

TESIS DOCTORAL:

**“EL PODER JUDICIAL:
 ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE LA
 FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SU
 TRASCENDENCIA
 INSTITUCIONAL.”**



USAL
 UNIVERSIDAD
 DEL SALVADOR

ALEJANDRA D. ABREVAYA *Tiempo 2014/2015*

Director de Tesis:

Dr. Juan Octavio Gauna

Doctorado en Jurisprudencia
 Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas
 Universidad del Salvador

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 JUAN O. GAUNA

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
<u>CAPITULO I TEORÍA GENERAL DEL ESTADO.....</u>	<u>7</u>
1. CONCEPTO DE ESTADO. EVOLUCION. TEORIAS.....	7
2. ESTADO DE DERECHO.....	28
3. TEORIA DE LA DIVISION DE LOS PODERES.....	38
3.1 Recepción en la Argentina de la teoría de división de poderes:.....	64
4. PODERES U ORGANOS DEL ESTADO.....	69
4.1. RELACIONES DE PODER DE LOS TRES ÓRGANOS DEL ESTADO.....	78
<u>CAPITULO II: EL PODER JUDICIAL.....</u>	<u>84</u>
1. CONFIGURACIÓN COMO PODER POLÍTICO.	84
1.1 Organización.....	98
2. EVOLUCION HISTORICA DEL PODER JUDICIAL EN NUESTRO PAIS.....	102
2.1 La función judicial en el derecho indiano.....	102
2.2- Influencia europea y americana.....	118

2.3.-La organización judicial patria	125
2.4 Evolución posterior	137
3.SISTEMAS JUDICIALES	144
4. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL	157
5. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION	184
5.1 Caracterización. Funciones.	184
5.2 Rol político de la Corte. Evolución histórica.	195
5.2.1 Jurisprudencia innovadora de la Corte.....	216

CAPITULO III: FIGURA DEL JUEZ 223

1.EVOLUCION HISTÓRICA DE LA FIGURA.....	224
2. LA FIGURA DEL JUEZ EN LA DOCTRINA PROCESALISTA	235
3.CARACTERISTICAS DEL JUEZ DESDE EL PUNTO DE VISTA INSTITUCIONAL.	243
4. EL ROL DEL JUEZ EN LA SOCIEDAD ACTUAL	256
5. LA SENTENCIA COMO EXPRESION DEL ROL DEL JUEZ	285

CAPITULO IV: FUNCION JURISDICCIONAL

.....	307
1.CONCEPTO. DEFINICIONES. NOCION POLITICA E INSTITUCIONAL.	307
2. VISION SOCIOLOGICA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.....	328
3.CARACTERISTICAS DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.....	332
4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	344

4.1 Características jurisprudenciales del control	359
4.2 CUESTIONES POLITICAS	376
5. LA FUNCION JURISDICCIONAL NO ES UN SERVICIO PUBLICO.....	379
6. ATRIBUCIONES DE LA JURISDICCION.....	391
7. JURISDICCION VOLUNTARIA Y CONTENCIOSA.....	394
8. DERECHO A LA JURISDICCION	407
9.PERFECCIONAMIENTO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.....	412

CAPITULO V: FUNCIONES JURISDICCIONALES

ATRIBUIDAS A LOS OTROS DOS PODERES DEL ESTADO.....

1. PODER EJECUTIVO.....	424
1.1.CARACTERIZACION. FUNCIONES.....	424
1.2 EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL POR EL PODER EJECUTIVO. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.....	437
1.2.2 Posición de la jurisprudencia.....	462
1.2.3 Tribunales administrativos en la Argentina.....	476
2. PODER LEGISLATIVO.....	485
2.1 CARACTERIZACIÓN. FUNCIONES.....	485
2.2 JUICIO POLÍTICO ¿EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR EL LEGISLATIVO?	489
2.2.1 Enjuiciamiento de magistrados.....	506

CAPITULO VI: OTRAS SUPUESTAS
MANIFESTACIONES JURISDICCIONALES

.....	513
1. JUSTICIA MILITAR.....	513
2.OTRAS SUPUESTAS MANIFESTACIONES JURISDICCIONALES PRIVADAS. LEGISLACION QUE LAS ACOMPAÑA.	522
2.1 Jurisdicción voluntaria	527
3. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS.....	533
3.1 ¿EXISTE UNA JUSTICIA PRIVADA?	533
3.2 MEDIACIÓN.	546
3.3 ARBITRAJE.....	552

CAPITULO VII: CONCLUSION FINAL

.....	571
BIBLIOGRAFIA GENERAL	583

INTRODUCCIÓN

Resulta claro que abordar la función jurisdiccional no constituye una temática novedosa en modo alguno. Mucho se ha escrito y analizado respecto de la misma y pareciera que poco se puede aportar ya en la materia. Tampoco lo es postular que dicha función es atribución exclusiva y excluyente del Poder Judicial porque gran cantidad de autores han precedido ese cometido.

Sin embargo, este trabajo intenta apuntar a la trascendencia institucional que aquel postulado puede tener y, en eso, hallo, -sin querer con ello sobredimensionar el significado de la tarea-, un punto de innovación que puede ser de importancia, en tanto implica retomar y poner el acento en un análisis cívico e institucional, a veces perdido, sumidas como están todas nuestras instituciones en una profunda crisis de desprestigio; situación a la que se agrega una marcada ausencia de los valores éticos y morales de la sociedad; de la solidaridad, la legalidad, la justicia, la equidad, la rectitud, el respeto mismo por las instituciones, y con lo cual se ha logrado una grave descomposición del tejido social y de la vida comunitaria .

En el marco de un mundo complejo que nos toca vivir, sorprendidos por el fenómeno vertiginoso de la globalización (al que nos referiremos constantemente a lo largo de este trabajo por entender

que posee directa atinencia a su postulado central) que nos afecta desde un doble lugar: como personas, invadidos como estamos por el ritmo de los avances tecnológicos, los intereses de grandes factores de poder que trascienden las fronteras del Estado y la cruda ley del mercado, todo lo cual nos lleva a alejarnos de valores éticos y sociales.

También como ciudadanos, porque esos grandes intereses económicos y políticos tratan de llevar a los Estados a su mínima expresión, perdiendo su soberanía como tales, ello, sobre todo para el caso de los países dependientes y sin poder de decisión alguna en el concierto mundial de naciones, como el nuestro. Asistimos inermes, no solamente a los abusos de poder, sino a las presiones que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo, y en especial este último que tiene a su cargo la empresa de gobierno, están sometidos, siendo que tales factores son los que establecen las verdaderas reglas de juego y ejercen el poder. De ahí la necesidad e importancia, me parece, de comprender el panorama real en el que estamos insertos y de fortalecer nuestro sentir institucional.

Quedándonos como único resguardo, creo, el Poder Judicial, en la medida en que podemos hacer valer un derecho ante los estrados judiciales. Pero justamente, hoy por hoy, el Poder Judicial está sumido en una crisis de desprestigio creciente, acompañando esa crisis generalizada y quizás nunca igualada, de modo tal que puede resultarle muy difícil a la ciudadanía descubrir ese ámbito de protección.

Y a la propia responsabilidad que cabe atribuir a aquel órgano, hay que sumar muchas otros factores que tienen que ver con mantenerlo en un lugar donde el Poder Judicial no pueda cumplir su

verdadero rol de control y resguardo último de los derechos de los ciudadanos. Entre ellos, el quitarle atribuciones de su esfera es herramienta muy útil para ese cometido. Y a ello apunta este trabajo.

Es por tales razones que aparece como un tema de interés rescatar la función jurisdiccional en todo lo que ella connota, en un sentido político, utilizando el vocablo en su más alto y excelso significado e institucional, y a lo cual puede aspirarse desde un análisis jurídico. La trascendencia institucional de comprender toda su dimensión como función esencial del Estado que, en momentos como los descritos tiene que estar fortalecida, y que implica el resguardo único para el ciudadano, me parece vital.

Para demostrar la importancia de enmarcar la función jurisdiccional como actividad única y excluyente del órgano judicial, partiremos desde un análisis de lo que significa el Estado moderno, como se ha llegado a ese concepto y qué involucra el mismo. Para entenderlo y recuperarlo en este mundo globalizado, al que haremos expresa referencia. Analizaremos los clásicos principios del Estado de derecho y de la división de poderes, porque ambos son sustanciales para marcar la independencia del Poder Judicial, que debe actuar como órgano de control de los dos restantes, en la clásica trilogía adoptada por nuestra Constitución, y para la preservación de los principios de esa ley fundamental. En el análisis de la división de poderes, remarcaremos la función esencial que a cada órgano le compete, adscribiéndonos a una posición contraria a las concepciones casi uniformes que postulan, hoy, la innecesidad de una división tajante.

A partir de ello, ingresaremos en el estudio del Poder

Judicial, como órgano político y de gobierno, en su más amplio sentido. Y su historia, que relataremos, podrá mostrarnos el papel que juega hoy. Haremos especial hincapié en la importancia de su independencia, lo que permitirá demostrar la trascendencia de ubicar a su función esencial en su ámbito exclusivo. Mencionaremos los distintos modelos de sistemas judiciales para reconocer el propio, y advertir como hemos incorporado modelos europeos totalmente diferentes a nuestro sistema, cuando partimos de un Poder Judicial diseñado por nuestros constituyentes como un órgano autónomo, fuerte, llamado a ejercer el control sobre los otros dos y salvaguardar los derechos de los ciudadanos. También podrá verse la dimensión política del papel de la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial.

Abordaremos, luego, la figura del juez como órgano del Estado, y en su dimensión social, para advertir la importancia de la función jurisdiccional que solamente él puede ejercer. Veremos la repercusión que, en la sociedad actual, tiene esa figura y la sentencia como expresión de su función, con sus características, desde esa óptica. Todo lo cual nos permitirá comprender la conceptualización de la función jurisdiccional que, en el capítulo siguiente, efectuaremos.

Demostraremos, ahí, el significado político-institucional de la función para sustentar el postulado que es base de este trabajo. Y en sus diferentes aspectos y manifestaciones, la condición de función esencial del Estado así como la misión social que posee, abordando una visión esquemáticamente sociológica-dada la limitación que impone la falta de especialización en el tema-. Exhibiendo que la misma comprende, en su esencia, también el control de constitucionalidad. que

veremos específicamente, y que sus características que no se reducen a la mera resolución de un conflicto. Trataremos de derribar la concepción de que se trata de un servicio público, sobre la base de entender que, aun inconscientemente, dicha noción sigue arraigada en nuestra sociedad y que ello debilita su rol institucional.

Intentaremos, a posteriori, demostrar que los otros dos órganos de gobierno del Estado no pueden ejercer funciones jurisdiccionales. La importancia que ello adquiere en relación al Ejecutivo, en un sistema presidencialista como el nuestro, describiéndolo y abordando el tema de los tribunales administrativos. Con el aditamento que, en el caso del Parlamento, demostraremos, a partir de la noción y caracterización del juicio político, que la tan mentada atribución jurisdiccional a ese órgano, no es tal.

Finalmente, veremos las asignaciones supuestamente jurisdiccionales en el ámbito privado y la imposibilidad de sostener que constituyen una actividad jurisdiccional. Acreditando las perjudiciales consecuencias de predicar que la justicia no es una actividad monopólica del Estado y de lo que puede implicar hablar de una "justicia privada". Resaltaremos, también, la importancia de medios que consideramos "complementarios", en la resolución de conflictos de la comunidad, pero ubicándolos en su verdadero ámbito, como tales.

Con todo lo cual esperamos, entonces, que quede demostrado que la jurisdiccional es una función esencial del Estado, de contenido claramente político, y por ende, no resignable hacia otros ámbitos. Que la importancia de este aserto pasa por fortalecer institucionalmente al Poder Judicial y al sistema mismo de gobierno,

republicano y democrático, en un momento en que el sentido cívico y el respeto hacia las instituciones está tan perdido y que forma parte de una serie de pérdidas que hoy padecemos, en esta sociedad posmoderna. Y que en ello va la defensa de nuestros propios derechos como ciudadanos.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPITULO I

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

1. CONCEPTO DE ESTADO. EVOLUCION. TEORIAS.

A lo largo de la historia moderna y contemporánea gran cantidad de teorías se han elaborado para explicar un fenómeno tan complejo como es el del Estado, y su propia evolución en la historia ha evidenciado determinadas mutaciones que obligan a un ajuste continuo de dicha concepción. No es el propósito de este trabajo extenderse en demasía sobre las distintas teorías, sino sólo en cuanto pudiera resultar útil su desarrollo para entender el sistema adoptado por nuestro país y el concepto de Estado que lo sustenta, teniendo en cuenta el objetivo a que esta tesis apunta.

No obstante, se efectuará una somera reseña de las mismas para comprender, de alguna manera, la evolución que el concepto ha tenido. Desde ya adelanto que quedan excluidas de cualquier recuento aquellas teorías que niegan la existencia misma del Estado, porque en este estadio de la evolución política ya no se discute y entiendo como

vital, la necesidad de su presencia, en una sociedad organizada. Con todas las imperfecciones y con los usos y abusos del poder que habrá que corregir. En mucha mayor medida, en este mundo actual tan "globalizado" y con nuestra propia realidad histórica formando parte de las naciones no dominantes en el concierto mundial, todo lo cual requiere de un fortalecimiento del concepto de Estado para mantener la soberanía e independencia del pueblo, y la defensa de sus derechos. Las teorías que niegan su existencia misma no tienen, así, mayor cabida en este contexto y no resulta tan relevante, a mi entender, su inclusión, teniendo en cuenta, otra vez, el objetivo de este trabajo.

Para el cometido expuesto, es menester, antes, entender la evolución histórica de la noción de "Estado".

Fue construido el concepto en el contexto de la historia religiosa y política europea. No se conocía ni se concebía en la Antigüedad, en la forma que hoy lo entendemos, aun cuando podía hablarse de sociedades organizadas en "ciudades-estados". Aparece históricamente en el medioevo, como la entidad fundante de la normatividad moderna, y nosotros somos herederos y hemos adquirido esa tradición histórica y desarrollo doctrinario.

La historia de la Edad Media comienza con formaciones políticas rudimentarias que lentamente van ascendiendo hasta llegar a ser lo que se considera el Estado moderno. La imagen nunca olvidada del imperio romano con su organización firme, la centralización y la concentración del poder determina, según Jellinek, el nacimiento y desarrollo de los grandes imperios de la Edad Media, que sólo pudieron subsistir un breve tiempo, para luego desaparecer o dividirse. La unidad

de la Iglesia Católica aparecía en oposición a la variedad de nuevos Estados en formación. Y los primeros ensayos llevados a cabo para alcanzar la unidad del Estado provienen de la última época medieval y se debe a las ciudades organizadas en forma de estados o brazos. La Iglesia había mostrado a los Estados de la Edad Media el ejemplo vivo y permanente de una asociación unitaria que no admitía, dentro de sí, división ni oposición alguna.¹

Las postrimerías del siglo XIII señalaron un tiempo de culminación de un orden económico, social, político y cultural, signado por una profunda crisis que rompería el equilibrio hasta ese momento imperante en la sociedad feudal. Gran trascendencia tuvo en ello la aparición de una nueva clase social dedicada a la producción manufacturera y al comercio, concentrada en ciudades, y elaborando una concepción de vida, en el trajín diario, que difería radicalmente de la que representaba la antigua nobleza. En un principio, esta nueva clase pareció coexistir con el orden feudal aunque en el fondo iba socabando su base y, en cierto momento, precipitó su declinación.

La burguesía había comenzado a formarse con desprendimientos del colonato, cuyos miembros buscaban mejores condiciones de vida fuera del ámbito del señor feudal, en el comercio o en el libre ejercicio de sus oficios. Se agrupaba en las viejas ciudades o en otras nuevas que iban surgiendo, y pronto acumularon recursos suficientes como para organizar, muchos de ellos, empresas de largo alcance, satisfaciendo las necesidades de las clases acomodadas, tanto señoriales como burguesas. El desarrollo económico fue tan importante

¹Jellinek Georg, "Teoría general del Estado", L.II, cap.X, pags.238/40.

que provocó un activo comercio de dinero sobre la base de instituciones bancarias, como ramificaciones de distintas ciudades europeas, muchas de las cuales eran prósperas a fines del siglo XIII. Y la aparición de sólidas riquezas muebles debía traer como consecuencia una disminución del valor económico y social de la riqueza inmueble, que constituía el patrimonio fundamental de las clases privilegiadas, comenzando a gestarse, así, un conflicto entre la nobleza y la naciente burguesía que, si al principio pareció insignificante, y luego cobró grandes proporciones en razón del apoyo que la monarquía le prestó a los burgueses.

Por su parte, dentro de esta nueva clase, existían grupos lo suficientemente heterogéneos como para implicar graves conflictos sociales y políticos, que interfirieron en las relaciones de la burguesía con los señores feudales y con la monarquía. Con esta situación de crisis económica y social, si la monarquía feudal parecía compatible con cierto orden de cosas imperante en la sociedad feudal, este nuevo estado social y económico despertó en los monarcas la aspiración al centralismo y permitió entrever la posibilidad de alcanzarlo mediante una transformación de la base de sustentación. Los reyes no habían sido hasta ese momento sino señores feudales con determinadas prerrogativas formales y, tanto en la política interior como exterior dependían de la buena voluntad de sus vasallos, del apoyo militar y de su asentamiento. La burguesía tenía como enemigo natural a la nobleza en tanto ésta trataba de poner trabas a su desarrollo. En cambio, la monarquía podía vislumbrar un cambio de su situación si apoyaban a esta clase naciente.

Aparecieron cartas y fueros concedidos a las ciudades permitiendo el libre desarrollo económico, la organización de un régimen de tributos pagados a la corona, y la formación de ejércitos que permitirían a los reyes prescindir del concurso militar de sus vasallos. De ese modo, comenzaron a insinuarse las monarquías nacionales en los albores de la baja Edad Media. Los reinos aspiraban a ser ámbitos cerrados tanto en lo económico como en lo político, en los que la soberanía residía de modo incontestable en el monarca.

A toda esta situación se aunaba la crisis que sacudía a la Iglesia con las herejías, el descrédito del clero y un cambio en el pensamiento naturalístico de la vida, cayendo en un profundo cisma que amenazaba su desaparición como potencia superpuesta por sobre los ámbitos nacionales configurados por las monarquías ya robustecidas. Las unidades políticas de la época fueron, entonces, los grandes reinos, las ciudades autónomas y el imperio concebido como un reino más, frente a lo cual los antiguos señoríos perdían su significación, marcada la baja Edad Media por una lucha sostenida y constante por el ajuste de las jurisdicciones nacionales.

A la progresiva organización de hecho de los reinos nacionales correspondía, al mismo tiempo en ese proceso, una lenta formación de una conciencia nacional. Un sentimiento apenas entrevisto algún tiempo antes comenzaba a despertar, manifestándose como una adhesión al destino histórico de un determinado territorio.

Este sentimiento, alimentado por la monarquía al representar una adhesión a la corona, a partir del siglo XIII, era compartido por los grupos burgueses, para quienes el vínculo abstracto

entre individuo y Estado parecía incomparablemente preferible al existente entre villano y señor, además de que se encontraban comprometidos sus intereses de clase que coincidían con los de la corona, para promover un desarrollo económico que requería, ineludiblemente, del apoyo y protección del Estado. Las clases no privilegiadas acudían al llamado de la monarquía para participar con ella no sólo en el objetivo de abatir a los señores feudales, sino para algo de mucho más vasto alcance: construir una nación de más amplia base económica, social y política que la tradicional. Esto, igualmente, tenía su precio y la monarquía se resistía a cumplir con sus propios compromisos pues las clases no privilegiadas aspiraban a tener un papel activo en la vida nacional, lo cual constituyó el germen de las revoluciones en la Edad Moderna.²

Pero siendo ese tema de otra índole, por ahora digamos que, con el Renacimiento, los reinos se fueron afianzando, y sobre la idea que unía a la comunidad en un sentir nacional, abarcando un territorio determinado. En los siglos XIV y XV, queda signado el destino político de las principales naciones de Europa occidental. Mientras España, Francia e Inglaterra consiguen la unidad política y administrativa, conformando el Estado, tal como se comienza a entender en la época moderna y merced a la acción de enérgicos monarcas que sujetan a los señores feudales imponiendo paulatinamente un gobierno y una legislación comprensiva de todo el territorio, Italia y Alemania seguirán atrapadas, por un tiempo más, por el particularismo regional y la falta de un poder real que consiguiera, por encima de príncipes y

² cf. Romero José L. "La Edad Media", pags. 75/80 y 200/202.

señores, dar forma política a la nación. Pero Italia ve nacer en su suelo la moderna concepción de Estado, y la creación de este vocablo es atribuido a Maquiavelo, que lo considera ya como el poder supremo que gravita sobre todos sus miembros.

Así nace el Estado moderno como una unidad de asociación organizada, conforme a una Constitución y dominando el dualismo entre rey y pueblo y poder espiritual y temporal, adoptando en cada región su forma particular. La polémica entre Iglesia y Estado se decide en beneficio de este último por obra de la Reforma, y no sólo en los países protestantes. La monarquía absoluta forma una unidad interior de territorios que estaban originariamente separados, crea un ejército, no sujeto a las contingencias de la fidelidad del vasallo y establece la administración de justicia en todos sus territorios o somete a su poder la administración de justicia feudal³. Todo ello, agreguemos, basamentado en un nuevo sentir nacional que cobra fuerza en la comunidad comprendida en el territorio que conformara ese Estado

Sin perjuicio del desarrollo histórico posterior, sobre lo cual no me detendré ya que excedería el tratamiento de este aspecto del presente trabajo, y porque entiendo se relaciona más con las contingencias del poder, con el modo en que se ejercía el gobierno de ese Estado ya configurado en su acepción moderna (Estado liberal, Estado intervencionista, Estado subsidiario), a partir de la evolución ya reseñada y del afianzamiento de la noción misma de Estado, distintas teorías se han intentado para explicar su razón de ser, su finalidad y su existencia. Sintetizaré estas teorías sin efectuar una estricta cronología

³ Jellinek G., op.cit, L.II, cap.X, pag.245.

de las mismas:

a) Algunas corrientes, ya, obviamente superadas, han visto al Estado como un ser de la naturaleza. Entre ellas, las teorías conocidas como "organicistas", entendían que el Estado constituye un organismo biológico sometido a las leyes biológicas de la generación: nacimiento, crecimiento, desarrollo, enfermedades y muerte.

b) Las teorías del romanticismo alemán afirmaron la existencia de una alma nacional como sustancia psíquica real, pero no consciente, que es fuente de la vida histórica y de la cual emanan las manifestaciones de la cultura (derechos, usos, idioma, artes, etcétera) que constituyen el sustrato radical del Estado.

Hegel afirmó que el Estado es "el espíritu objetivo" que dialécticamente se determina a sí mismo libremente, como idea ética, y que cada Estado constituye una manifestación o fase del "espíritu objetivo", es decir, un sistema de ideas jurídicas, morales y artísticas, en que se informan los espíritus subjetivos de los individuos que en él participan.

c) Jellinek ha sido uno de los grandes constructores de la teoría del Estado contemporáneo, signada por una visión idealista pero de gran significancia, por la concepción ética que impone. Para este jurista existen dos modos de conocer o considerar al Estado: desde el punto de vista social, bajo cuya óptica será una unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres que viven y permanecen en un territorio. O desde el punto de vista jurídico, considerándolo como un sujeto de derecho. En este último sentido, lo

define como una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio. El fin del Estado y su razón de ser es favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común. Estos fines no son transitorios, sino permanentes y universales. Y ha de hacer de la afirmación de su propia existencia, de la seguridad y el desenvolvimiento de su poder, establecer el derecho y ampararlo, y favorecer la cultura, problemas que solo a él corresponden. El más alto principio para la actividad general del Estado será promover la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros. Este principio se aplica en tres direcciones una frente al individuo, cuya evolución ha de ser favorecida como miembro del todo; la segunda, frente al pueblo en cuanto totalidad de los miembros actuales y futuros del Estado; la tercera y última en relación con la especie humana, de la cual cada pueblo particular no es sino un miembro, encontrando de tal suerte, tres géneros de intereses solidarios de los cuales debe cuidar el Estado: individuales, nacionales y humanos. Es por ello que el Estado tiene por sí un valor categórico y no se trata de un fenómeno contingente en la Historia sino consustancial a ella.⁴

En cuanto a sus orígenes, los encuentra en el asentamiento de los hombres en un suelo, es decir, con el paso hacia la vida sedentaria. Con la ocupación de las tierras se hace necesario una ordenación de la propiedad, y los límites entre bienes privados y comunes necesitan ya ser establecidos. La formación de asociaciones con un fundamento

⁴ "Teoría General del Estado", ed. en castellano, pags. 8/9, 134/35, 196/97.

territorial va enlazado con la formación de un orden jurídico complicado. Y el proceso de formación del Estado habría sido, entonces, el de la formación del Derecho.

e) Kelsen, por su parte, trató de brindar una visión puramente jurídica, tomando al Estado sólo como un fenómeno jurídico, como sujeto de derecho y estableciendo una unidad absoluta entre Estado y derecho. Constituye para él la comunidad creada por un orden jurídico nacional y como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional. El Estado no sería algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye y un cierto número de individuos forma una comunidad, únicamente, en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. El término "comunidad" solo designaría el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo. Y son órganos del Estado las personas que cumplen una función determinada por el orden jurídico, siendo que el Estado solo actúa a través de sus órganos.⁵

d) Otros pensadores han visto al Estado como una relación de fuerza: los filósofos que apoyan esta tesis, afirman que el Estado consiste en el sometimiento de los más débiles por los más fuertes y, por tal razón, estos son los gobernantes y aquéllos los gobernados.

Alf Ross dice: "En aquellos casos en que exista un aparato para el

⁵"Teoría general del Derecho y del Estado", pags.215/232.

monopolio del ejercicio de la fuerza, decimos que hay Estado".⁶

Para el pensador italiano Gramsci, en una visión más amplia dentro de esa concepción, la sociedad política, es decir, el Estado en sentido estricto, prolonga la sociedad civil mediante las funciones directas de dominación y coacción legal. Sin embargo, el Estado no es sólo, para él, la expresión del dominio directo puesto que combina la coacción con el consenso "espontáneo" de la población, asegurado por la disciplina "legal". No se puede reducir al Estado al mero momento de la violencia, dice, ya que éste debe concebirse como íntimamente vinculado a la sociedad civil, englobando el concepto amplio de Estado, a las dos sociedades, en una sola realidad política. Enriquece Gramsci, entonces, la noción de Estado al no reducirla fundamentalmente a un momento de fuerza, de violencia organizada, sino que abarca, con carácter prioritario, el momento del consentimiento y su organización, por el hecho de que está integrado en la sociedad civil.⁷

Según Kaplan, el Estado no es un poder impuesto desde afuera a la sociedad, tampoco sería expresión de una racionalidad trascendente e inmanente a la sociedad. Procede de ella, es su producto y su modo de expresión y de organización, su resumen oficial y simbólico. Es así que explica que, cuando la sociedad se deja desposeer de su iniciativa y de sus poderes, abandona la gestión de sus intereses comunes, los transmite por espontánea debilidad o bajo imposición coactiva a la institución gubernamental. El Estado asume -en parte como pretensión y en parte

⁶ Ross Alf, "Sobre la justicia y el derecho", pag.34.

⁷ Aguilera de Prat C.R., "Gramsci y la vía nacional al socialismo", pags.50/51.

como realidad- la conciencia, la racionalidad, el poder organizador y cohesionante, la representatividad del interés general, que han perdido o de que carecen la sociedad y grupos particulares que la integran..El Estado se apropia del poder de la sociedad en los llamados intereses generales que configuran, califica y administra a su modo, subordinando los intereses particulares de los grupos e individuos a los de los entes gubernamentales y grupos humanos que encarnan y controlan a dichos entes.

Sostiene la presencia de un carácter ambiguo o dual en el Estado. Por una parte, siendo producto y expresión de un sistema social determinado, la actuación y existencia del Estado correspondería en última instancia a la existencia y a la situación dominante de ciertas clases y fracciones, cuyos intereses reconoce, consolida y sirve. Y desde este punto de vista, el Estado nunca serviría exclusivamente a la sociedad en su conjunto ni a los intereses generales de aquélla. Por otra parte, sin embargo, el Estado no sería solo producto sino también productor de la sociedad y de sus relaciones y estructuras fundamentales y, en ese sentido, el Estado debe responder también siempre, en menor o mayor medida, a necesidades e intereses generales de la sociedad⁸

f) Finalmente la teoría que engloba un concepto jurídico-sociológico, otorga una visión del conjunto de la sociedad formando una unidad política y jurídica y a ella adhiero. Considera Bigne de Villeneuve Estado "a la unidad político y jurídica permanente constituida por un conglomerado humano que forma sobre un territorio común un grupo

⁸ M:Kaplan "Estado y sociedad", pags. 158/62

independiente y sometido a una autoridad suprema."⁹

g) Entre los autores nacionales, Marienhoff lo define como "un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional. De ello surge que los elementos constitutivos esenciales del Estado son dos: uno de carácter externo, el "pueblo" y el "territorio" y uno interno, el poder ordenador, o sea, el imperium."¹⁰

Para Badeni es "una sociedad global políticamente organizada que, como tal, reúne las tres condiciones propias de toda organización global: población, territorio y poder. Pero, además de ellas, la base de su elemento humano es la comunidad nacional y el poder político, en función de la idea dominante está institucionalizado y no personalizado."¹¹ Considerándolo una forma histórica de la organización política global, entiende que la subsistencia del Estado está condicionada por la idea política dominante que fue la causa de su aparición en el marco de las relaciones políticas. En la medida en que esa idea dominante sea sustituida por una nueva, se operará una transformación en la estructura del Estado clásico o será sustituido por nuevas formas de organización global.

Lozada lo entiende como "la totalidad del grupo humano políticamente organizado, o si se prefiere, la sociedad política total y no esa parte del

⁹ citado en Barraza J.I. "La noción de Estado desde la perspectiva ...", Revista El Derecho, T 184, pag.1406.

¹⁰ Marienhoff M. "Tratado de Derecho Administrativo", T.I, pag.385.

¹¹ Badeni G. "Instituciones de Derecho Constitucional", pag.36.

todo que es el poder público o gobierno, la "máquina gubernamental" o "el órgano habilitado para emplear la coacción". El término Estado es empleado en su significación más amplia como sinónimo de la sociedad política plenaria.¹²

En definitiva, y ensayando una caracterización -con todas las limitaciones frente a la autorizada opinión de tan destacados pensadores- al solo efecto de definir la concepción en que este trabajo se desenvolverá, entiendo que el Estado no es otra cosa que la sociedad, en un todo, que se ha organizado políticamente, en una unidad, fijando su territorio, con un sentir nacional que aglomera a la población que allí habita, organizando el gobierno de ella, a partir de la delegación que ha admitido, en miras a esa organización y expresando hacia afuera su soberanía como entidad única, autónoma e independiente.

Se habla, hoy por hoy, de una reformulación del concepto Estado, transferidas como están parte de sus competencias de la esfera nacional a la supranacional, como consecuencia del fenómeno de la globalización y con notoria incidencia en la vida política de cada país. En las múltiples facetas en que el fenómeno de la "globalización" puede ser observado, ateniéndonos a la faz política, en lo que aquí interesa, puede decirse que, en principio, aquél tiende a negar a la sociedad política como el lugar de las decisiones que rigen la vida social: la existencia de influencias económicas que trascienden a los Estados, de organizaciones supraestatales en que quedan delegadas parte de las atribuciones y competencias de los Estados, el vertiginoso progreso técnico de las telecomunicaciones, los cambios culturales y sociológicos

¹² Lozada Salvador M. "Instituciones de derecho público", pag.15.

han modificado las prerrogativas particulares que los Estados tenían y la capacidad soberana de dirigir sus asuntos internos. Ello no significa que el Estado, como formación política, pueda desaparecer, -no parece por el momento imaginable que así sea- aunque quedan desdibujados sus contornos y delineado, quizás, lamentablemente, con características diferentes a las que tradicionalmente se entendía que poseía. Y amenazado ciertamente, por muchas voces que pregonan su "neutralidad", en el marco de un singular antiestatalismo que preside la globalización.

Se hace hincapie, lamentablemente, en la importancia de una transformación en el papel que le cabe asumir al Estado aunque, modestamente, entiendo, que más está referido a la forma en que el gobierno del Estado participa en la comunidad (del llamado Estado liberal que a partir de la Revolución francesa entendía que no debía intervenir en la actividad de los particulares dejando librada a su actividad la máxima libertad, pasando luego al Estado intervencionista en este siglo, en que comenzaría a tomar injerencia en las cuestiones no ya limitadas a las que consideraba de interés público, en los servicios esenciales sino en la actividad económica y social).

A partir de la segunda mitad del siglo XX se va desarrollando un proceso de transformación que tiende hacia una minimización de su intervención. Se inicia en Europa en los años '70 considerándose que el Estado no debía intervenir en todas las actividades retirándose de aquellas que podían ser suplidas por la iniciativa privada. En los países de Latinoamérica ha tenido gran auge este fenómeno -lo que es lógico teniendo en cuenta su escaso poder y

autonomía en el concierto mundial de naciones, dada, sobre todo, por su falta de independencia económica-. Fue iniciado en Chile, luego México y Bolivia, para acoplarse, posteriormente, Brasil, Uruguay y nuestro país, donde los gobernantes decidieron reformas en las estructuras públicas con el pretexto de que las realidades económicas así lo imponían. Se dice que ya no es aceptable que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico y social, asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares *jure proprio* y que conceptos como la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica no sirven más para legitimar la injerencia estatal en actividades económicas.

Dice Cassagne, -quien entre nosotros ha propiciado esta postura-, que casi no se discute, hoy en día, que el principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social, es el de la subsidiariedad. Sostiene: "La mutación que se opera en los fines que persigue el Estado genera una consecuencia fundamental en la distribución del poder económico y social que se transfiere a las personas privadas generalmente organizadas bajo formas asociativas o societarias. En efecto, se advierte ahora que la titularidad estatal de dicho poder no es más que una de las formas en que los políticos y burócratas de turno mantienen o disfrazan la hegemonía sobre la sociedad y una de las fuentes más comunes de los abusos y de las arbitrariedades que provoca la acción interventora del Estado. El Estado subsidiario es, esencialmente, un Estado de justicia."¹³ Pero olvida que, en realidad, el ciudadano común ha pasado a sufrir las arbitrariedades y abusos de los

¹³Cassagne J.C. "Transformación del Estado", LL 1990-E, pag.902.

grandes intereses económicos que propician esta postura, y que se han mostrado muy eficientes para servir a sus propios intereses, dejándolo a merced de sus designios, sin que el Estado pueda hacerse cargo y nivelar el natural desequilibrio que esa situación provoca, sustentando esas desigualdades con argumentos silogísticamente perfectos y en apariencia, muy jurídicos. En ese sentido, Cassagne sostiene enfáticamente que, en el Estado subsidiario, deben mantenerse los principios fundamentales del Estado de Derecho basado en la división de poderes, garantía de las libertades y demás derechos individuales y en el sometimiento de la administración a la ley. Sin embargo, estas palabras no pueden corresponderse con la realidad que palpamos día a día, sobre todo en cuanto a la garantía de los derechos individuales, más allá de que la sujeción mencionada por ese autor, como veremos al formular el principio de Estado de Derecho, no puede ser a la ley simplemente. Si, al mismo tiempo, entiende que en el aspecto económico, debe afirmarse la "economía social de mercado" como sistema predominante basado en la libre iniciativa "que el Estado tiende a proteger mediante el abandono de la intervención como técnica de participación en la economía" y el de la libre competencia al mercado a través de la desmonopolización y la prevención y sanción de la competencia desleal, lo cierto es -y este dato es comprobable en nuestra propia realidad- que, por más palabras bellas que se utilicen, la monopolización existe, sólo que, ahora, en manos de grandes empresas y que el ciudadano común no ha sido el precisamente beneficiado por esa "economía de mercado".

Ello más allá de que no pueda el Estado asumir, como lo

hizo en otros tiempos, toda la participación en la economía y en la provisión de servicios, pero su intervención debe ser activa en cuanto al control y equilibrio, imponiendo reglas de convivencia que no dejen desamparados a los ciudadanos.

Otros autores nacionales como Barra, en esa línea y propiciadores también de este "nuevo orden económico", sostienen que "si el bien común constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria" encontrándose subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil¹⁴ Todo lo cual tiende a colocar al Estado en su mínima expresión, veladamente sujeto a esos intereses económicos que trascienden obviamente nuestras fronteras y las de cualquier país latinoamericano. Mas allá del ropaje legalista y jurídico que se pueda brindar, el propósito económico queda evidenciado como rector de toda esta construcción.

Así, en el plano económico y sobre la base de la regla de la subsidiariedad, la economía social de mercado como sistema predominante en la mayoría de las naciones, estaría, para él, apoyado en dos principios que encabezarían los ordenamientos o programas de gobierno: el de libre iniciativa que el Estado "protege" mediante el abandono de la intervención y el de la libre concurrencia al mercado, lo que se procura a través de la desmonopolización y con la prevención y sanción de la competencia desleal¹⁵. Sin embargo, aun cuando las leyes

¹⁴ Barra R. "Principios de derecho administrativo" pag.43.

¹⁵ Cassagne, J.C., op.cit., pag.905.

protectoras de los consumidores tenderían a paliar la situación, no lo logran en su totalidad, encontrándose, las más de las veces, sujetos a las condiciones que imponen los grandes intereses económicos, en la provisión de bienes y de servicios. Y, en realidad la protección queda reducida a la que puedan obtener en los estrados judiciales, -y no siempre-frente a las violaciones de las grandes corporaciones que sí ejercen, en los hechos, actividades monopólicas.

En definitiva, estas posturas que se generan en el marco del proceso de globalización han dado como resultado, en nuestra realidad, por lo menos, un proceso de pérdida de muchos de los resortes con que contaba el Estado para preservar un equilibrio entre las fuerzas más poderosas y las más débiles en la sociedad, en claro detrimento de estas últimas. Sostiene con acierto Adriaio¹⁶ que, con el proceso de globalización y su influencia en la configuración del esquema de la relación Estado-sociedad, se han perdido muchas de las herramientas de política económica por parte de la política que fueron tomadas por organismos pretendidamente "apolíticos", neutrales o autónomos. El segundo paso fue crear las condiciones macroeconómicas que hicieran posible una exitosa gestión empresarial de los servicios para finalmente despojar de todo otro criterio que no fuera la lógica del mercado y convertirlo en el norte con el que habrían de considerarse todas las cuestiones referentes al sector, apareciendo las ideas de neutralidad y globalización como herramientas para este nuevo orden mundial que ya lleva 20 años de establecido. Dice: "Neutralidad como retiro del

¹⁶ Adriaio A. "La falacia del Estado neutral..." Revista La Ley ejemplar del 19 de marzo de 2001, pag.3.

escenario de la Política, y con ella del Estado, y globalización como ocupación de ese vacío por parte de la sociedad civil, y el mercado, cuyos equilibrios internos dependen del grado de desarrollo y voracidad que exhiban respectivamente....De allí que la paradoja sea que este fenómeno traiga aparejado el indispensable debate sobre la reformulación del Estado (¿y su fortalecimiento?) postergando la expedición del certificado de defunción (al menos hasta la definitiva consolidación de los espacios supranacionales) y "la defensa de la autonomía de lo político frente a cualquier tentación de sustituirlo por los vaivenes del mercado(...). Todo ello, se trata ni más ni menos, que de gobierno y política".¹⁷

Creo que el panorama, tal como está expuesto, es ensombrecedor, porque dejar librada la sociedad a la "espontaneidad" del mercado, con su lógica interna alejada claramente de cualquier visión ética, es lo que provoca las mayores inequidades para los sectores más desprotegidos.

Ahora, no parece que todos estos fenómenos tan complejos a los que venimos asistiendo vayan a implicar necesariamente la desaparición del Estado como tal, por lo menos no todavía, aun cuando se ve seriamente amenazado uno de sus elementos, el más importante, que es su soberanía y la posibilidad de erigirse como rector de las políticas que logren un equilibrio justo en la comunidad. De ahí que resulte necesario el fortalecimiento interno, sobre la base de tener clara conciencia del contexto en que se inserta y defender las instituciones que lo forman, sobretodo, en casos como el de nuestro

¹⁷Adriao A., op. cit., y autores citados, pag. 3.

país, ubicado más dentro de las naciones "globalizadas" que entre las "globalizantes" (estas últimas no pierden ciertamente sus atribuciones ni su soberanía imponiendo sus políticas) y que están sometidas a crecientes influencias externas y en condiciones paupérrimas para decidir políticas en el concierto mundial; solamente para acatarlas. Para ello, luego de un largo camino de desarrollo político y de elaboración de sistemas que permitieran una vida en comunidad organizada y democrática que no pueden ser desperdiciados, es importante tener en cuenta el rol que cumple el Estado, y sus instituciones de gobierno, para defenderlas como único cobijo en este nuevo orden establecido. Ni las nociones de Estado, ni las de Estado de derecho que luego se verá, pueden estar "pasadas de moda" porque más que nunca hoy, en este mundo azorado por los avances vertiginosos de la tecnología, las relaciones económicas transnacionales, es necesario acudir a ellas, para no sucumbir bajo la cruda "ley del mercado" o mejor dicho "del más fuerte".

Principalmente, porque, como bien se ha expresado, "Tras desconectar la computadora o el télex, debe (el hombre) todavía, atender a su condición existencial de ser situado en cierto lugar, en cierto tiempo, en ciertas circunstancias y, sobre todo, en cierta comunidad. Y la vida política ha sido, desde siempre, el modo que han tenido los hombres en comunidad para -mejor o peor- poder bastarse; y para- en mayor o menor medida- ser dueño de su destino"¹⁸

En ello mucho tiene que ver el Poder Judicial, en tanto poder del Estado, así como su independencia y fortalecimiento, en este

¹⁸Castaño S. "Una fenomenología de la globalización..." ED10/4/2000, pag.7.

contexto actual, como refugio para el ciudadano común de sus derechos como tal, y a ello apunta el propósito de este trabajo.

2. ESTADO DE DERECHO

A partir del constitucionalismo moderno que le ha dado contornos especiales al Estado moderno y al que nuestro país ciertamente está adscripto, no es posible hablar de una teoría del Estado sin hacer expresa referencia a la concepción del Estado de Derecho, entendiéndolo que, hoy por hoy, debería recobrar renovada vigencia su formulación o reformulación.

El Estado de Derecho significa, en su primera acepción, la primacía del orden jurídico por sobre la voluntad de los gobernantes. Es su finalidad la de impedir el ejercicio arbitrario del poder estatal y para ello, lo regula en forma anticipada, estableciendo órganos con facultades limitadas y fijando pautas que deberán ser respetadas en la actuación de cada uno, principalmente en un documento fundacional, cual es la Constitución.

Concebida la Constitución, al decir de García de Enterría "no como una simple decisión existencial consumada en un momento único y remitida en su suerte a todos los avatares y las pasiones de la lucha política ulterior, sino como una norma jurídica efectiva que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social y que es capaz de funcionar normativamente como clave de bóveda del sistema jurídico entero"¹⁹

Se relaciona, indudablemente, el concepto e incluye en el

¹⁹citado en Santiago A. " La Corte Suprema y el control político", pag.48.

mismo, al de limitación de los poderes atribuidos a los órganos del Estado, que luego veremos.

El Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos ha acogido esta concepción al decir que es "el pueblo que la sanciona" y nuestros constituyentes de 1853 la han tomado, erigiéndose en representantes del pueblo como fuente de autoridad para sancionar la Carta fundacional de la Nación. Ambas constituciones establecieron un sistema político y jurídico basado en el control del gobernante y la vigencia de los derechos de los individuos frente al poder del Estado. Quizás, esto debe darse, en el marco de este nuevo orden mundial que se ha expuesto en el acápite anterior, partiendo de este básico principio, pero otorgándole aristas diferentes, dadas las características de la sociedad actual, fortaleciendo, en ello, la figura del Estado, y teniendo en cuenta que, muchas veces, las leyes obedecen no solamente a la voluntad del pueblo, como otrora se entendía, sino a intereses que trascienden el territorio del Estado.

Por tal razón, pongo especial énfasis en la Constitución como ley que marca el Estado de derecho y sobre esa base, entonces, deben propiciarse estos principios de control y legalidad, ya que no puede dejar de reconocerse la decisiva influencia de aquellos factores de poder externos al Estado, supranacionales, que amenazan constantemente y que si no lo encuentran debidamente fortalecido - sobre todo en su soberanía y en la conciencia de la comunidad- ninguna utilidad ni sentido puede tener hablar, hoy por hoy, del Estado de derecho, el cual se transformaría en una herramienta muy útil, nada más que para acentuar esa situación de globalización y neutralidad ya

descripta, sobre la base de leyes que así lo permiten y avalen.

Remontándonos en la historia, pues esas son las bases de la concepción moderna, podemos encontrar la idea de sujetar a un monarca al derecho, embrionariamente, ya en 1215, en la Carta Magna, con la clara intención de someter la voluntad del rey al imperio de la ley (aunque, léase, en realidad al Parlamento y ello obedece al particular momento histórico que Inglaterra estaba viviendo). Ello dió sustento para que, luego, en 1885, Dicey elaborara en Inglaterra la teoría del "rule of law". Según este autor, el "rule of law" incluía tres nociones fundamentales: que nadie puede ser penado sino en virtud de una disposición legal normalmente sancionada y aplicada por un tribunal de justicia ordinario; que todos los hombres, sin distinción de rangos o condiciones, están sometidos a los tribunales ordinarios y que los principios generales de la Constitución son el resultado de las decisiones de los tribunales que determina los derechos de las personas en los casos particulares llevados ante la justicia.²⁰

En Europa continental, las ideas del "rule of law" proliferaron luego de la Revolución Francesa para frenar el absolutismo monárquico, aunque con matices diferentes (se tenía en Francia una concepción diferente por su propia situación histórica -como es lógico- y, por ejemplo, en el concepto de la división de poderes, recortándose potestades a los jueces de quienes se mantenían recelosos por considerarlos continuadores del Antiguo Régimen).

En los Estados Unidos, con un régimen político y un desarrollo histórico totalmente diferente, no tuvo la misma recepción

²⁰Dicey Albert citado en Bianchi A. "Dinámica del Estado de Derecho", pags.82/83.

esta "rule of law" que fue bastante rechazada en su formulación teórica. Aunque, en la realidad, dice Bianchi con razón, que las instituciones de ese país están claramente fundadas en el imperio de la ley y hacen a su propia esencia. Prueba de ello es que fue especialmente tratado el tema en el Congreso Internacional de Juristas llevado a cabo en Nueva Delhi en 1959, donde quedó establecido que: "El imperio de la ley se basa no sólo en la adopción de garantías adecuadas contra los abusos que el Poder Ejecutivo haga de sus atribuciones sino también en la existencia de un gobierno efectivo capaz de mantener la ley y el orden y de garantizar para los miembros de la sociedad condiciones de vida apropiadas en las esferas económica y social"²¹.

Y como adelanto de lo que será tema de especial tratamiento en los siguientes capítulos, transcribo el despacho de la Cuarta Comisión en dicho Congreso que con énfasis sostuvo respecto del Poder Judicial: " En toda sociedad libre regida por el imperio de la ley, es requisito indispensable que el Poder Judicial sea independiente. Ello quiere decir que el juez ejercerá sus funciones libre de toda intromisión por parte de los poderes Ejecutivo o Legislativo, por más que el juez no pueda actuar de manera arbitraria" ²²A partir de esta concepción tiene, para los norteamericanos, la separación de poderes alcances bien distintos y finalidades diferentes que veremos en el apartado siguiente.

Como concepción doctrinaria, la del "Estado de Derecho"

²¹Comisión segunda informe sobre el Congreso Internacional de Juristas, Nueva Delhi India citado en Bianchi, op.cit, pag.92.

²²informe citado en la nota precedente

fue formulada por la escuela alemana de Derecho Constitucional, desarrollada en 1832 por Robert Von Mohl. Se sostenía que toda la actividad estatal debe adecuarse a las normas jurídicas dictadas por el propio Estado, y que la obligatoriedad de esas normas no se limita a los particulares, sino que se extiende al Estado, cuyo desenvolvimiento debe concretarse en el marco de la ley y nunca fuera de ella. Esta concepción resultó incompleta por tratarse de una estructura puramente formal desprovista de una idea política adecuada, de tal modo que cualquier régimen podía transformarse en Estado de derecho si su accionar se adecuaba a la ley (prueba cabal y estremecedera de ello fue el régimen nacionalsocialista en Alemania).

Este vacío fue cubierto por las ideas del movimiento constitucionalista surgido en el curso del siglo XVIII y que intentaba implementar técnicas que limitaran el ejercicio del poder mediante diversas instituciones que garantizaran los derechos fundamentales del hombre. Para ello, el constitucionalismo propone el empleo de la Constitución como instrumento que reconozca esos derechos y consagre las técnicas a fin de que no se tornen ilusorios. Originariamente, con un corte individualista que luego fue variando hasta llegar a una concepción más social, en que el hombre es considerado en su convivencia social y los derechos individuales reglamentados en función del interés de la sociedad, entendiéndose que la organización política no debía estar circunscripta al reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, sino que además debía crearse un mínimo de condiciones para asegurar la independencia social.

El movimiento constitucionalista se asienta sobre dos

principios básicos: uno es el imperio de la ley como resultante de la doctrina del Estado de Derecho. Pero esta subordinación se concreta solo frente a la ley que refleja los fines de ese movimiento. Y el segundo encuentra el poder en la comunidad, esto es, que un grupo de hombres no puede regir los destinos de una nación sin el consentimiento expreso y permanente colaboración de aquélla.. Para ello se vale de: 1) la supremacía de la Constitución 2) la distinción entre función constituyente y funciones ordinarias de gobierno a fin de brindar rigidez a las normas superiores y dar seguridad a los derechos individuales y sociales. 3) separación y control de los órganos de poder para evitar su ejercicio abusivo 4) elección de los gobernantes²³

En ese sentido, en el constitucionalismo latinoamericano -más particularmente mexicano- se ha dicho que el Estado de Derecho será aquél sometido al Derecho, cuyo poder y actividad viene regulado por la ley. El poder político quedará limitado cuando la actividad que le es propia - la de emitir mandatos en forma de normas cuya eficacia en última instancia es confiada a la coacción- está regulada a su vez por normas superiores que ponen restricciones a la facultad coactiva de las normas impuestas por quien ejerce el poder político. Una de las características del Estado de Derecho será, entonces, el imperio de la ley, creada por el órgano representativo, como la concretización de la voluntad general. Pero enfatizando que no todo imperio de la ley es Estado de Derecho ya que también puede ser derecho y ley el derivado de la voluntad individual de un dictador o un monarca absoluto que, habiendo alcanzado el poder por medio de la fuerza y no del Derecho,

²³ conf. Badeni G. "Derecho Constitucional" pags. 73/84.

de hecho, logra dar vigencia a la normatividad por él creada. Así, pues, no puede haber Estado de Derecho si la ley no es expresión de la voluntad general y el poder político no actúa dentro de los límites impuestos por la norma que lo ha instituido. Y se señala a la división de poderes como una exigencia ineludible para que exista el Estado de derecho: los tres poderes limitándose reciprocamente, constituyendo una garantía frente al absolutismo y la dictadura, garantizando la independencia del Poder Judicial, frente a las presiones del Legislativo y del Ejecutivo, y estableciendo el principio de legalidad de la Administración, como exigencia de que ésta se someta a la ley. Cuando quien ejerce el poder lo hace de manera absoluta, atendiendo a sus propios fines, sin apegarse a lo establecido por la ley o modificándola para alcanzar sus propósitos personales, rompe con la relación jurídica de gobernado-gobernante que le fue concedida mediante el pacto social, del que se desprende el derecho del primero de mandar y el deber del segundo de obedecer. Esta relación no sólo se rompe por abuso de poder, también por defecto del mismo, teniendo como consecuencia la desobediencia habitual, así como la deslegalización del poder, en cuyo caso no es posible hablar de la existencia de un Estado de Derecho. El objeto del Estado de derecho con respecto a los llamados derechos y libertades fundamentales será lograr una suficiente garantía y seguridad para la persona humana, -derecho que en la Constitución reciben el nombre de garantías individuales. para alcanzar una convivencia justa, pacífica e igualitaria entre todos los hombres.²⁴

²⁴ Barra Mexicana Colegio de Abogados A.C. publicaciones "Poder y Estado de Derecho", [http:// www.bma.org.mx/publicaciones/ediciones/estado/mesas/poder.html](http://www.bma.org.mx/publicaciones/ediciones/estado/mesas/poder.html).

El imperio del derecho echó raíces en nuestro sistema jurídico y político, establecido como está en la Carta fundacional un gobierno regido por la ley y un orden de prelación de normas diseñado en la Constitución Nacional que expresa la primacía de esta última. De todos modos, al igual que en muchas naciones latinoamericanas, nuestra historia ha mostrado -sobretudo aunque no solamente con los distintos períodos de gobiernos de facto- que aun siguiendo este sistema, en los hechos, en la realidad política, no se ha concretado un verdadero Estado de Derecho.

De ahí la importancia de poner énfasis en la inclusión y aclaración de que el Estado de Derecho no significa solamente el imperio de la ley, sino la expresión de la voluntad general, actuando el poder político, y dentro de los límites puestos por la comunidad a través de sus representantes, en la Ley Fundamental.

Para sintetizar, y como bien señala Bianchi, en esta evolución, el Estado de Derecho ha pasado a ser un concepto de rango universal que se resumiría, citando a Sanchez Viamonte, en la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos agregando a esta nota esencial otras que denotarían su existencia: 1) la presencia de una constitución escrita 2) la división de poderes 3) la organización de un Poder Judicial independiente de los poderes políticos 4) la efectividad de los procedimientos judiciales que aseguren la vigencia de los derechos individuales 5) la elección popular de los mandatarios 6) la periodicidad de las funciones 7) la publicidad de los actos de gobierno y 8) la responsabilidad de los gobernantes²⁵.

²⁵Bianchi, op.cit.pag.93.

Lo que significa, en definitiva, que no es el simple respeto de la legalidad, que presupone conductas que se adecuan a los mandatos de la ley, sino y fundamentalmente, involucra un concepto de legitimidad, es decir, que responda a las necesidades y valores de la comunidad, incluyendo el equilibrio y mutuo control de los poderes de gobierno para impedir su ejercicio arbitrario y garantizando los derechos de los ciudadanos.

Y mas allá de los matices que pueda tomar en cada nación, es un sistema de organizarse una sociedad, casi inmejorable en teoría, por que evita los excesos y abusos del poder, por lo menos en lo que hasta aquí se ha visto, y que dependerá, en definitiva, de la forma en que los poderes del Estado lo pongan en práctica. La mera presencia de un sistema de normas que establezcan el Estado de derecho no basta, por sí sola, para asegurar su vigencia, sobretodo acudiendo a la situación de todos aquellos países que poseen constituciones protectoras de los derechos individuales, grandilocuentes, pero que en la práctica no han logrado la vigencia efectiva de un sistema de derecho²⁶ Notése que países con situaciones políticas conflictivas en ese sentido -hoy o en otros momentos de su historia- poseen una formal adscripción al Estado de Derecho que no siempre se condice con sus realidades políticas, por la ausencia de todo respecto a ese principio escrito y que demuestra que es en los hechos, únicamente, donde habrá de concretarse mas allá de cualquier declaración perfecta en ese sentido.

En Hispanoamérica, Paraguay establece en su Carta Magna, art.2: "La soberanía de la República reside esencial y

²⁶ Bianchi, op.cit., pag. 151.

exclusivamente en el pueblo que la ejerce por medio de los Poderes del Estado, conforme a los que dispone esta Constitución."; Perú en el art.81 de la Constitución: "El poder emana del pueblo. Quienes lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley"; Colombia establece en su art.3: " La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece" Y en el art.121 "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución y la ley"; Chile, en el art.6 (a): "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"..²⁷

Históricamente ha quedado demostrado que la democracia basada en la supremacía de la Constitución puede ser considerado como quizás el menos imperfecto de los sistemas políticos conocidos hasta ahora, aunque el establecimiento de un sistema constitucionalista es tarea ardua y no puede consolidarse con la sola voluntad del legislador, sino con una realidad fundada en el accionar responsable e idóneo de los dirigentes. Y, cabe agregar con énfasis, una adecuada educación cívica por parte de los integrantes de la comunidad. Lo cual resulta de total aplicación a nuestro país, en que conceptos como los expuestos parecieran no estar tan arraigados en la sociedad, -mas allá de la continua prédica en ese sentido mas que nada de los especialistas en el

²⁷"Comparación de Leyes Constitucionales (1993) Base de Datos Poíticas de las Américas",[http:// www.georgetown.edu/LatAmerPoliticar/Comparative/ Estado_nacional/deg45.html](http://www.georgetown.edu/LatAmerPoliticar/Comparative/Estado_nacional/deg45.html).

tema- y de su incorporación como principio ya dado, porque en su cumplimiento no resulta así de enraizado al no haberse incorporado todavía, totalmente, al sentir de la comunidad, como algo natural y fundamental para la garantía de los propios derechos de sus integrantes.

Se ha señalado varias veces, en este pasaje, la necesaria presencia de una división clara y nítida de los poderes -en la trilogía ejecutivo, legislativo y judicial-, como elemento coadyuvante para consolidar el Estado de Derecho, de manera que signifique una limitación al ejercicio del Poder por parte de los gobernantes y el mutuo control y equilibrio entre aquéllos. Se le dedica, entonces, un apartado especial porque no deja de estar vigente como principio y porque la atribución de la función jurisdiccional en forma exclusiva al Poder Judicial atañe directamente a ese punto.

3. TEORIA DE LA DIVISION DE LOS PODERES

Desde los principios de la humanidad organizada políticamente, se ha tratado, de una u otra manera, de limitar al Poder en manos de los gobernantes, cualquiera fuera la forma que adquiriera la sociedad así organizada. Por una característica insita a la naturaleza humana tendiente a concentrar y acaparar el poder por el poder mismo y la natural reacción contra esa situación, tendiente a mantener la libertad del hombre. Y, como vimos, la división o separación de la gestión de gobierno se relaciona con ello, entronizado en el imperio absoluto del derecho en las épocas más modernas.

La realidad política evidencia, y ha evidenciado siempre, que la concentración del poder en una persona u órgano de gobierno hace que su manifestación sea necesariamente discrecional en tanto no existan controles institucionales que lo vigilen y limiten. La discrecionalidad se traduce, generalmente, en un ejercicio arbitrario y despótico y el destino del hombre común queda sometido a la voluntad del gobernante, sin que existan recursos institucionales para prevenir y remediar los abusos del poder.²⁸ La separación de las funciones del gobierno en órganos independientes y su mutuo control permite evitar ese ejercicio abusivo y constituye una técnica que, sin dudas, acotará en su mayor medida de antemano la posibilidad de excesos que, en la realidad, pueden darse por el solo hecho de ejercerse el Poder.

Pero ya Platon observaba que la causa de la decadencia de los Estados reside en el desborde de la autoridad, que excede su medida por confiarse el poder a una sola de las fuerzas. Por consiguiente, el remedio se obtendría cuando el gobierno se confía a varias fuerzas, naturalmente opuestas que, distribuyendo el mando, lo moderan evitando los excesos. Aristóteles también fue partidario del gobierno mixto para evitar así el riesgo de las demasías del poder.

A partir de épocas de grandes abusos como fue la de la Edad Media, y de los conflictos sociales y económicos que albergó esa era, ya descritos en el punto 1., ha sido la postura de Locke, quizás, el germen para una verdadera limitación al Poder, como lo entendemos en la actualidad, mirando y garantizándole a la comunidad, el pueblo, la posibilidad de no ser avasallado.

²⁸conf.Badeni G.,op.cit.,pag.129.

La primera intervención decisiva de Locke en la marcha del pensamiento político es pasar el derecho natural por el lado de la libertad individual. Y como segundo punto, puede decirse que incorpora la idea de que para que el poder sea legítimo es necesario que el hombre otorgue su adhesión a la sociedad civil, con la teoría de un Estado limitado. Dice: "Cada vez que un determinado número de individuos se une en una comunidad despojándose cada uno de ellos del poder de ejercitar la ley natural, claudicándolo a la sociedad, en ese momento, y únicamente en ése, se conforma una sociedad política o civil. Esa situación se origina siempre que cierta cantidad de personas que vivían en el estado de la Naturaleza se agrupan para constituir un pueblo, un organismo político, subordinado a un gobierno supremo, o en el momento que alguien se une y se incorpora a cualquier gobierno establecido. Por ese motivo dá permiso a la comunidad o, lo que es igual, a su autoridad legislativa para dictar las leyes en su nombre de forma conveniente al bien público de la comunidad y para ejecutarlas cada vez que se solicite su propia asistencia..."²⁹ Además de extenderse sobre la responsabilidad del príncipe frente a sus súbditos implicada en el contrato del que habla (por el cual los hombres dejan el llamado por él "Estado de Naturaleza") propugna la separación de poderes, no como una separación radical, sino como coordinación dentro de la independencia. El poder legislativo es declarado como supremo aunque supeditado a las siguientes limitaciones: "...en primer lugar no es ni puede ser un poder totalmente discrecional sobre los bienes y las vidas de los individuos. No siendo sino el poder conjunto de todos los

²⁹Locke J. "Ensayo sobre el gobierno civil", Cap VII, nro. 89.

integrantes de la comunidad que se ha otorgado al individuo o asamblea que gobierna, no puede ser mayor al que poseían esos mismos individuos cuando se encontraban en estado de Naturaleza, antes de integrarse en la comunidad poder que rechazaron en favor de la sociedad política"³⁰ Luego menciona al ejecutivo para que se encargue de ejecutar las leyes mientras estén vigentes: "Por el mismo motivo de que las leyes se elaboran de una vez y que su realización sólo requiere un período de tiempo bastante corto, aunque su capacidad de obligar es duradera y constante, siendo como es preciso aplicarlas ininterrumpidamente y de una forma permanente, necesitamos que haya un poder siempre en ejercicio que se encargue de la ejecución de las mismas mientras estén vigentes. De ahí surge el que con frecuencia se encuentren separados los poderes legislativos y ejecutivo"³¹ Además señala al poder federativo, concierne a las relaciones exteriores y difícil de separar del ejecutivo. Si bien Locke mantiene la monarquía (constitucional) como forma preferida de gobierno, al retirarle el poder legislativo ya no se trata de una monarquía en el sentido estricto del término.

Para la conflictiva época de Locke la limitación del poder era un gran avance como general expresión de oposición a las teorías imperantes y la faceta más interesante de su pensamiento es la referente a la resolución y resistencia a la tiranía. "...Cada vez que el poder legislativo sobrepase esa regla básica de la sociedad y, guiado por la avaricia, el temor, la inconciencia o la corrupción, pretenda apropiarse

³⁰ Locke J., op. cit., cap. X, nro. 135.

³¹ Locke J. op. cit., cap. XII, nro. 144.

para sí, o poner en manos de otra persona un poder absoluto sobre las vidas, las libertades y bienes del pueblo, ese poder legislativo pierde con el incumplimiento de la función que tiene encomendada, el poder que le otorgó el pueblo. Este pueblo posee derecho de volver a adquirir su antigua libertad o mediante la determinación de un nuevo poder legislativo (el que considere más apropiado) abastecer a su propia protección y seguridad, o sea, al fin para cuyo logro se encuentran en sociedad. Lo que he afirmado aquí en relación al poder legislativo en general posee la misma fuerza referido al supremo ejecutor...³²

Cabe acotar que, en su esquema, no existe delineado un Poder Judicial que quedaba incluido dentro de las facultades residuales del monarca, aunque recomendaba la presencia de jueces para el ejercicio de la función jurisdiccional, que obviamente no consideraba como parte de los poderes de gobierno.

Pero quien elaboró y sistematizó la teoría de la división de poderes fue el Barón de la Brède y Montesquieu, discípulo directo de Locke y del constitucionalismo británico, de los que toma y mejora sus conceptos, sin olvidar ello que es sucesor del tradicionalismo aristocrático del que toma parte de sus pensamientos y de los que no puede desprenderse. En 1748 publicó su célebre obra "L'Esprit des Lois" resultado de veinte años de esfuerzo, según él mismo señala.

El nombre de Montesquieu se halla íntimamente vinculado al principio de la separación de los poderes aunque no tiene, según su obra, exclusiva aplicación en los órganos gubernamentales. Considera a la monarquía como el tipo de gobierno libre y como principio general

³²Locke J.op.cit.,cap.XIX,nro.222.

el que para que no se abuse del poder, "el poder debe reprimir al poder". Montesquieu retoma la trilogía de Locke : poder ejecutivo, federativo y legislativo. Y sin dar explicación de porqué lo hace, cambia el poder federativo por el judicial. Aunque hace desaparecer a su turno a éste, volviéndolo "invisible y nulo", según su propia expresión, con lo cual quedan el ejecutivo y el legislativo, que divide en dos cámaras.³³ Analizando la organización constitucional inglesa, dice textualmente: "En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. La libertad política de un ciudadano, es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro. Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre

³³ conf. Prelot M. "Historia de las ideas políticas", pags. 461/65.

particulares".³⁴

Es menester dejar en claro, desde ya, que el principio que Montesquieu estableció no tiene mucho que ver con la separación de poderes y la existencia como poder independiente del Poder Judicial tal como se entiende en sistemas constitucionales como el nuestro, que siguen la interpretación propia que los norteamericanos hicieron de este principio.

Con todo, ha servido este principio elaborado por Montesquieu para generar una nueva concepción que revolucionó las bases existentes a ese momento. La Revolución Francesa lo tomó y elevó a la categoría de dogma político, con el art. 16 de la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano".

En los Estados Unidos, Madison hizo una interpretación distinta del principio sentado por Montesquieu en la obra "El Federalista", dando origen a un sistema que permitiría un equilibrio en la detentación del Poder que mejor garantice los derechos de los ciudadanos. Las ideas volcadas en "El Federalista" fueron plasmadas en la Constitución norteamericana, y este sistema es el que adoptaron nuestros constituyentes. En este punto, entiendo, muy superior a la propia elaboración de Montesquieu, aunque esta respondía a su realidad histórica, como es lógico, y a lo que resultaba necesario para su contexto, mientras que la formulación de los norteamericanos tenía que ver con la suya propia, por lo que desde ese lugar no cabría juicio de valor alguno.

Madison entendía que lo que Montesquieu quiso expresar

³⁴ Montesquieu, "El espíritu de las leyes", Libro , cap.IV.

como principio fue que, donde todo el poder de un departamento era ejercido por quienes poseían todo el poder de otro departamento, los principios fundamentales de una constitución libre se hallaban subvertidos.. Y sostuvo en el libro XLVIII, de la obra citada, la clave del sistema : " Todo el mundo está de acuerdo en que los poderes propios de uno de los departamentos no deben ser administrados completa ni directamente por cualquiera de los otros. Es también evidente que ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a la administración de sus respectivos poderes. No puede negarse que el poder tiende a extenderse y que se le debe refrenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen. Por tanto, después de diferenciar en teoría las distintas clases de poderes, según que sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial, la próxima tarea, y la más difícil, consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros....¿ Será suficiente con señalar precisamente los límites de estos departamentos en la constitución del gobierno y con encomendar a estas barreras de pergamino la protección contra el espíritu usurpador del poder? Esta es la garantía en que parecen haber confiado de preferencia los redactores de la mayoría de las constituciones americanas. Pero la experiencia nos enseña que se ha concedido a la eficacia de esta providencia un valor que no tiene; y que es indispensablemente necesaria una defensa más adecuada para los miembros más débiles del gobierno y en contra de los más poderosos." Madison consideraba al legislativo como aquél susceptible de poseer más poder y respecto del cual se debían agotarse

todas las precauciones, siendo que el ejecutivo estaría circunscripto en la extensión como la duración de su poder y el judicial tenía su campo demarcado por linderos aún menos inciertos. En mi modesto parecer, no parece que el órgano legislativo tenga reales posibilidades de predominar por sobre el ejecutivo tal como lo señala Madison, siendo aquél el órgano que representa a los distintos partidos y a las distintos estados frente a la posibilidad de tomar decisiones unipersonales por parte del ejecutivo, pero ese autor temía a los desenfrenos de las mayorías, y en otra época histórica muy distinta a la actual donde primaba la concepción de un predominio parlamentario.

Así es que, en ese país, y en los que siguieron el modelo de su constitución, como el nuestro, se estableció una división de los poderes del Estado, pero con un presidencialismo fuerte³⁵ en que el ejecutivo tiene predominio absoluto - primacía que se ha ido acrecentando con los años-, y el legislativo queda, de algún modo, bajo su dependencia. Librando el control de los actos de los otros dos poderes al Poder Judicial, que en ese país ha alcanzado verdadera independencia, para erigirse como guardian de los principios constitucionales.

Como conclusión expresa Madison: "...la sola determinación en un pergamino de los límites constitucionales de los varios departamentos no es suficiente salvaguardia contra las usurpaciones que conducen a la concentración tiránica de todos los

³⁵ ver en especial el tema en el capítulo 5.

poderes gubernamentales en las mismas manos"³⁶

La separación de poderes asume, así, en la experiencia constitucional norteamericana, un significado totalmente opuesto a aquél que había recibido en Europa: el de equilibrio y mutuo control de los poderes en la trilogía clásica. En la relación entre Legislativo y Judicial, es este último el que se constituye en un órgano de reequilibrio del Legislativo mediante la "judicial review" y activo protagonista del proceso de gobierno, ya que le son atribuidas la interpretación definitiva de las normas positivas y de la Carta Fundamental.

Varios pensadores rechazaron la postulación de la división de poderes. Entre ellos, Jellinek, que ya vimos ha sido constructor de la noción de Estado moderno. Pero no hay que perder de vista que su realidad histórica era, otra vez, absolutamente diferente y que es en ese contexto y con el propósito pensado para su momento político es que, sin dudas, elaboró sus críticas, pues nadie puede desprenderse de su realidad contextual política, social y económica, a la hora de formular, aun, teorías de corte público e institucional.

Entendía Jellinek que el fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de este como de una unidad. Un poder dividido supone, para él, el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas (el Estado alemán ha sido uno de los más autocráticos en la época de Jellinek). Sostiene que la elaboración de Montesquieu que transforma la concepción inglesa en su doctrina de tres poderes independientes, que se equilibran mutuamente, conduce a una completa división teórica del Estado en tres

³⁶ Hamilton Madison y Jay "El Federalista", XLVIII, edición en español, pags.210/13.

personas diferentes y trasladando la doctrina a la realidad surgirían dificultades prácticas y doctrinarias, que históricamente han provocado, además, contradicciones difíciles de superar. Para Jellinek, es posible hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes. En la variedad de sus órganos no existe sino un solo poder del Estado. Una primera división legítima sería la que se ha vislumbrado como división de las funciones. La separación de las funciones corresponde a la división del trabajo entre los órganos. Las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. A causa de sus fines jurídicos, tiene el Estado que dirigir su actividad a la implantación y protección del Derecho, actividad que se separa de las funciones que se dan para la afirmación de su poder y el favorecimiento de la cultura. Distingue tres funciones materiales: legislación, administración y jurisdicción. La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones o intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas o dentro de los límites de ésta.

Las funciones materiales están distribuidas entre los distintos géneros de órganos relativamente independientes unos de otros, y la dirección de una gran parte de las cuestiones que corresponden a una función determinada, caen dentro de la actividad del órgano competente. La separación de las funciones correspondería a la separación de los órganos que no puede ser absoluta, por lo ya expuesto. De donde concluye la oposición entre las funciones formales, que son

ejercidas por los órganos legislativo, administrativo y judicial y la materia. Siguiendo esta línea de pensamiento, entiende Jellinek que existe una unión de todas las funciones materiales, especialmente en los órganos de la administración la que, en su sentido formal, tiene un poder reglamentario y de decisión. En vista del primero, participa de la legislación material y por el segundo de las decisiones judiciales. Los órganos legislativos no solo cumplirían aquellas funciones administrativas que están unidas a la legislación en el sentido material y que también toman parte en ciertos actos administrativos cuya autorización solo puede hacerse en forma de ley, así como ciertos actos judiciales. Y los tribunales ejercen actividad administrativa a fin de asegurar el derecho. Si el Estado es el que señala su competencia al legislador, al que administra, al juez, una de las ideas rectoras del Estado, al atribuir la competencia, es que lo que está separado objetivamente debe estarlo subjetivamente; por eso, dice Jellinek, no pueden nunca identificarse subjetivamente las funciones materiales y formales porque si, teóricamente puede establecerse con claridad la línea divisoria, esto no es posible en la vida real.³⁷ De manera que propugna una unidad en el poder y una diversidad de funciones materiales atribuidas y ejercidas por los órganos del Estado (división formal) sin distinción tajante.

Bien ha señalado Heller- en respuesta a esta crítica que hace Jellinek a la teoría de separación de poderes- que no existe contradicción alguna entre la "unidad del poder" (referido al Estado) y la "separación de los poderes" (de los órganos) y que "para que una

³⁷ op.cit.pags.373/75, 456/70

organización permanente e importante disponga de poder, precisa de una permanente división de poderes, es decir, de competencias, con el objeto de combinar las actividades y, por tanto, de una división del poder de la organización entre diversos depositarios de poder, aunque ordenados jerárquicamente. Como, por este motivo, la capacidad de acción del todo no está nunca a la libre disposición de un único sujeto del poder, como existen siempre limitaciones del poder de cada uno de sus depositarios por otros y no se da una omnipotencia social absoluta, solo puede atribuirse, en último término, el poder objetivo de una organización a ella misma, como un todo".³⁸ En realidad, creo que la postura de Jellinek no está tan alejada, ni reñida, respecto de la que sustenta la división de poderes en cuanto a que, desde cualquiera de las posiciones, no puede desconocerse que existe un solo Poder para regir el gobierno del Estado -único e indivisible- y sobre eso no hay discusión, aun cuando terminológicamente se hable de "poder" o de "órgano". De lo que se trata es de delimitar claramente las competencias, atribuyéndolas en forma clara y precisa a cada uno de los órganos o poderes, como quiera que sean llamados, porque eso es lo que permite el mutuo control y equilibrio para evitar los excesos y abusos del poder -del único poder por eso, precisamente, la razón de la división- y el alejamiento del sistema republicano y democrático.

Ahora, la postura de Jellinek en cuanto a que las funciones que denomina materiales no se compadecen con las formales y que no puede efectuarse distinción alguna porque eso atomizaría el poder, sí

³⁸ citado en Martínez Peroni J.L. "Las funciones del poder", en Pérez Gilhou y ota. "Atribuciones del Presidente argentino", pag.166.

puede resultar peligrosa. De igual modo que la distinción que hoy por hoy se hace, como entendiendo superada la doctrina de la separación de poderes, en cuanto a las funciones que ejercerían los tres poderes, en cada ámbito, sosteniendo que no existe una una división clara³⁹. Esto no me parece en absoluto conveniente para una convivencia democrática, sobretodo en referencia al Poder Judicial -y eso es el objetivo de esta tesis-, en países como el nuestro, en que no existe un arraigo verdadero de las instituciones y de los límites reales de cada órgano de gobierno. Ello, si se quiere mantener la fortaleza de aquél como poder independiente. Porque el límite de las funciones de cada poder lo establecerá, así desdibujadas las funciones, o mejor dicho atribuidas indistintamente a cada poder, so pretexto de que los tres despliegan la tríada de funciones (administrativa legislativa y jurisdiccional), aquél que en los hechos es sea más fuerte, en nuestro sistema claramente e históricamente comprobado, el Ejecutivo, que justamente debe estar controlado en la legalidad y legitimidad de sus actos, así como en los contornos del ejercicio del poder, por los otros dos, en especial el Judicial.

Pero mas allá de los límites constitucionales hoy se le quita una porción, mañana otra, en todo lo que signifique controlar su poder y sin que éste pueda defender su función, si el Ejecutivo decide acapararla o modificar los mecanismos de control, como patrimonio exclusivo del mismo. La última década del siglo XX en la Argentina ha

³⁹ en ese sentido, por ejemplo, Loewestein habla de que existiría en realidad "adopción de decisiones", "ejecución de decisiones" y "control de decisiones". Ver más adelante este punto y además, capítulo IV punto 1.

sido demostración palmaria del avance del Ejecutivo no sólo sobre los otros dos poderes sino sobre las garantías de los ciudadanos, muchas veces inconscientes de ello, sustentado en una falta de límites precisos de cada poder -reales no declarados- y de una clara y definida defensa de ellos.

Pero volviendo al tema, otro autor que en su momento también ha repudiado la idea de "separación de poderes" es Kelsen, entendiendo que no existen tres funciones fundamentales del Estado, sino dos: creación y aplicación de la ley, y estas funciones no se encontrarían coordinadas sino sub y supraordinadas. Además de que no sería posible, según él, definir las líneas que separan las funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho tendría un carácter relativo ya que entiende que, en su mayoría, los actos del Estado son al propio tiempo de creación y aplicación del derecho. Como lógico corolario de su postura, otorga preeminencia al órgano legislativo. Aclara que no existe ningún orden legal de un Estado moderno en el cual los tribunales y las autoridades administrativas queden excluidos de la creación de normas jurídicas generales, esto es de legislar y lo que importa es sólo la organización de la función legislativa de acuerdo con la cual todas las normas generales han de ser creadas, bien por el órgano legislativo, bien sobre la base de una autorización de este órgano concedida a otros que son clasificados como órganos de los poderes ejecutivo o judicial.⁴⁰

Kaplan, autor antes referenciado, no considera división alguna en el Estado. El papel del Estado es, para este autor, inseparable

⁴⁰Kelsen, op.cit., pags.318/20.

de quienes efectivamente lo encarnan y operan, es decir, no sólo los dirigentes políticos propiamente dichos, sino también y sobre todo, lo que llama el cuerpo burocrático. El gobierno incluiría dos ordenes de acción: política y administrativa, que se diferencian y asocian en distintos grados. El orden de acción política está situado al nivel de la formulación y ejecución de las decisiones que interesan a la sociedad global y a sus principales divisiones y componente y que se define por el poder. El orden de acción administrativa se sitúa al nivel de la organización y de la aplicación de las decisiones tomadas sobre asuntos públicos, se define por la autoridad, la organización formalmente jerárquica y el sometimiento a reglas relativamente estrictas. Distingue el sector público como el conjunto de actividades institucionales, órganos e instrumentos que integran el Estado o se hallan bajo su control directo y que le permiten intervenir de diversas maneras en el proceso socioeconómico, abarcando el sector público los órganos legislativos ejecutivos y judiciales del gobierno central y de los gobiernos provinciales y órganos dependientes que responden de sus actuaciones ante aquéllos⁴¹

Pareciera erigir al Estado como una entidad que cobra vida propia, es más así lo afirma, y que regula la vida de la sociedad, siendo los órganos administrativo legislativo y judicial meros ejecutores de las políticas que aquél implantaría. Sin embargo, el Estado es no solo el gobierno que regula la vida de la comunidad organizada sino una parte, un elemento de ese Estado, y separable de él, a través del cual la sociedad elige organizarse.

⁴¹Kaplan, op.cit., pag.216