



FONDO  
ABELARDO A. LEAL LEAL

KG21

A7

M63

V. 2



Biblioteca Universitaria  
Capilla Alfonso

## CAPITULO I

**Sumario:** I. División de los poderes. Ideas de Montesquieu—II. Objeciones á las doctrinas—III. Medios de hacer práctica la coordinación de los poderes—IV. Sistema de la constitución nacional. Clasificación tripartita—V. Poder legislativo. Sistema bicamarista—VI. Inconvenientes que se le atribuyen—VII. Antecedentes patrios—VIII. Representación diferente de las dos cámaras del congreso.

### I. División de los poderes. Ideas de Montesquieu.

La constitución argentina organiza el gobierno federal bajo el triple aspecto de sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial, á los que señala órbitas de acción diferentes, de acuerdo con las funciones peculiares que les asigna.

La división del ejercicio de la potestad gubernamental es de esencia en nuestro régimen. La corte suprema de justicia ha resuelto que «siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno les son exclusivas; pues el uso concurrente ó común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre

« los tres altos poderes políticos, y destruiría la base  
« de nuestra forma de gobierno». <sup>(1)</sup>

La teoría de la división de los poderes ha recorrido el mundo, acogida con un favor creciente durante largos años. Se la ha considerado como el *palladium* de las libertades populares, como el medio más eficiente de mantener el equilibrio de los derechos, como la forma única de organizar científicamente los Estados. Se le atribuye una antigüedad venerable, indicándose que la exponía Aristóteles, que pasa por su autor literario. <sup>(2)</sup>

Pero, cualesquiera que sean las ideas insinuadas por el eminente filósofo de Stagira, es lo cierto que recién Locke lo examinó bajo el punto de vista de un gobierno representativo de la soberanía nacional, y que fué Montesquieu quien en su precioso libro *El Espíritu de las leyes*, le dió las exterioridades concretas de una verdadera doctrina. <sup>(3)</sup>

Locke distingue tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el que llama *federativo*, en el cual reside el derecho de hacer la paz, la guerra y los tratados; sostiene que los dos primeros deben estar separados y en distintas manos; pero concluye que el ejecutivo y el federativo, aunque diferentes, deben estar naturalmente reunidos.

Montesquieu resume así su concepto. « En cada Estado hay tres especies de poderes, el legislativo, el ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes, y el mismo de las dependiente del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe ó magistrado establece temporal ó permanentemente leyes, y reforma ó deroga las ya establecidas. En

(1) FALLOS—1ª Serie—T. 1, pág. 1.

(2) ESTRADA—Derecho Constitucional pág. 212.

(3) Véase ESMEIN—*Eléments de Droit Constitutionnel*—(Ed. 1896)—pág. 279 y sigtes.

« virtud del segundo, hace la paz ó la guerra, recibe ó envía á los embajadores, arregla la seguridad del Estado é impide las invasiones. En virtud del tercero, castiga los delitos ó juzga las contiendas de los particulares. Se llamará este último el poder judicial, y el otro simplemente el ejecutivo del Estado... Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en un mismo sujeto ó cuerpo de magistrados, no hay libertad; porque puede temerse que el mismo monarca ó el senado formen leyes tiránicas, para ejecutarlas tiránicamente. No hay á más libertad, si el poder judicial no está separado del legislativo y ejecutivo. Si estuviera unido con el legislativo, sería arbitraria la potestad sobre la vida y libertad de los ciudadanos, porque sería legislador el juez. Si estuviera unido con el ejecutivo, tendría el juez todas las facultades de un opresor. Se perdería todo, si un mismo sujeto, ó cuerpo de magnates, nobles ó pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos y contiendas de los particulares.» <sup>(1)</sup>

Las ideas de Locke y de Montesquieu no fueron de generación espontánea. Derivaron, en gran manera, de observaciones empíricas, sobre la constitución de Inglaterra; pero un falso miraje los ofuscó, quizás. Ni en Inglaterra, ni en parte alguna, la separación de los poderes es absoluta, según veremos en seguida.

Los Estados Unidos abrazaron con calor la doctrina, y al discutirse la constitución de 1787, se la consideraba como la más hermosa garantía de la libertad. «El Federalista» registra multitud de pasajes

(1) MONTESQUIEU—«Del espíritu de las leyes»—(Trad. española por Don M. V. M.—Edic. de 1821)—T. I—pág. 238—Lib. XI—Cap. VI.

para ponerla de manifiesto, porque, según la expresión de Madison, «la acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, bien sea de uno, de pocos ó de muchos, hereditarios, de propio nombramiento ó electivos, puede con exactitud juzgarse como la definición misma de la tiranía». <sup>(1)</sup>

La revolución francesa consideró la división de los poderes como artículo de fe política, sancionando, en una de sus más memorables decisiones, esta cláusula: «Toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.» <sup>(2)</sup>

Entre nosotros, los hombres que encabezaron el movimiento emancipador, imbuidos de las teorías de la Francia revolucionaria, acataron el principio, aun con todas sus exageraciones, y lo consignaron en las leyes orgánicas del país. Limadas sus asperezas, corregido en su absolutismo, lo promulga la constitución que nos rige.

## II. Objeciones á las doctrinas.

Si grande ha sido el favor con que se ha acogido el principio de Montesquieu, acerbos han sido las críticas que contra él se han originado.

1.—Se le ataca, en primer lugar, por su latitud, porque se pretende aplicarla á todos los pueblos, en todos los países, siendo así que la ciencia política es experimental, y dentro de ella no hay panaceas que convengan indistintamente á todas las sociedades.

El raciocinio no tiene réplica. La división de los poderes se basa en la diversidad de funciones que al Estado competen; pero esas funciones no han sido,

(1) EL FEDERALISTA—pág. 393.

(2) Declaración de los derechos del hombre—art. 16.

no son y no serán, tal vez, siempre las mismas. El Estado, que es un organismo complejo, ha mostrado y muestra facies variadas de desarrollo, desde el momento en que se le observa en la historia de la humanidad, con fines primarios y simples, hasta la época actual en que las relaciones complicadas de la vida absorben la actividad y la dirigen en sentidos infinitos. Las argumentaciones *apriorísticas* no corresponden á temas sociológicos. Es lo que decía Spencer, combatiendo á Hobbes: «En lugar de proceder, como Hobbes, *á priori*, procedamos *á posteriori*, é interrogamos los testimonios que poseemos». <sup>(1)</sup>

La doctrina de la separación de los poderes estriba en la vigencia del sistema representativo. En naciones en que la fuente del poder público se reconcentra en uno ó en pocos, carece de significado. Sin embargo, tales reflexiones dejan en pié el principio, siempre que se limite á la mayoría de los países civilizados contemporáneos, donde se practica la máxima de la soberanía nacional.

2.—Otros confutan á Montesquieu por las razones en que se apoya, y por las consecuencias á que llega. Bluntschli <sup>(2)</sup> piensa que la división de los poderes se funda «en una razón de organismo», pues las funciones y fines del poder reclaman organización distinta de las autoridades. Los cuerpos colegiados y numerosos son aptos para dictar la ley, pero no para aplicarla ni ejecutarla. Los tribunales de justicia exigen que sus miembros tengan una competencia especial en materias jurídicas. El P. E. no puede corresponder á una entidad pluripersonal, sin desgastar los resortes administrativos, y sin contrariar las exigencias de celeridad y armonía en el manejo de los negocios.

(1) SPENCER—«La Justicia—Trad. de la España Moderna»—pág. 274.

(2) Derecho público universal «Trad. Cast.»—T. I—pág. 424.

En un sentido análogo se expresa Gumplowierz. «La separación de los poderes, escribe, no produce por sí sola ningún buen régimen, aunque sí, es la inevitable consecuencia del ulterior desarrollo progresivo del Estado. En efecto, una tal separación se produce, ante todo, gracias á la necesidad real de la *división del trabajo* en un grande y complicado todo político; pero luego, esta separación de las diversas funciones del poder del Estado, originada de la manera referida, exterioriza también sus benéficas consecuencias, las cuales están siempre enlazadas con una división del trabajo, allí donde la misma ha sido producida, respondiendo á la necesidad». <sup>(1)</sup>

El mérito de estas observaciones consiste en que ellas constituyen razones coadyuvantes para vigorizar la teoría de la división de los poderes, en lo que tiene de incontrovertible.

En nuestro concepto, cuanto más descentralizada esté la acción pública, menos temores existen de que se arraigue la opresión; pero la descentralización no debe llegar hasta el extremo de enervar el vigor de los gobiernos. La división de los poderes, que no reduce la importancia del principio de autoridad, evita, por el contrapeso recíproco de los dignatarios, que se llegue al despotismo. Este es un hecho tangible, innegable. El ejercicio del poder sin vallas fácilmente degenera; las limitaciones acrecientan las garantías.

La «razón de organismo», «la necesidad real de la división del trabajo», conducen á idéntico resultado. Es en virtud de ellas que las especulaciones de Montesquieu son impuestas por la naturaleza de las cosas.

3.—La separación de los poderes es criticada, así mis-

(1) L. GUMFLOWIERZ.—«Derecho político filosófico.» Trad. de Pedro Dorado Montero—pág. 292.

mo, en la hipótesis de que se la sostenga con un criterio absoluto, en la hipótesis de que la independencia se reputa completa. Los diversos atributos de la soberanía, se dice, no pueden ser ejercidos separadamente; se coordinan en una resultante única que supone una dirección de conjunto. El gobierno es un solo mecanismo, por más que sean distintos sus rodajes. «Teóricamente, expone Dugnit, esta separación absoluta de los poderes no se concibe. El cumplimiento de una función cualquiera del Estado se traduce siempre en un orden dado ó en una convención concluida, es decir en un acto de voluntad ó una manifestación de su personalidad. Implica, pues, el concurso de todos los órganos que constituyen la persona del Estado. <sup>(1)</sup>»

No cabe dudar de que la separación absoluta de los poderes es de realización imposible, que ellos se compenetrán entre sí, y tienen atribuciones muchas veces comunes; no cabe dudar que si los grandes departamentos del gobierno se encerraran en un aislamiento insalvable, se implantaría un régimen anárquico. No creemos que pueda llevarse á ese extremo la teoría de Montesquieu, y quien sabe si al hacerlo se confunden las exageraciones antojadizas de los discípulos, con la obra del maestro.

La doctrina es aceptable en los límites restringidos en que se la aplica en la actualidad. Se reduce á esto, dice Smein: «Los poderes reconocidos como distintos deben tener titulares, no solamente distintos, sino independientes los unos de los otros, en el sentido de que uno de estos poderes no puede revocar á voluntad el titular de otro. Está ahí, en la irrevocabilidad recíproca, el principio activo y bienhechor. Es por ella que los diversos poderes, en el límite

(1) DUGNIT.—La separation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1787—pág. 1.

« de sus atribuciones, pueden controlarse los unos á los otros, y oponerse, si fuere necesario, en el terreno legal, esas resistencias pacíficas que salvaguardan la libertad pública ».

4.—En estos últimos años, un escritor americano, Wilson, ha combatido la división de los poderes, aun bajo la forma racional en que se le encierra, y ha sostenido la imposibilidad de mantener la armonía entre las autoridades públicas por razón de la acción invasora del congreso, que pretende abarcarlo todo, absorberlo todo, someter todo á su jurisdicción y á su imperio.

El equilibrio de los poderes no puede ser legislado con una exactitud matemática. En el terreno de los hechos, es ineludible que alguno tenga cierta prepotencia sobre los demás, y es lógico que tal prepotencia se atribuya á los parlamentos que encarnan la más directa representación del pueblo, y que tienen la facultad trascendental de votar los presupuestos.

Esto no obstante, la coordinación de los poderes es factible, desde que la irrevocabilidad de los mandatos públicos sea una verdad.

Si nada se opone á la acción legislativa, se crea el peligro de esas lúgubres tiranías parlamentarias, que después de haber hecho pesar su influjo de una manera siniestra, terminan con la supresión de las mismas asambleas para dar nacimiento á déspotas unipersonales. El Largo Parlamento de Inglaterra engendró á Cronwell; la Convención Nacional preparó á Bonaparte.

### III. Medios de hacer práctica la coordinación de los poderes.

En la época contemporánea, la armonía y coordinación de los diversos poderes públicos de un Estado se establecen de diversas maneras, para responder á la idiosincrasia especial de cada país.

No es posible sentar reglas uniformes sobre esta coordinación, porque siendo, como hemos dicho, experimental la ciencia política, deben aquellas obedecer á las circunstancias locales de un pueblo. Sin embargo de esto, y dejando por ahora de lado lo que respecta al poder judicial, en cuanto á las relaciones del poder legislativo y del poder ejecutivo, encontramos la existencia de tres tipos característicos: el primero lo forma la constitución de Estados Unidos; el segundo, la constitución de Inglaterra; el tercero, el régimen concebido por Grévy en la Asamblea Francesa de 1848 y desenvuelto por Wilson, en 1890.

La constitución de Estados Unidos lleva al límite máximo la división de los poderes. El poder ejecutivo es independiente en su esfera, los ministros son agentes del presidente de la República. Aun cuando, por una anomalía, que los tratadistas norte-americanos hacen notar, se requiere para su designación el acuerdo del senado, el buen sentido sajón ha mantenido incólume el principio de la división de los poderes. Jamás, ni aun en épocas de grandes crisis, el senado ha negado su acuerdo á las propuestas presidenciales.

El poder ejecutivo no toma parte en la confección de las leyes; sus ministros, agentes de la administración, no van al parlamento; la facultad de legislar pertenece exclusivamente al congreso nacional. La separación es la más completa que es dable presentar, si bien las necesidades de hecho han obligado á mantener algunas relaciones, y á conferir á cada uno de los poderes facultades que propiamente caerían dentro de la esfera del otro.

El segundo tipo nos lo muestra la Inglaterra. Allí no hay propiamente *división* en el poder legislativo y el ejecutivo.

Algunos comentadores de la constitución inglesa

han llegado á decir que esa división no existe, en realidad, porque el gabinete, que encarna el poder ejecutivo de la Gran Bretaña, es una simple comisión parlamentaria, que se mantiene mientras goza de las simpatías del parlamento; que cae, cuando la mayoría del parlamento le es adversa.

Desde luego, la Corona conserva la facultad de designar todos los ministros que la han de asesorar en sus actos ejecutivos. Es cierto que su libertad no es completa; es cierto que debe hacer la elección dentro de los miembros de la mayoría de la cámara de los comunes; es cierto que esa misma mayoría impone decididamente su voluntad; pero, no lo es menos que esta imposición no llega hasta vedar en absoluto esa libertad. Y tan así, que la reina Victoria, que es el monarca inglés que menos uso ha hecho de la prerogativa, se ha negado á designar un ministro indicado por la mayoría de la cámara.

Además, debe advertirse que cuando la votación de los lores ó de los comunes es contraria á los actos del gabinete, no se produce *ipso facto* la dimisión ó el derrumbe ministerial. Debido á facultades que la Corona tiene en este caso, puede disolver el parlamento, para indagar el estado de la opinión pública, que se manifiesta en los comicios.

De manera que existe cierta entidad que no se penetra por completo en las cámaras del parlamento. Aun cuando sea grande la confusión de los poderes, no llega, sin embargo, hasta suprimir toda desigualdad.

El tercer tipo es el que pretende suprimir esas desigualdades, el que Grévy proponía en 1848, diciendo: si el gobierno ha de ser estrictamente parlamentario no hay necesidad de que exista un monarca constitucional, no hay necesidad de que exista un presidente de la república: la cámara debe elegir por tiempo

Quint. M. - El Com. de la rep. de  
Gibson

ilimitado un jefe de gabinete, y nada más que un jefe de gabinete, que se mantendrá en sus funciones, mientras cuente con la mayoría del parlamento; pero que caerá del mando, el día que esa mayoría le sea contraria. Es precisamente, la doctrina de Wilson. Hay quien preconiza la conveniencia de que no sea sólo el jefe del gabinete el que designe la cámara, sino el ministerio íntegro; pero la corrección es meramente de forma, y en el hecho, el nombramiento del jefe ó de todo el ministerio viene á ser exactamente lo mismo.

Estas han sido simples tentativas hasta 1848, y el libro de Wilson, que data de época reciente, es citado por Esmein como *Spécimen* de una revolución en el orden de las ideas. La verdad es que nadie, en el presente, ha seguido sus conclusiones, por temor á las tiranías parlamentarias, de que ya hemos hablado.

En cuanto al poder judicial, se dice que no constituye un poder independiente, sino que Saint Girons, Reus y Bahamonde y otros aceptan esa doctrina, sosteniendo que los aspectos de la ley son dos: cuando ella nace y cuando ella se aplica; que es lo mismo que la aplicación se haga en conjunto á todos los habitantes de la nación, ó en detalle, cuando una contienda ente particulares se produzca; que el poder ejecutivo es el mismo poder judicial, y que nada importa las especulaciones teóricas á este respecto, desde que, con ó sin la doctrina de la división de los poderes, realizada con el poder judicial, puede llegarse á la misma forma de organización de los tribunales en un país.

El modo de razonar seduce *prima facie*; pero penetrando en la naturaleza de las cosas, se ve que existe un error craso. No es idéntica la función de ejecutar la ley, haciéndola extensiva á todos los habitantes del Estado, á la de desentrañar el sentido de la ley,

de hacer la interpretación de una cláusula, para, de acuerdo con ella, decidir un conflicto entre partes. Más, aun. Hay casos en que debe dejarse cierto arbitrio al que es llamado á aplicar la ley en los asuntos judiciales; la justicia represiva es un ejemplo. No debe señalarse norma invariable de criterio, un cartabón fijo, para medir con él á todos los delincuentes, cualquiera que sea su temibilidad. Si es necesario dejar cierta amplitud de apreciación, se percibe bien la diferencia que existe entre este poder y el ejecutivo, cuya función se limita á cumplir estrictamente los mandatos de la ley en el orden administrativo.

Pero no se requiere hacer grandes argumentaciones sobre este punto. Basta imaginar lo que sería el poder ejecutivo en un país haciéndose justicia por sí mismo y por su agentes; basta pensar en la equiparación de ambos poderes en países nuevos como el nuestro, para comprender á qué extremo se arribaría. Si los poderes ejecutivos hicieran sentir su presión sobre las libertades democráticas, y no se encontrara poderes judiciales independientes que pusieran dique á los actos que comprometieran el honor, la vida ó la fortuna de los habitantes, sería muy difícil encontrar medios eficientes para combatir á las autoridades públicas. Suprimir el poder judicial, como una entidad autónoma, es atacar de raíz las libertades, y en mayor escala todavía, que haciendo confundir en uno el poder ejecutivo y el poder legislador.

#### IV. Sistema de la constitución nacional. Clasificación tripartita.

Entre nosotros, el régimen de la división de los poderes se encuentra establecido en una forma racional: la independencia no es absoluta. Hay, sí, tres grandes departamentos de gobierno; pero ellos se coordinan,

se equilibran, y la constitución señala reglas generales, demarcando la órbita de cada uno.

El poder legislativo, además de sus funciones propias de tal, ejerce facultades ejecutivas y judiciales.

Ejerce facultades ejecutivas por medio de una de sus cámaras, cuando presta acuerdo para el nombramiento de un sinnúmero de funcionarios, cuando propone ternas para la designación de obispos, cuando da su consentimiento para declarar el estado de sitio, en caso de ataque exterior, etc. Las dos cámaras reunidas ejercen facultades ejecutivas, cuando hacen la paz, cuando declaran la guerra, cuando dictan leyes de estado de sitio, etc.

El congreso ejerce facultades judiciales en el caso típico de juicio político á ciertos funcionarios, juicio que el senado falla, constituido en alta corte, por acusación de la cámara de diputados.

El poder ejecutivo ejerce, por su parte, atribuciones legislativas y judiciales. Ejerce facultades legislativas, iniciando proyectos de ley, enviando mensajes á las cámaras, interviniendo en la discusión por medio de sus ministros, dando sanción á las leyes, sin cuya formalidad carecerían de eficacia, vetando las resoluciones del congreso, cuando las conceptúa contrarias á los intereses de la Nación, etc. Ejerce atribuciones judiciales, desde luego, en todos los litigios contencioso administrativos, en que intervengan derechos de particulares é intereses de la Nación. El poder ejecutivo, en estas circunstancias, se constituye en un verdadero juez, y pronuncia sentencias que hacen cosa juzgada, que concluyen litigios. Interviene también en materia judicial, en el hecho de la conmutación de penas, que la ley fundamental de la República declara facultad presidencial.

El poder judicial, que es el que tiene una esfera más restringida y que aparentemente debiera ence-

rrarse dentro de ellas, sin ejercitar atribuciones que pertenecen á otros, las ejerce también de orden ejecutivo y de orden legislativo; en limitada órbita, es cierto, pero las ejerce, al fin. Las cortes y cámaras desempeñan facultades ejecutivas, cuando nombran los empleados inferiores de la administración de justicia; atribuciones judiciales, cuando hacen reglamentos de observancia general en la misma administración, para mantener la superintendencia que las leyes orgánicas de los tribunales les confieren.

Tres son los poderes públicos que señala la constitución: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, siguiendo la división tripartita de Aristóteles, propiciada por Montesquieu.

Algunos escritores contemporáneos han pretendido aumentar el número de los poderes públicos del Estado. Benjamín Constant, entre ellos, habla del poder *real* y del poder *municipal*; otros, como Pinheiro Ferreyra y Lastarria, han indicado poder *electoral*.

La Corona de Inglaterra, en verdad, no es un poder ejecutivo, si bien participa de funciones que tienen ese carácter; no es un poder legislativo, si bien es un complemento indispensable del parlamento: es un poder *sui generis*, un poder moderador; encargado de mantener el equilibrio entre los otros; que se cierne sobre los demás, pero que no hace sentir su influencia sino en determinadas ocasiones, cuando crisis políticas se producen. En los países de régimen democrático el poder *real ó conservador*, como también se le llama, no existe, y en las repúblicas, en consecuencia, podemos prescindir de él.

El poder *electoral* de que se habla no es un verdadero poder. La elección es un medio de llegar á la designación de los magistrados; carece de los caracteres típicos que constituyen un poder público del Estado.

El poder *municipal* no puede ser considerado, tampoco, como un poder público de un Estado. Su terreno es limitado, circunscrito á los mismos municipios; no desempeña sus funciones como los demás poderes en que se divide el gobierno nacional, ni las desempeña, en el mismo radio territorial. El poder municipal delibera, ejecuta los reglamentos ú ordenanzas que dicta y los aplica, participando así, de los aspectos legislativo, ejecutivo y judicial.

Art. 36 «Un congreso compuesto de  
« dos cámaras, una de diputados  
« de la Nación y otra de senado-  
« res de las Provincias y de la  
« Capital, será investido del po-  
« der legislativo de la Nación».

#### V. Poder legislativo. Sistema bicamarista.

No hay ni ha habido jamás un solo pueblo, sometido al régimen de las instituciones libres, escribe « Aréchaga, que haya confiado el ejercicio de las « funciones legislativas á una sola persona. Bajo distintas denominaciones, en todas partes encontramos « corporaciones ó asambleas encargadas de dictar las « leyes».

El poder legislativo unipersonal, que daría por resultado la prontitud y la celeridad en el despacho, la uniformidad de criterio y una enorme economía, trae aparejados tantos inconvenientes y tantos peligros, que ni una voz se ha alzado para propiciarlo en nuestros días.

Los inconvenientes se palpan con una simple observación de los hechos.

Las leyes que requiere la vida ordinaria de un Estado, comprenden multitud de materias de orden diferente. Ora se traducen en códigos generales, ora en disposiciones que responden á exigencias vitales de