

## PODER, GOBIERNO Y CONTROL

José L. MARTINEZ PERONI

Despejado el terreno de mitos jurídicos y políticos, que impiden ver la efectividad del principio de la separación de poderes, y en un escenario acentuadamente complejo a consecuencia del advenimiento de la sociedad de masas y el protagonismo del "Estado Social de Derecho" (1), la clásica doctrina de la separación de poderes pierde su original carácter paritario.

El crecimiento de los cometidos estatales es el hecho singular y dominante del Estado moderno. En 1835, Tocqueville escribía: "Todo parece ayudar al aumento indefinido de las prerrogativas del poder central" (2).

La continúa expansión de las funciones asignadas al Estado contemporáneo ha provocado el disloque del orden jurídico-político que se había dado al Estado de Derecho liberalburgués.

Bertrand de Jouvenel ha señalado esta transformación del Estado constitucional liberal: "Al Estado,... no le competía reparar los males que afectaban a algunos ni de asegurar un ritmo de progreso para el conjunto. Hoy se espera que el Estado ponga remedio a todas las situaciones desafortunadas, que provea un crecimiento rápido y regular de la riqueza media. Incluso, la idea del "buen gobierno" ha cambiado. Un gobierno, actual peca si no aumenta el producto nacional, si aumenta el costo de la vida, si se desequilibra la balanza de pagos, si el

país sufre un retraso técnico con respecto a los demás,... La política económica y social es una especulación sobre el porvenir que exige una continua revisión de los cálculos y un reajuste consecuente de las medidas adoptadas. Y esta tarea exige un "modus operandi" más ligero y flexible que la votación de unas leyes" (3).

En este contexto, no resulta extraño que el Parlamento haya perdido además de su supremacía, parte de su autonomía, pues sobre él influyen ahora de modo determinante ciertos factores que han disminuído su capacidad de legislar en forma eficaz. Paralelamente, se advierte un protagonismo regulador del Estado a cargo del órgano Ejecutivo (término éste, que ya no condice a las actuales funciones de gobierno). Ya en 1961, Léo Hamon, atribuía ese declive de las asambleas deliberantes a causas durables y no coyunturales: "número y complejidad de los problemas, tecnicidad de la mayor parte de éstos, uso de los medios de comunicación de masa que permiten al ejecutivo un contacto más directo con los gobernados, desafección, en un período de decisiones rápidas y múltiples, por las deliberaciones públicas y prolongadas" (4).

Bajo estos supuestos, los clásicos tres poderes, intentan redefinir sus funciones y establecer un renovado equilibrio de relaciones en la estructura del poder.

Con el paso del Estado liberal al Estado social, nuevas formas de participación y acción de los poderes públicos, hacen visible la presencia de otras dos funciones que, sin perjuicio de la dialéctica trinidad entre legislación, administración y jurisdicción proyectan cambios sustanciales en la estructura interna del sistema clásico de la división de poderes. De aquí pues, que junto a las tres funciones clásicas del poder aparezcan otras dos, "gobierno" y "control", que completan el cuadro de la actividad estatal.

A continuación analizaremos con mayor detenimiento ambas funciones, para poner de relieve sus interrelaciones, como así también, la repercusión que tienen en la tradicional tripartición funcional del poder.

Ante todo es obvio que los postulados centrales comunes a la teoría liberal del Estado y el derecho, con-

tribuyeron a minimizar la función "política" o de "gobierno".

Como anota García Pelayo, "el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también en sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos". En tanto que el Estado liberal decimonónico se presenta como una "organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construída primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación", garantizada por el ordenamiento jurídico-positivo, que se sustenta en un orden espontáneo y racional de la sociedad; el Estado social -por el contrario- "parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autoreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., pueden neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino que, por el contrario, ha de ser el regulador decidido del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas" (5).

En un cierto sentido, el protagonismo asumido por la institución estatal, puede ser considerado como la expresión institucional de una evolución de los valores y de la generalización de nuevos cometidos estatales, que desbordando las fronteras jurídicas de la teoría recibida, apuntan a mantener y reafirmar sin reservas, la unidad política en que el Estado consiste.

No basta ya considerar al Estado desde la perspectiva estrecha de un reduccionismo jurídico. Se trata de considerarlo en toda su amplitud y complejidad

dinámica. En general, cobra especial interés la consideración de la función que se denomina "política" o "gubernativa", a través de la cual se expresa la politización creciente de la vida social, al margen de las formas jurídicas teorizadas por los teóricos del Estado de Derecho liberal burgués. A este respecto cabe observar con Pérez Serrano que "la función de gobierno se centra en el valor político, en la conservación y defensa del Estado, en el mantenimiento de la unidad del Pueblo que produce la comunidad política, en la afirmación y fortalecimiento de la defensa nacional, en la dirección unitaria y suprema de la vida del País. Por tanto, será jurídica en algunos casos, cuando el Ordenamiento de Derecho existente lo consienta; será metajurídica y hasta antijurídica, cuando lo requiera el fin capital de salvación del Estado a que responde. Porque el Derecho no puede vivir sin que haya Autoridad que lo respalde y haga efectivo; y porque el simple hecho, el mero imperium o poder, el acto de fuerza engendran Derecho en cuanto la situación se consolida, la convivencia se asegura y el asentamiento posterior subsana el instantáneo eclipse de la vida jurídica normal. Pero siempre y en todo caso, la nota dominante, la consideración que prima es la de valor existencial y primario del Estado, no la jurídica, porque en los casos a que esta función atiende es el Derecho uno de tantos instrumentos o resortes como pueden ponerse en juego, nunca un límite o una cortapisa" (6).

En verdad, la discusión de multitud de cuestiones de interés público se realiza ya fuera de las asambleas legislativas. Y ello es así porque las decisiones de gobierno, las más de las veces suponen información, estudio, documentación, estadísticas, especialidad, rapidez y continuidad en la acción.

En este contexto, el aparato tecnoburocrático asume un rol fundamental en la elaboración de las políticas y estrategias nacionales. Con ello, se produce un desplazamiento fáctico del órgano legislativo al ejecutivo, ya que éste cuenta con el asesoramiento técnico adecuado. Esta circunstancia coadyuva para que la iniciativa legislativa parta del órgano ejecutivo. A ello debemos

agregar que la creciente intervención estatal en la vida social no se suele efectuar mediante leyes, sino mediante decisiones de carácter ejecutivo. La pérdida de competencia de los órganos deliberativos, es un fenómeno que va acompañado necesariamente de una expansión de las facultades del órgano ejecutivo. En definitiva, las asambleas deliberativas, no parecen ser los instrumentos capaces de formular en condiciones de eficacia las políticas económicas y sociales.

En todo caso, afirmaciones como la precedente sólo tienen sentido si se parte de un consenso acerca del sentido de las palabras utilizadas, situación difícil de lograr respecto a un concepto como el de "gobierno", en el que confluyen argumentaciones de índole muy diversas. Los intentos actuales de formular una tipología de los actos principales de esta actividad constituyen una buena muestra de ello. La mayoría de ellos están constituídos por aquella categoría de actos que la doctrina francesa rubrica como "actos de gobierno" (7).

Así, pues, cabe enumerar como actos contenidos en esta función: 1) Todos aquellos que tiendan al mantenimiento del orden en situaciones de excepción (declaración del estado de sitio, represión de desórdenes públicos, adopción de medidas excepcionales con respecto a calamidades públicas, declaración, dirección y término de una guerra exterior); 2) Los actos que afectan la dirección y orientación de las relaciones exteriores (negociación diplomática, nombramiento y remoción de funcionarios diplomáticos); 3) Aquellas atribuciones que tiendan a realizar un equilibrio de los poderes del Estado (disolución del Parlamento, la convocatoria de elecciones, nombramiento y remoción de altos funcionarios y magistrados judiciales, la apertura de sesiones ordinarias del Congreso, convocarlo a sesiones extraordinarias, mensajes ordinarios al Congreso en cuestiones trascendentales, la iniciativa legislativa, la sanción o el veto, la renuncia del Presidente de la República, el ejercicio del derecho de gracia); 4) Aquellos actos que afectan a la dirección de las fuerzas militares en situaciones bélicas y de paz (poderes de mando y organización militar), etc. (8).

Por lo demás, y para completar la fisonomía de los "actos de gobierno", bueno será añadir que "las materias gubernamentales, esencialmente nuevas porque surgen bajo la presión de los acontecimientos, y siempre urgentes porque interesan a la unidad y a la salvación del Estado, no pueden esperar, para recibir solución, a que se deliberen las leyes con el tiempo que esta operación requiere. El funcionamiento político del Estado se presenta con los caracteres de un gobierno, por la decisión ejecutiva rápida que, transcurrido el momento de urgencia, podrá someterse a la confirmación de la ley pero que, mientras tanto, vale por sí misma. En vez de marchar delante la regla general, acontece con frecuencia que se adelanta la decisión particular, y, si interviene una regla general, será obra de un decreto ejecutivo, y no de una ley" (9).

La perspectiva señalada permite entrever aspectos esenciales de la "función gubernamental"; aún así, no es menos cierto que no se agota con los actos que se dejan descritos. Ya Panunzio observaba que las funciones del Estado no eran sólo tres (legislativa, administrativa y judicial), "ya que 'a estas funciones' es preciso agregarle otra que es, por lo demás la principal, primigenia y fundamental..., la 'función de gobierno', vale decir, la determinación de la dirección política. Dirección política respecto de la cual la misma legislación se comporta como un ejecutivo, en cuanto es el programa político de gobierno el que en sucesivos capítulos aparece traducido en las leyes, y constituyendo su presupuesto" (10).

Al finalizar la conflagración de 1939-1945, los textos constitucionales de postguerra se refieren al Indirizzo político, politische Richtung, Richtlinien der Politik, política genral, política nacional, etc.. Así la Constitución de la V República francesa dice, en el artículo 20: "El gobierno determina y dirige la política de la Nación"; la Constitución italiana utiliza diversos términos que aluden a la función directiva: "determinar la política nacional" (art. 49); "política general del Gobierno" y "unidad de orientación política" (art. 95); "intereses nacionales" (arts. 117 y 127). La Ley Fundamental de la República

Federal de Alemania establece en el artículo 65, que "El Canciller Federal fija las directivas de la política y asume la responsabilidad de las mismas" (11).

En Argentina, la existencia de esta potestad directiva de los intereses públicos se encuentra receptada en la "Ley de Ministerios - t.o. 83"... "art. 4- Las funciones de los ministros serán: a) Como integrantes del gabinete nacional: 1- Intervenir en la determinación de los objetivos políticos. 2- Intervenir en la determinación de las políticas y estrategias nacionales" (12).

En este sentido también es explícita la actual "Ley Orgánica de los Partidos Políticos" N° 23.298: "art. 2- Los partidos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional..." (13).

En esta perspectiva, la "función directiva" o de "gobierno", abarca un conjunto de medidas de carácter jurídico-político encaminadas a precisar metas político-sociales en las que se informa todo el accionar estatal.

Julio Oyhanarte ha subrayado los aspectos que tipifican a la "función gubernamental" en aquellos países en que ha comenzado a prefigurarse el "Estado de Desarrollo": "En los regímenes de Poder eficaz, la función gubernamental consiste, primordialmente, en el trazado de la política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla. Aquella política y estas decisiones, establecen la dirección inmediata de la vida comunitaria; implican una opción entre diversas alternativas vitales, como podrían serlo, por ejemplo, defensa o devaluación de la moneda, aceptación o rechazo de las instrucciones del Fondo Monetario Internacional, estímulo o resistencia a las inversiones extranjeras "desnacionalizadoras", etc., y gravitan orientadora y unificadamente sobre las actividades ordinarias de los órganos estatales dándoles sentido, ritmo y metas" (14).

La referencia de Oyhanarte a la "función gubernamental" es acertada, en la medida que la estructura del Estado demoliberal contemporáneo-dotado de un sentido primordialmente funcional-, depende en gran medida del ejercicio de esta función que predetermina su "orientación política" (15).

La "función gubernamental" presupone actos en que los órganos más preeminentes del Estado asumen un papel político decisivo, al establecer "una 'orientación' determinada de la actividad del poder público, recogiendo aspiraciones y necesidades, e 'impulsando' en consecuencia la acción de todos los órganos del Estado y estableciendo el programa y las normas de su actuación" (16).

De otra parte, la complejidad de la función gubernativa y la vertiente política que en ella se acusa inducen a señalar como rasgo distintivo su carácter "discrecional", aspecto que cuadra con su naturaleza intrínseca e implica la libre elección de los medios idóneos -"salvas la arbitrariedad e irregularidad jurídicas"- (17).

Centro dinámico de la vida estatal la "función política" o de "gobierno" es siempre poder de "dirección" e "impulsión", pero en un todo congruente con las pautas básicas sentadas en la constitución política del Estado.

Centrando ya el análisis en los aspectos propiamente jurídico-constitucionales del problema, puede afirmarse que la primera y más importante manifestación está constituida por la "proposición o iniciativa legislativa", y en menor medida, por los "mensajes" formulados por el jefe del órgano ejecutivo ante las asambleas legislativas sobre aquellos puntos de su programa que juzgue necesario y conveniente someter a su consideración.

Resulta obvio que, de entre los órganos estatales, y en razón de su diversidad de naturaleza y jerarquía política, unos serán los que predominantemente asuman la potestad gubernamental.

En efecto, "lo que caracteriza a un gobierno moderno es la adopción de 'policies' a largo plazo, cuidadosamente elaboradas, coherentes entre sí, 'policies' cuya ejecución debe, por otra parte, modificarse según las circunstancias. Elaboradas con ayuda de expertos, estas 'policies' son llevadas a cabo por 'managers'. Un Parlamento, especialmente del tipo europeo, sólo puede desempeñar a este respecto un papel secundario..., la 'subordinación' del Parlamento me parece indiscutible; y, aunque lo lamento, iré más lejos: temo que sea irremediable" (18).

Como se ve quien tiene la iniciativa es el po-

der llamado ejecutivo, denominación que, en opinión de Jouvanel, se ha hecho engañosa, y convendría rechazar.

Bajo estos supuestos, se puede colegir que el "Ejecutivo", es el órgano central de dirección e impulsión de los asuntos públicos. Pero nada de esto quiere decir que la función le competa en forma exclusiva. Por el contrario, el ejecutivo necesita vincularse al sector mayoritario del órgano legislativo para cumplir la plataforma o mandato electoral. Tal postulado requiere del partido gobernante una estricta disciplina de partido que le permita designar a un tiempo al jefe del gobierno y le proporcione una mayoría parlamentaria destinada a apoyarlo durante toda la legislatura. La mayor parte de las iniciativas gubernamentales son aprobadas con la colaboración constante de la Cámara donde se sientan los representantes del partido gobernante (19).

Esta interconexión del "ejecutivo" al sector mayoritario del "legislativo" ha modificado los términos de la contraposición entre "función de gobierno" y "función de control". Esta última se ha convertido en una función del sector minoritario del Congreso, mientras que el sector mayoritario, que actúa en estrecha relación con el ejecutivo, es cotitular de la función política o de gobierno. Giuseppe Vergottini considera que "el principio de separación entendido como principio garantizador que consiente el control político sobre la orientación, carece hoy de consistencia real en el caso que se desee aplicarlo a las relaciones entre órgano parlamentario y órgano de gobierno, mientras que tiene fundamento en el caso que sea aplicado a las relaciones entre las minorías de la oposición y la combinación políticamente homogénea mayoría-gobierno" (20).

Lo desarrollado hasta aquí demuestra que la Constitución y la realidad han convertido al órgano ejecutivo en el vértice de la organización gubernamental. Ello ha obligado a replantear la importancia del juego del control al poder. Sánchez Agesta al hablar de la "función de control" sostiene que "quien controla no decide, solamente influye de una manera directa o indirecta en la decisión de otro órgano. Persuade o disuade, o incluso

impide, pero no acepta la responsabilidad moral ni, en su caso, la responsabilidad política de la decisión" (21).

En este sentido, resulta interesante el control jurisdiccional de constitucionalidad, que suple en parte la debilitada dialéctica entre parlamento y ejecutivo. Como dice García Pelayo, "la politización del Gobierno y del Parlamento, que,... relativiza la autonomía de ambos términos ha tratado de ser neutralizada, tanto en la teoría como en la praxis institucional, por el realzamiento de la judicatura a un poder capaz de defender al ciudadano de los excesos de la administración y de la legislación -ante todo mediante el control de la constitucionalidad- que lo convierten en guardián del recto uso del aparato estatal, hasta el punto que algunos tratadistas transforman la trinidad clásica en la dualidad Gobierno-Parlamento, de un lado, y judicatura, de otro" (22).

Pero esto no es suficiente. En una sociedad en la que el protagonismo de la institución estatal es creciente, la vida cotidiana del hombre se ve amenazada no sólo a través de los medios jurídicos tradicionales, sino también por un núcleo de actividades políticas, económicas y sociales, donde la preocupación jurídica tiene un carácter subsidiario, e incluso, bajo ciertas circunstancias excepcionales, perjudicial. Por consiguiente, los tribunales no bastan para la tutela eficaz de los derechos e intereses ciudadanos y de aquí que haya que ponderar, a los efectos de un control eficaz del poder, -según se vió- el papel que juegan las minorías parlamentarias que pueden denunciar los abusos al no deberle acatamiento disciplinario al ejecutivo (Jefe del partido mayoritario). Con respecto a esto último, Jovenel sostiene que "El vigilante debe ser independiente del vigilado: no sólo no debe ser partidario suyo, sino que tampoco debe ser su rival, aspirante a sucederle. Que la marcha de los asuntos públicos sea discutida en un Parlamento entre los miembros de una mayoría que no son sino abogados del gobierno y los miembros de una minoría que no son sino acusadores es sin duda mejor que nada" (23).

Debe tenerse presente que nuestra tarea se limita a describir el área y la organización del poder.

Dejamos de lado, pues, los intrumentos extra-estatales de control.

Después de formular estas reflexiones generales, cabe enunciar la regla general y básica que domina a la relación entre el ejercicio del poder y su consiguiente control: "Cuanto mayor es el poder activo, más importante es la función de vigilancia" (24).

En un todo coincidente, Ekkehart Stein sostiene que el control debe crecer al mismo ritmo que aumenta el poder del gobierno (25).

Afirmamos, retomando el tema central de este capítulo con Pierre Pactet, que "la auténtica división de poderes no consiste entre el poder de hacer la ley y el de ejecutarla, sino entre el poder gubernamental de decidir y actuar y la libertad en favor de las asambleas parlamentarias de controlar y criticar" (26).

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

1. VID KAMMLER, Jörg, **El Estado Social**, en W. Abendroth y K. Lenk, **Introducción a la ciencia política**, Barcelona, 1971, pp. 91-124.
2. TOCQUEVILLE, A. de, **La democracia en América**, Madrid, 1980, p. 225.
3. JOUVENEL, B. de, **Sobre la evolución de las formas de gobierno**, En: **El principado**, Madrid, 1974, pp. 81-82.
4. HAMON, Leo, **Les parlementaires en France**, citado por: Jean-William Lapierre: **El análisis de los sistemas políticos**, Barcelona, 1976, pp. 229-230.
5. GARCIA PELAYO, M., **Las transformaciones del Estado contemporáneo**, Madrid, 1977, pp. 18,21,22 y 23.
6. PEREZ SERRANO, Nicolás, **Tratado de Derecho Político**, Madrid, Civitas, p. 412; como dice Hauriou, "la función gubernamental consiste en solucionar, a compás de los sucesos, los asuntos excepcionales que afectan la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales", Hauriou, M., **Principios de Derecho Público y Constitucional**, Madrid, 1927, p. 373.
7. VID GARRE de MALBERG, R., **Teoría General del Estado**, México, 1948, cap. II, sección II, **Los Actos de Gobierno**, pp. 480-502. Conviene destacar que para este autor -a diferencia de Pérez Serrano- la potestad gubernamental si bien no se halla subordinada a habilitaciones legislativas provenientes del órgano legislativo, sólo existe bajo la condición y dentro de los límites de las habilitaciones constitucionales, *Ibidem*, pp. 486-487.
8. BIDEGAIN señala las siguientes características de la función de gobierno que la distinguen de la función jurídica (legislativa, administrativa

y jurisdiccional): a) corresponde a los órganos supremos; b) su ejercicio no está sujeto a reglamentaciones emanadas de cualquiera de los otros órganos del gobierno; c) se refiere a materias de decisión que reclaman un alto grado de discrecionalidad; d) por lo general, aunque no siempre, está exenta de control judicial y sujeta exclusivamente al control político, Cfr. BIDEGAIN, C.M., **Cuadernos del curso de Derecho Constitucional**, III, Bs. As., 1980, p. 108.

9. HAURIUO, M., op. cit., pp. 441-442.
10. PANUNZIO, S., **La fine del parlamentarismo e l'accentramento delle responsabilità**, cit. por Antonio Gramsci, **La política y el estado moderno**, (Escritos Uno), México, 1981, p. 103; para un análisis de la evolución histórica de la competencia gubernamental, Vid: Kammler, J., **Funciones del gobierno**, en W. Abendroth y K. Lenk, op. cit., pp. 183-196.
11. Los textos constitucionales citados pueden consultarse en: **Constitución y Economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales**. Coordinada por Dr. Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1977, pp. 285, 329 y 397.
12. Decreto 132, Ministerios. Ley Orgánica-Texto ordenado del 10/12/83. Boletín Oficial del 9/1/84.
13. Ley Orgánica de los Partidos Políticos. Boletín Oficial del 25/10/85.
14. OYHANARTE, Julio, **Poder Político y cambio estructural en la República Argentina. Un estudio sobre el Estado de Desarrollo**, Bs. As., 1969, p. 58.
15. Para un análisis del proceso de orientación política Vid: Lucas Verdú, P., **Principios de Ciencia Política**, II, Madrid, 1973, pp. 186-200.
16. SANCHEZ AGESTA, L., **Principios de teoría política**, Madrid, 1976, p. 443.
17. LUCAS VERDU, P., op. cit., p. 194..
18. JOUVENEL, B. de, **Del Principado**, en: **El Principa-**

do..., p. 160.

19. OYHANARTE advierte que en aquellos países "donde funciona el control judicial de constitucionalidad de los actos estatales, la Corte Suprema coparticipa también en la puesta en vigencia de todas las decisiones fundamentales... pues sin su exequátur... no tienen posibilidad de materializarse", OYHANARTE, J., op. cit., pp. 60 y 62.
20. VERGOTTINI, G., **La forma de gobierno de oposición garantizada**, en: **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, Nueva Epoca, N° 9, 1979, pp. 10-11.
21. SANCHEZ AGESTA, L., **Curso de Derecho Constitucional Comparado**, Madrid, 1976, p. 65.
22. GARCIA PELAYO, Manuel, **Las transformaciones del Estado contemporáneo**, Madrid, 1980, p. 61.
23. JOUVENEL, B. de, **Del poder activo**, en **El principado...**, op. cit., p. 219.
24. Ibidem, p. 219.
25. STEIN, E., **Derecho político**, Madrid, 1973, p. 83.
26. PACTET, P., **Institutions Politiques. Droit constitutionnel**, Paris, 1969, p. 27.