

EL PRINCIPIO
DE LA
SEPARACION DE PODERES

Debate académico habido en el curso de 1948-1949

(Véase el cuaderno anterior de los Anales)

Disertación del Académico de número Excelentísimo Sr. D. Baldomero Argente del Castillo (1)

EL SEÑOR ARGENTE.—Señores Académicos: Voy a iniciar la discusión sobre la magistral ponencia relativa a la separación de poderes, elegida para tema en este curso. Cometí la imprudencia de afirmar que debía entrarse en su discusión; y por ese pecado me veo en el trance de hablar, expiándolo; lo malo es que, oyéndome, los señores Académicos participarán de esa expiación; una vez pagarán justos por pecadores.

Pero había razones para no omitir la discusión: una, la consideración debida a los ponentes, que tan admirable trabajo nos han sometido; callando los agraviábamos, como si hubiesen defraudado nuestras esperanzas. Otra, por consideración a la Academia misma, que lo había escogido entre varios para su discusión. Y, finalmente, por consideración a nosotros mismos; hubiera parecido que nada teníamos que decir; y aunque mi entendimiento padezca sequía prolongada, el de los demás señores Académicos es tan fresco y jugoso que cada uno puede decirnos cosas interesantes.

El tema tiene mucha importancia, no sólo teórica, sino práctica. Teórica, porque aparte de no ser perfecta y definitiva la teoría de poderes, tal como se encuentra formulada en Montesquieu y sus sucesores, al través de ella se puede recorrer todo el panorama del Derecho político. Importancia práctica en los actuales momentos, excepcional. Discrepo del señor Palacios que se la negaba «por estar admitida por todos». Podía afirmarse tal cosa hace treinta años; pero, con el advenimiento del fascismo,

(1) El día 20 de abril 1949.

nazismo y otros ismos, hoy nos encontramos con que no sólo ha prevalecido en varios países la confusión de poderes, sino que elementos intelectuales y políticos, para reforzar la autoridad en su secular lucha contra la libertad, sostienen la necesidad de concentrar los poderes en una sola mano; no hablemos de los países comunistas, donde esa concentración es un hecho y una exigencia de su propia continuidad.

Aun siendo mucha la materia discutible, mi intervención será breve; sólo un pretexto para que otros, con más autoridad y competencia, lo hagan. Me concretaré a una afirmación incidental deslizada en la exposición admirable del señor Pérez Serrano, y que éste llevó a su primera conclusión si no recuerdo mal; afirmación a que asiente el señor Ruiz del Castillo, e ignoro si el señor Gascón y Marín: la desconexión entre funciones, órganos y poderes del Estado; tan contraria a la creencia común en la correlación de esos tres conceptos, que vale la pena detenerse un momento a considerarla. No voy a discutir con los maestros, ante los cuales sólo soy un discípulo más aplicado que aprovechado, sino a presentarles mis dudas y, acaso, mis errores, seguro de que sabrán disiparlos. Para ello olvidaré cuanto he leído, y no aludiré a lo consignado en las Constituciones; me limitaré a discurrir fiado en el sentido común.

Primeramente, establezcamos una teoría general sobre funciones, órganos y poderes. La función común de todo ser orgánico es vivir; vida es el nombre que recibe la actividad de los seres orgánicos. Esa función común, en lo fundamental, puede dividirse en otras funciones: respirar, nutrirse, crecer, multiplicarse o reproducirse, y morir; porque la muerte es también función de la vida, la gran función del ser vivo, el triunfo, en cuanto es pasar a mejor vida, a una vida sobrenatural.

Para realizar sus funciones, todo ser necesita órganos adecuados. De modo que, en cuanto formamos idea de la función, surge esta otra, la de órgano, por una necesidad lógica; el órgano es el medio por el cual el ser realiza sus funciones. Pero no basta la existencia del órgano para que la función sea realizada;

el órgano necesita *poder* para realizarla. De modo que entre función, órgano y poder hay una correlación lógica, es decir, un orden natural que nosotros no podemos suprimir ni perturbar sin caer en confusiones y errores; porque ese orden *ideológico*, como todo lo natural, es necesario, y obedecerlo, una ley de nuestro entendimiento. Si no hay función no hay órgano; la función crea el órgano, en cuanto éste es medio para aquélla; y si el órgano carece de *poder*, es órgano impotente, incapaz de realizar la función que le está encomendada. Función, órgano y poder constituyen una trinidad tan conexas, que son como eslabones de una cadena irrompible, lógicamente. El poder es el medio por el cual el órgano consigue su fin.

Desde las alturas metafísicas de la teoría pura descendamos a la realidad impura. En aquéllas impera la unidad: una función, un órgano, un poder. En ésta reina la variedad: varias funciones, varios órganos, varios poderes. Y cada una de las funciones puede ser realizada por uno o varios órganos, entre los cuales se distribuye; y cada órgano puede, a su vez, realizar una o varias funciones, total o parcialmente. Distribución de funciones y órganos, de la cual es correlativa la de poderes.

Por ejemplo: una función vital de hombre es respirar; necesariamente ha de tener órgano u órganos capaces de realizar esa función, y estos órganos el respectivo poder. En realidad, esa función se realiza parcialmente por diversos órganos, que concurren a la realización de la función respiratoria total. Se respira por los pulmones, y por la piel, y probablemente por los demás órganos en la medida proporcional que su naturaleza les asigna. Esos órganos necesitan y tienen su respectivo poder.

Sin embargo, nosotros, por una natural tendencia de la mente hacia la unidad, que le ahorra esfuerzo, unificamos esos parciales poderes de los respectivos órganos, sustantivamos imaginativamente el poder conjunto, lo adscribimos a un solo órgano, y decimos: el hombre tiene un poder respiratorio, que reside en los pulmones; a sabiendas de que no es verdad.

Apliquemos al Estado esta doctrina general, y veamos si

subsiste o se altera en este caso especial. Pero ante todo : cuando decimos aquí Estado ¿a qué *cosa* nos referimos? ¿Qué significamos aquí por la palabra Estado? Alguna otra vez he disertado ante la Academia sobre este punto. Para dilucidarlo, hemos de remontarnos, brevemente, hasta los factores de la Sociedad. Estos son cinco, correspondientes a los cinco estratos del orden natural, a saber : 1.º Esencial, la población agrupada en forma que constituya *un pueblo*. 2.º Real, el territorio poblado, de modo que constituya *un país*. 3.º Verdadero, las relaciones entre los pobladores del territorio; relaciones sensibles, conscientes y racionales, como corresponde a la naturaleza humana, de manera que constituyan un cuerpo, un espíritu y una voluntad comunes, con la cual se forma *una nación*. 4.º Efectivo, un poder rector, que rija y gobierne la sociedad, lo cual hace de la nación *un Estado*; y 5.º El factor moral, Amor al bien que del armónico conjunto de esos factores podemos y debemos esperar; amor que, embelleciendo y perfeccionando el Estado de que somos parte, lo transforma fantásticamente en *una Patria*.

Pueblo, País, Nación, Estado y Patria son los cinco nombres que damos a la Sociedad civil y política, a medida que en el proceso de su formación ideológica le vamos incorporando sucesivamente los cinco factores hasta llevarla a su máxima perfección.

Pues bien : el que hace persona a la Sociedad es el poder rector ; le da estado de persona jurídica. Ese poder rector se pone a la cabeza del organismo social ; y le llamamos también Estado ; es la institución, o conjunto de instituciones que, encabezando la Sociedad, la rige y gobierna ; es una parte de la Sociedad, que es el todo ; y no debe ser confundido con ésta. Para distinguirlo del todo, al que también llamamos Estado, unos, como don Francisco Giner, lo denomina Estado *oficial* ; otros, como Wilson, en su conocida obra «El Estado», lo apellida Gobierno, en razón de una de sus funciones, aunque cayendo a su vez en otra anfibología.

La función común de ese Estado, al que nos referimos, es, naturalmente, servir de cabeza a la Sociedad de que forma parte ; cooperar, a su modo, que es el racional, y en su esfera, que es la pública, a que la Sociedad consiga su fin, o bien, del mejor modo posible, que es el racional. Ese Estado tiene su propio fin, que es su bien propio ; el cual no es el bien común de los hombres, o sea, su máximo bienestar posible en este mundo ; ni el bien propio de la Sociedad civil, que es la Civilización ; sino el bien específico de dicho Estado, el bien público, que forma parte de aquéllos, pero es distinto, y que, en su esencia, es la paz pública.

Ese fin lo consigue mediante la realización de las funciones especiales en las cuales se distribuye la función común ; la cual, en realidad, es un compuesto de cinco funciones parciales o cinco modos naturales de servir el Estado a la Sociedad que dirige ; cinco servicios que le puede y le debe prestar. Que son : 1.º Personificarla. 2.º Representarla. 3.º Gobernarla en sus tres modos : a) Legislar ; b) Ejecutar ; c) Juzgar. 4.º Administrar los intereses comunes. 5.º Tutelar, es decir, proteger y amparar todos los legítimos intereses sociales encomendados a su cuidado. Cinco funciones que debe realizar, en su orden natural, a su modo, que es el racional, y sin salirse de su esfera, la pública.

Para realizar esas funciones, el Estado necesita naturalmente órganos. La correlación entre órganos y funciones surge inmediatamente. Estos órganos, en un Estado racionalmente constituido, es decir, *tal como debe ser*, y según yo lo concibo, son también cinco : 1.º Esencial, el Jefe del Estado, el Soberano. 2.º Real, las Cortes. 3.º Verdadero, el Gobierno. 4.º Efectivo, la Administración. 5.º Moral, la Autoridad, que no es el Estado, sino atributo del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, desde el Soberano hasta el último de los agentes de la autoridad.

Todos esos órganos concurren a la realización de las cinco funciones. Pero no todos en la misma medida, sino en la proporción determinada por la naturaleza de aquéllas y la suya pro-

pia. Esta participación constituye las especiales funciones a cada órgano asignadas.

Así, el Soberano, tiene, naturalmente, cinco funciones :

1.º Personifica al Estado y, por tanto, a la Sociedad que éste encabeza ; la simboliza ; es su *yo*, manifestación esencial de toda persona ; y aquí encuentro la raíz ideológica del hábito de firmar «Yo, el Rey» ; y la explicación inicial de la frase abusiva «el Estado soy Yo».

2.º Representa a lo Sociedad personificada ; pero no en su totalidad ; la representa en su unidad esencial, en su continuidad histórica, en su espíritu.

3.º Contribuye a la formación del verdadero Gobierno, de tres maneras : a) Nombrando sus ministros ; b) Dándoles el poder, que potencialmente reside en él ; c) Comunicándoles su autoridad en la parte necesaria para la función de gobernar.

4.º Frena los excesos de todos los órganos gubernamentales, es decir *modera* las demasías de éstos en cuanto subordinados a él ; y

5.º Finalmente, reconstituye la máquina gubernamental cuando ésta se descompone en lo esencial, o sea, en sus órganos esenciales, el Soberano y las Cortes, por su disentiimiento, apelando a la fuente originaria de la soberanía, el pueblo, en quien reside a perpetuidad el poder constituyente, y, por tanto, es reconstituyente.

Las Cortes tienen análogas funciones, aunque en distinta medida. Son : 1.º Co-soberanas, es decir, participan de la soberanía del Jefe del Estado. 2.º Son representativas de la nación en su parte mudable, el cuerpo social o nacional, en nuestro caso. 3.º Son gobernantes, en cuanto cooperan con el Soberano a la formación del verdadero Gobierno, de tres maneras : a) Sumini-strando las personas de los ministros, en las cuales deposita, como el Soberano que las nombra, su confianza ; b) Dándoles la fuerza necesaria para desempeñar su misión ; y c) Comuni-cándoles también su autoridad ; así, el Soberano les da el poder ; las Cortes les dan la fuerza necesaria, sin la cual aquellos minis-

tros no pueden racionalmente conservar el poder ; porque es la fuerza la que sirve de sustento a todo poder. 4.º Administran, potencialmente, los intereses públicos, en cuanto de su facultad gobernante depende toda la administración, como depende igualmente del Soberano. 5.º Y, por fin, ejercen una función moral en cuanto por sus deliberaciones, que deben ser *públicas* (puesto que pública es la esfera de acción del Estado) ilustra y guía la opinión pública, ilumina su espíritu, esclarece las rutas del bien público y encaminan a la paz ; gran función de las Cortes que no puede ni debe ser preterida, y que ya Spencer, hace setenta años, consideraba que excedía a las otras en excelcitud.

Pero estos cosoberanos no pueden, por su naturaleza, ejecutar sus propias determinaciones directamente. Para obviar esta dificultad, confluyen a crear el órgano adecuado, en el que depositan su confianza : el Gobierno propiamente dicho ; este es el órgano gobernante por excelencia. La Administración realiza la función administrativa, naturalmente. Y la Autoridad, encarnada en las personas que reciben del Soberano, desde este mismo, hasta su más humilde agente, realiza la función tutelar ; órgano de naturaleza moral como corresponde a la índole de la función que está llamado a realizar.

Pasemos del estudio racional de los órganos a los poderes. Todos y cada uno de esos órganos, en la función propia que les está asignada necesitan *poder* realizar dichas funciones. Sin órganos, no habría poderes ; y sin poder los órganos no podrían realizar las funciones del Estado. La correlación general subsiste en este caso especial. No es posible concebir los poderes sin concebir previamente los órganos ; como no podemos concebir los órganos si no tenemos previamente idea de las funciones.

Pero el poder conjunto—poder que es una expresión verbal que nosotros imaginativamente sustantivamos—lo personificamos y lo hacemos soberano ; porque la soberanía es atributo de toda persona. Conviene aclarar esta idea de soberanía, que se ha prestado a tantas versiones. Los maestros no están de acuer-

do acerca del contenido de esa palabra, lo cual nos deja en franquía a los modestos alumnos para opinar.

¿Qué es «soberanía»? Esencia de la soberanía es la libertad; quien no es libre, no puede ser soberano. Sustancia de ella es la voluntad. La libertad es una perfección de la voluntad del ser libre; en nuestro caso el humano. Libertad quiere decir «posibilidad de obrar conforme a nuestra voluntad». La voluntad natural humana es de tres especies: instintiva, consciente y racional, como corresponde a los tres aspectos de nuestra naturaleza o modo de ser; sólo la racional es específicamente humana. Y la libertad humana, en cuanto perfección de la voluntad, es también de tres análogas especies: instintiva, consciente y racional, que corresponden a los tres modos posibles de obrar el ser humano. Cada una de esas formas de nuestra libertad recibe un nombre distinto, según su origen: espontaneidad, del instinto; independencia, de la conciencia; soberanía, de la razón. Soberanía es, pues, la posibilidad de obrar conforme a los dictados de la recta razón, esto es, racionalmente. El hombre, en cuanto animal, es instintivo y consciente; en cuanto hombre, es racional y, por tanto, soberano.

Personificado el Estado, es soberano; puesto que la soberanía es atributo de la persona humana, y al personificar al Estado lo concebimos a nuestra imagen y semejanza. Su soberanía es, claro está, relativa; es una proyección de la que poseen los hombres que constituyen la Sociedad y forman el Estado; es decir del conjunto del «pueblo». La manifestación externa o forma verdadera de la soberanía es el «poder de obrar», forma real de la mera «posibilidad». A ese poder del Estado, ceñido a su esfera propia, le llamamos «Poder público». De ahí la identificación corriente entre «poder público» y «soberanía del Estado», que tantas perplejidades suscita en diversos autores; difieren como la sustancia o materia y la forma.

El Poder público es uno solo cuando lo referimos al Estado. Potencialmente contiene todos los poderes del Estado, que especificamos, cuando los referimos a las funciones de éste, y que dis-

tribuimos más tarde—en el orden lógico—entre los diversos órganos encargados de realizarlas, aunque en diferente proporción, según su naturaleza. Las frases «separación de poderes» o «división de poderes» me parecen viciosas. Conducen a concebir un sistema en que los poderes se contraponen y equilibran, sistema de contrapesos que recíprocamente se anulan. Esta me parece ser la concepción de Montesquieu y de muchos que en este punto son continuadores. Un Estado cuyos poderes estuviesen así constituidos, no podría funcionar.

La frase adecuada, a mi juicio, es «distribución de poderes», porque sólo la distribución puede ser racional. Una es la distribución primaria de todo el Poder público en tantos poderes como funciones. Otra, la distribución secundaria de cada uno de esos poderes entre los diversos órganos del Estado, en la medida que su participación en la realización de las funciones exige.

¿Cuáles son los poderes específicos que a las funciones se refieren? Es decir: ¿su distribución primaria? Por regla general, los autores mencionan tres: legislativo, ejecutivo y judicial. No todos coinciden en tal enumeración. Kant, por ejemplo, dice en «Los principios metafísicos del Derecho»: «Cada ciudad encierra en sí tres poderes. Es decir, la voluntad universalmente conjunta en una triple persona (trías política): el Poder soberano, el ejecutivo y el judicial. Los tres Poderes son como otras tantas personas coordinadas entre sí». Ahí apunta un poder, el soberano, no comprendido en la enumeración clásica; pero suprime el legislativo.

El señor Pérez Serrano citó un autor, cuyo nombre no recuerdo, el cual indicaba la posibilidad de «un poder de sufragio»; indicación extravagante, pero no exenta completamente de razón. Extravagante, porque tratamos de poderes del Estado, y el sufragio no es un *poder del Estado* (oficial), sino *para* el Estado; un poder del cuerpo de ciudadanos para la formación y vida del Estado; pero no carente de razón, en cuanto el sufragio es la expresión de la voluntad del verdadero soberano, el pueblo, en quien permanentemente reside la soberanía.

Pero los poderes personificados son otros y más de tres : son cinco : el poder soberano, el representativo, el gobernante, el administrativo y el tutelar. Y el poder gobernante, verdadero poder, porque se refiere a la verdadera función, la de gobernar la sociedad, se distribuye a su vez en tres poderes, correspondientes a las tres manifestaciones de la función gobernante : legislar, ejecutar y juzgar.

Cada uno de estos cinco poderes se distribuye, a su vez, entre los diversos órganos del Estado ; de modo que ninguno recibe la totalidad de un poder, sino la parte de cada uno que corresponde naturalmente a las funciones en cuya realización participan.

Así, el poder personificante, el personificado a su vez por el Soberano, reside en éste, de una manera abstracta, esencialmente aunque no realmente, porque en realidad reside en el pueblo, en la nación, o en el Estado sucesivamente ; y sólo en la persona del soberano, en cuanto lo personifica.

El poder representativo está distribuido en dos órganos : el Soberano, que representa el espíritu o parte permanente de la Nación, y las Cortes, que representan el cuerpo o su parte mutable.

El poder gobernante, sin el cual el Estado no podría realizar su verdadera función, se distribuye en tres verdaderos poderes, o poderes formales : el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Pero el poder legislativo no reside exclusivamente, como suele decirse, en las Cortes. Cuando se vincula el poder legislativo en las Cortes, se incurre a sabiendas en un error ; cuando se las llama «poder legislativo» se les da un nombre impropio, aunque convencional. A la función legislativa concurren varios órganos, cada uno de los cuales realiza parte de la función, y tiene la parte del Poder legislativo que les corresponde. Las Cortes deliberan y proponen leyes al Soberano, que tiene también la iniciativa ; el Soberano las sanciona ; y juntos las proponen al pueblo, definitivo soberano, que las acepta o rechaza, ya de un modo tácito, ya

de un modo expreso, cuando las leyes fundamentales instituyen el referéndum.

El poder legislativo está pues distribuido entre los dos órganos soberanos que se lo reservan y ejercen en colaboración con el pueblo. Cuando se dice que el Gobierno, propiamente llamado así, participa del poder legislativo porque dicta Decretos, se incurre en un error, a mi juicio; legisla por delegación, pero su poder no es soberano, característica del verdadero poder; su facultad reglamentaria depende de la aprobación, tácita o expresa, del Soberano y de las Cortes. Y lo mismo puede decirse del órgano judicial; no legisla con su jurisprudencia; interpreta las leyes, ya las positivas, ya la natural, cuando falla, a falta de aquéllas, conforme a los principios de equidad; legislar es *dictar* la ley, y dictarla es anterior a interpretarla.

La segunda fase de la función gobernante es ejecutar lo legislado; esto es: cumplir y hacer cumplir las leyes. Para esto los soberanos crean un órgano propio: el Gobierno, propiamente dicho. En él reside el poder ejecutivo. Es, a mi parecer, erróneo creer y afirmar que el poder ejecutivo reside en el Jefe del Estado. Nominalmente se puede asignar al Soberano porque en él residen potencialmente todos los poderes. Pero realmente sólo lo posee en la Constitución americana. Sabido es que esta Constitución es una deficiente transfusión del régimen colonial con todos sus errores y defectos; el antiguo Gobernador General pasó a ser Presidente de la República, conservando en sus manos el poder ejecutivo, anomalía que causa fricciones con las Cámaras, dañosas para el bien público.

Para la función judicial, tan específica, ha sido forjado un órgano adecuado, investido también de su poder específico; poder soberano, como todo verdadero poder, aunque en su esfera. La discusión sobre si la institución judicial es o no verdadero poder es bizantina. La función que la justicia realiza es la común a toda justicia: velar por el exacto cumplimiento de la ley; no por el mero cumplimiento, que eso es función del órgano ejecutivo, investido del pertinente poder, sino de su *exactitud*,

función que realiza mediante cinco funciones especiales, de las cuales la verdadera es «dar a cada cual lo suyo». ¿De qué ley? De todas las leyes, y concretamente de las positivas, comenzando por la fundamental. No sólo en la relación privada—como decía Montesquieu—, sino también en las públicas; de ahí que le incumba velar por el exacto cumplimiento de la Constitución. Para lo cual tiene un poder soberano, parte del soberano poder público, en cuanto a su función; por lo que, *en esta* es superior a todos los órganos de aquél.

Negar la existencia de un poder administrativo, vinculado en su órgano propio, y de un poder tutelar, adscrito a todos los órganos del Estado, en cuanto investidos de autoridad, sería negar la evidencia. No he de insistir.

Tal es, a mi entender, la construcción racional de un sistema de poderes, distribuidos entre los órganos del Estado, anejos a éstos, según sus funciones. La correlación entre funciones, órganos y poderes es notoria, y su especificación más amplia de lo que suele afirmarse. Esta es la teoría pura, aunque en la práctica la veamos adulterada por «las impurezas de la realidad».

* * *

La distribución de poderes ¿es o no una garantía de la libertad? Ese es otro tema del cual alguna vez he hablado en esta Academia. Pregunta que sólo puede contestarse razonablemente esbozando «un sistema general de garantías contra sus extralimitaciones», o visto de otra manera un «sistema de limitaciones del poder y poderes del Estado». En este sistema encuentra su lugar propio la distribución de poderes.

Diseñaré esquemáticamente ese sistema, como yo me lo presento. La soberanía o poder del Estado tiene límites naturales y positivos. Prescindo de los primeros, para abreviar. Me refiero sólo a los positivos. El límite común es la ley fundamental del Estado, es decir: la Constitución, en la cual se contienen cinco límites positivos todos ellos:

1.º Esencial, los derechos naturales innatos del hombre, o sea de la persona humana, en cuya esfera propia, el Estado nada tiene que hacer. 2.º Real, los derechos del ciudadano, garantía de los individuales. 3.º Verdadero, la distribución de los poderes entre las distintas funciones y órganos del Estado, tal como lo he esbozado, constituyendo un sistema armónico, en que no la acción sino la extralimitación de cualquiera de ellos es contenida por los demás. 4.º El efectivo, los recursos del abuso de poder de cualquiera de esos órganos, desde el de inconstitucionalidad hasta el de amparo. 5.º Y, por último, el definitivo, el derecho de resistencia a la opresión, tras de la cual asoma su siniestra faz la apelación a la fuerza.

La distribución de poderes es, pues, una garantía positiva de la libertad del individuo ; como lo es todo cuanto conduzca a la perfección formal del Estado. Porque el fin esencial de éste es el jurídico, como queda dicho ; y el fin del orden jurídico, la paz, fruto de la justicia ; y la condición esencial de la paz, la libertad ; sin libertad, garantida y asegurada, no es posible la paz.

Pero sobre esta materia me limito a esa insinuación. Es tema en que no quiero entrar, porque alguna otra vez he hablado de él en la Academia, y obligaría a dar a mis palabras una extensión contraria a mi propósito ; hartó he abusado de la atención de la Academia, a la que, por ello, presento mis excusas y expreso mi gratitud.