



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Documentos de Trabajo

## **Area de Reforma del Estado**

Introducción a la reforma constitucional de 1994  
y a su influencia respecto del sistema de división de  
poderes

Nº 67

Juan M. González Moras

Departamento de Investigación  
Mayo 2001



## Índice General

<b>Introducción.</b> .....	5
<b>Parte Primera</b>	
Capítulo I.	
Crisis o evidencias.	
I. 1. Teoría del Estado y razón. ....	9
I. 2. Post-modernidad y Teoría del Estado. ....	10
Capítulo II.	
Las palabras y reforma de la constitución.	
II. 1. Discusiones de retaguardia. ....	11
II. 2. Presidencialismo, fonología y reforma constitucional .....	13
II. 2.1. Palabras. ....	13
II. 2.2. Presidencialismo. ....	15
II. 2.3. Atenuación del sistema. Consejo para la consolidación de la democracia. Posibilismo político. ....	15
II.2.4. La Ley 24.309 (llamado a la reforma constitucional), y el consenso .....	17
II.2.5. La Convención constituyente de 1994 .....	18
<b>Parte Segunda</b>	
Capítulo III.	
Sistema de división de poderes. Génesis. Teoría del Estado. Parlamentarismo y Presidencialismo.	
III. 1. Teoría de la división de poderes. ....	19
III. 2. El Estado de Derecho liberal como Estado subsidiario y el principio de separación de los poderes. La filosofía política del modelo. ....	22
III.2.1. El Estado Constitucional de Derecho. Control de la decisión política por el Parlamento. ....	27
III.2.2. Control del Gobierno por el Poder Ejecutivo .....	28
III.3. El modelo presidencialista. ....	29



## Introducción a la reforma constitucional de 1994 y a su influencia respecto del sistema de división de poderes\*

Juan M. González Moras.\*\*

“Esperando que un mundo sea desenterrado por el lenguaje,  
alguien canta el lugar en que se forma el silencio.  
Luego comprobará que no porque se muestre furioso  
existe el mar, ni tampoco el mundo. Por eso cada palabra  
dice lo que dice y además más y otra cosa.” **A. Pizarnik**

### Introducción

1.- Llevar una discusión, que en principio se presenta como *jurídica*, al ámbito de la filosofía-política, o viceversa, parece ser algo cada vez más difícil. Discutir cualquier forma de manifestación jurídica como *expresión cultural*, también. Sucede, a veces, pues, que uno se encuentra sin sitios para dar ciertas discusiones.

Especialmente con el tema que se plantea en este ensayo. Lo jurídico (político) como expresión cultural, en un tiempo y en un lugar determinado: argentina, fin del siglo veinte.

Intentaremos, a pesar de lo dicho, encontrar ese *no-lugar*. Para comenzar, bastará con poner la primera piedra en el camino de lo jurídico-normativo (en realidad, de la visión del universo jurídico como universo normativo); y entonces diremos: el derecho es lenguaje.

Y, en tanto lenguaje o discurso lingüístico, un elemento cultural de importancia creciente. Situarlo, entonces, frente a cualquier tipo de formulación normativa implicará, en una medida creciente, el necesario manejo de ciertos códigos o idiomas.<sup>1</sup>

Considerar al derecho, o a las construcciones normativas que intentan mandar sobre nuestros destinos, como *elemento cultural* tendrá como consecuencia inmediata el enfrentamiento con otras crecientes complejidades. Fundamentalmente, las que derivarán de las necesarias vinculaciones que habrá que realizar entre distintas y diversas formas de conocimiento o expresión culturales, como: filosofía; filosofía política; teoría del estado; economía; antropología; historia; sociología; literatura. El derecho, así, expresará -será canal expresivo- de una forma de pensar, de concebir y entender las tensiones que se produzcan en un núcleo social determinado, en un lugar y en un tiempo, también determinados.

Sin la consideración de estas variables, sin las distorsiones que al cruzarse entre sí provocarán estas formas de *conocimiento* o expresión, sin el convencimiento de la imposibilidad de aprehender sistemas o normas a través de simples normas; no podremos avanzar quizá nunca por este territorio -como mapa de nuestra estructura social; de nuestra conformación como sociedad- que aparece como cada vez más desolado. Por este páramo.

---

<sup>\*</sup>El presente constituye un adelanto de la Introducción y los primeros capítulos del trabajo de investigación que sobre “**La teoría de la división de poderes en la constitución nacional, incidencia de la reforma constitucional de 1994 y potestades legislativas del Poder Ejecutivo Nacional**”, desarrolla su autor en la Universidad de Belgrano.

<sup>\*\*</sup> Prof. Adjunto regular de la materia Derecho Administrativo Parte General de la Universidad de Belgrano.

<sup>1</sup> Esto ha sido citado desde la antropología, de diversas maneras; aunque, como generalización conceptual, podemos citar algunas ideas de **Jan M. Broekman**, quien ha expresado que: “...*La actividad jurídica es una actividad que ha de ser considerada como la realización de actos de habla específicos. En todo enunciado jurídico funciona una visión determinada de la realidad, anclada en estructuras lingüísticas. En toda teoría del Derecho interviene una concepción del lenguaje...*[por ello, lo que debe primar]...*es la concepción del derecho como forma de pensamiento de una cultura y en el seno de una cultura; el derecho es esencialmente un elemento cultural (...)* Esta percepción implica el desafío de pensar el derecho como cultura. Es ir mucho más allá de la mera reflexión sobre los instrumentos jurídicos acordados por los sujetos del derecho. Limitarse a estos es venerar una concepción de la cultura y de la sociedad que subraya la dimensión racional y voluntarística del contrato social...” Ver: **Jan M. Broekman**, “Derecho y Antropología”, Editorial Civitas SA, Madrid, 1993; págs. 18 y sigs.

2.- La teoría del Estado de Derecho contiene una vastedad de problemáticas que, sintéticamente, podríamos decir giran en torno, por un lado, a las concepciones que intentan legitimar el poder del Estado, (la justificación del uso de la coerción, del monopolio de la fuerza, por parte del mismo), y por otro, a las pautas de contención de la arbitrariedad, o del abuso de ese poder conferido al Estado, que implicará una teoría de los derechos.

Ambos términos, legitimación y control, formarían el núcleo del desarrollo en el Estado moderno (del constitucionalismo clásico), del concepto de soberanía. Y será justamente la disputa de este concepto, el de soberanía, entre el Rey y la *Nación*, lo que producirá el tránsito del Estado Absolutista al Estado de Derecho constitucional.

Soberanía es poder de imposición, coacción. La idea de la soberanía está erguida sobre la idea de la muerte. La guerra interna, o externa. Soberanía será entonces, en el umbral del Estado de Derecho, la posibilidad de la paz, fundamentalmente interna (y por el sometimiento de algunos). Como sostiene Martin Kriele: “*Se espera lograr la paz interna mediante la centralización y el monopolio de la fuerza en manos del Estado*”. Pero para que esto sea posible, en lo interno, se requiere la presencia de otra condición: la legitimidad. El nivel necesario de conciencia pública respecto de la libertad, y la justicia del modelo.<sup>2</sup>

La legitimidad será pues el concepto dominante. El cambio en la legitimación del Estado Absolutista al nuevo Estado de Derecho. Utilizando el lenguaje de Bobbio, *la tentativa de construir una teoría racional del Estado*<sup>3</sup>.

La razón ocupará el espacio legitimador vacante. Y ello es así porque la ilustración se configura y desarrolla en torno a la idea de *razón*. La ilustración será ante todo: soberanía de la *razón*: “...se adquirió la convicción de que la realidad natural era algo regulado y ordenado, es decir, racional y, por tanto, racionalmente comprensible (...) Esta Razón, así entendida, necesita para su desarrollo un requisito subjetivo y otro objetivo. El requisito subjetivo...la decisión y el valor para servirse del entendimiento propio sin aceptar la guía de nadie (...) El requisito objetivo es la existencia de la libertad necesaria para que aquello sea posible y la Razón pueda ejercitarse...”<sup>4</sup>

Y esta Razón, como concepto que dominará la modernidad se universalizará a través de una idea: la ley. La legitimación del poder de imposición del Estado sólo se concebirá a partir de la noción de *soberanía de la ley*, la cual implicaba la sujeción del rey a un ordenamiento jurídico que se impondría desde un nuevo sitio: el Parlamento. O el control del poder en manos de la burguesía.

Dijimos antes: soberanía como concepto bifronte que contiene en sí dos momentos que lo definen: imposición (monopolio de la fuerza y coacción delegada por el pueblo al Estado) y legitimación (racionalidad del poder, control de su ejercicio).

Así llegamos a la discusión que nos interesa: la querrela por el control del poder, el intento de racionalizar los modos de su ejercicio. Racionalidad y Teoría de la división de poderes. Que a su vez implicará una teoría de los órganos del Estado encargados (condiciones de la representación política del pueblo soberano), de la producción, ejecución y control de la decisión política (de lo cual será centro la teoría de la legislación, en las variables de: producción, interpretación y aplicación).

3.- No sé que quiere *decir* posmodernismo. Postmodernidad. En realidad, no se bien qué se puede *decir* en el marco de una discusión tan europea como lo es aquella que plantea el fin de la modernidad (¿qué podríamos nosotros plantear, sin incurrir en sutiles copias o ingenuidades, desde un escenario que muchas veces se presenta hasta como pre-moderno?)

<sup>2</sup> **Martin Kriele**. “Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático”. Edit. Depalma, Bs. As., 1980, pág. 81.-

<sup>3</sup> **Norberto Bobbio**. “Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna”. Fondo de Cultura económica, México, 1986; pág. 126.- **Elías Díaz** sostiene en su trabajo “Estado de Derecho”, Filosofía Política II, Edit. Trotta, Madrid, 1996; “*El Estado de Derecho es...una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual...hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, al ampliar el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad; y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás...*”, pág. 64.-

<sup>4</sup> **Carlos de Cabo Martín**. “Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional”. Volúmen II. PPU, S.A., Barcelona, 1993.-

Podría, sin embargo, pensarse que el fin de la *modernidad* (aunque de una modernidad ajena) puede aún cubrirnos con alguno de sus efectos. Y ello seguramente por nuestra tradición cultural del plagio. Del creernos inmiscuidos en situaciones y discusiones lejanas; aquella tradición que nos ha colocado siempre al costado del camino (de ciertos caminos).

Fin de la modernidad que en todo caso quiere decir algo así como el fin de un sueño de omnipotencia: aquella certeza de que la razón era el camino para mostrar, develar, el destino del hombre-humanidad. O, mejor, en el lenguaje de Lyotard, el *metarrelato* como matriz del pensamiento (que hacía imposible los *relatos* parciales de la historia, los relatos no *centrales*).

Razón que era omnipotente en tanto realizaba una (cualquiera) cosmogonía de tipo determinista. Indicaba aquello que iba a suceder fatalmente; aquello que significaría el indefinido progreso de la humanidad. El pensar, la filosofía, crearía y confrontaría "sistemas" cerrados, necesariamente coherentes (nuevamente, metarrelatos), que darían lugar a la construcción de una historia única, de una única realidad posible. De una idea de progreso.

Ahora bien, esa idea de la historia (y por ende esa idea de progreso), ha fracasado: "...la modernidad deja de existir cuando -por múltiples razones- desaparece la posibilidad de seguir hablando de la historia como una entidad unitaria. Tal concepción de la historia, en efecto, implicaba la existencia de un centro alrededor del cual se reúnen y ordenan los acontecimientos...más específicamente como una concatenación de las vicisitudes de las naciones situadas en la zona 'central', del occidente, que representa el lugar propio de la civilización...La crisis de la idea de la historia lleva consigo la crisis de la idea de progreso: si no hay un decurso unitario de vicisitudes humanas, no se podrá ni siquiera sostener que avanzan hacia un fin, que realizan un plan racional de mejora, de educación, de emancipación..."<sup>5</sup>

Esta imposibilidad impuso al tiempo la condición de un permanente presente. Quitó profundidad al tiempo, en sus entrañas de pasado y futuro. Cambió profundamente el sentido de la realidad, que ya no será más unívoca.

Entre los muchos motivos que se reconocen como disparadores de esa condición de realidad posmoderna, de la disolución de los puntos de vista centrales, se ha puesto en el centro al nacimiento -y desarrollo- de los medios masivos de comunicación. Dice Vattimo, en este sentido: "...el mundo de la comunicación generalizada estalla como una multiplicidad de racionalidades 'locales' -minorías étnicas, sexuales, religiosas, culturales o estéticas...- que toman la palabra y dejan de ser finalmente acallados y reprimidos por la idea de que sólo existe una forma de humanidad verdadera digna de realizarse, con menoscabo de todas las peculiaridades, de todas las individualidades limitadas, efímeras, contingentes..."<sup>6</sup>

Menos optimista que Vattimo, aunque reconociendo las posibilidades que trae consigo esta visión *liberadora de la diferencia*, entiendo que esta "nueva realidad" (que implica la multiplicidad de realidades coexistentes), sin la *autoconciencia* social necesaria de los cambios operados, puede desembocar -y de hecho es lo que está sucediendo- fácilmente en el vértigo: en un caos de los sentidos. Autoconciencia, digo, como forma del *darse cuenta* de la propia condición, como forma de establecer a su vez un *repliegue sobre uno - que implicará a la propia cultura-* que potencie esa posibilidad de liberación.

<sup>5</sup> Gianni Vattimo. "Posmodernidad: ¿Una sociedad transparente?", en VVAA, "En torno a la posmodernidad", Anthropos, Barcelona, 1994; págs. 10 y 11.-

<sup>6</sup> Gianni Vattimo. Ob. cit, pág. 17. Expresa este autor: "...en la sociedad de los medios de comunicación, en lugar de un ideal de emancipación modelado sobre el despliegue total de la autoconciencia, sobre la conciencia perfecta de quien sabe cómo están las cosas (bien sea el Espíritu Absoluto de Hegel o el hombre liberado de la ideología como lo concibe Marx), se abre camino un ideal de emancipación que tiene en su propia base, más bien, la oscilación, la pluralidad y, en definitiva, la erosión del mismo 'principio de realidad'. El hombre de hoy puede finalmente llegar a ser consciente de que la perfecta libertad no es la de Spinoza, no consiste...en conocer la estructura necesaria de lo real para adecuarse a ella....Nietzsche...ha demostrado que la imagen de una realidad ordenada racionalmente sobre la base de un principio (tal es la imagen que la metafísica se ha hecho siempre del mundo) es sólo un mito 'asegurador', propio de una humanidad todavía primitiva y bárbara: la metafísica es todavía un modo violento de reaccionar ante una situación de peligro y de violencia; trata, en efecto, de adueñarse de la realidad con un 'golpe de sorpresa', echando mano...del principio primero del que todo depende..." pág. 16.-

Lo contrario, es decir, la ausencia de lucha por la reinversión del *yo* constitutivo del sujeto (individual y colectivo) en la historia, nos privará de todo ello y nos someterá más crudamente a la náusea de la también llamada aldea global. El límite nos llevará, pues, a la pregunta: *¿Vivimos presos de la heterogeneidad de juegos de lenguaje o abiertos a la libre discusión y comunicación?*. Esto es: la crítica posmoderna necesita aún de *sentidos* que la hagan posible. De razones, de conceptos. El abandono en este sentido de la racionalidad, significará la imposibilidad misma de la autoconciencia de su liberación de los *metarrelatos*.<sup>7</sup>

Vivimos en medio de dos corrientes o flujos contrapuestos, por un lado está la “globalización” cultural, implicada en la posibilidad de la comunicación del mundo *en tiempo real* (aunque virtual), y por otro, la necesidad de autoafirmarnos en una identidad, para no perdernos definitivamente en medio de las redes virtuales que trazan la morfología de ese poder.

La no articulación de estas dos realidades hace que cada vez nos alejemos más de nosotros mismos, en la suposición de que el pasado no debe repetirse, y en la incerteza que produce la no discusión del presente (que implica el traslado de las tensiones hacia un futuro incierto).

El vértigo, pues, significa hallarse perdido (fuera de la historia) entre construcciones o instituciones sociales que siguen existiendo, pero que han perdido su sentido único originario. Y pienso que esto es hoy el posmodernismo en tanto “algo que-nos-está-sucediendo”. Domina en estos días un pragmatismo que desconoce fronteras en los antiguos *principios*, pero que funciona a partir de esta carencia.

Ahora bien, dijimos antes: derecho es lenguaje; sistema normativo como sistema lingüístico; como idioma para iniciados. Y, también, posmodernidad. Diremos, ahora, que uno de los principales conflictos implicados en esa *posmodernidad*, es el problema del lenguaje.

Problema que podría pensarse como atravesado por la necesidad de emprender una tarea de resignificación del lenguaje, a partir de una exhaustiva búsqueda de sentido. (Y esto frente a los discursos racional-deterministas -iniciados con la modernidad, que han quedado reducidos en la mayoría de sus formas expresivas, a cierta retórica).

Ello implicará, necesariamente, una mirada muy severa hacia nuestro propio lenguaje. Por lo que no podrán (por vía de principio) darse por conocidos, por supuestos, los *significados*. Es un tiempo, en definitiva, que necesita (y, esto sí, como una cuestión de simple supervivencia) volver hacia lo elemental de los sentidos, hacia lo obvio y lo evidente; porque los grandes *sistemas* de la modernidad, se han abierto.

Cuestionamiento de lo obvio. Para ubicarnos, de una vez, frente a la creciente superficialidad en los discursos, a la *fragmentación* que produce el lenguaje propio de la comunicación masiva.

El desarrollo *discursivo* de la reforma constitucional de 1994 será, en esto, paradigmático. Y encerrará, en sí, una gran crisis de modelos de discusión política.

Ello, pero también más; porque ese modelo de discusión política estará imbricado (enmarañado) en medio de una serie de nuevos *mitos nacionales*, legitimantes tanto de las políticas oficiales como de las opositoras. Mitos (en tanto ideas-fuerza; legitimadoras; en tanto iconografía movilizadora; lenguajes ambiguos e *incluyentes* hacia...; fuerza aglutinadora de lo desperdigado que no encuentra su quicio; fuerza también, *paralizante*) que podrían ser resumidos en tres ideas:

- **La pacificación nacional, en la era de la transición democrática** (que conllevó la imagen de la unión de los opuestos, y por ende de la superación de las diferencias, a saber: leyes de obediencia debida y punto final, indultos; desaparición del sindicalismo como fuerza aglutinadora del movimiento obrero-clasista; Pacto entre peronismo y radicalismo; pacto de Olivos; consenso; racionalidad partidista frente a pasión

---

<sup>7</sup>José María Mardones. “El Neo-conservadurismo de los posmodernos”, VVAA, En torno a la Posmodernidad, ob. cit. ,pág. 25.- “...hay una inconsecuencia en el mismo pensamiento posmoderno que salta por encima de sus afirmaciones. Su propia actitud crítica con la razón ilustrada y el proyecto moderno sólo se sostiene en la posibilidad de una crítica de lo existente desde algún supuesto que sostenga la crítica y hasta la incipiente utopía posmoderna. De lo contrario, no hay posibilidad de crítica alguna, quedamos presos de lo existente y no podemos distinguir entre un atentado en el Líbano o el País Vasco y las reivindicaciones ecologistas y feministas.”

o ideología; visión de los límites ideológicos -o principios- como recuerdos de un pasado tenebroso y olvidable; olvido frente a la memoria; corte en la historia; despolitización de la política).-

- **La globalización** (llevada de la mano de la economía hacia la cultura; del entramado económico-financiero mundial a lo local; es decir: economización de las formas de gestión y desarrollo culturales locales; de las formas de relacionamiento *entre* culturas; resignificación del concepto de identidad -como noción alejada de toda idea de nacionalidad-; alejamiento del interior, de su ritmo y tradición, privilegiando las relaciones *hacia* afuera; resignificación cultural de los medios masivos de comunicación; redimensionamiento del aparato mediático; justificación de los choques culturales a través de la idea de *culturas híbridas...*; conformación del *modelo* económico-cultural que nadie se atreverá a desafiar).-

- **La Reforma del Estado** (o: alineamiento económico a escala mundial; o: privatizaciones; desregulación económica -aunque sólo en un sentido, pues de los monopolios estatales o paraestatales, se pasará a la regulación de *exclusividades* de gestión, o monopolios privados; especialmente en materia de servicios públicos-; "apertura" hacia una economía de mercado; racionalización de las formas de gestión de la administración estatal, en cualquiera de los ámbitos de actuación del poder público, aunque más precisamente de la administración pública nacional; reforma constitucional: atenuación del presidencialismo; reconocimiento de derechos -individuales y colectivos- a través de la incorporación de Convenciones de derechos humanos, civiles y políticos; *fortalecimiento* del federalismo a través de la jerarquización de la figura de la "región"; integración regional: mercosur, ALCA; *modernización* de la legislación laboral y sindical; reforma del sistema educativo -pre-universitario y universitario-; pragmatismo; conformación del *modelo*; etc.).

Podría decirse que la totalidad de las políticas -y expresiones culturales de la argentina de fin de siglo- están vinculadas, en cuanto a su legitimación, con alguna de estas nociones o *ideas-fuerza*. El problema estará en el contenido de cada una de ellas. Pues ellas, creo, no *consisten*. Por ser fruto y estar inmersas en un gran corte en nuestra historia; por ser parte de un tiempo en el que nos hemos *salido* de la historia.

Este ensayo intentará reincidir en un tipo de discusión que pareciera haberse extinguido. Discusión del poder en cuanto a su legitimación y control. Discusión de una teoría de división de poderes, y de su constitucionalización. Discusión de la reforma, constitucional, de esa teoría de división de poderes. De las condiciones y supuestos que desde una teoría del Estado le han servido de base o apoyo. Reincidencia ésta, en fin, que será insistencia y, luego, resistencia.

## I. Teoría del Estado y razón.

1.- La discusión de la teoría de la división de poderes, en cualquiera de las variables en que pueda ser pensada, implica la discusión de una teoría del Estado.

La división de poderes entendida, pues, en términos funcionalistas, deviene una pieza o elemento dentro de un sistema, un esquema mayor.

La decisión, por otra parte, de entender a la teoría de la división de poderes como subsistema de la teoría del Estado, implica la necesidad de buscar en ella puntos de contacto o apoyo.

2.- Ahora bien, dejemos en claro esto: no se podrán tratar exhaustivamente los muchos elementos que contiene una teoría del Estado; aunque, partiendo de uno de sus subsistemas, llegaremos a tocar varios puntos imprescindibles de la misma. Y, por lo tanto, de alguna manera, desarrollaremos una investigación *propia* de una teoría del Estado.

Más concretamente, vamos a desarrollar una temática propia de una teoría del Estado que, como adelantáramos, pareciera estar siendo atravesada por una sensación de abismo: modernidad y posmodernidad. O mejor: trataremos simplemente de explicar todavía conceptos del llamado Estado de Derecho (esencialmente racional y moderno), en un tiempo que se presenta plagado de incertezas, de inesencialidades.

Dicho esto, re-propondremos: la teoría del Estado de Derecho contiene una vastedad de problemáticas que giran en torno, por un lado, a las concepciones que intentan legitimar el poder del Estado, (la justificación del uso de la coerción, del monopolio de la fuerza, por parte del mismo), y por otro, a las pautas de

contención de la arbitrariedad, o del abuso de ese poder conferido al Estado, que implicará una teoría de los derechos.

3.- La pregunta, luego, a responder será: ¿qué ha quedado de aquella racionalidad en que se basó la construcción de esta teoría en todos sus elementos?

## I. 2. Post-modernidad y Teoría del Estado.

1.- No vamos a entrar sin embargo a discutir la post-modernidad (por la falta de pertenencia que sentimos en esta discusión). Sólo enunciaremos algunos de los problemas más característicos de este tiempo, tratando de poner en un con-texto la problemática de la teoría del Estado.

Más aún cuando lo que se denominó post-modernismo no está siquiera mensurado, no tiene límites; siendo algo que se concibe sólo como algo que ha ocurrido, y que sucede. Que en definitiva tiene un sin fin de raíces, y casi ninguna explicación cierta. Y esto en alguno de los muchos aspectos que la filosofía crítica del siglo XX ha puesto de manifiesto.

Pero hay síntomas de que, respecto a las tradiciones (políticas y filosóficas) de la modernidad algo-está-sucediendo; domina en estos días un pragmatismo que desconoce fronteras en los antiguos *principios*, y que funciona a partir de esta carencia.

Esto impacta fuertemente en el sistema jurídico que se invoca al decir: Estado de Derecho. Impacta en la interpretación de sus principios elementales y fundacionales, y por consiguiente en su devenir. En su estar-siendo, que ignora ya metas precisas.

2.- El concepto de soberanía (a partir de la globalización cultural y la pérdida de centralidad de la idea de Estado-nación a manos de las integraciones regionales, del derecho comunitario) es uno de los desarrollos de la modernidad que más embates ha sufrido, arrastrando en su decadencia a la misma idea de Estado nación.<sup>8</sup>

La idea de poder contenida en ese concepto bifronte de soberanía, y que se había encarnado en un tipo de Estado que hemos llamado Estado liberal de derecho, comenzará a tornarse difusa en manos de los órganos del Estado. Comenzará a producirse un traslado de esa soberanía hacia lugares para-estatales, tanto intranacionales como internacionales.

---

<sup>8</sup> **Gustavo Zagrebelsky.** "EL derecho dúctil. Ley, derechos, justicia." Editorial Trotta, Madrid, 1995; "...Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental. En el siglo pasado conoció su apogeo y su culminación en el "Estado de fuerza", pero también el comienzo de su declive, determinado por los principios políticos del liberalismo y de la democracia contra los que se sublevaron los regímenes totalitarios de nuestro siglo en un trágico intento de restauración (...) La noción básica del derecho del Estado, sea en su vertiente interna (el derecho público interno) o en la externa (el derecho público externo o internacional) era, por lo tanto, la soberanía de la "persona" estatal. Hoy, sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de "contextos" que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen (...) Estos factores demoleedores de la soberanía, cuya fuerza había sido amortiguada, al menos en parte, por las exigencias de cohesión derivadas del conflicto entre Este y Oeste, justifican hoy, quizá con nuevos motivos, la oración fúnebre del *ius publicum europeum*, como construcción conceptual del Estado moderno y de sus atributos soberanos..." ob. cit. págs. 10-11-12.-

Esto hará que la estructura pensada y creada para ese Estado nación se encuentren vencidas, y den lugar a serios conflictos en el orden de su incongruencia formal-material. Esto es, se relativizan los elementos que conformaban el "sistema" estatal; en tanto sistema cerrado que necesita coherencia.<sup>9</sup>

Lo que tendrá una sensible influencia en lo que es la materia del presente estudio: el control del poder a través de la teoría de la división de poderes constitucionalizada. Y, en especial, sobre las condiciones en que se accedió a la reforma constitucional de 1994. Por el caos de los sentidos que encontraremos en ella.

3.- No interesa tanto, pues, posicionarse frente a la posmodernidad (en el sentido de tener que aceptarla o no, de tener que declararse o en estado *posmoderno*), sino más bien, no esquivar la mirada a las transformaciones político-culturales operadas en lo que va del siglo XX.

No se trata de la muerte de las ideas o el fin de la historia. O, acaso, el fin de las ideologías. Se trata de observarse en medio de los profundos cambios que se han operado, y que obligan a nuevos planteos; los problemas necesitan no ya tantas respuestas, sino más bien nuevas preguntas.

Se trata de tomar este tiempo en que la filosofía política (especialmente la filosofía política que pone en el centro al pluralismo como nueva condición que corroe las estructuras *modernas* del Estado), y la política están atravesadas por esta condición relativista.<sup>10</sup>

Las preguntas que se imponen darán lugar a nuevos conceptos, que en tanto conceptos (y no por nuevos), darán lugar nuevamente a la filosofía. Y, traspolando ideas, será para los conceptos como para las imágenes; como ha propuesto Jean L. Godard: *no una imagen justa; sino justamente una imagen*. Crear entonces para vivir.

## II. Las palabras y la reforma de constitucional de 1994.

### II. 1.- Discusiones de retaguardia.

1.- Sostendremos la necesidad de dar la discusión filosófico-política que propuso, pero que definitivamente nunca efectuó, el movimiento que condujera a la reforma constitucional de 1994.

Es decir, pretenderemos argumentar en torno a la reforma del sistema de división de poderes efectuado por la Convención constituyente, dentro de los límites que impone un sistema cerrado de conceptos, como lo es el de la teoría del Estado de Derecho. Y esto, aún a riesgo de instaurar una disputa o discusión de retaguardia.

<sup>9</sup> **Pierre Pescatore**. Derecho de la Integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. INTAL, Bs. As., 1973. Págs. 4 y 5.- "(...) Debemos tener conciencia de que vivimos el comienzo de un proceso que arremete contra categorías de pensamiento establecidas desde hace siglos, que trastorna ideologías políticas profundamente arraigadas, que afecta intereses poderosamente organizados. Es preciso darse cuenta de ese carácter aún incoactivo y, por eso mismo, todavía intencional en ciertos aspectos, del proceso de integración. Es preciso abarcar un amplio campo de perspectiva para ver de donde venimos...y, sobre todo, para comprender el potencial de porvenir que contienen esas nuevas formas de relaciones internacionales. Esa apertura respecto del pasado y del porvenir nos permitirá situar mejor nuestras realidades contemporáneas que, a modo de germen aún sigiloso, pueden prefigurar las formas que predominarán mañana (...) Estamos viviendo, en la evolución de las estructuras internacionales, los comienzos de una transformación comparable a la que aportó, en la vida del Estado, hacia fines del siglo XVIII, la introducción de la doctrina llamada de la 'separación de los poderes'. Así como en la doctrina de la separación de los poderes está el principio del Estado Constitucional y democrático moderno, así también las nuevas concepciones estructurales puestas en marcha en el marco del derecho de la integración bien podrían estar en el principio de una transformación no menos profunda de la sociedad internacional".

<sup>10</sup> **Gilles, Deleuze**. En "Conversaciones". Edit. Pre-textos; Valencia, 1995; pág. 53 y sigs.- Este filósofo expresa su visión acerca de la supuesta caída de los "sistemas" filosóficos, y los desafíos que impone esta época de incertezas, en estos términos: "...Los sistemas no han perdido nada de su fuerza vital. Asistimos hoy día, tanto en las ciencias como en la lógica, al comienzo de una teoría de los sistemas llamados abiertos, fundados en interacciones, que rechazan únicamente la causalidad lineal y que transforman la noción de tiempo (...) Un sistema es un conjunto de conceptos. Un sistema abierto es aquel en el que los conceptos remiten a circunstancias y no ya a esencias. Pero, por una parte, los conceptos no están dados o hechos de antemano, no preexisten: hay que inventar, hay que crear los conceptos, y se requiere para ello tanta inventiva o tanta creatividad como en las ciencias o en las artes. Crear nuevos conceptos que tengan su necesidad, tal ha sido siempre la tarea de la filosofía. Y es que, por otra parte, los conceptos no son generalidades que se encuentran en el espíritu de la época. Al contrario, son singularidades que reaccionan frente a los flujos ordinarios de pensamiento: se puede perfectamente pensar sin conceptos, pero sólo cuando hay conceptos hay verdaderamente filosofía...".-

Ello en los términos del filósofo Gilles Deleuze quien, a propósito de la discusión en torno a ciertas construcciones de la modernidad, dijo: "...se trata de instituciones en crisis. Y si están en crisis, las luchas relativas a ellas son ya luchas de retaguardia..."<sup>11</sup>

2.- Porqué hablaremos en este caso de crisis, o de luchas o discusiones de retaguardia: por la falta de sentido de la defensa de un orden, un sistema (subsistema de la teoría del Estado), que en sus puntos referenciales más trascendentes, aparentemente, ha dejado de ser.

La falta de sentido de la defensa de un orden en los términos, o con el bagaje argumental propio de ese orden. Es decir, cuando se desarticula en sus elementos constitutivos un sistema dado, termina siendo inútil la defensa o ataque a ese sistema a partir de la utilización de los mismos elementos.

Esto deviene inevitablemente en una discusión basada en un deber ser que ha dejado de ser. Deviene entonces en una discusión formal, enmarcada en un estricto positivismo jurídico lógico-formal.

Discutir las normas fundantes de un sistema, como lo es el de la división de poderes, en esos términos, resultará entonces, a la luz de la reforma constitucional producida, una lucha de retaguardia. Una lucha de espectros. Algo que responde a preguntas verdaderamente no formuladas.

3.- Desde el retorno de la democracia en el año 1983 puede decirse que el país transitó a tientas por las aguas de una indeterminada pero permanente *emergencia* pública estatal, que tiñó todos los actos del Estado, y llevó a un desbalanceo *político* muy pronunciado de la división de poderes en manos del Poder Ejecutivo Nacional.

Aún así, con anterioridad a la reforma constitucional, cabía todavía la posibilidad de una discusión *formal* del sistema de división de poderes (atravesado en nuestro caso por el presidencialismo) o del ejercicio del poder por cada uno de los sujetos estatales involucrados, y sobre el funcionamiento de los llamados *frenos y contrapesos* entre los mismos.

Discusión, decíamos, formal, en tanto sus límites eran formales: se disputaban los términos de la legalidad, o de la adecuación de los comportamientos políticos concretos a los márgenes de legalidad, adoptados por nuestra constitución originaria.

Y decimos discusión formal, fundamentalmente por la evidente falta de sustantividad de los planteos referidos a la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo "legislara", cuando la casi totalidad de la llamada reforma del Estado se llevaba a cabo a través del dictado de decretos-leyes (fueran técnicamente decretos de necesidad y urgencia o reglamentos delegados).

Discusión, formal, que fuera resuelta en esos términos por la Corte Suprema a partir del año 1990, a través de su fallo en la conocida causa "Peralta...", donde se aclararon perfectamente cuáles eran los alcances actuales de la vertebración constitucional de la teoría de la división de poderes: *frente a la emergencia, que por otra parte es pública y notoria, y no es por otra parte tratable por la Corte, atento su carácter político y no justiciable, cabe pensar a la constitución, y a su sistema, de manera flexible o elástica: o más bien, cabe justificar la transgresión del Poder Ejecutivo teleológicamente: aunque no tenga facultades para legislar, lo correcto es evitar el mal mayor.*

Lo que, en realidad, significó en su momento no dar ninguna explicación o justificación en términos de una "interpretación" -cualquiera- del sistema de división de poderes que estaba en juego. Una convalidación formal, que tendría lógicamente efectos sustanciales, y que marcaría el momento de reiniciar la discusión -momentáneamente abandonada- acerca de los males del presidencialismo en nuestro sistema de gobierno.

4.- Se retomarían así los debates emplazados en torno al "Consejo para la Consolidación de la Democracia", aunque todavía sin miras de poder ser re-emplazados en el foro de una reforma constitucional.

---

<sup>11</sup> Deleuze, Gilles. En "Conversaciones". Edit. Pre-textos; Valencia, 1995; pág. 273.-

Esto hasta el Pacto de Olivos. A partir de allí, la reforma y los gestos desesperados que tratan de señalar que se le ha ganado una batalla al presidencialismo: la gran excusa del principal implicado en el pacto. El botín de guerra o la contrapartida, aquello que se sacaba como rédito político de la suma de puntos atados que quedaron luego de Olivos; la atenuación del presidencialismo a través de la incorporación a la constitución de algunas piezas fundamentales: el Jefe de Gabinete de Ministros, y la reglamentación de los decretos delegados y de necesidad y urgencia.

Comenzará a sobrevolar desde entonces esa frase, la *atenuación del sistema presidencialista*. Llamada desde entonces, idea-fuerza de la reforma.

Comenzará a rondar los discursos y las disputas en los recintos de la Convención constituyente. Comenzaría a saturar los oídos de los que aún escuchaban.

Qué quedaría de aquella idea-fuerza luego de acabado el estruendo de la reforma, (el estruendo de estar llevando a cabo la reforma y hablar todos a la vez sin poder decir demasiado, discutir todos a la vez, pero encimados o ensimismados); qué quedaría, sólo lo resolvería, en principio, el tiempo.

El tiempo en que se pusieran a prueba los mecanismos de control del "presidencialismo", los nuevos mecanismos de control, incorporados por la reforma. El tiempo en que se pusiera a prueba el nuevo protagonismo del Congreso de la Nación.

Quizá pretendamos adelantarnos a ese tiempo, y discutir ahora qué ha quedado de aquella idea-fuerza.

Y todo porque acaso el futuro llegó hace rato.

## II. 2. Presidencialismo, fonología y reforma constitucional.

### II. 2.1. Palabras.

1.- Dije que la reforma constitucional utilizó la siguiente frase: atenuación del sistema presidencialista. Diré ahora: este fue el principal *slogan* de la reforma constitucional.

Podríamos incluso hablar de la construcción del sentido de la frase en términos de una determinada *fonología* política, que implica una suerte de oscurantismo. Y para ello deberemos acercarnos luego a su construcción en tiempos del "Consejo para la Consolidación de la Democracia."<sup>12</sup>

Pero antes debemos expresarnos en el sentido de que uno de los principales problemas implicados en la posmodernidad de la que hablábamos anteriormente es el problema del lenguaje. De la necesidad de la creación de lenguajes nuevos que posibiliten la expresión de nuevos conceptos, y hagan posible así tanto la filosofía como la política.

Y esto por la creciente necesidad que existe en cuanto a la diferenciación de las ideas con respecto a las matrices ideológicas tanto de izquierda como de derecha. La necesidad de diferenciarse de ellas, de bajarse de los dogmas de la filosofía política, implica un nuevo lenguaje que procure no establecer guiños con las categorías con las que no se quiere *transaccionar*.

Todo ello implica la necesidad de resignificar el lenguaje, a partir de una exhaustiva búsqueda de sentido. Se intentará así regresar del viaje metafísico (y racional) iniciado por la modernidad, el cual ha quedado reducido en la mayoría de sus formas expresivas a cierta retórica.

---

<sup>12</sup> Ver para ello el ensayo de **Esteban Rodríguez**. "El idioma del menemismo; pequeña fonología de la política"; en "el ojo de la mosca", cuadernillo de la revista La Grieta, N°1.

Las palabras son así, muy importantes. El discurso que ellas encierren dependerá de alguna manera de su justeza y exactitud. Ellas, si son las palabras exactas, como sostuvo Raymond Carver, pueden tener el poder de los actos.<sup>13</sup>

2.- Ahora bien, esa es la postulación de una verdadera búsqueda. De un gran desafío para el hombre. Y es por ello que implicará una mirada muy severa hacia nuestro propio lenguaje. No pueden ya darse por conocidos, por supuestos, los significados. Los contenidos. Es un tiempo, en definitiva, que necesita (y como una cuestión de simple supervivencia) volver hacia lo elemental de los sentidos, hacia lo obvio y lo evidente; porque, como quedó dicho, los grandes "sistemas" de la modernidad, se han abierto. Y han provocado una gran crisis de sentido.

Como también han provocado una gran superficialidad en los discursos, fundamentalmente a partir de la *fragmentación* producida a partir de la comunicación masiva. Fragmentación de los discursos, discursos como imágenes fragmentadas, sin una coherencia necesaria. Espacio plano (pantalla plana) de los discursos que quita profundidad o cuerpo a esas imágenes. Falta de relieve que en materia política implica fundamentalmente estar, como ya lo expresáramos, *fuera de la historia*.

Es por ello también que el mismo escritor, Raymond Carver, en el umbral mismo de su escritura, publicaría un libro de relatos llamado: *¿De qué hablamos cuando hablamos de amor?*. El sentido del título (y su advertencia) es muy claro: todos hablamos de alguna manera acerca del amor, todo el tiempo estamos hablando de amor pero, ¿realmente sabemos de qué estamos hablando? La razón, el sentido unívoco de las cosas, ha quedado, nos guste o no, atrás. Por lo que deberá retomarse la tarea de *dar sentido*, de crear conceptos<sup>14</sup>.

3.- Bien, ahora debemos decir que en el caso de los discursos que se desarrollaron en torno a la reforma constitucional, y especialmente en torno a la cuestión del sistema presidencialista, se operó de una manera totalmente alejada de la superficie *modernista* en que se intentó dejarla enmarcada.

Y esto por lo que decíamos: la gran batalla ganada al poder. Al espectro omnipresente del Poder Ejecutivo. Es decir, derechos (derechos especificados, nuevos derechos, mayor control, protagonismo del Congreso, independencia del poder judicial, Amparo, ambientalismo, autonomías municipales, fortalecimiento del federalismo, etc.), contra el poder.

En estos términos se planteó desde un comienzo la disputa de la constitución. Hasta el cansancio se pronunciarían las mismas palabras, durante todo el tiempo se darían por sabidos -entendidos, comprendidos socialmente- los mismos conceptos. Y esta claro: si la lucha es emplazada como una disputa franca a un poder *tirano* y casi incontrolable, bastará con nombrar, hasta que se hagan carne y ya no llamen la atención, ciertas palabras mágicas (ciertas ideas-fuerza). Así tendremos: *atenuación del presidencialismo*. Nunca, entonces, se discutirá verdaderamente su significado.

Porque, ¿qué se expresa cuando se dice "presidencialismo" o "modelo presidencialista"? ¿Qué se intenta dar por entendido al decir "presidencialismo hipertrofiado"? ¿Es posible responder estas preguntas de manera general, o sea, desvinculándolas del sistema en particular al cual van dirigidas, del sistema que se pretende reformar?

¿Es realmente posible pensar en reformar (mejorar) un sistema tan complejo como el que implica el presidencialismo, sin saber concretamente (en la *historia*) de qué se trata?

¿Es posible que el resultado de una operación en esos términos no termine *fragmentando* el esquema que articula en la Constitución (desde 1853) poder y derechos?

<sup>13</sup> "...para que los detalles sean concretos y transmitan significado, el lenguaje tiene que ser exacto y usado con precisión. Las palabras podrán ser tan precisas que suenen opacas, pero de todas maneras significan; si se las usa con cuidado pueden producir todas las notas." **Raymond Carver**. "La vida de mi padre. Cinco ensayos y una meditación.", Grupo editorial Norma, Colombia, 1995, pág. 43.-

<sup>14</sup> Volvemos en esto a **Deleuze**, "...Creo, en cualquier caso, que el pensamiento filosófico no ha tenido nunca como hoy un papel tan decisivo que desempeñar, cuando asistimos a la instalación de todo un régimen -no solamente político, sino cultural y periodístico- que es una ofensa para el pensamiento...", *ob. cit.*, pág. 54.-

Esta forma de conducirse frente a las necesidades del presente (en el caso la disputa del modelo presidencialista al Presidente), implicará una verdadera *cultura* del presente. Nuevamente, posmodernidad. O mejor: vértigo ante la falta de relieves, de pliegues donde reconocerse; ante el páramo de las ideas.

4.- Será muy claro, en ese sentido, el filósofo Horacio González al describir esta manera de pensar el presente: *"...me parece que la idea de espectros del menemismo supone el deseo directo de hablar del presente, pero tomando al presente como 'eso' de lo que tratamos de hablar. Es decir que en el mismo acto de hablar contundentemente de él siempre nos falta algo; y eso que nos falta no es el apoyo de la historia anterior que un buen historiador nos podría aportar. El presente es efectivamente la incerteza de nuestros días y es además el sentido oblicuo, múltiple y casi siempre multidireccional que tienen todas esas transacciones sometidas casi siempre a regímenes de paradojas: hacemos cosas con tal sentido, y el sentido finalmente se produce es otro. Esas expectativas frustradas son propias del orden del presente. Por eso estamos hablando en términos del presente...Estamos hablando con los conceptos del diario. Y hay una especie de felicidad al hablar con los conceptos del diario, porque la felicidad es aquella que nos permite compartir los conceptos que aparecen en la superficie del presente. No precisamos rescatarnos y separarnos del presente diciendo: 'queremos conceptualizar'..."*<sup>15</sup>

¿Cómo pensar, pues, en estos términos una discusión constitucional? ¿Cómo hablar cuando hablamos de presidencialismo? ¿De qué hablábamos cuando hablábamos de presidencialismo?

## II. 2.2.- Presidencialismo.

1.- Ante todo, hay que ser en esto claros, cuando se dice "presidencialismo" no se está haciendo referencia, en principio, a otra cosa que no sea una determinada forma de organización del gobierno de un Estado.

El "presidencialismo", es una técnica división, de aplicación de la teoría de división de poderes o funciones en el Estado. Es una forma o manera en que se intenta, en el marco de la organización política de un Estado dado, y por circunstancias relativas al mismo y su conformación cultural, contener o controlar el ejercicio del poder por parte de sus detentadores.

Esto quiere decir que al decir "presidencialismo" podemos representarnos algunos rasgos característicos y elementales de la forma de distribución del poder en manos de algunos órganos también característicos, y distinguibles de otras formas de gobierno.

De esta manera, se encontrará -al decir presidencialismo- la existencia de determinada dinámica en la gestión de gobierno, propia de la particular relación que se establece entre el poder Ejecutivo y el Legislativo.

2.- Pero lo que debe quedar claro, si en términos de sistemas hablamos, es que decir "presidencialismo", no implica de por sí la existencia de una situación de supremacía del órgano ejecutivo por sobre los demás poderes. Esto puede darse o no, y depende de la particular estructuración que se haga del sistema.

Por ello, no puede partirse al hablar de presidencialismo, de un supuesto teórico patológico. Para arribar a él, es decir, para poder concluir que un sistema "presidencialista" cuenta con un órgano ejecutivo que, por el cúmulo o características de los poderes conferidos, desbalancea el sistema de división de poderes -en el sentido del equilibrio- debe analizarse el supuesto en particular, y en el marco de su propio sistema.

## II. 2. 3. Atenuación del sistema. Consejo para la consolidación de la democracia. Posibilismo político.

1.- Hablar, a su vez, de "presidencialismo" en términos de sistema, o técnica de división de poderes, equivale a la imposibilidad de sostener su "atenuación".

<sup>15</sup> **González Horacio.** "Espectros de la cultura menemista", en "el ojo de la mosca", cuadernillo de la revista La Grieta, N°1, pág. 8.-

Y esto porque, un *sistema cerrado* (como lo fue desde su origen el sistema de división de poderes) es tal, en tanto cuenta con los elementos mínimos que convencionalmente se tomaron en cuenta para darle realidad teórica. Si ellos desaparecen, o bien el sistema deja de ser, o se transforma en otro.

Entonces, si la premisa es mantener el "sistema presidencialista" (tal lo sostenido a este respecto por el Consejo para la Consolidación de la Democracia), o sea, no se van a suprimir las características centrales y conformadoras del modelo, lo único que puede "atenuarse", en todo caso, son las facultades del presidente, órgano ejecutivo.

La "atenuación" del sistema, sin que se cambie lo elemental de su esquema, no puede ser otra cosa que la quita de facultades al órgano ejecutivo, y el consiguiente rebalanceo con el poder Legislativo.

Esta sería la única manera de "atenuar" la posición relativa del órgano ejecutivo dentro del sistema de división de poderes, ya que el sistema en tanto tal, mantiene su lógica.

Esto es de fundamental importancia en la comprensión de los alcances posibles que puede tener una reforma constitucional como la llevada a cabo en 1994.

Y por ello mismo, debe ser tenido muy en cuenta el sustrato doctrinario de la misma, especialmente en este tema de la "atenuación del presidencialismo".

2.- Creemos que este sustrato debe ser buscado en el Consejo para la Consolidación de la democracia, especialmente en los trabajos de su principal impulsor e ideólogo, Carlos S. Nino.

En efecto, el contenido propio del discurso político que se incorporó a la Constitución a través de la reforma, estará atravesado por ciertas ideas clave que provienen de aquel jurista. El lugar desde donde se pensó la reforma en general, y del sistema de división de poderes en particular, en cuanto a sus contenidos y alcance, puede buscarse en el párrafo final del "Informe sobre la práctica constitucional de dos sistemas semi-presidenciales", efectuado por Carlos S. Nino, y elevado al Presidente de la Nación el 29 de octubre de 1986.

Así, decía Nino: *"En cierto sentido, un sistema político es como un juego de ingenio, y su valor está dado por el equilibrio entre los diversos actores y las alternativas que se le abren a cada uno de ellos para contrarrestar las movidas de los otros. Hay juegos o sistemas deficientes que llegan muy rápidamente a su fin por el predominio absoluto de alguno de los actores, o por situaciones de encerrona o que no tienen resolución alguna. Los juegos y sistemas políticos más satisfactorios son los que permiten que siempre haya una salida frente a las situaciones más imprevistas y que presuponen una distribución equitativa del abanico de alternativas posibles entre los diversos actores. El sistema semi-presidencial, por lo menos como está diseñado en Francia y Portugal tiene...las virtudes de un buen juego que recomienza continuamente, con triunfos sólo provisorios de algunos de sus múltiples participantes, y tiene un árbitro final cuya legitimidad no es despreciable: el cuerpo electoral, que interviene para dirimir situaciones críticas."*<sup>16</sup>

El tema del presidencialismo se resuelve entonces de manera abstracta, en función de las cualidades y características propias de sistemas o modelos en sí, aunque en este caso y en forma preponderante, se trate en realidad del sistema mixto -semipresidencialista- Francés.

Ello conduciría al Consejo a establecer una y otra vez, a través de sus distintos dictámenes, cuáles eran las características más salientes del referido modelo o sistema de división de poderes -el francés- que era aconsejable adoptar para nuestro propio sistema.

3.- Nuestro sistema, el análisis de nuestro sistema, quedaría prácticamente sepultado bajo la repetición de descripciones que se limitaban a recordar las facultades presidenciales otorgadas por la Constitución de 1853, pero que nunca intentaban entender o desentrañar su mecanismo, a efectos de encontrar la manera de "limitar", en el marco de nuestro propio sistema, las facultades del poder ejecutivo nacional.

<sup>16</sup> Nino, Carlos S., en "Reforma Constitucional. Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia", Edit. Eudeba, Bs. As, 1986; pág. 399.-

Nuevamente la cuestión del plagio. La imposibilidad de pensar a partir de las propias necesidades o posibilidades. La imposibilidad de pensar a Europa desde nuestra identidad cultural. La fascinación de Europa nuevamente, y el silencio lleno de palabras frente a la fascinación.

A partir de allí, la búsqueda del sistema. La búsqueda de los medios para "atenuar" el propio sistema.

#### II. 2. 4. La Ley 24.309 (llamado a la reforma constitucional), y el consenso.

1.- Otro de los postulados (o ideas-fuerza) impulsados por el Consejo fue el que insistía en que la reforma sólo era posible a partir del consenso.

Puede leerse en la Síntesis del Dictamen Preliminar del Consejo: *"La mayoría del Consejo llegó a la conclusión de que una reforma parcial de la Constitución es necesaria y oportuna, siempre que ella se promueva sobre la base de un amplio consenso que debe mantenerse en todas las etapas del procedimiento de reforma, y debe referirse, en primer lugar, al respeto escrupuloso de los diversos pasos de ese procedimiento, y, luego, a la orientación general que debe inspirar a las modificaciones que se introduzcan a la Constitución. La idea central es que la Constitución no puede surgir sólo de un sector político ni de un equipo de especialistas, por mejores que sean sus intenciones y sus recursos técnicos: debe resultar de un amplio proceso de reflexión y discusión en todos los sectores de la sociedad y del consenso resultante..."*<sup>17</sup>

Consenso que implicaba la discusión y resolución del problema de la reforma de la Constitución Nacional, en el marco de una especie de acuerdo cultural que diera certeza, en primer lugar, al hecho mismo de la declaración de necesidad de la reforma y, luego, a los contenidos y límites a que debería estar sujeta.

2.- Consenso que en realidad encerraba la idea más abarcativa de pacto; un pacto que hiciera posible, no ya la reforma constitucional, sino la gobernabilidad del país de aquellos años de "transición democrática". Pactar, entonces, como forma de supervivencia.<sup>18</sup>

¿Sería posible compatibilizar esta idea -o necesidad- con aquella otra idea de Nino que postulaba la resolución de los problemas en el sistema de distribución del poder constitucional en términos de un juego racional? Entonces, ¿Consenso para la reflexión -y no de unos pocos iniciados- o pacto para la supervivencia político partidaria?

La respuesta la encontraremos, sin dudas, en el Pacto que finalmente daría lugar al llamado a reforma de la Constitución, a través de la ley 24.309.

3.- Efectivamente, el pacto ocurrió. Y dio lugar a la reforma constitucional. Pero el pacto cambiaría totalmente las condiciones del consenso. El Pacto -que no es otro que el acuerdo de Olivos- significaría en realidad el cierre mismo de la discusión en torno a la reforma constitucional.

<sup>17</sup> Idem, págs. 403 y sigs. Se agregaba en la mencionada Síntesis del Dictamen Preliminar..., lo siguiente: *"...el consenso sobre la necesidad de la reforma determina la oportunidad para hacerlo en esta coyuntura. Hay quienes niegan esta conclusión sobre la base de que el intento de reforma puede introducir nuevos elementos de fricción y división en la sociedad argentina. Sin embargo, ese consenso que se ha advertido muestra que las controversias y los enfrentamientos se refieren a problemas muy serios pero de índole circunstancial y que las diferencias son sobre todo de tipo instrumental, de modo que impulsar la reforma de la Constitución puede ser una buena oportunidad para promover la reflexión y el debate sobre los principios básicos de nuestra organización nacional y para generar un gran pacto de convivencia democrática en torno a ellos, siempre que en todo momento se mantenga claro el sentido político y ético de la reforma."*

<sup>18</sup> **Esteban Rodríguez.** "El idioma del menemismo; pequeña fonología de la política"; en "el ojo de la mosca", ob. cit. La idea del Pacto en este ensayo: *"(...) la política, para el alfonsinismo, es pactar. La democracia es entendida en términos consensualistas. El pacto: establecer reglas constitutivas, pero también regulativas, del juego político, sobre el que se cimentará el sentido y ejercicio de la política (...)* En este sentido, se postula al pacto como superación del corporativismo autoritario y de sus pactos intersectoriales -pactos egoístas- para congregar a los distintos particularismos en una convergencia democrática que los involucre apaciguadamente en el desafío de la construcción de una novedosa sustancia cultural (...) El momento fundacional de la política, aparecía como un pacto de convivencia que buscaba lograr la unión de lo desunido, convivir en un marco globalmente compartido de normas, valores e instituciones. Y todo ello suponía, entonces, la predisposición para flexibilizar las diferentes posturas en la superación de sus conflictos...Es necesario ceder...Democracia transaccional que pretende la formación de un consenso racional a partir de la cooperación que se postulaba como inevitable...", págs. 48 y 49.-

## II. 2. 5. La Convención constituyente de 1994.

1.- El nudo central de toda la convención constituyente podemos ubicarlo en aquello que significó la posibilidad concreta del Pacto de Olivos, y por tanto de la realización de la reforma constitucional, y que se denominó "núcleo de coincidencias básicas".

El mismo contenía los puntos sometidos a discusión en Olivos (y que significaban los términos de intercambio del acuerdo), y se incorporaría directamente a la ley 24.309, y que por su art. 5° no podría ser modificado por la Convención constituyente.

El llamado a reforma de la Constitución se haría entonces sobre la base de un sistema por el cual, las reformas propuestas e incorporadas en el "núcleo..." sólo podrían ser aprobadas o desechadas por la convención en bloque, esto es, no podrían someterse a discusión ni modificarse, y una serie de puntos que podrían reformarse según lo que se debatiera en el seno de la misma.

De esta manera se vedó la posibilidad discutir gran parte de la reforma.

2.- Germán Bidart Campos trataría luego de interpretar la cuestión en éstos términos: *"(...) Cuando el Congreso declara necesaria la reforma en determinados contenidos o artículos, se tiene por cierto que su pronunciamiento toma en cuenta una finalidad u objetivo (...) ese señalamiento es vinculante para la Convención (...) Lo que, al contrario, no parece tan ortodoxo, es que el Congreso, a efectos de asegurar ese fin, someta a la Convención un texto ya formulado, sobre el cual ella sólo tenga facultad de aprobarlo o rechazarlo. Un marco tan rígido inhibe el margen de discusión y debate que debe quedar expedito a favor de la Convención y lo sustituye por una especie de competencia meramente ratificatoria (...) Votar por sí o por no un texto ya articulado por el Congreso resulta difícil de asimilar al sentido de la norma que reserva a la convención 'efectuar' la reforma (...) En buena dosis, cabe pensar que una parte de la reforma que se ha declarado necesaria en la ley 24.309 ha sido efectuada, o cuasi efectuada, por el Congreso."*<sup>19</sup>

Es en este marco de "coincidencias", pues, donde debemos ubicar la discusión de la reforma constitucional de 1994 en general, y en particular en lo referido a la reforma del régimen presidencialista.

Es por ello que, en términos de antecedentes de las normas finalmente sancionadas por la Convención, los debates de la misma se mostrarán signados por la impotencia. Por el mero uso de la palabra.

3.- Aún así, podemos encontrar en el discurso oficial de la misma, su conexión con los ya viejos postulados del Consejo para la consolidación de la democracia. Fundamentalmente lo que se reiterará, aunque ya dentro del enrarecido espacio de "consenso" que marcáramos a propósito del pacto de Olivos, son las ideas-fuerza. Entre ellas, y como fundamental rédito político para las fuerzas del pacto no oficialistas, la que marcaba la posibilidad de "atenuar el sistema presidencialista".

Ello se expresaba, durante la "discusión" en sesiones plenarias del núcleo de coincidencias básicas, a través de los miembros informantes de la mayoría, en estos términos: *"(...) Los contenidos del núcleo de coincidencias básicas responden, al igual que la habilitación de los temas que están incluidos en el artículo 3° de la ley declarativa, a ciertas finalidades, a ciertas ideas-fuerza, que constituyen los grandes objetivos de la presente reforma."*

La primera es sin duda la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático. Y a esta idea responden reformas puntuales tales como la elección directa del Presidente y Vicepresidente de la Nación y de los senadores nacionales, del jefe de gobierno de la Capital Federal, el acortamiento de los mandatos, la elección de un tercer senador nacional por la minoría, el nuevo status de la ciudad de Buenos Aires y otros temas, como las formas semidirectas de democracia, la defensa del orden constitucional, que ya han sido tratados en este ámbito.

<sup>19</sup> **Germán Bidart Campos.** "La ley 24.309 y la fijación del temario de reforma de la Constitución". E.D. T. 156, págs. 916 y sigs.- En igual sentido se pronunciaba **Mario A. R. Midón**, al expresar: *"(...) Ha de quedar en claro que una cosa es que el legislativo... introduzca en la ley declarativa el norte que cree válido para los hipotéticos cambios que se anuncian; pero otra muy distinta es que, abusando de su investidura, se dé a la tarea de prohijar la capitis diminutio de la Convención al conferirle el carácter de órgano convalidante de una decisión ya adoptada..."*, ver su artículo "Ante una reforma preestablecida: ¿La convención producirá un contrato de adhesión o reivindicará sus potestades?" E.D. T. 157, págs. 732 y sigs.-

La segunda gran idea-fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado...; y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del poder judicial.

*Una tercera, emparentada con la anterior, es conseguir mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, característica común a las reformas perseguidas respecto de los tres poderes clásicos...*<sup>20</sup>

La idea-fuerza que nos interesa es, pues, la referida a la "atenuación del régimen presidencialista", y al consiguiente fortalecimiento del rol Congreso.

Ella representa, en definitiva, la justificación del Pacto y, luego, de toda la reforma constitucional. Así lo expresaría claramente en la misma Convención, el jefe de la oposición política del momento: "...Es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente...nuestra intención al sancionar estas reformas tiende a evitar la degradación de la democracia y de las instituciones que ponían en peligro nuestra república, a través de la institucionalización del modelo de democracia delegativa... Dicho modelo se caracteriza por una enorme concentración de poder político en el Ejecutivo;...dicha concentración de poder distorsiona la representatividad y el sistema de separación de poderes, y debilita el control de la validez y legitimidad de las acciones del Ejecutivo por parte de los otros poderes del Estado."<sup>21</sup>

El debate de esta idea-fuerza, por lo ya apuntado, será nulo en el marco de la convención reformadora. Es por ello que entendemos que, para poder analizar los medios finalmente utilizados por la reforma para intentar su "cometido", debemos bocetar previamente los problemas que están implicados en el tema. Encontrar, como un primer paso ineludible, el nudo conceptual de la problemática del "sistema" presidencialista, y su correlación con la génesis histórica del mismo en nuestro país.

Luego, entonces, examinaremos la efectividad de la reforma.

### III. Sistema de división de poderes. Génesis. Teoría del Estado. Parlamentarismo y Presidencialismo.

#### III. 1. Teoría de la división de poderes.

1.- Nos preguntaremos nuevamente, a propósito de lo dicho en los capítulos introductorios, si efectivamente tiene sentido indagar la génesis histórica de la teoría de la división de poderes como parte de la teoría del Estado de Derecho. La respuesta, creo, puede ser hallada en la formulación que a este propósito

<sup>20</sup> Discurso inaugural del Convencional, Sr. García Lema (Miembro informante del dictamen de la Mayoría de la Comisión de Coincidencias Básicas), al discutirse el núcleo de Coincidencias básicas en sesiones plenarias. En "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", Centro de Estudios Constitucionales y Políticos Ministerio de Justicia de la Nación, Tomo V. Edit. La Ley, Bs. As. 1997, pág. 4883.-

Por su parte, el Convencional Paixao, también miembro informante del Dictamen de la Mayoría, expresó al respecto: Convencional, Sr. Paixao (Miembro informante de la mayoría): "(...) Dos realidades de nuestra historia institucional justifican por sí solas -y en forma suficiente- la reforma de la Constitución Nacional. (...) Se trata de dos realidades que encarnan dos formas distintas de concentración del poder en nuestra Constitución histórica y en la vida institucional de esa Constitución. (...) Una de ellas está vinculada a la concentración de poder en el Poder Ejecutivo Nacional. (...) Ese conjunto de reformas significa asumir como hecho que la actual etapa histórica de la Argentina no es la etapa del hiperpresidencialismo al servicio de la organización nacional, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de la mayor cantidad posible de integrantes de la sociedad política. La primera de esas reformas, en consecuencia, consiste precisamente en incorporar al poder Ejecutivo una figura que, desagregando las tradicionales facultades que hoy están estructuradas en cabeza del Presidente de la Nación, dé al órgano ejecutivo del gobierno nacional mayor dinamismo, mayor elasticidad para enfrentar problemas de crisis y la garantía de que el pluralismo ha de ser el modo permanente en el ejercicio del poder por parte del Poder Ejecutivo Nacional. (...) La creación de la figura de un ministro como jefe de gabinete es el procedimiento elegido para desagregar la jefatura administrativa -una de las cuatro que mencioné-, que quizá no es la más importante por su gravitación política, pero sí por el peso de su labor en la vida cotidiana. Estamos proponiendo una figura que, dentro del régimen presidencialista, va a significar una atenuación de las facultades del Presidente; estamos incorporando un órgano afectado específicamente a la tarea de administración activa, y lo hacemos -a la hora de destacar esa específica afectación- reconociendo la propuesta de una fuerza política que no coincide empero con el diseño general de esta figura.", conf. Ob. cit., págs. 4883 y 4884.-

<sup>21</sup> Alfonsín, Raul R., Anexo de su discurso en la Honorable Convención Constituyente, incorporado al libro de sesiones, y publicado como explicación del Núcleo de Coincidencias Básicas en La Ley, T. 1994-D, págs. 824 y sigs.-

realizara el prof. alemán Martin Kriele. Dijo este autor: *“Las descripciones históricas forman parte de la teoría del Estado. Pero la teoría del Estado no es historia constitucional. Ella enfoca sus problemas en forma sistemática y sólo de vez en cuando incluye referencias históricas. Pero sobre todo no se limita como la historia constitucional al ámbito nacional... [pero si] se trata de investigar las razones que han determinado el origen y el desarrollo del Estado moderno y de los principios que le subyacen...[la] mejor manera de descubrir el contenido normativo de las instituciones que valen como legítimas es recurrir a su historia, más exactamente a la historia de la lucha de ideas que se desarrolló alrededor de su fundamentación y su imposición final...hay que conocer y sopesar las razones que han sido esgrimidas de hecho en la lucha por las instituciones constitucionales en cada caso. Sólo cuando se las conoce y comprende, se puede demostrar en forma convincente que tales razones adolecen de defectos y que se trata sólo de razones ideológicas aparentes o de pretextos inconscientes...”*<sup>22</sup>

Desde este lugar pretenderemos, pues, dar cierta perspectiva o profundidad al tratamiento conceptual del tema. Ubicarlo nuevamente en la *historia*.

2.- Podremos así conjeturar: la teoría de la división de poderes o separación funcional de la actividad del Estado, estuvo desde su origen atravesada por la disputa entre dos términos que no son otros que estos: poder y libertad. (Y, luego, Autoridad pública y sociedad civil. Estado y mercado).

Es en función de esta disputa, que debe traducirse como cada uno de los intentos por controlar el poder en la dinámica de su ejercicio, que la casi totalidad de las discusiones que se dieron originariamente en torno a esta cuestión, estuvieron signadas por la querrela entre los principales sujetos que detentaban el poder, esto es: Rey y Parlamento. Después, Poderes Ejecutivo y Legislativo.<sup>23</sup>

La lucha se centraría en la *posesión* del principal instrumento de poder, surgido con el nacimiento del Estado moderno y potenciado política y filosóficamente a partir de la revolución francesa: la ley.

Quien tuviera el control de la legislación, en su nueva dimensión de generalidad territorial y temporal, sería quien -en nombre de la voluntad general que a través de ella se expresaba- podría legítimamente imponer su propia voluntad a los ciudadanos.<sup>24</sup>

3.- Tan es así que Montesquieu, quien fuera junto con John Locke uno de los primeros teorizadores de este tema, consideró, como aspecto central de su tesis, sólo la existencia de dos "poderes", Ejecutivo y Legislativo.

En lo que hace a la tarea legislativa, fuente de todos los conflictos que más adelante planteará, atribuye a uno, el Legislativo, la facultad exclusiva de “*estatuir*”, esto es: “*el derecho de legislar por sí mismo o de corregir lo que ya haya ordenado otro*”; y al Ejecutivo, recíprocamente, la facultad de “*impedir*”, o “*el derecho de anular una resolución tomada por cualquier otro...Aunque el que tiene el derecho de impedir puede tener también el derecho de aprobar, ésta aprobación no es otra cosa que una declaración de que uno no usa de su facultad de impedir...*”<sup>25</sup>

Vemos aquí la estrecha vinculación que establece entre ambos "poderes", y la limitación que intenta ya marcar en torno a las funciones legislativas que podían quedar en manos del Ejecutivo.

<sup>22</sup> **Martin Kriele**, “Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático”. Edit. Depalma, Bs. As., 1980, págs. 4 y 44.-

<sup>23</sup> **Karl Loewenstein**, “Teoría de la Constitución”. Edit. Ariel Derecho, Barcelona, 1986.-“(…) La unión del principio de la separación de poderes con la idea de garantizar la libertad individual, es obra genuina de Montesquieu, el cual la había tomado a su vez de Locke: sólo cuando los diversos detentadores del poder son independientes entre sí y se controlan recíprocamente...los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso del poder por parte de alguno de sus detentadores. La aplicación de esta teoría en las constituciones americanas posteriores, tanto la federal como la de los Estados, proviene de esta misma fuente espiritual”.

<sup>24</sup> **Norberto Bobbio**, ob. cit, pág. 133.- “El acto específico mediante el cual se realiza la racionalidad del Estado es la ley, entendida como norma general y abstracta producida por una voluntad racional como es precisamente la del Estado-razón. En cuanto general y abstracta la ley se distingue del decreto del Príncipe, mediante el cual se manifiesta el arbitrio del soberano y se instituye una legislación de privilegio creadora de la desigualdad. En cuanto producto de una voluntad racional la ley se distingue de las costumbres, de las cosas consuetudinarias, de los usos transmitidos, a las que ha dado vida la simple fuerza de la tradición. Lo que caracteriza al Estado es precisamente el poder exclusivo de hacer leyes...”.-

<sup>25</sup> **Montesquieu**, “Del Espíritu de las leyes.”, Editorial Heliasta, Bs. As., 1984; pág. 192.-

Como sostiene el autor español Rafael de Agapito Serrano: *“La naturaleza del cometido que se asigna a estos poderes tiene, pues, como resultado una delimitación precisa de sus funciones y establece un primer criterio de separación entre ellas. Al poder legislativo no le corresponde impedir, retardar o contener la acción del poder ejecutivo, porque éste tiene su límite en el tipo de acción que puede realizar. Y el ejecutivo, a su vez, no debe interferir en la función de la elaboración de la legislación. Montesquieu acentúa aquí la separación, señalando que no es conveniente que el ejecutivo tenga la facultad de proponer leyes, y añade que su facultad de impedir es un instrumento suficiente como para que las propuestas de ley tengan que contar con su previsible aceptación o rechazo”*.<sup>26</sup>

4.- Digamos, pues, que de lo expuesto se deduce la preocupación de Montesquieu por lograr que ninguno de los poderes mencionados se extralimite en sus estrictas funciones; como también es notable el énfasis que pone en el tratamiento de esta cuestión respecto de los dos poderes fundamentales de su esquema, legislativo y ejecutivo.

A pesar de estar vinculado todavía todo el sistema de organización del Gobierno en Montesquieu a la idea de la Monarquía, en este caso de tipo constitucional o bajo el principio de legalidad, como lo era la monarquía inglesa que tanto influyó en la teorización del tema por este autor, puede sentirse presente la necesidad de vincular cada vez con más fuerza la idea que legitimara el ejercicio del poder al Parlamento, o mejor, a las ideas que intentaban vincular la titularidad de la soberanía al pueblo, lo que aún de todas formas no era posible que sostuviera Montesquieu.<sup>27</sup>

Necesidad ésta que llevaba a considerar imprescindible la custodia de las atribuciones legislativas. Es decir, estuvieran éstas en manos de un Parlamento, uni o bicameral, o cualquier cuerpo colegiado, que ejerciera la representación de los ciudadanos, y esto a través de la sanción de normas de carácter general y obligatorio que posibilitaran la mitigación de las potencias individuales desatadas, y así la necesaria seguridad del derecho de propiedad privada como base de las relaciones sociales de mercado nacientes, había que lograr un sistema que impidiera la sustracción de ese poder de gobernar a las florecientes burguesías.

5.- La soberanía, lentamente, comenzaba a cambiar de manos. De estar atada a las manos de un rey, por disposición divina, a estar atada a las muchas, aunque no tantas, manos de un parlamento, por decisión o convención de los súbditos.

Pero la única manera que existía de convalidar en un sistema de gobierno este cambio de legitimidad en el ejercicio del poder, o imposición de conductas, era el control recíproco de éstos dos poderes, uno superviviente y otro en formación, pero sobre todo asegurar el ejercicio de la función legislativa, nueva forma de expresión de la dominación, al Parlamento o poder legislativo. Esto aseguraría la concreta plasmación del *proceso político* que venía gestándose, y que incluía a nuevos actores (en el caso específico de Inglaterra, la burguesía representada por la Cámara de los Comunes), única forma, desde la visión de Montesquieu de lograr una organización del poder capaz de lograr el equilibrio entre libertad y poder. La única manera de hacer realizable la función moderadora del Estado.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> **Rafael de Agapito Serrano**, “Libertad y división de poderes. El contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu”. Edit. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 158.-

<sup>27</sup> Sostiene el autor citado en la nota anterior, que: *“Este juego de libertad y moderación se lleva, pues, a cabo a través de la organización del Estado, y específicamente a través de la articulación de los componentes funcional y político en la teoría de la división de poderes (...) La primera cuestión que cabe aclarar en este terreno es la del significado constitucional de la referencia a las fuerzas sociales. En el planteamiento de Montesquieu la necesidad de atender a este componente fáctico no puede entenderse como una mera referencia sociológica a los poderes o fuerzas sociales presentes en la sociedad para la que se diseña la organización constitucional....No se trata aquí meramente de una afirmación de tipo genérico según la cual el diseño de la organización del Estado ha de tener en cuenta la realidad social y política como sustrato que condiciona su validez y su vigencia efectiva. El sentido de esta referencia va más allá: supone la incorporación de este aspecto como una dimensión teórica en la organización del Estado, que opera junto a la distinción de las funciones.”* conf. ob. cit., pág. 152.-

<sup>28</sup> Conf. **Rafael de Agapito Serrano**, ob. cit. págs. 155 a 157.- *“La institucionalización del proceso político representa una condición ineludible también para una correcta definición diferenciada de las funciones del Estado: en especial exige distinguir con nitidez la función legislativa respecto de la ejecutiva, ya que el cometido que se atribuye al proceso político está en estrecha relación con el concepto de la ley como general y permanente, y constituye así la garantía de la vinculación orgánica al objetivo fundamental del Estado (...) La distinción de las funciones influye sobre la relación entre estos dos poderes. El legislativo expresa la voluntad general, y en esta función se incluye también la capacidad de anular o de modificar las normas. Pero Montesquieu hace hincapié en que las leyes han de ser hechas para durar, acentuando el componente temporal de la generalidad de la ley. Su función se define, pues, desde el concepto de la ley, y esto permite delimitar la función de ambos poderes: desde la distinción entre norma y acto, la función legislativa no debe tener efectos inmediatos y, por lo tanto debe permanecer separada de la ejecución...”*

Como poder residual, en esta esfera de actuación, quedaría al Ejecutivo, la posibilidad de intervenir en el proceso de formación de la ley, a través del veto o facultad de impedir.

6.- Todo ello lleva a Montesquieu a formular las siguientes advertencias, las que a su vez bien pueden funcionar como conclusiones de las ideas que venimos exponiendo.

Es así que, explicará: *“El poder ejecutivo, como dicho queda, toma parte de la labor legislativa por su facultad de restricción o de veto, sin la cual se vería pronto despojado de sus prerrogativas. Pero si el poder legislativo interviniera en las funciones del Ejecutivo, este último perdería su autoridad y su eficacia.*

Que tuviera el Monarca la menor parte en la obra legislativa, por la facultad de estatuir, y no habría libertad. Pero como necesita defenderse, la toma por la facultad de resistir, de impedir.

*(...) Como el poder ejecutivo no forma parte del legislativo más que por su facultad de impedir, está incapacitado para entrar en el debate de las diversas cuestiones que surjan en los asuntos de gobierno. Es innecesario que proponga, pues facultado para rechazar toda clase de proposiciones, puede muy bien desaprobar las que considere inconvenientes...”<sup>29</sup>*

De lo expuesto, las conclusiones que necesariamente extraerá son las siguientes: *“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”. A lo que agregará, ya en la consideración directa del modo de ejercer estas facultades, que: “Si el cuerpo legislativo estuviera una larga temporada sin reunirse, tampoco habría libertad; porque, una de dos: o no habría ninguna resolución legislativa, cayendo el Estado en la anarquía, o las resoluciones de carácter legislativo serían tomadas por el poder ejecutor, resultando entonces el absolutismo.”<sup>30</sup>*

### III. 2. El Estado de Derecho liberal como Estado subsidiario y el principio de separación de los poderes. La filosofía política del modelo.-

1.- La "teoría de la separación de poderes" constituye, pues, un capítulo –quizá fundamental- de la teoría del Estado de derecho liberal. Del Estado que quedaría definitivamente plasmado en los desarrollos del constitucionalismo clásico o liberal.

Teoría del Estado que articularía, como veremos seguidamente, la disputa central que finalizaría con el Estado moderno o absolutista, esto es: la separación *racional* de los roles entre sociedad civil y poder público. Y el control del ejercicio de ese poder delegado a la autoridad pública. Disputa que quedaría finalmente expresada en un principio político: el principio de subsidiariedad.<sup>31</sup> Esto nos lleva directamente a la consideración de ese trasfondo filosófico político, que daba lugar al desarrollo de estos esquemas de pensamiento.

Las corrientes filosófico-políticas del liberalismo serán el espacio donde se recuperará la efectividad –la potencialidad- de este principio de raíces antiguas en el pensamiento del humanismo.

<sup>29</sup> Montesquieu, ob. cit. pág. 195.-

<sup>30</sup> Idem, págs. 188 y 192, respectivamente.- En referencia a esto último trata a su vez de ponderar la manera de no anular el poder del Ejecutivo, esencialmente monárquico. Es por ello que dirá: *“...Pero si el poder legislativo, en un Estado libre, no debe imiscuirse en las funciones del ejecutivo ni paralizarlas, tiene el Derecho y debe tener la facultad de examinar de qué manera las leyes que él ha hecho han sido ejecutadas...De todas maneras, y sea cual fuere su fiscalización, el cuerpo legislativo no debe tener el derecho de juzgar a nadie y mucho menos al que ejecuta: la conducta y la persona de éste deben ser indiscutibles, sagradas, porque siendo su persona tan necesaria al Estado, para que el cuerpo legislativo no se haga tiránico, desde el momento que fuera acusada y juzgada, la libertad desaparecería...” conf. págs. 193 y 194.-*

<sup>31</sup> Pastore, Baldasar, “Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica”; *Rivista Diritto e Società*, 1997. En este sentido expresa este autor: *“...el liberalismo puede ser entendido como una serie de variaciones sobre un conjunto de temas distintivos, constituyendo una doctrina política que ha afrontado y tentado resolver (al menos) dos problemas fundamentales: 1) la fijación de algunos límites de naturaleza moral al poder político, con el fin prioritario de garantizar a los individuos espacios protegidos para la existencia, la acción y la elección; 2) la justificación del orden político y social, a partir de la certeza de la divergencia, del desacuerdo de la personas respecto a la naturaleza de la buena vida, a sea respecto a la calidad, al valor, al sentido de la vida que conducimos, y a las cuestiones de significado último.” Conf., op. cit., pág. 404.-*

2.- Si el valor ético y el valor de la historia residen en la individualidad, si la historia es, y debe ser, libre expansión de la individualidad, si "el verdadero fin del hombre...es la más alta y más proporcionada formación (*Bildung*) de las propias fuerzas en una totalidad" si "la condición primera e inalienable de esto desarrollo es la libertad...", como se configurará la relación de un individuo con el resto de los individuos, como se construirá el mundo externo de la coexistencia?<sup>32</sup>

A través de las respuestas a estos interrogantes, el pensamiento liberal (especialmente el alemán) comenzará a buscar la definición de los términos de su traducción teórica en el campo jurídico y político. "El ensayo teórico deberá entonces dirigirse, negativamente, en el sentido de una fijación de los límites de la acción del Estado, -contra las tendencias tanto aristocráticas como democráticas-, positivamente, en el sentido de la definición de una estructura jurídica y estatal que garantice del modo más seguro la independencia de los sujetos (...) La función del Estado es exclusivamente limitada a esta función de tutela y el ámbito de la tutela es determinado por el Derecho, del cual emana entonces la misma legitimidad del Estado. Además, como el Estado es sujeto al derecho, así el derecho es sujetado a la individualidad..."<sup>33</sup>

Ello, a su vez, será producto o consecuencia de los profundos cambios señalados por el comienzo del constitucionalismo. En efecto, el movimiento constitucionalista -que encuentra sus más lejanos orígenes en las declaraciones de derechos o, más específicamente los *Bills of rights* y las sucesivas estipulaciones de *Fueros* -esta vez en el ámbito europeo continental-, que comienza con la Revolución inglesa de 1680, y se afianza decididamente a partir de la sanción de la Constitución de los Estados Unidos de América, del 1787, culminaría su camino *universalizador* con el movimiento revolucionario francés y su obra mayor: la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789.<sup>34</sup>

Recorrido universalizador de un modelo de concepción social que tendrá su plasmación en el, así posteriormente llamado, Estado de Derecho. Ello, en tanto y en cuanto, el constitucionalismo implicaba un modelo de gestión del poder que cambiaba radicalmente las concepciones imperantes hasta el momento. Fundamentalmente, en dos sentidos. El primero, relativo a la propia *legitimación* del poder, esto es: de los criterios o justificaciones de tipo teocráticas, se pasará a una justificación *racional* del mismo, a partir de la idea de la soberanía popular y sus correlativos conceptos de, voluntad general y representación. Así, entonces, abolición de la estratificación social estamentaria y de los títulos de nobleza, y conquista del poder por la clase social emergente, la burguesía. El segundo sentido señalado es consecuencia lógica del primero: si la legitimación del poder pasa ahora por su organización *democrática*, por el ejercicio de la soberanía popular, el instrumento de actuación de ese poder podía ser solo uno: la ley. La revolución sujetará el poder a la ley.

<sup>32</sup> Conf. **Humboldt, W. V.**, "Ideen zu einem Versuch, die Graden der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen"; 1792; citado por **Negri, A.**, en "Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802.", Padova, CEDAM, 1962; pág. 207. Ver en esta obra, en general, toda la problemática atinente a la gestación del formalismo jurídico, y del principio de legalidad como legitimación del Estado de Derecho. Aunque también, por su claridad expositiva, **W. V. Humboldt**, "Saggio sui limiti dell'attività dello Stato", trad. it., Milano, Giuffrè. 1965.-

<sup>33</sup> **Negri, A.**, "Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802.", op., cit., pagg. 208 y 209. En este sentido, afirma **N. Bobbio** que: "...la afirmación de los derechos del hombre deriva de un vuelco radical de perspectiva, característico de la formación del Estado moderno, en la representación de la relación política, esto es en la relación Estado-ciudadano o soberano-súbdito: relación que será vista cada vez mas desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos ya no súbditos, que desde el punto de vista de los poderes del soberano en correspondencia con la visión individualista de la sociedad, según la cual para entender la sociedad es necesario partir de abajo, esto es de los individuos que la componen, en oposición a la tradicional concepción orgánica, según la cual la sociedad como un todo es anterior a los individuos...", conf. "L'età dei diritti", Einaudi, Torino, 1990, pagg. XI y XII.-

<sup>34</sup> Sentido "universal" de la revolución francesa que es tenido en consideración por un notable *testigo* de la misma, esto es, E. Kant, que expresaría lo siguiente -al contestarse a la pregunta de si el género humano progresa hacia mejor-: "Esta revolución de un pueblo lleno de espíritu, que estamos presenciando en nuestros días, puede triunfar o fracasar...y, sin embargo, esta revolución, digo yo, encuentra en el ánimo de todos los espectadores (que no están complicados en el juego) una participación de su deseo, rayana en el entusiasmo, cuya manifestación, que lleva aparejada un riesgo, no puede reconocer otra causa que una disposición moral del género humano..."; **E. Kant**, "Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor", ensayo del año 1798; trad. española de Eugenio Imaz, en E. Kant "Filosofía de la historia", Fondo de cultura económica, México, 1997, pag. 105 y 106. Hecho que también ha sido puesto repetidamente puesto de manifiesto por **Norberto Bobbio**; según este autor: "Con la Revolución francesa ha entrado prepotentemente en la imaginación de los hombres la idea de un evento político extraordinario que, rompiendo la continuidad del curso histórico, signa el final de una época y el principio de otra. Dos fechas, muy cercanas entre ellas, pueden ser elevadas a símbolo de estos dos momentos: el 4 de agosto de 1789, la renuncia de los nobles a sus privilegios señala el fin del régimen feudal; el 26 de agosto, la aprobación de la declaración de los derechos del hombre señala el principio de una nueva era..."; conf. "L'età dei diritti"; op., cit., pág. 121.-

3.- Ahora bien, el modelo del constitucionalismo estará asentado sobre estas premisas: balance de la gestión del poder a través de la idea *mecanicista* de los contrapoderes, o teoría de la división de poderes; y, dentro de ella, la sujeción del poder administrador –residuo monárquico- a la ley. La norma jurídica que encarnaría, como quedó expresado, la voluntad general.<sup>35</sup>

Ello implicaba, lógicamente, una teoría de los derechos. Es decir, la limitación racional del poder, tendrá como trasfondo una teoría liberal de los derechos. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano será su primera confirmación formal. La posterior incorporación de los *elencos* de derechos individuales en las respectivas cartas constitucionales, la culminación de una primera etapa.

Los textos constitucionales que serían el fruto de las revoluciones americana y francesa, se limitarían, más bien, a lo que era su fin primordial: *organizar competencialmente* el Estado a partir de la idea fundante de que aquel, esto es, el Estado en tanto personificación del poder público, era el garante del respeto de aquellos derechos naturales del hombre.

Esta será la primera gran *conquista* del constitucionalismo clásico, el limitar la posible esfera de intervención (legítima) del poder público a través de una ley suprema que estableciera y fijara sus cometidos. La nueva concepción llevaba a la conclusión de que el ejercicio del poder sería legítimo, solo en el caso de estar avalado por la voluntad general. La ley; el ejercicio del poder se subordinaba a aquella como concepto normativo; se subordinaba, por lo tanto, a lo que prescribiera –primeramente- la ley caracterizada como suprema: la constitución.<sup>36</sup>

Los órganos del poder público podrían actuar, de allí en más, solo a partir de sus concretas competencias constitucionales.

4.- La lógica del sistema, como claramente puede observarse, es la misma que la indicada en cuanto a la concepción que partía desde los sostenedores del principio de subsidiariedad. El reparto –originario- de cometidos entre el Estado/poder público y la sociedad civil/mercado, respetaría aquella lógica. El pensamiento liberal constitucionalizado, en efecto, sostendrá a partir del encuadramiento de las funciones del Estado, su estricto carácter subsidiario respecto a las fuerzas sociales. Las funciones que se le atribuirán a través de las nuevas cartas constitucionales, respetarán la idea de las funciones mínimas del Estado, en provecho de la idea de máxima libertad a favor de los ciudadanos. Si el Estado es un *mal necesario*, forzosamente habrá que limitarlo en sus esferas de intervención.

---

<sup>35</sup> **Duguit, Léon**, “La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789”; edición española; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; pág. 6. Cita este autor, la nota leída por **Sieyès** el 20 y 21 de julio de 1789: “...El establecimiento público constituye una suerte de cuerpo político que, poseyendo como el cuerpo del hombre un destino y unos medios, debe organizarse, en lo esencial del mismo modo. Resulta preciso, en efecto, dotarle de la facultad tanto de querer como de actuar. El poder legislativo representa la primera mientras que el poder ejecutivo representa la segunda de esas dos facultades. El Gobierno se confunde a menudo con la acción o el ejercicio de estos dos poderes; pero tal término se halla más particularmente consagrado a designar al poder ejecutivo o su acción. Por ello se suele afirmar que se debe gobernar según la ley, lo que prueba que el poder de hacer la ley es distinto del Gobierno, en sentido estricto.” A lo que agregó seguidamente **Mounier**: “Hay que impedir la unión de los poderes; es necesario que la Asamblea Nacional no confunda los poderes legislativo y ejecutivo; cuando se haga la Constitución, se establecerán límites sagrados a cada uno de estos poderes.”

<sup>36</sup> Sobre la formulación del principio de legalidad ver, en general: **E. García de Enterría, T. R. Fernández**, “Principi di Adiritto Amministrativo”, versión ital. A cura di Luciano Vandelli, Milano, Guiffred Edit., 1983; Capítulo III, pagg. 91 y sgg. En este sentido, estos autores subrayan la importancia del pensamiento revolucionario francés en tanto el mismo llegó a la conclusión de que: “...la fuente del derecho no está en alguna instancia que se presupone trascendental a la comunidad, sino en ella misma, en su voluntad general; e, al mismo tiempo, existe solamente una forma legítima de expresión de esta voluntad, la ley general (*lex singularis* o privilegio es una *contradictio in terminis* para la filosofía naturalística del iluminismo que alimenta la revolución), ley general que debe determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder. Desde este concepto material del derecho, el sistema absolutista era visto como expresión de la más pura arbitrariedad...Pero, por otro lado, no se trataba solo de transferir del Rey al pueblo el origen del derecho y de reducir todos los actos de imperio a la concretización de leyes generales; todo esto está al servicio de una idea sustancial del derecho, que no es aquella de pretender *la gloire de l'Etat*, o la realización de un “orden moral” y transpersonal, sino la de asegurar la libertad *du citoyen*, la libertad de quien hasta este momento era colocado como simple súbdito pasivo, respecto a un poder extraño y trascendente. Una vez que esta nueva concepción de la fuente del derecho (en su manifestación, en sus fines), se ha consolidado, el concepto de Estado de Derecho se identifica con su realización y se erige en modelo de derecho natural, que guía toda la evolución política de occidente hasta nuestros días...”; conf. op., cit., pagg. 92 y 93.-

Cambiará, en definitiva, la propia acepción del término *policía*, que de policía de prosperidad –típicamente enmarcada en el llamado Estado policía, absolutista- pasará a consolidarse como *policía de seguridad*. Este concepto encierra el potencial total de las funciones del Estado en el marco del pensamiento constitucionalista liberal clásico: la policía de seguridad, conceptualmente, advierte la presencia del también llamado Estado gendarme, que solo actúa en principio, negativamente. Es decir, cuando no puedan contenerse por sí solos los conflictos sociales. Asegurados los mínimos indispensables a los efectos de la protección de ciertos bienes considerados socialmente valiosos –léanse libertad de culto; de imprenta; y el derecho de propiedad y sus derivaciones liberales, derecho de libre asociación, libre empresa, libre mercado-, por lo demás toda intervención del Estado sería considerada ilegítima.

Como vemos, aquellos derechos que al comienzo habían funcionado como transfondo de las revoluciones liberales plasmadas en el movimiento constitucionalista, tomarán una importancia fundamental a la hora de delinear la división de competencias entre Estado y sociedad.

5.- En definitiva, todo lo que venimos desarrollando podrá entenderse a partir de la afirmación del *principio de legalidad*. El mismo será, en la sucesión, el encargado de "bajar" al plano estrictamente jurídico las nociones más trascendentes del movimiento constitucionalista clásico, o liberal. Operación que, también es sabido, llevó a su vez su tiempo, y sufrió sus propios problemas; y de la cual surgiría la noción posible del Derecho administrativo moderno.

En particular, el tema de la estricta sujeción de la Administración a la ley; en este caso, jugarían un especial papel las fuerzas restantes del *Antiguo Régimen*, en la no inmediata armonización de sus *usos* a la nueva realidad institucional. En definitiva, resultaba difícil concretar aquella mentada sujeción constitucional del administrador a la ley, en tanto ya norma formal emanada del Parlamento. Y ello, especialmente, en la Europa continental.

Así, la *legalidad* se tomaría, primero, como límite externo al ejercicio del poder: es decir, el Administrador podría realizar –dentro de la esfera *soberana* del poder a él atribuido- todo aquello que la ley, en sentido formal, no le prohibiese explícitamente. La legalidad se entendía, pues, también negativamente. De esta manera, como es evidente, se burlaba en realidad, todo el andamiaje político-constitucional establecido.

Ello, hasta la consolidación de las doctrinas normativistas –positivistas en general-, de origen germánico, que sostendrían la necesidad de dar un vuelco a la concepción imperante, para así *positivizar* el principio de legalidad en su actuación. De forma tal que, incluso el administrador, solo podría actuar en el caso de contar con una norma jerárquicamente anterior que le autorizara, y en el caso también legitimara, en su accionar.

6.- Hasta aquí tenemos entonces que: el principio de subsidiariedad, en su acepción de criterio rector de la distribución *horizontal* de cometidos entre poder público y sociedad civil, se encuentra en la base teórica el constitucionalismo clásico de corte liberal; que el mismo, en efecto, estableció, a través de las normas constitucionales, aquel reparto de competencias, haciendo que todo aquello que –en principio- no fuera explícitamente atribuido a la esfera de actuación del poder público, quedara en manos de los individuos/ sociedad civil.

Ello, a su vez, se vería luego plasmado en la teorización jurídica del principio de legalidad, como primera y principal garantía de los derechos reconocidos a los individuos/sociedad civil (incluidos sus cuerpos intermedios). Lo que pondría, a su vez, en primer plano a la Teoría del Estado de origen germánico, repetimos, en orden a la moderna (o mejor, en el esquema del constitucionalismo liberal) teorización del principio de subsidiariedad.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> En este sentido, expresa **Rainer Hofmann** que: "...Ya el idealismo Alemán [cita especialmente a Wilhelm Von Humboldt e Immanuel Kant] se proponía realizar un ideal supremo de "bien común", entendido como libre desarrollo del individuo, restringiendo los fines y cometidos del Estado a la sola seguridad individual y colectiva, con exclusión del "bienestar" (...) Aunque esta concepción de un Estado limitado en sus fines y cometidos es considerada como naufragada en la historia de las ideas, la idea de base (leitmotiv) –esto es la tutela de la libertad individual a través de la determinación de precisos límites a la actividad del Estado- ha encontrado expresión en el principio de subsidiariedad del liberalismo constitucional alemán, particularmente con Robert Von Mohl y Georg Jellinek..." conf., "Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea" –tomado de la versión italiana de P. F. Lottito; en *Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario*, Milan, 1993; pag. 25.

En efecto, sin la existencia del límite *positivo* de la legalidad, toda la teoría de los derechos articulada constitucionalmente, podría quedar fácilmente en letra muerta. La garantía, y el principal dato legitimaste del poder, era precisamente la ley (ahora norma atributiva de competencias a los poderes, y de reconocimiento de derechos públicos subjetivos), transformada así en límite positivo y formal, la que podría sostener las concepciones sociales de corte liberal predominantes.

En definitiva, la *legalidad* venía a funcionar como límite externo, formal (en cuanto implica medios de producción normativa constitucionalmente predispuestos, y medios legales –o subordinados legalmente, esto es, acto jurídico administrativo, en el caso del poder administrador-, de ejecución de esas normas formalmente legítimas), aunque positivo; y el principio de subsidiariedad, como límite interno, en el sentido de la legitimación material del alcance de las normas legítimamente *derivadas* del reparto de competencias constitucionalmente establecido. Toda intervención del poder público, pues, debería justificarse -a partir de esta realidad constitucional-, como verdadera excepción a las reglas. Las normas –fueran en este caso leyes o actos administrativos- de intervención no podrían ser sostenidas, en adelante, más que como acciones del poder público extremas, y correspondientes también a extremas situaciones de excepción.

7.- Todo lo cual era posible en aquel momento gracias a la gran cohesión ideológica que, en ese sentido, existía entre la clase dominante del incipiente Estado de Derecho, esto es, la clase *parlamentaria*. Como explica y resume, M. S. Giannini:

"La ideología que dominaba la clase de poder en el Estado *ottocentesco* era enderezada... a la absolutización del principio de libre iniciativa. Casi siempre principio de constitución material (no se lo encuentra enunciado en las cartas constitucionales: se dice, porque se lo consideraba obvio), tenía un valor positivo, esto es como garantía de la libertad de empresa, y uno negativo, como remoción de obstáculos a la expresión libre de la iniciativa económica, y por lo tanto como "abstención" de los poderes públicos de intervenciones limitativas de la misma... sea mediante leyes sea como intervenciones en vía administrativa (...) Los economistas de la época suministraron abundantes explicaciones teóricas a la regla del abstencionismo del poder público en el campo de la economía: la presentaron como regla de plena validez científica (...) la actividad administrativa del Estado monoclasa es regida por los principios de abstencionismo por parte de los poderes públicos en la vida económica y social (...) [la burguesía] usa la máquina del Estado en vía legislativa para defender su propio poder..."<sup>38</sup>

Digamos, con mayor generalidad, que el principio de subsidiariedad se afirma como criterio de ordenación de las relaciones público/privado, en la época del constitucionalismo clásico, a través de la incorporación del principio de legalidad, en los términos, y bajo las condiciones, en que ha sido explicitado anteriormente.

Y esto porque, en definitiva, la subsidiariedad, "necesita" siempre de una actuación de una "traducción" concreta en el tiempo y en el espacio; no puede independizarse, conceptualmente, de este momento de actuación o concreción de sus modalidades en el esquema de una sociedad determinada. En algún momento, más tarde o más temprano, "alguien" debe decidir qué es aquello que el Estado debe o puede realizar "subsidiariamente". Y esta claro que esto no puede ser realizado arbitrariamente.

<sup>38</sup> M. S. Giannini, "Il Pubblico Potere. Stati e Amministrazioni Pubbliche"; Universal Paperbaks; Il Mulino; Bologna, 1986; pagg. 40 a 45.- Cabe aclarar que el Estado (El propio Estado de Derecho liberal) en tanto Estado-nación, fue una herramienta sustancial para la construcción del "mercado nacional". Ello es especialmente puesto de relieve por Cassese: "Condición esencial para la construcción de un mercado nacional es la unificación legislativa: si no existe un 'corpus' normativo uniforme, se desarrollan particularismos jurídicos que constituyen un impedimento al tráfico y al comercio y, más generalmente, al desarrollo económico (...) Pero es necesario también que los confines del mercado sean protegidos. Se pasa, así, al segundo aspecto caracterizante de la época..., esto es la defensa del mercado respecto al exterior (...) El tercer aspecto caracterizante de la época examinada es el liberismo...constituido por la ausencia de una máquina estatal para el gobierno de la economía (...) [aunque paralelamente se evidenciará la presencia del Estado] desarrollando actividades dirigidas a la realización de los así llamados *impianti fissi* o infraestructuras, necesarios para el desarrollo de un mercado nacional (...) Por lo tanto, el Estado crea el mercado, pero no quiere estar presente en él; es instrumento de disciplina de la economía, pero sin convertirse en productor o regulador; construye el mercado, pero no es su protagonista." Conf. Sabino Cassese, "La nuova costituzione economica"; Roma-Bari, 1995, pagg. 8 y sig.

### III. 2.1. El Estado Constitucional de Derecho. Control de la decisión política por el Parlamento.

1.- Gustavo Zagrebelsky definirá, en una visión concordante, a ese modelo naciente de Estado, así: *“El Estado liberal de derecho era un Estado Legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. (...) El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento : ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior ‘razón de Estado’, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)”*<sup>39</sup>.

Esto último será de fundamental importancia. Es allí, en esta idea de soberanía que funda su legitimidad en la ficción de la representación popular, donde reside el gran poder que irá cobrando, en relación al armado de la estructura de poder estatal, el órgano legislativo.

Y es trascendente porque de esta disputa o querrela, entre legislativo y ejecutivo, y sus distintas resoluciones en el tiempo, nacerán los dos grandes modelos de ejercicio del poder en el Estado de derecho liberal: parlamentarismo o presidencialismo.

Por ello es que entendemos como trascendente esta visión histórica y conceptual que ofrece Zagrebelsky, ya que a partir de ella puede comprenderse en profundidad la importancia que tuvo en el momento de gestarse el cambio de los actores en el ejercicio del poder, a partir de las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, el esquema que incluía al poder legislativo como el órgano encargado de llevar a cabo la tarea de "gobierno" más importante, esto es, la dirección de la política del Estado (como portavoz del pueblo titular de la soberanía).

2.- Nos dice otro autor: *“(...) De acuerdo con el entendimiento clásico de la división de poderes, el Gobierno se identificaba con el Poder Ejecutivo, llamado a ‘ejecutar las leyes en las cuestiones de Derecho Público’ (mientras que al Poder Judicial se le confiaba ejecutar o aplicar las leyes ‘en las cuestiones de Derecho Privado’). Este esquema, muy propio del primer liberalismo, descansaba en un entendimiento del Estado como poder público poco intervencionista, de suerte que la función se reducía a la aplicación o ejecución de las leyes emanadas del Parlamento. También descansaba en un entendimiento del Derecho que reducía a éste al estricto ámbito de la ley... **El poder de ordenación política de la comunidad correspondía al Parlamento (representante de la Nación) y se ejercitaba mediante la Ley (expresión de la voluntad popular); al Gobierno sólo le cabía ejecutar los mandatos parlamentarios...***<sup>40</sup>.

Es en función de esta "disputa" de la ley que se pensarán los diferentes sistemas que lentamente pondrían en práctica la división de funciones como forma de controlar al o los detentadores del poder.

El primer modelo, o modelo clásico, nació así como la disputa entre Parlamento y Monarca, por la posesión del instrumento de gobierno más importante, esto es, la ley.

<sup>39</sup> **Gustavo Zagrebelsky**. "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia." Editorial Trotta, Madrid, 1995 ; pág. 24.- Señala este autor asimismo cómo a pesar de las diferencias existentes entre el derecho continental europeo y el inglés, esta supremacía de la ley, funcionó igualmente como sustitución del poder regio. Es así que explica : *“ En todas las manifestaciones del Estado de derecho, la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado. La eminente fuerza de la ley se vinculaba así a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general (...) En este fundamental aspecto de la concepción de la ley, el principio de legalidad en Francia, Alemania y, en general, en Europa continental se distanciaba claramente del paralelo, pero muy distinto, principio inglés del rule of law...Distinto porque se desarrolló a partir de otra historia constitucional, pero orientado a la defensa de similares ideales políticos. Rule of law not of men no sólo evocaba en general el topos aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha histórico-concreta que el Parlamento inglés había sostenido y ganado contra el absolutismo regio. En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana ; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer alas pretensiones del rey los ‘privilegios y libertades’ tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento...”*. Idem, págs. 24 y 25.-

<sup>40</sup> **Manuel Aragón**, "Gobierno y Administración", en obra colectiva, "Filosofía Política I. Ideas políticas y movimientos sociales". Edición de Fernando Quesada. Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 83.-

3.- El Parlamento, por ello, dejará de funcionar como un apéndice de la corona, como aquel creciente espacio de poder que le ganaba partidas al Rey, y conseguía parciales concesiones (no otra cosa eran hasta el momento los Bills de derechos, o los Fueros en el derecho continental).

Lo que estaba en disputa era la dirección de la política. La posesión de los instrumentos políticos necesarios para tener la iniciativa y el control de ejecución de la *decisión política*.

Es así que, acaecidas las revoluciones políticas europeas (Inglesa y Francesa), los Parlamentos se arrogarán, en nombre de la "voluntad general", o sea, en nombre del nuevo título de legitimación del poder de imposición del Estado, la gestión de la "decisión política", desplazando al monarca, relegándolo a su nueva función de *arbitrador en la crisis*.

Este es básicamente el esquema clásico a partir del cual se desarrollaron los sistemas parlamentarios. El Gobierno quedaba totalmente subordinado a la Asamblea, y realizaba verdaderamente una función "ejecutiva" de los mandatos de aquella. La decisión política quedaba monopolizada en manos del Parlamento.

### III. 2.2. Control del "gobierno" por el "Poder Ejecutivo".

1.- Pero este esquema fue cambiando paulatinamente, a partir de la creciente burocratización de la actividad legislativa, o parlamentaria, del Estado, y de la pluralización de los sectores políticos que comenzaron a tener acceso al Parlamento.

En realidad, el sistema estaba pensado para que gobernara, para que tomara esas "decisiones políticas", sólo un pequeño grupo de personas. Una elite que tradujera la política del Estado, y la mandara realizar a través de la administración pública.<sup>41</sup>

La democracia, en ese sentido, no estaba pensada verdaderamente para una abierta discusión política, donde pudieran tener lugar algún tipo de minorías, o sectores socialmente desplazados.

Esto motivó que en determinado momento, y a raíz de la creciente movilidad social que se generó a partir de las primeras décadas del siglo XX, el "Gobierno", que tradicionalmente no había tenido peso verdadero peso político, ganara importancia a partir del agenciamiento progresivo de la iniciativa de la política legislativa.

Situación que se profundizó cuando el mismo Parlamento comenzó sistemáticamente a delegar sus facultades legislativas en el Gobierno.

2.- Manuel Aragón explica ello, en estos términos:“(...) *La conversión del Estado liberal en Estado intervencionista, el nacimiento y expansión de la potestad reglamentaria, la necesidad de atribuir al Gobierno, por delegación parlamentaria, la facultad de emanar normas con fuerza de ley, la democratización misma del Estado liberal y la consiguiente transformación de los Parlamentos en Parlamentos de grupos y*

---

<sup>41</sup> **Karl Loewenstein**, conf. ob. cit. “(...) Evidentemente, desde un punto de vista técnico, el primer medio para la realización de la decisión política es la legislación. Las decisiones políticas internas requieren, sin excepción, la forma legal. Cuando la iniciativa para una tal decisión parte del gobierno, lo cual suele constituir la regla, la aprobación del parlamento es expresión de la distribución del poder: el parlamento asume su responsabilidad en dicha medida. Si el parlamento rechaza o modifica la medida, ejerce control político sobre el liderazgo del gobierno (...) Bajo la categoría de 'ejecución de la decisión política', se comprende llevar a la práctica dicha decisión. La ejecución de la decisión puede alcanzar cualquier campo de las actividades estatales; frecuentemente consiste en la ejecución de la legislación. La mayor parte de las leyes que componen nuestros códigos son, o bien los instrumentos para la ejecución de anteriores decisiones políticas, que trasladan ahora dichas resoluciones a la vida de la comunidad, o bien tienen un carácter estrictamente utilitario al regular exclusivamente el desarrollo normal de las relaciones sociales. (...) La administración es el aspecto de la ejecución de las decisiones políticas que surgen con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado 'ejecutivo'. Bajo esta categoría se debe entender la ampliación, tanto de las decisiones políticas como de aquellas disposiciones de carácter técnico-utilitario a las necesidades de la vida de la comunidad. (...) En la sociedad estatal del siglo XX, se puede considerar como el fenómeno más digno de ser resaltado la transformación del Estado legislativo en el Estado Administrativo. Por el enorme crecimiento que han experimentado las intervenciones administrativas llevadas a cabo por el Estado de bienestar en la vida de la comunidad, ha habido necesidad de delegar la mayor parte de la función legislativa del parlamento en el gobierno y en las autoridades.” págs. 65, 66 y 67.-

*la democracia en democracia de partidos, pero, al mismo tiempo, la completa sumisión de la función ejecutiva y por lo mismo de la Administración pública a controles jurisdiccionales, son entre otras causas, las que originan una modificación en las funciones y el status de los Gobiernos, lo que hace que en el siglo XX ya no sea posible identificarlos con el mero poder Ejecutivo...<sup>42</sup>*

Esta situación de cambio que se precipitara sobre el modelo clásico de parlamentarismo será una constante en la casi totalidad de los sistemas de gobierno democráticos. El que comenzará a mostrar sus límites será en realidad en modelo de Estado que era el común denominador desde las Revoluciones liberales, esto es el Estado de Derecho liberal.

Límites que también se traducirían en la imposibilidad creciente que tendría el modelo para continuar configurándose como dominado por la ley, en tanto instrumento general de imposición de conductas.

3.- La crisis del control del "gobierno" por el Parlamento, del control de la iniciativa política por las Asambleas, será de alguna manera el reflejo de la crisis de la ley, y del Estado de derecho liberal, que se apoyaba en la pirámide lógico-formal, legal, que luego teorizaría el positivismo jurídico.

A partir de allí, el crecimiento desmedido, como dijimos, de las facultades reglamentarias del "gobierno", o poderes ejecutivos, y la asunción directa de la tarea legislativa por éstos por delegación expresa o tácita del Parlamento.

Esto hará que paulatinamente el Parlamento se vaya configurando nuevamente como un órgano de control de la gestión política del Gobierno. Gestión política que incluye preponderantemente la puesta en marcha y ejecución de las funciones legislativas del Estado.

4.- Puede decirse que ello produjo: *"(...) en nuestro tiempo, un reparto de las funciones políticas entre Parlamento y Gobierno bien distinto al que era propio del siglo pasado. Ahora el Gobierno dirige la política y el Parlamento la controla. Al gobierno corresponde dirigir no sólo la política de 'ejecución' (mediante el instrumento de la administración), sino también la política de 'creación', esto es, la política legislativa (la que se instrumenta a través de las leyes). La función legislativa del Parlamento (incluida la política presupuestaria) está dirigida por el propio Gobierno a través de la mayoría parlamentaria que le apoya. (...) La genuina función de las Cámaras, esto es, la que sólo éstas, como poder independiente del Gobierno, pueden realizar, es hoy la función de control...<sup>43</sup>*

El cambio, en realidad, no hizo tambalear el sistema de división de poderes, que de por sí ya era bastante poco rígido, sino que más bien lo ajustó en dirección hacia la conquista de un nuevo equilibrio.

Se revitalizó así la función política de la Corona (o su equivalente), en tanto Jefe de Estado, como arbitrador entre el Gobierno y el Parlamento, dando más versatilidad al sistema.

Es por ello que hoy puede decirse que por regla la iniciativa legislativa en los sistemas parlamentarios se encuentra en manos del Gobierno. Que el Gobierno no podría sostenerse sin la "confianza" del Parlamento (lo que justifica de alguna manera la delegación de facultades legislativas hacia el gobierno). Y que el Parlamento es el órgano de control por excelencia dentro del sistema.

5.- Estos conceptos, y sus respectivos movimientos y corrimientos a lo largo del tiempo, deben ser confrontados con las ideas propias del sistema presidencialista.

## II. 2. 3. El modelo presidencialista.

1.- Pasaremos entonces, ahora, a dar las coordenadas básicas o generalizadas del tipo de sistema "presidencialista" de división de poderes o funciones, para luego pasar al análisis de nuestro sistema en particular.

<sup>42</sup> Manuel Aragón. "Gobierno y administración." Ob. cit.; págs. 83 y sigs.

<sup>43</sup> Manuel Aragón, ob. Cit., pag.85.-

El modelo presidencialista que dominó el constitucionalismo del siglo XIX, fue una variante o técnica de realización del principio de división de poderes. Dice Luis Sánchez Agesta : "...un presidente ejecutivo está en principio sometido a la dirección de una Asamblea a la que le basta con fijar las normas que el ejecutivo ha de aplicar y las reglas a las que ha de sujetarse en esta ejecución, para que el presidente quede estrechamente limitado en su acción y sometido a las decisiones de la Asamblea..." y continúa, aclarando aún más la relación entre ambos poderes "...El esquema más simple que deriva de las constituciones de la Revolución Francesa y del propio Presidencialismo Norteamericano es que la Asamblea establece la norma y el Presidente la ejecuta, con una jerarquía implícita que antepone al órgano legislativo deliberante al ejecutivo..."<sup>44</sup>

Pero en un esquema de división de funciones entre poderes mutuamente controlados, puede decirse que el presidencialismo, como modelo, se caracteriza por la concentración sistemática en el órgano ejecutivo de los Poderes directivos, representativos, de gobierno y ejecutivos del Estado como comunidad política; teniendo siempre por base su independencia política y funcional respecto al Poder Legislativo.

Esta última es una nota esencial en la caracterización del régimen y en su diferenciación del modelo parlamentarista, ya que hace a los resortes de complementación (y control) recíprocos de ambos poderes, y su instrumentación.

2.- Las funciones del poder Ejecutivo en este sistema, son definidas en El Federalista de acuerdo a lo recién señalado: "(...) La Administración del gobierno, en su más amplio sentido, abarca toda la actividad del cuerpo político, lo mismo legislativa que ejecutiva y judicial; pero en su significado más usual y posiblemente más preciso, se contrae a la parte ejecutiva y corresponde al campo del departamento ejecutivo. El desarrollo efectivo de las negociaciones extranjeras, los planes preparatorios en materia hacendaria, la erogación y desembolso de los fondos públicos con arreglo a las autorizaciones generales de la legislatura, la organización del ejército y la marina, la dirección de las operaciones militares, éstos y otros asuntos de naturaleza semejante, forman lo que al parecer se entiende con más propiedad por la administración del gobierno."<sup>45</sup>

En un sistema parlamentarista el ejecutivo, como vimos, es básicamente un desprendimiento del Parlamento. De ahí su mutua y directa implicancia, y la existencia de un tercer "elemento" que hace posible la coherencia del sistema, y su equilibrio, esto es, la existencia de la figura del Jefe de Estado. El mismo es el arbitro natural entre ambos poderes ante situaciones de crisis, y tiene la posibilidad extrema de disolver el Parlamento cuando un voto de censura del mismo hacia el Gobierno pone al sistema en una situación de crisis.

En cambio, en el sistema que nos interesa, el presidencialista, y por la independencia de los poderes antes puesta de manifiesto, esto no es posible, ya que la legitimidad de los poderes ejecutivos en uno y otro sistema deviene de fuentes diversas.

En el sistema presidencialista el Ejecutivo es elegido por el pueblo, al igual que el Congreso. En el parlamentarista el Ejecutivo, el gobierno, es elegido por el mismo Parlamento o, en su defecto, debe ser decididamente apoyado por éste a través del voto de confianza.

---

<sup>44</sup> **Luis Sanches Agesta**. "La democracia en Hispanoamérica" De. Rialp. Madrid, 1987, pág. 210. En igual sentido : "...El modelo presidencialista puro está signado por el principio de la estricta división de poderes. Ni el Congreso puede cumplir funciones ejecutivas ni el Presidente funciones legislativas. Los decretos de Necesidad y Urgencia y aún el ejercicio de facultades delegadas constituyen excepciones no enunciadas siquiera en los textos constitucionales que implantan ese modelo..." **Luis F. Lozano** "El Jefe de Gabinete" L.L. Tomo 1995-D, pág. 1466.

<sup>45</sup> **El Federalista. (Hamilton)** Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 307.- De *El correo de Nueva York, viernes 21 de marzo de 1788*.- En este sentido se expresa también **Massimo Severo Giannini** - Derecho Administrativo - Traducción : Luis Ortega - Volumen Primero - Ministerio para la Administraciones Públicas. Madrid. 1991. "Los autores franceses e ingleses de la teoría de la división de poderes casi ni prestaron atención a las administraciones estatales y las incluyeron completamente dentro del "poder ejecutivo". Posteriormente se produjeron críticas a esta, así fue calificada, laguna. Pero, en realidad, en el siglo XVIII la administración estatal era, en Europa continental, el aparato de la corona (o del jefe del Estado) en Inglaterra era el aparato del conjunto corona-gobierno, en cualquier caso, de aquello que se pensaba que era el poder ejecutivo. Por ello, también en la República presidencial de los Estados Unidos de América, según la Constitución de 1787, que fue la primera constitución que codifica por escrito el principio de división de poderes, el aparato administrativo del Estado Federal (y el correspondiente de los Estados Federados) fue el aparato del poder ejecutivo y así fue dicho claramente por los teóricos y comentaristas de esa Constitución". ob. cit, pág. 65.

3.- De las características del sistema presidencialista surge entonces, que el equilibrio y el control del ejercicio del Poder nace de una estricta correlación de Potestades excluyentes (y exclusivas) de los poderes.

La atribución de potestades tiene, pues, un rol fundamental en el diseño de la estructura de división de poderes. Y esto porque, las potestades tendrán su origen en la Constitución, y nunca derivarán de un poder hacia otro, como en el sistema parlamentario donde es el Parlamento en definitiva quien confiere más o menos atribuciones al gobierno a efectos de desarrollar su plan de gestión política.

Esta es una concepción nacida en el sistema constitucional norteamericano, que impactará en la casi totalidad de los sistemas constitucionales que luego adoptarían su modelo de régimen presidencialista de división de poderes.

4.- En efecto, para que el modelo pueda funcionar y no sufra desequilibrios, los órganos del Estado deben encontrarse, como principio, en un pie de igualdad entre sí. La única que tiene superioridad con respecto a ellos es la propia Constitución, que es la norma que les confiere sus respectivas facultades.

De esta manera, el equilibrio entre los mismos se intenta buscar desde dentro del sistema, es decir a partir del reparto constitucional de funciones. Y esto, fundamentalmente, porque aquí no existe la figura del Jefe de Estado (el Monarca), para mediar entre los poderes ejecutivo y legislativo.

Al no existir esta posibilidad, el mecanismo de atribución de potestades debe ser el encargado de lograr el equilibrio.

En este sentido puede leerse en El Federalista, la siguiente argumentación: *"(...) ¿A qué expediente recurriremos entonces para mantener en la práctica la división necesaria del poder entre los diferentes departamentos, tal como la estatuye la Constitución? La única respuesta que puede darse es que como todas las precauciones de carácter externo han resultado inadecuadas, el defecto debe suplirse ideando la estructura interior del gobierno de tal modo que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio (...) La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás (...) Pero es imposible darle a cada departamento el mismo poder de autodefensa. En el gobierno Republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa..."*<sup>46</sup>

A partir de esa certeza, es decir, la idea de procurar el equilibrio en la división de poderes a través de las facultades que otorgara la Constitución a cada órgano, se construirá la teoría de los "frenos y contrapesos".

5.- De alguna manera lo que se hizo fue pensar en un sistema de base mecánica, en el sentido de que la carta constitucional debía otorgar facultades que fueran simétricas.

Frente a la fuerza política del poder legislativo, se opuso una facultad de veto relativa del poder ejecutivo. Relativa porque en realidad lo que se conseguía con el uso de la misma era el reexamen obligado del proyecto de ley sancionado por las Cámaras, las que, mediante una mayoría calificada, podrían igualmente sostenerlo en sus términos (Art. 1º, Sección 7, Const de los Estados Unidos).

Y, recíprocamente, ante la posibilidad de que el poder ejecutivo pudiera extralimitarse en la interpretación de la esfera de competencia otorgada por la Constitución, se estableció expresamente la denominada "reserva de ley" (Art. 1º, Sección 8, Const. de los Estados Unidos). Esto significaba que toda actividad estatal que no estuviera expresamente prevista y conferida por la constitución a alguno de los órganos, correspondería a la esfera del poder legislativo.

La reserva de ley será, en definitiva, el sello distintivo del modelo. El equilibrio del mismo será posible en tanto el Ejecutivo, más allá de sus funciones de administración, no se arrogue facultades legislativas.

---

<sup>46</sup> **El Federalista. (Hamilton o Madison)** Fondo de Cultura Económica, México, 1994, págs. 219 a 221.- De *El correo de Nueva York, viernes 8 de febrero de 1788.*

6.- A pesar de ello, habría lugar todavía para la pregunta por el Poder ejecutivo, y su fortaleza relativa, en particular dentro del esquema que desarrollaba la constitución norteamericana.

Con relación a ello, nos encontramos nuevamente en el *Federalista*, con las siguientes preguntas y respuestas: *“Existe la idea, que por cierto no carece de partidarios, de que un Ejecutivo vigoroso resulta incompatible con el espíritu del gobierno republicano (...) Al definir un buen gobierno, uno de los elementos salientes debe ser la energía por parte del Ejecutivo (...) Un Ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno...”*<sup>47</sup>

A partir de esta definición política, Hamilton pasará a tratar en particular cuáles serían las potestades que la constitución debería otorgar al poder Ejecutivo para que este pudiera ser considerado como "fuerte". Así, expresará: *“(...) Dando por supuesto, por consiguiente, que todos los hombres sensatos convendrán en que es necesario un ejecutivo enérgico, únicamente falta investigar qué ingredientes constituyen esa energía, hasta qué grado es factible combinarlos con esos otros elementos que aseguran el mantenimiento del gobierno republicano (...) Los ingredientes que dan por resultado la energía del Ejecutivo son: primero, la unidad; segundo, la permanencia; tercero, el proveer adecuadamente a su sostenimiento; cuarto, poderes suficientes. Los ingredientes que nos proporcionan seguridad en un sentido republicano son: primero, la dependencia que es debida respecto del pueblo; segundo, la responsabilidad necesaria...”*<sup>48</sup>

Puede observarse claramente el celo con que la doctrina de la Constitución Federal norteamericana deslindó ambas esferas de poder, ejecutivas y legislativas; y cómo, a pesar del consabido dominio que naturalmente estaba llamado a tener el último, se intentó crear un Ejecutivo fuerte, es decir, un Presidente que le diera un identidad propia a la Unión. Y esto, principalmente a partir no ya de sus facultades administrativas, sino de los poderes de guerra (en principio en todo lo relacionado con la materia de defensa interior y exterior), y de representación exterior del Estado federal.

7.- Pero en lo relativo a la función legislativa, se entendió que correspondía en forma privativa al poder Legislativo. El poder Ejecutivo quedaba claramente subordinado a la ley (aunque no al Poder Legislativo). Como vimos, la única verdadera función co-legislativa que le fuera conferida al Presidente es la de veto, y en el marco, no ya de colaboración en la tarea legislativa, sino de freno o contrapeso contra el poder de la legislatura.<sup>49</sup>

No tendría el Poder Ejecutivo, y esto es esencial, formalmente atribuida la facultad de iniciativa de ley; es decir, no podría nunca condicionar con sus proyectos de ley, la tarea de creación de la decisión política (la Sección 3 del art. II, expresa al respecto que el Presidente *“Periódicamente deberá proporcionar al Congreso informes sobre el Estado de la Unión, recomendando las medidas que estime necesarias y oportunas...”*).

<sup>47</sup> **El Federalista, (Hamilton)**. Ob. Cit. Pág. 297; De *El correo de Nueva York*, martes 18 de marzo de 1788.-

<sup>48</sup> **Idem**, pág. 298.-

<sup>49</sup> Conf. **El Federalista**, ob. Cit; pág. 305.- En cuanto a la relación entre estos poderes, Hamilton establecía claramente la diferencia de lo que significaba que el Ejecutivo estuviera subordinado a la ley, y no al Poder Legislativo. Y lo fundamentaba de la siguiente manera: *“...La misma regla que nos enseña la utilidad de establecer una participación entre las varias ramas del poder, nos aconseja que esa distribución debe proyectarse en tal forma que las haga independientes entre sí. ¿Con qué objeto separar el ejecutivo o el judicial del legislativo, si tanto uno como otro estarán organizados de una manera que los someterá en todo al último? Semejante separación sería puramente nominal e incapaz de alcanzar los fines para los cuales se estableció. Una cosa es estar subordinado a las leyes y otra diversa depender del cuerpo legislativo. La primera situación concuerda con los principios fundamentales de un buen gobierno, en tanto que la segunda los viola y, cualesquiera que sean las formas de la Constitución, concentra la totalidad del poder en las mismas manos...”*.

Carecía asimismo de una verdadera facultad reglamentaria.<sup>50</sup> Siendo estas, en definitiva, las pautas conformadoras del modelo de división de poderes “presidencialista” tomado, en principio, aunque con grandes diferencias, por nuestros constituyentes de 1853.

---

<sup>50</sup> **Carlos María Bidegain** “El Congreso de Estados Unidos de América. Derecho y prácticas legislativas” Edit. Depalma, Bs. As. 1950, págs. 8 y sigs. En efecto, este autor, respecto de la posición relativa del Congreso Federal norteamericano y de sus funciones, sostiene que: “ (...) *El Congreso debe hacer la ley en un sistema de este tipo [sistema presidencialista] y no simplemente debatir y sancionar proyectos en cuya redacción no ha tenido sino participación muy relativa. Si delega aquella facultad o la ejerce sin celo, se rompe el equilibrio político, resonando entonces la famosa advertencia de Montesquieu: ‘Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados el poder legislativo se une al Poder Ejecutivo, no hay libertad, porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo Senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente’.* Si bien esta advertencia no empuja la colaboración del Poder Ejecutivo con el Congreso en la tarea de legislar, va de suyo la conveniencia de circunscribirla dentro de límites precisos. De todos modos, la responsabilidad de la tarea legislativa recae sobre el Congreso y no en el presidente ni en sus ministros ni en órgano alguno delegado, siendo su tarea así más importante que la del Parlamento en lo que atañe al cumplimiento de la función de dictar leyes. Debe hacer el estudio a fondo de la situación que requiere un remedio legal, recoger toda la información útil sobre la materia, inclusive -pero no exclusivamente- la que pueda proporcionarle el órgano administrador, y aplicarse, por último, a la redacción de la ley...”, *conf. op. cit.*-





