

# LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA EMERGENCIA

Por el Académico DR. ALBERTO ANTONIO SPOTA

1. *Las diversas divisiones de poderes en el estado de derecho contemporáneo. El constitucionalismo norteamericano y la rigidez constitucional y su finalidad y objetivo.*

1.1. Dentro de determinada estructura del estado de derecho contemporáneo, el sistema político reconoce diversas divisiones de poderes.

1.2. A partir de la formación constitucional norteamericana de 1787, en nuestra era, es en América del Norte donde aparece una división de poderes de enorme importancia y trascendencia, para garantizar la vigencia permanente de los valores políticos y jurídicos básicos del sistema.

1.3. Esa división de poderes es entre ejercicio del poder constituyente y reformador y ejercicio de los poderes constituidos. Aparece lo que luego se denominará constitución rígida.

1.4. Este sistema de división de poderes surge en los Estados Unidos marcando una notable diferencia con el constitucionalismo inglés, con el cual está íntimamente filiado el de 1787.

1.5. Sin lugar a duda alguna esa división de poderes, entre poder constituyente y poder reformador por una parte, y poderes constituidos por la otra, tiene detrás de sí la

pretensión de que el quehacer de los poderes constituyentes no sufra los avatares circunstanciales de mayorías de momento o las consecuencias de acosos accidentales.

1.6. Esto es, partiendo del supuesto de que la norma jurídica de base, en el caso la constitución, atesora dentro de sí los valores políticos jurídicos fundamentales del sistema, se piensa esa constitución como arca guardadora de aquellos valores básicos del sistema político-jurídico.

1.7. Por ello, el quehacer del poder constituyente y de los poderes reformadores, esto es la constitución y sus reformas, no deben estar a mano de alteraciones, consecuencias de circunstancias que no representan sino arranques más o menos poco aconsejables, por las apetencias ocasionales que motivan esas decisiones de momento.

1.8. De allí que las constituciones rígidas son la respuesta de garantía a los trascendentes valores fundamentales del sistema político, inscriptos normalmente en el capítulo dogmático de cada una de esas constituciones. Y también el reaseguro del mantenimiento de la distribución de competencias que todo sistema atesora.

## 2. *La división entre los poderes constituidos, en el sistema constitucional norteamericano.*

2.1. Asimismo el sistema de equilibrio entre los poderes constituidos, típico del constitucionalismo norteamericano, en lo que se refiere a la clásica tripartita división de los poderes constituidos del gobierno federal, aparece como elemento fundamental dentro de la dinámica política de todo el sistema, que hace a su esencia y a su dinámica operativa.

2.2. Y en una misma condición, esa distribución de competencias que resulta de aquella división entre los poderes constituidos queda también salvaguardada en las constituciones rígidas, de los avatares de mayorías circunstanciales, con las exigencias pretendidas para su reforma, como ya fue señalado.

2.3. Esto es, constitución rígida por un lado en el sistema norteamericano, como novedad notable frente al sistema de constitución flexible típico de la historia cons-

titucional inglesa a partir sobre todo de 1689, esto es de la Gloriosa Revolución, es acompañado también, en el constitucionalismo norteamericano, por otra división de poderes, también fundamental para la dinámica operativa del sistema, cual es la división entre los tres poderes constituidos, legislativo, ejecutivo y judicial, que se respalda como la primera en su subsistencia y continuidad en las excepcionales exigencias para cualquier tipo de reforma.

2.4. Esta segunda división de poderes, de gran importancia, merece un muy especial señalamiento.

2.5. Partiendo de la mostración fundamental ya efectuada, en el sentido de que toda división de poderes, sobre todo la división entre los poderes constituidos, importa esencialmente una división de competencias, resulta que la división de poderes constituidos dentro de la estructura del constitucionalismo norteamericano tiene un dato de extraordinaria trascendencia, cual es la jerarquización de la capacidad de juzgamiento.

### 3. *Administración de justicia y poder judicial.*

3.1. El arte y ciencia de juzgar, en la historia del hombre y en toda la antropología, está íntimamente vinculado y es trascendentemente unificado con la idea de mando.

3.2. Y al mismo tiempo con la idea de supremo mando. Juzgar, para la mitología del hombre, es quehacer de dioses.

3.3. Y ello derivó y se tradujo en forma tal, que antropológica e históricamente el que manda, juzga.

3.4. En cierta forma, a imagen y semejanza en la tierra de la idea de un dios creador y gobernador, que al mismo tiempo es juzgador.

3.5. Esto es, juzga el poder político.

3.6. Y para ser más exacto, históricamente ha juzgado el supremo poder político permanente.

3.7. Por ello la historia comparada de los pueblos enseña que los procesos secundarios de juzgamiento se han producido siempre, en el devenir del hombre, como delegaciones del poder central y además, muchas veces, como consecuencia de la desintegración del poder central, o su decadencia.

3.8. Por ello, cuando todo poder político se desintegra,

por ejemplo en la forma feudal conocida en la historia desde el siglo VII en adelante, hasta por lo menos el siglo XVI, en la Europa Occidental, al propio tiempo con esa desintegración del poder político de mando, se desintegró también el poder de juzgamiento.

3.9. Y así sucedió que los nuevos centros de poder, nacidos de la desintegración del poder único, llevaron con el nuevo poder adquirido, la capacidad de juzgar.

3.10. Y si, de alguna manera la desintegración reconoció algún limitante, a través de la subsistencia más o menos larvada del poder central, en la misma proporción reaparecerá la capacidad de juzgamiento, por apelación, hacia el poder central subsistente, quien ejercitará esa capacidad de alzada, en relación directa al poder político residual que todavía ostente.

#### 4. *¿División de poderes o de competencias?*

4.1. Cuando los ideólogos del siglo XVIII, y sobre todo Montesquieu, pensaron la clásica división de poderes, evidentemente tuvieron un solo y único objetivo y así lo dijeron, que fue garantizar la libertad individual. Para ello se fijaron como objetivo frenar al poder político. La metodología fue la división de poderes.

4.2. Ese objetivo y la metodología de la división de poderes la extraen aquellos pensadores con Montesquieu a la cabeza, no de sus propios razonamientos y genialidades, sino como dato resultante del conocimiento de la historia del hombre, y de sus propias contemporaneidades.

4.3. Esos hombres habían aprendido que la historia enseña que todo poder responde a dos leyes.

4.4. La primera ley es ser más poder y poder más tiempo. Y la segunda ley, terrible como la primera, se enuncia diciendo que todo poder por propia dinámica se convierte a poco andar en tiránico, si es que no se lo enfrenta. Esto es, toda concentración de poder es por su propia esencia y por su naturaleza, mala.

4.5. De allí que el estado de derecho piense enfrentar esa realidad que viene de la historia, estructurando división de poderes. Esto es, división en el ejercicio del poder político en la comunidad estatal de que se trate.

4.6. Para muchos, la división de poderes no es más que una división de competencias entre los titulares del mando.

4.7. Personalmente pienso que la experiencia enseña que la división de poderes, donde realmente funciona, y donde hay verdaderamente libertad en la sociedad y existe efectivamente estado de derecho, se produce como consecuencia de una verdadera división del poder político y jurídico en su ejercicio efectivo. Sin ejercicio dividido efectivamente, no hay hombres libres.

4.8. Cada uno de los poderes constituidos debe gozar de un pedazo de poder político y jurídico para que haya hombres libres. Y resulta absolutamente cierto que la única forma y manera de frenar al poder político y a sus terribles consecuencias de concentración, consiste en realmente enfrentar al poder con el poder.

## 5. *El poder judicial como garantía de libertad.*

5.1. Pero dejando de lado este tema, en el sentido de si esa división es de poder, o si es nada más que división de competencias, la realidad efectiva muestra que el constitucionalismo norteamericano tiene una nueva novedad que nace con su existencia y aparición.

5.2. La primera de esas novedades ha sido la aparición de la constitución rígida, circunstancia y hecho prácticamente totalmente original en la historia del hombre en nuestra era. Y original sin duda, en lo que hace a los orígenes del estado de derecho, desde que el único ejemplo existente era el inglés, y evidenciaba constitución flexible.

5.3. Y la segunda característica fue y es que la división de poderes constituidos, como consecuencia de la primera división entre poder constituyente y poder constituido, muestra la originalidad de la jerarquización nuevamente del acto de juzgar, elevándolo a la condición que históricamente siempre tuvo.

5.4. Esto es, al acto de juzgar se lo ubica, coloca y jerarquiza, antes que como jurídico, como manifestación propia del poder político. Se convierte a la administración de justicia en poder judicial en el estado de derecho.

5.5. Esto es la consecuencia de que para lograr efec-

tivamente el objetivo de libertad individual, en América del Norte, se convirtió a la administración de justicia en poder político como va expuesto.

## 6. *Europa continental y la administración de justicia.*

6.1. No sucedió lo mismo en el constitucionalismo europeo continental, donde aun en los casos en los que se instauraron constituciones rígidas, la administración de justicia, en esos sistemas, no adquirió condición de poder político. Allí, en Europa Occidental, en los estados de derecho del siglo XIX el juzgar quedó en el ámbito del ejecutivo, como administración de justicia, a pesar de la jerarquía que gozó y goza.

6.2. Así sucedió que en Europa continental, recién luego de la segunda post-guerra se hará del acto de juzgamiento una capacidad política, y sólo en sus niveles de grado más alto. No en los estamentos judiciales comunes.

6.3. Es así que siguiendo su línea, Europa continental mantendrá a la administración de justicia, esto es a los jueces, como tales. Es decir, simplemente como administradores de justicia, pero no como poder judicial. No tendrán los jueces comunes capacidad de control de constitucionalidad.

6.4. De esta suerte, se dará poder político a través del control de constitucionalidad a órganos específicos que no integrarán la administración de justicia.

## 7. *Europa de la segunda postguerra (1945) y las cortes constitucionales.*

7.1. Serán las cortes constitucionales, a la manera de la Constitución italiana o de la Carta Constitucional de Bonn, o de la actual Constitución del Reino de España.

7.2. Europa continental adoptará, sobre todo luego de la segunda guerra, el sistema de constituciones rígidas, pero no jerarquizará al acto de juzgar. Esto es, el juez no será poder judicial. Se reservará a un órgano único, específico, y con gran control de equilibrio en su forma y manera de integración, la capacidad de control de constitucionalidad. Esto es, ejercicio de poder político.

8. *Sólo en el sistema norteamericano y en los que lo siguieron, la administración de justicia es poder judicial.*

8.1. Administración de justicia y poder judicial en una misma estructura de gobierno, será típico del constitucionalismo norteamericano y de aquel que lo haya seguido, como es el caso argentino. Pero no hará ese sistema escuela en Europa, donde sí lo hizo la rigidez constitucional como garantía a la libertad. Gran Bretaña es un ejemplo discordante autónomo, por sus propias características que merecen discurso aparte.

8.2. Esta segunda división de poderes, esto es la división entre los poderes constituidos, tuvo y tiene también como objetivo fundamental garantizar la libertad individual.

9. *La división típica de la forma de estado federal.*

9.1. Y para algunas estructuras o sistemas políticos, existe una tercera división de poderes, esto es la división de poderes entre el estado federal central y los estados miembros o provincias.

9.2. Esta tercera división de poderes es exclusiva de las estructuras de forma de estado federal.

9.3. Otra vez encontramos también esta forma típica en los Estados Unidos de América del Norte y no así en los estados de Europa, con la única excepción de Suiza, hasta la segunda post-guerra.

9.4. Será en Europa y luego de la segunda post-guerra, donde aparecerán esbozos de esta tercera división, o formas más o menos diferentes como en la Carta Constitucional de Bonn, y distribuciones de competencias análogas, pero no iguales en las estructuras regionales que posibilitan algunas constituciones como la de Italia y la de España.

9.5. Discurso particular sobre el tema de esta tercera división de poderes, merece en Europa el supuesto suizo, que a partir de 1848, con la guerra de Sonderburg (1847) se dio constitución rígida, con división de poderes entre poder constituyente y reformador y constituidos, y también de división entre los poderes constituidos federales. En esta constitución aparece la división entre el estado federal y los cantones, siendo el ejemplo europeo, sin seguidores, del modelo federal de estado, aunque se llame confederación.

Las reformas posteriores de la Constitución suiza mantuvieron y mantienen tres divisiones de poderes.

10. *La división de poder político, en su ejercicio, es uno de los pilares básicos del estado de derecho desde siempre con la excepción del caso de Gran Bretaña.*

10.1. Corresponde a esta altura de la exposición señalar que en la continuidad constitucional de Occidente, luego sobre todo de las grandes revoluciones de fin del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, la estructura político jurídica que asumen los estados naciones que adoptan la forma de estado de derecho, con la sola excepción del ejemplo inglés, se aferran con mayor o menor trascendencia a la idea rectora de división en el ejercicio del poder político.

10.2. Esa división en el ejercicio del poder político se concreta de distintas maneras, pero en todos los casos muestra un solo y único objeto final y definitorio.

10.3. Ese telos final es siempre la vigencia de las libertades de los ciudadanos y habitantes de cada uno de los estados de derecho en los que se va produciendo la transformación, hasta llegar al estado de derecho en mayor o menor amplitud.

10.4. Esto es, la idea central permanente que radica en que el poder debe ser y realizarse dividido en su ejercicio, como garantía a la libertad, telos o finalidad, está detrás de toda la estructura de división de poderes.

10.5. Es cierto que en el continente europeo y en la segunda mitad del siglo XIX, el ejemplo de la Tercera República Francesa a partir de 1875 tiene gran influencia y es recepcionado como ejemplo a seguir en muchos estados.

10.6. Por ello es cierto que esa forma de gobierno, de ejecutivo de origen parlamentario, se extiende con éxito notable en la Europa continental, repitiendo las características ya mencionadas de no jerarquización de la administración de justicia como poder político.

10.7. Esto es, la administración de justicia queda integrada al gran esquema de la administración general del estado, sin capacidad de control sobre la constitucionalidad de las leyes.

11. *Europa y la supremacía del parlamento. Los ejecutivos de origen parlamentario. La división de poderes en este sistema.*

11.1. En Europa la división de poderes reconoce un límite muy importante y muy trascendente, cual es la supremacía del parlamento.

11.2. Y la división de poderes acaece y se da en verdad en la Europa continental, a través de los juegos políticos que se producen en el parlamento, y no a la manera y forma clásicamente asumida en el sistema presidencial norteamericano.

11.3. Así, la Europa continental seguirá el esquema de la Tercera República Francesa, donde además de no existir poder judicial sino administración de justicia, que integra la administración general del estado, tampoco resulta trascendente la división entre el ejercicio del poder constituyente y el ejercicio de los poderes constituidos.

11.4. Ello por cuanto, con algunas pocas excepciones, el parlamento se convierte en titular no sólo de la capacidad de crear al ejecutivo desde su seno, sino además, de mantenerlo mientras dure su aquiescencia.

11.5. Esto es, el ejecutivo de origen parlamentario no solamente crea a la rama administradora del poder que es el ejecutivo, sino que lo debe mantener constantemente a través de su apoyo permanente.

11.6. Es decir, con un voto de confianza tácito que dure mientras no se produce el voto de censura.

11.7. Pero en este esquema de ejecutivo de origen parlamentario y en el que la división en el ejercicio entre el poder constituyente y el poder constituido prácticamente tampoco existe a la manera de la Tercera República Francesa, la división de poderes se refugió esencialmente en el juego de los partidos políticos en el parlamento, y en la importancia enorme y creciente de la opinión pública a través de la prensa.

11.8. Esta forma heterodoxa de división del poder político entre la opinión pública y el gobierno, hizo que la supremacía del parlamento fuera la característica típica de la política europea en la segunda mitad del siglo XIX y hasta el comienzo de la segunda guerra mundial, en aque-

llos países de Europa que no cayeron en manos del nazi-fascismo y del comunismo.

## 12. *La Europa continental con constituciones rígidas y la división de poderes.*

12.1. Es cierto que algunos de esos países tuvieron constituciones rígidas en el sentido de la dificultad de sus reformas, pero no como asiento de un control de constitucionalidad, pues como está dicho, ni el poder judicial fue titular de esa capacidad política, ni ningún órgano se creó dentro de aquellas estructuras para efectivizar el mencionado control.

12.2. El ejemplo de la constitución de Austria de 1920 no tuvo eficacia real, por lo que en la Europa de 1919 a 1939 fue el parlamento a la manera francesa la forma más común de los estados de derecho.

## 13. *El ejemplo inglés y la división de poderes.*

13.1. Gran Bretaña siguió su camino, dentro de su clásico devenir, a partir de la reforma de comienzos de siglo a mérito de la que la Cámara de los Lores perdió grandemente capacidades en beneficio de la Cámara de los Comunes, que se convirtió en el asiento y órgano de todo el poder político en los hechos.

13.2. Pero allí nuevamente la fuerza de la tradición de las libertades, más el imperio trascendente de la opinión pública y fundamentalmente el juego de los partidos políticos, sobre la base de un permanente bipartidismo conservador liberal primero, y conservador laborista después, muestran el ejercicio de estado de derecho, en el que la división de poderes se ejerce desde instituciones meta-jurídicas, como es la opinión pública, o de estructuras que, en la práctica, integran el sistema de gobierno pero están fuera de él, como son los partidos políticos.

14. *La división de poderes en occidente, más allá de las tipicidades de cada sistema, su existencia y las formas que adopta.*

14.1. Esto es, el estado de derecho en el mundo de Occidente funciona como instrumento de garantía de la libertad y de las libertades de dos maneras, que aun cuando aparecen diferentes y distintas, tienen el mismo objetivo, que es la ya mencionada garantía de las libertades de habitantes y ciudadanos, pero a través de instrumentaciones muy diferentes.

14.2. El estado de derecho presidencial a la manera norteamericana hace pie básica y esencialmente en las tres divisiones de poderes que su constitución reconoce.

14.3. La constitución es vista, como ya se ha expuesto, como arca guardadora de los valores básicos de la comunidad.

14.4. Por ello la división en el ejercicio del poder constituyente y del reformador, y de los poderes constituidos, es la primera gran garantía para aquel telos de libertad mencionado.

14.5. Y además, la fundamental división entre los poderes constituidos cumplimenta el esquema garantista, el que se integra esencialmente con la jerarquización del poder judicial como tal, a quien se le reconoce condición y calidad de poder político, a través del control de constitucionalidad.

14.6. A esas dos divisiones de poderes, con el de control señalado, hay que agregar en el sistema político de ejecutivo de origen presidencial norteamericano, la división de poderes entre la estructura federal central, esto es, el gobierno de la unión y los estados miembros. Me estoy refiriendo a la clásica división propia de todo sistema federal.

14.7. Sin duda alguna nosotros, en la Argentina, estamos filiados dentro del esquema norteamericano y las tres divisiones de poderes señaladas tienen vigencia y validez para nuestra estructura constitucional, al menos en la letra del sistema constitucional.

14.8. Por lo menos así lo dice la norma, aun cuando la realidad circula por otros andariveles.

15. *La trascendencia de las divisiones de poderes en la dinámica operativa del sistema de ejecutivo presidencial, con constitución rígida, a la manera argentina, filiada en la norteamericana.*

15.1. Esto significa que dentro del sistema de ejecutivo de origen presidencial a la manera norteamericana, sobre la base de división en el ejercicio del poder constituyente y reformador y de los poderes constituidos, esas divisiones de poderes son fundamentales y esenciales para la vigencia efectiva del sistema.

15.2. Es decir, no es indiferente sino fundamental para el sistema político argentino, el respeto real a las divisiones de poderes establecidos en la Constitución Nacional. De la aceptación de la distribución de competencias que surge de esa división del poder político en su ejercicio, se deducirá en los hechos la vigencia o no del estado de derecho que el sistema ha creado constitucionalmente.

16. *La delegación legislativa en el legislativo, como primera forma de liquidación de la división de poderes, aparecida en los estados de derecho europeos. Sus causas y sus límites y justificaciones. Aparece el concepto de emergencia en el estado de derecho.*

16.1. No hay duda ninguna de que las formas normales de legislar por un lado y la ampliación de las competencias del poder ejecutivo por el otro, ingresaron en la vida constitucional de los pueblos de Occidente en este siglo XX con una extraordinaria virulencia, proporcional a los impactos y cambios que se produjeron como consecuencia de grandes y trascendentes tensiones sociales y políticas. Normalmente grandes guerras que desencadenaron muy fuertes tensiones sociales.

16.2. Es así que la delegación de capacidad legislativa en el ejecutivo apareció, se desarrolló y creció en forma notable, durante el transcurso de la primera guerra mundial, fundamentalmente en Francia.

16.3. Mientras las tropas alemanas avanzaban en los campos de Francia, en el parlamento francés la emergencia habilitó la delegación de poderes en el ejecutivo.

16.4. Pero esa delegación por emergencia bélica en el ejemplo del sistema francés, no apareció ni se dio o se vivió como agresiva, ni como atentatoria de las libertades públicas, por cuanto el parlamento delegaba en su propia obra, la capacidad de legislar.

16.5. Esto es, el parlamento creaba el ejecutivo, el que dependía en su continuidad del propio parlamento, ejecutivo al cual se le delegaba la capacidad de legislar por el parlamento.

16.6. Visto el tema con serenidad, esa delegación legislativa no agravió, en aquel sistema político ejecutivo de origen parlamentario, las garantías a las libertades, ni tampoco agredió la tenue división de poderes que la estructura de ejecutivo de origen parlamentario a la manera de la Tercera República Francesa mostró y exhibió en su hora.

16.7. En la práctica, el parlamento, a través de su permanente voto de confianza expreso o tácito y el uso del voto de censura, controlaba, en todo momento, esa delegación legislativa en su ejercicio y en todos sus aspectos operativos.

16.8. En lo que se refiere a la ampliación de competencias en temas más allá de la capacidad de delegación legislativa, también sucedió que esa ampliación de facultades al ejecutivo de origen parlamentario, tampoco agravió el juego y vigencia de las libertades, pues el parlamento en todo momento mantuvo el control permanente sobre el quehacer del ejecutivo creado y sostenido por el propio parlamento.

16.9. Esto es, ni la delegación legislativa, ni la ampliación de competencias de gobierno en el ejecutivo, fueron realmente agraviantes del sistema de garantías a las libertades en las estructuras de gobierno asentadas en el esquema del constitucionalismo de la Tercera República Francesa.

16.10. Tampoco las mismas delegaciones en Gran Bretaña cuestionaron para nada el sistema de libertades en aquel estado de derecho típico de ejecutivo de gabinete, con supremacía del parlamento y constitución flexible.

16.11. De allí que ni las legislaciones excepcionales de emergencia, ni los poderes de excepción, que os hubo,

pusieron en riesgo el sistema político de libertad que el estado de derecho estructuró en la Europa Occidental, tanto en la insular cuanto en la continental, en este siglo XX, en aquellos estados que no cayeron bajo el nazifascismo o el comunismo.

16.12. Mucho más estricta fue la situación en los Estados Unidos de Norteamérica, donde prácticamente no hubo delegación legislativa, y cuando fue menester por emergencias ampliar el ámbito de la intervención de los poderes públicos, se usó del procedimiento legislativo de ampliación del poder de policía, en beneficio del ejecutivo. No se apeló, como sistema, a la delegación legislativa.

16.13. Fue por ese camino que en Estados Unidos ingresaron y se acomodaron aspectos de emergencia, pero el sistema de división de poderes entre constituyente y constituido y entre los poderes constituidos del estado federal, y entre el estado federal central y los estados miembros, se mantuvo en lo básico y esencial y continuó el estado de derecho, en plenitud, sin sombras ni fracturas.

16.14. Reitero que la emergencia se encuadró en lo operativo y real en una ampliación del concepto del poder de policía, en manos del ejecutivo, por lo general.

17. *El ingreso de Europa continental luego de la segunda post-guerra (1945) en sistemas de constituciones rígidas, en los que se mantuvo la preeminencia del parlamento, al que constitucionalmente se le habilitó para delegar capacidades legislativas y otras de emergencia.*

17.1. Luego de la segunda posguerra, en Europa continental la división en el ejercicio del poder constituyente y del poder reformador y de los poderes constituidos se afirmó notablemente.

17.2. Esto es, las constituciones se convirtieron prácticamente todas ellas en rígidas. Cedió la influencia de la Tercera República Francesa.

17.3. Y además, como continuidad de su antigua tradición, corresponde señalar que Inglaterra se mantuvo en su esquema de constitución flexible y gobierno de gabinete, habiendo recibido en su misma línea política, el

aporte de la estructura del estado de derecho de Israel luego de 1948, que adoptó idéntico sistema constitucional flexible en sus orígenes y el mismo ejecutivo de gabinete a la manera británica.

17.4. El constitucionalismo continental europeo de la segunda post-guerra habilitó variadas y numerosas formas de delegación legislativa del parlamento, en los ejecutivos, todos de origen parlamentario y en consecuencia bajo su permanente y eficaz control.

17.5. El ejemplo de la Carta Constitucional de Bonn no innova respecto de estos temas, sino que lo hace con la creación de lo que en doctrina se llama el voto de censura constructivo; una variable, muy importante, pero variable al fin de ejecutivo de origen parlamentario.

17.6. Esto es, fortificar la durabilidad del gobierno de origen parlamentario obligando a que todo voto de censura lleve dentro de sí la constitución de un nuevo gobierno parlamentario, no importa reducir el permanente control del parlamento.

17.7. Con ello los alemanes lograron aventar los malos recuerdos de los defectos de la constitución de Weimar de 1919, que tan tristes consecuencias le trajo al II Reich en 1933, demostrando que el esquema de ejecutivo de origen parlamentario a la manera de la Tercera República Francesa traía grandísimas inestabilidades y peligros por el sistema de fraccionamiento de partidos, si es que detrás de esa realidad política no existía una estructura cívica y política que superara aquel fraccionamiento partidario, con una sólida opinión pública que impidiera acciones como las que acaecieron al comienzo de la década del treinta en el segundo Reich.

17.8. Esos ejemplos de control político por la opinión pública, y sobre todo por el equilibrio prudente de una clase política adiestrada a pesar de los fraccionamientos partidarios y de la consiguiente inestabilidad, encuentran en la Constitución italiana de 1947 y en los más de cuarenta años vividos de estado de derecho, un buen ejemplo en el que se demuestra que, a pesar de la estructura de ejecutivo de origen parlamentario a la manera de la Tercera República Francesa, con múltiples partidos que deben constituir una mayoría, se logra por la cultura política

general y por la específica de la dirigencia, una continuidad del estado de derecho a pesar de los avatares partidistas y de las irregularidades habidas.

17.9. Pero también es absolutamente cierto que el sistema de ejecutivo parlamentario a la manera de la Tercera República Francesa, no fracasó en la Italia de la segunda mitad del siglo xx, por cuanto a más de la educación política exhibida, la fuerza de la historia reciente y las realidades contemporáneas europeas (Pacto del Carbón y del Acero, Mercado Común, Euratom) equilibraron grandemente las consecuencias de las luchas partidarias, y habilitaron la creación permanente y la continuidad de gobiernos pluripartidarios.

## 18. *La emergencia en los estados europeos de la segunda post-guerra.*

18.1. Es así que la emergencia en la segunda post-guerra en el constitucionalismo continental europeo encuentra su solución en el sistema de ejecutivo de origen parlamentario, más las previsiones constitucionales inscriptas en las constituciones que para esos casos habilitan delegaciones legislativas y también ampliaciones de competencias, autorizadas dentro de la norma constitucional, a favor de los ejecutivos de origen parlamentario.

18.2. Estos ejecutivos de origen parlamentario en toda la experiencia de la segunda mitad del siglo xx en los países de la Europa continental, respetaron el sistema de libertades y esas delegaciones legislativas y esas ampliaciones de competencia en el ejecutivo no trajeron riesgo al estado de derecho, en ningún momento en los países del Oeste.

18.3. Gran Bretaña continuó con su sistema de gobierno de gabinete, y su estructura que no dividió ni divide hoy el ejercicio del poder constituyente y reformador en el de los poderes constituidos. Esto es, constitución flexible, gobierno de gabinete y administración de justicia, prestigiosa, respetada e intocable, pero sin capacidad de control de constitucionalidad, como consecuencia de la flexibilidad constitucional.

18.4. Esto es, la hegemonía del parlamento se mantenía y se mantiene en su plenitud, sin controles dentro del sistema jurídico, pero con los amplísimos controles dentro del sistema político.

18.5. Esos controles son y se asientan con fuerza, como ya está dicho, en el sistema político. Esto es en el fuerte peso de la opinión pública y en el sistema de bipolaridad de partidos.

## 19. *La emergencia en Estados Unidos.*

19.1. En los Estados Unidos de América en la segunda post-guerra se continuó el mismo esquema, en el sentido de que cuando fue menester se apeló a la ampliación por vía legislativa del poder de policía.

19.2. No fue el estilo ni la forma de encarar la emergencia ampliando las competencias del ejecutivo. Todo lo contrario, se mantuvo permanentemente el control de constitucionalidad en manos del poder judicial y concretamente de la Suprema Corte de Justicia, la que fue cumpliendo un largo proceso de co-gobierno, de enorme importancia y trascendencia para el desarrollo de las costumbres sociales, políticas y jurídicas, que fueron superando antiguas discriminaciones.

19.3. Es bien claro además en el ejemplo norteamericano el avance del poder judicial, tendiente a controlar cada vez más, ámbitos que antes estaban reservados a lo político. Esto es, se amplió el ámbito de lo justiciable, que es una forma más que eficiente de fortificar garantías.

19.4. Y por el camino de justicializar ámbitos de lo político, el sistema de división de poderes en beneficio del judicial ofrece ejemplos a diario de primacía efectiva del estado de derecho.

19.5. Esto es, el sistema norteamericano continuó funcionando con éxito manteniendo las estructuras de los tres poderes clásicos divididos, y el sistema de control en manos del poder judicial, con clara ampliación de campos que antes eran políticos y ahora se han tornado justiciables. Esto es, controlables.

20. *El tema de la emergencia en América latina, en el siglo xx y especialmente el caso argentino.*

20.1. Capítulo distinto y bien diverso es el que debe redactarse si es que se pretende describir las consecuencias de la apelación a la emergencia en los países de la América latina que siguieron el esquema de ejecutivo de origen presidencial a la manera norteamericana.

20.2. En esos países y concretamente entre nosotros, la emergencia fue encarada y trajo consecuencias muy distintas a las que van descriptas, tanto en Europa, cuanto en América del Norte.

20.3. Se comenzó entre nosotros partiendo de una enorme confusión de conceptos, sobre todo en el ámbito del derecho administrativo.

20.4. Es clásico, en el estudio del derecho administrativo argentino, que por un error grave de enfoque de concepto inicial se pretendió asimilar y adoptar la doctrina y jurisprudencia administrativa francesa.

20.5. De más está decir que la doctrina francesa fue equivocadamente recepcionada, olvidando totalmente que aquella doctrina y aquella jurisprudencia francesa eran valiosas en una estructura constitucional totalmente distinta a la argentina.

20.6. Ni en la Tercera República Francesa, y menos en la del Segundo Imperio y siguiendo para atrás tampoco en la Segunda República, ni en la época de Luis Felipe y menos en la Restauración Borbónica después de Waterloo, y demás está decirlo para nada en la época del Primer Imperio napoleónico, existieron formas políticas y jurídicas de división de poderes con control de constitucionalidad a la manera del constitucionalismo norteamericano, que nosotros adoptamos.

20.7. Esto es, toda aquella doctrina y jurisprudencia francesa nada tenían que ver con la estructura constitucional argentina. Por lo que el intento de traslación de aquella doctrina y aquella jurisprudencia francesa, y en especial en lo referido a la emergencia, fue realmente un conjunto de gravísimos errores conceptuales que trajeron confusión y desaciertos.

20.8. Y sobre todo, el intento inicial y luego mante-

nido de pretender legitimar las delegaciones legislativas sobre la base de las acaecidas en la Francia de la Tercera República, al tiempo de la primera guerra mundial y luego de ella, olvidó además en todo lo expuesto, la enorme diferencia que existe entre un ejecutivo presidencial y un ejecutivo de origen parlamentario, en materia de control del órgano deliberativo que se da en este tipo de gobierno.

20.9. En la descripción que precede, ya está mostrado cómo la delegación legislativa y la ampliación de competencias en una estructura de gobierno de ejecutivo de origen parlamentario, no representan riesgos para las libertades, por la concentración de poder que mantiene siempre el parlamento quien además goza de evidente y constitucional supremacía.

20.10. En cambio, en los ejecutivos presidenciales, las delegaciones legislativas importan necesariamente siempre, la ruptura del presupuesto de base de la estructura de división, en el ejercicio de los poderes constituidos. Y en el mejor de los supuestos para la viabilidad de la delegación, significa un claro forzamiento del sistema. Tanto es así que esas delegaciones en los regímenes de ejecutivo presidencial, que las aceptaron, como es el caso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, se auto-limitaron en función del principio *delegata potestas non potest delegari*. Nuestra jurisprudencia (C. S. de J., "Fallos", t. 148, pp. 432 a 438), hace muchos años aceptó igual límite. Hoy de hecho ese límite ya no existe, como muchos otros.

20.11. La delegación del parlamento en el ejecutivo creado por él, es delegación legítima y no riesgosa. No agravia al sistema de ejecutivo de origen parlamentario, donde éste tiene clara y constitucional supremacía.

20.12. La delegación legislativa realizada por un poder legislativo a favor del ejecutivo en un régimen presidencial a la norteamericana, si es que se pretende mantener el sistema, es no sólo riesgosa, sino que, al menos, debe reconocer el límite enunciado y debe siempre recordarse que frente a la posibilidad de conflicto, sobre la legitimidad de la delegación o no, ha de estarse, por profilaxis del sistema por la indelegabilidad. Mas, desgraciadamente, no es ésta la tendencia entre nosotros.

20.13. La delegación legislativa en un sistema de ejecutivo presidencial es como está dicho, e importa a la postre y en definitiva la liquidación del sistema, o al menos el inicio grave de la quiebra de la estructura constitucional vigente.

21. *Las consecuencias objetivas de admitir, en función de la emergencia, la capacidad de un ejecutivo legislador, con ampliación de competencias, en un sistema de ejecutivo presidencial, como es el caso argentino.*

21.1. Y el tema se agudiza cuando se observa, además, que esa delegación importa la ruptura de la división en el ejercicio del poder constituyente y reformador por un lado, y por el otro, de los poderes constituidos. El caso resuelto entre nosotros el 27 de diciembre de 1990 (Peralta), es buen ejemplo de lo que va expuesto.

21.2. Esto es, delegación legislativa así como ampliación de competencias en un sistema de ejecutivo presidencial, significa la liquidación de la división de poderes entre poder constituyente y reformador y poderes constituidos, y además, la liquidación de la división de competencias entre los poderes constituidos legislativo y ejecutivo, en beneficio de este último.

21.3. Y si esa delegación legislativa, o esa ampliación de competencias, se produce en un sistema de gobierno federal, muchas veces y casi siempre, esa delegación legislativa y esa ampliación de competencias importan también la liquidación de la división de poderes entre el estado federal central y los estados miembros o provincias. Esto es, en los hechos la quiebra visceral del sistema.

21.4. En síntesis, en un sistema de constitución rígida como el norteamericano o el argentino, con un ejecutivo presidencial, la delegación legislativa o la ampliación de competencias al poder ejecutivo, significan real y simplemente la liquidación de todo sistema político y jurídico.

21.5. Importa quebrar las tres divisiones de poderes, y por lo menos, en lo que a nuestra estructura constitucional se refiere, la señalada en el artículo 30, y la distribu-

ción de competencias en el gobierno federal que lucen del art. 37 al 103, y otorgar en beneficio del ejecutivo las potestades del 67, o parte esencial de las mismas.

22. *Conclusiones y sugerencias de cursos de acción a seguir, en una comunidad estructurada sobre la base de constitución rígida y ejecutivo presidencial a la manera argentina, cuando la emergencia se ha entronizado como sistema y la delegación legislativa y ampliación de competencias en el ejecutivo se ha impuesto como hábito sociopolítico. Valoración de las variables propuestas.*

22.1. Esto es, ha llegado el momento de ponernos de acuerdo con relación al tema de la emergencia y su significado. En especial cuando se ha habituado a la sociedad a aceptar permanentemente trasgresivas excepciones.

22.2. Si es que se mantiene que el hecho de la emergencia no tiene otra respuesta que la delegación legislativa en el ejecutivo, y la alteración de la distribución de competencias, también a favor del ejecutivo, entonces ha llegado el momento de reconocer que el sistema político del estado de derecho argentino vigente en su Constitución está liquidado y no sirve.

22.3. Habrá llegado también el momento de reconocer y afirmar que es del caso modificar totalmente el sistema y pasar a un constitucionalismo de constitución flexible, con supremacía del parlamento, y ejecutivo de origen parlamentario, si es que se desea mantener la estructura de estado de derecho.

22.4. Pero también resulta cierto a esta altura de la exposición, expresar que constituciones flexibles son los grandes lujos político-sociales que sólo los pueblos con grandes tradiciones de respeto a las libertades, como el caso del pueblo de Gran Bretaña, pueden darse, o que estados naciones que reconocen otro elemento de compactación que da equilibrio al sistema, como es el supuesto de Israel, pueden permitirse.

22.5. No teniendo aquella tradición a la manera inglesa, ni el elemento de compactación parecido o seme-

jante al israelí, parece muy difícil y demasiado arriesgado intentar el cambio del sistema actual, con las tres divisiones de poderes que la Constitución Argentina reconoce, siguiendo el esquema del constitucionalismo norteamericano.

22.6. Consecuentemente, división de poderes y emergencia son temas que tienen respuestas disímiles de acuerdo con el sistema político de que se trate.

22.7. Pero fundamentalmente es del caso señalar que, cuando el sistema en análisis reconoce división de poderes tajantes a la manera del constitucionalismo norteamericano, la emergencia encuentra poca cabida, como no sea a través de una ampliación más o menos cautelosa del poder de policía y una limitación de delegación en el ejecutivo, a su vez no delegable.

22.8. Esto es, que el legislativo otorgue mayor ingerencia al ejecutivo, en función del ejercicio del poder de policía, y reciba indelegable capacidad legislativa limitada en objeto y tiempo.

22.9. Pero el expuesto resulta en verdad un tratamiento de la emergencia sobre el presupuesto de la ampliación de competencias del ejecutivo, con marcados límites, para así viabilizar la subsistencia del sistema, y superar en medida prudente emergencias reales y así evaluadas por el legislador.

22.10. Es claro que el sistema de control de constitucionalidad debe en la emergencia funcionar, como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica, con la eficacia y el respeto que se le reconoce y que impone su eficaz poder judicial, y concretamente la Suprema Corte de Justicia de aquel país.

22.11. Lo que significa que, como sucede entre nosotros, pretender que subsisten las tres divisiones de poderes sobre la base del esquema del constitucionalismo norteamericano al tiempo que la emergencia otorga amplia capacidad legislativa al ejecutivo y amplía sus competencias, implica en los hechos el rompimiento del sistema. Ello es así, pues la delegación legislativa con la amplitud que se ha otorgado no puede legitimarse. De allí que, además, la ampliación de competencias en el ejecutivo más allá de los cánones constitucionales, trae como consecuen-

cia la liquidación del sistema de las tres divisiones de poderes que el texto constitucional reconoce.

22.12. No parece aconsejable, en nuestro país, pasar a un sistema de constitución flexible, pues nos falta la cultura política necesaria para usar tan delicado instituto, desde que la rigidez constitucional, sin ser un ideal, resulta útil para la guarda de los valores básicos de la estructura político jurídica.

22.13. El régimen de ejecutivo de origen parlamentario no se presenta ni aparece avalado por las costumbres y por el pasado histórico nacional. Y además, y esto es quizá lo más importante y fundamental, nuestros partidos políticos todavía no han aprendido a convivir en la discrepancia, que es la esencia del sistema de ejecutivo parlamentario para que funcione razonablemente.