabellada hipótesis, podría acometer el estudio de una legislación sobre inversiones extranjeras o sobre la transferencia de tecnología; pero alcanzando un mítico resultado de mesas redondas, sería otra vez el representante, ahora ubicado en la curul del legislador quien finalmente tomara la decisión legislativa y sin remedio, discrecionalmente, pese a las opiniones partidarias siempre genéricas y abstractas.

g) Queda siempre la posibilidad, la alternatividad democrática (y en su caso y conforme a su esquema la alternatividad monocrática) de distribuir las funciones que se estimen importantes y decisivas, entre órganos ciertos y determinados.

Hasta ahora se ha preferido tratar de la tripartición orgánica o funcional; pero hay muestras de algo más que el Ejecutivo en las juntas militares o los Consejos de Estado, algo más que el Legislativo en los constituyentes llamados con tanta frecuencia para actuar, ya sea como originarios o permanentes o constituidos; que el judicial también en los tribunales especiales, extraordinarios, por comisión o de emergencia y, desde luego en el órgano autónomo juzgador del contencioso administrativo, del Gran Jurado, del Tribunal de Cuentas y de tantas manifestaciones más tan sólo en el orden público interno.

Si la división orgánica o funcional se piensa apenas en la trilogía básica, se corre el riesgo de abandonar gran parte del gobierno a la influencia de uno de esos entes y a través de esquemas incontrolados, al menos en la forma tradicional que se emplea para la triada.

En términos de equilibrio (inestable desde luego), de implantación de pesos y contrapesos, en fin, en la búsqueda de un mínimo de seguridad de la función electoral y de su eficacia, como el medio propio para renovar funcionarios, para designar a los confiables y para impedir que se perpetúen en los mandos los actuales, la división orgánica del gobierno es necesaria.

Lo contrario llevaría sin remedio a la monocracia, a la dictadura y a la pérdida del poder político. De manera que la relación múltiple y transitiva será competencia-gobierno-democracia. Pero una vez más, habrá que reconocer que ni el gobierno representativo asegura por completo la democracia, y ésta tampoco consolida la libertad individual.

h) Una última y conclusiva apreciación del fenómeno lleva a sostener la existencia de la división del poder. Lo que se señala como indivisible y unitario debe denominarse soberanía. Pero si hacia el exterior la independencia estatal se mantiene conservando esa concre-

ción, hacia el interior la realidad muestra una variedad de fuentes de poder, que constitucionalmente se canalizan por las estructuras funcionales.

Podrá negarse la tripartición clásica y que lo sea del poder y aun de la competencia estatal, pero la división del primero existe efectivamente y la competencia es clasificable.

Tal vez lo olvidado, el gran ausente en todo este discurrir sea la libertad.

A fin de cuentas, son las posibilidades de relaciones jurídicas individuales las que resultan limitadas, restringidas, condicionadas, sometidas a modalidades, prohibidas y hasta sancionadas.

Lo que se denominan derechos del hombre o garantías individuales y que suelen fijarse en conceptos tales como la libertad, la propiedad y el culto religioso, forman o constituyen el ámbito jurídico privado, pudiendo implicarse en el término libertad.

No es ahora la oportunidad de analizar el concepto y tampoco para explicar por qué su defensa no conduce al liberalismo de la Revolución francesa, ni implica una vuelta al artículo 1134 del Código Napoleón; no se está pensando en un derecho natural ni en un individualismo liberal, no hay la intención de aludir a etiqueta doctrinal alguna.

Pero sí es preciso dejar sentado que la vía democrática significada por el voto popular, es el único expediente con que cuenta la libertad en género para tener eficacia jurídica, porque la libertad individualizada, la que se hace valer ante los tribunales públicos y logra, condesciosamente, su respeto legalmente, esa libertad, sin la separación de funciones, apoyada en las divisiones de poderes y fundada en el instrumento político de la democracia, es impensable.