

EL SISTEMA FUNCIONAL DE LA DIVISIÓN DE PODERES EN LATINOAMÉRICA

Jorge SILVERO SALGUEIRO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto histórico*. III. *El enfoque de análisis funcional*. IV. *El sistema funcional de división de poderes*. V. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quisiera agradecer la invitación a participar en este magno evento en la persona del doctor Diego Valadés, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y del doctor Miguel Carbonell, coordinador del Comité Organizador. Pero, en forma especial, mi agradecimiento se extiende a la doctora María del Pilar Hernández Martínez, quien tan deferentemente se encargó que esto fuera posible.

En segundo lugar, quisiera señalar algunas premisas conceptuales de mi exposición. La aproximación analítica al tema de la división de poderes se puede efectuar a partir de dos categorías diferentes, pero estrechamente relacionadas: principio y sistema.

El *principio clásico* fue enunciado por Montesquieu en términos de una división tripartita del poder,¹ y se considera a Locke² como el precur-

* Profesor de derecho constitucional, Universidad Católica de Paraguay. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional.

¹ “En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil... se llama a este último Poder Judicial”. Montesquieu, Charles de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, capítulo VI del Libro XI, (1748), trad. de Nicolás Estévez, París, 1926, p. 224.

² Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, capítulo XII (1690), trad. de José Carner, México, 1941.

sor.³ Algunas Constituciones latinoamericanas adoptan expresamente el principio especificando cierto contenido dogmático. Esta normativa debe ser considerada en forma preferente por los jueces constitucionales cuando analizan la aplicación del principio clásico en sus sentencias. Tal es el caso de México,⁴ Panamá⁵ y Paraguay.⁶ Por su parte, otras Constituciones consagran el principio en forma implícita y desarrollan su contenido en la parte orgánica de las mismas, como la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787⁷ y de la Argentina de 1857/60⁸. El instrumento normativo de mayor fama universal que contiene el principio es la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que la consagra como un elemento fundamental del concepto de Constitución.⁹

El *sistema* comprende el conjunto de enunciados sobre las tres ramas de gobierno concentrados usualmente bajo los títulos de Legislativo, Ejecutivo y Judicial o dispersos en otras partes de los textos constitucionales. Cada enunciado particular del sistema debe ser interpretado a la luz del prin-

³ Un estudio doctrinario actualizado del principio se encuentra en Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, 2001, pp. 385-396.

⁴ Constitución de México de 1917. Artículo 49, “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

⁵ Constitución de Panamá de 1972. Artículo 2. “El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración”.

⁶ Constitución de Paraguay de 1992. Artículo 3. “Del Poder Público. El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura está fuera de la ley”.

⁷ Sobre la recepción del principio y su posterior desarrollo en Estados Unidos, véase *El Federalista*, 47, trad. de Gustavo R. Velasco, México, 2000, pp. 204 y ss. Además Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the separation of powers*, 2a. ed., Indianápolis, 1998, pp. 131 y ss.

⁸ Acerca de la división de poderes en Argentina, véase Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 2003, t. II-A, pp. 436-472.

⁹ Artículo 16. “La sociedad que no tiene asegurada la garantía de sus derechos, ni tiene determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Sobre la incorporación del principio en Francia como parte del derecho público véase Carré de Malberg, *Teoría general del Estado* (1922), México, 1998, pp. 741 y ss.

cipio como forma de armonizar las disposiciones sobre división de poderes y garantizar la unidad interpretativa de la Constitución.

Este trabajo se ocupa del sistema de división de poderes emanado de las Constituciones latinoamericanas sin perder de vista, por cierto, el contenido dogmático del principio.

La ponencia la desarrollaré en tres etapas: empezaré explicando el contexto histórico en el cual se fue desarrollando el análisis de la división de poderes en Latinoamérica. Seguidamente, expondré ciertas premisas analíticas con las cuales opera el enfoque funcional del derecho, en especial, en el ámbito constitucional. Para luego pasar a graficar conceptualmente la estructura y funcionamiento del sistema de división de poderes derivado de las actuales Constituciones latinoamericanas.

II. CONTEXTO HISTÓRICO

Cuando en 1975 se celebró el I Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el tema central del evento fue: “El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina”, pues los constitucionalistas y académicos de la época lo consideraban como uno de los problemas constitucionales más delicados de ese tiempo, sobre todo cuando el lugar que ocupaba el Poder Ejecutivo en el sistema político alcanzaba matices de una “dictadura constitucional”,¹⁰ como bien lo referenció Jorge Carpizo.¹¹

En la década de 1980 se produjo un cambio gradual de regímenes autoritarios a democráticos en la mayoría de los países latinoamericanos, con lo cual la reflexión sobre la división de poderes empezó a ser asociada a las ideas de “crisis y transformaciones”. Estaba en crisis el predominio autoritario del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes y se necesitaba transformar no sólo el régimen político imperante sino también el sistema de normas constitucionales. La pretensión fue reestablecer un equilibrio en el conjunto del sistema constitucional. Para ello, se propuso: a) establecer

¹⁰ Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974.

¹¹ Carpizo, Jorge, “Presentación”, *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, México, UNAM, 1977. Disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=695>.

mayores controles internos sobre el Poder Ejecutivo; *b*) favorecer el pluralismo político y reforzar la posición institucional del Poder Legislativo en relación al Poder Ejecutivo, y *c*) vigorizar el Poder Judicial otorgando una mayor autonomía a la administración de justicia, sobre todo en el nombramiento de jueces. De esta forma debería corregirse la ausencia de límites efectivos a la hegemonía del Ejecutivo como lo sostuviera Héctor Fix-Zamudio en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en ciudad de México en 1985.¹²

El mismo autor advertía, sin embargo, que la crisis del predominio autoritario del Poder Ejecutivo no debía identificarse con una actitud de censura al predominio del Poder Ejecutivo en el sistema político, el cual era “inclusivo conveniente y necesario”.

En esto concordaba con Héctor Gros Espiell, quien en el I Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, ya citado, tuvo a su cargo la ponencia general y sostuvo “que el predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica no es necesariamente un mal que el derecho constitucional debe, a priori, repudiar y abandonar”.

Según Gros Espiell, se deben diferenciar dos tipos de predominio del Poder Ejecutivo: por un lado, “los tipos patológicos” a los cuales condenó señalando: “la dictadura en todas sus formas o el poder de facto de presidentes sin base ni respaldo popular son, sin duda, fórmulas nefastas que deben ser superadas”.

Pero, por otro lado, Gros Espiell llamó también la atención sobre: “...las fórmulas o sistemas constitucionales o políticos que en Latinoamérica establecen o reconocen *un racional y moderno predominio presidencial*, [y que] constituyen modelos que merecen estudio y comprensión” (las cursivas son nuestras). Y el autor fue más allá al afirmar que:

...la regulación constitucional de un racional predominio del poder ejecutivo... puede ser la fórmula que nuestra América democrática requiere para esta etapa de su historia, en que se necesitan para salir del subdesarrollo y de la dependencia, gobiernos estables, legítimos y fuertes, con amplio apoyo popular. Pero todo ello, y nunca se insistirá demasiado en esto, dentro de la Constitución, en un Estado de derecho, para defender la libertad

¹² Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la división de poderes en la Constitución mexicana”, *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 1987, t. II p. 619.

y los derechos políticos, civiles, económicos y sociales de la persona humana.¹³

Con estas palabras Gros Espiell enfatizó que el predominio racional y deseado del Poder Ejecutivo necesitaba operar esencialmente dentro del marco constitucional. Y para ello se apoyó en las ideas de Juan Bautista Alberdi, quien sostenía: “Dad al Poder Ejecutivo el poder posible, pero dadlo por medio de una Constitución”.¹⁴

Ahora bien, en las décadas de 1970 y 1980 no solo se difundió la idea de reformar el presidencialismo sino también de superarlo y sustituirlo por el parlamentarismo. La inestabilidad política, las crisis democráticas y las violaciones sistemáticas a los derechos humanos fueron asociadas directamente a las formas estructurales del sistema de gobierno presidencial. Con el parlamentarismo debería surgir además una nueva concepción práctica de la división de poderes caracterizada por una relación de *checks and balances* entre gobierno y oposición parlamentaria antes que en la forma clásica establecida entre los poderes del Estado.¹⁵

Sin embargo, cuando en la década de 1990 se produjeron reformas constitucionales importantes, como por ejemplo en Colombia (1991), Paraguay (1992) y Argentina (1994), el sistema presidencial de gobierno permaneció, pero ciertamente experimentó una intensa renovación institucional. En cierta forma, el “presidencialismo renovado”¹⁶ de la década de los noventa, como fue denominado por la Escuela de Heidelberg,¹⁷ atenuó el poder desmedido de los presidentes. En ese sentido, se establecieron límites temporales, como la prohibición absoluta de no reelección presidencial en Colombia¹⁸ y Paraguay. Se crearon nuevas figuras políticas, como la del jefe de gabinete en Argentina. En materia legislativa se fortalecieron las facul-

¹³ Gros Espiell, Héctor, “Ponencia general”, *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, México, UNAM, 1977, pp. 22 y 23.

¹⁴ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, 1852. Disponible en internet: <http://bases.paronetto.org/index3.htm>.

¹⁵ Nohlen, Dieter y Fernández, Mario, *Presidencialismo versus parlamentarismo*, Caracas, 1991.

¹⁶ Nohlen, Dieter y Fernández, Mario, *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, 1998.

¹⁷ Acerca de la Escuela de Heidelberg, véase Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, 2005.

¹⁸ Posteriormente modificada en Colombia en 2005.

tades de control político del Poder Legislativo mediante comisiones de investigación, procedimientos de interpelación y de mociones de censura, como en Paraguay. Asimismo, se cristalizaron jurídicamente aquellas ideas de un mayor control administrativo sobre el Poder Ejecutivo con la institucionalización constitucional de la Auditoría General de la Nación en Argentina y de la Contraloría General de la República en Colombia y Paraguay. Además, se lograron las bases para una mayor autonomía judicial con la creación del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia y del Consejo de la Magistratura en Argentina y Paraguay, respectivamente.

Entonces, los nuevos ajustes estructurales en parte de los Estados latinoamericanos producidos en un contexto sociopolítico favorable a la consolidación de las democracias daban motivo también para generar nuevas reflexiones constitucionales.

Si bien la contraposición entre respeto y violación de la norma constitucional continuaba debido a la arraigada cultura político-constitucional, era el momento de empezar a preguntarse acerca de la eficacia y efectividad de los renovados diseños constitucionales, sin perder de vista por cierto el grado de implementación de la norma. Con ello se produciría además un cambio fundamental en la perspectiva de investigación.

Con esta visión, surgieron preguntas tales como: ¿en qué forma el principio de división de poderes siguió organizando el poder público en las —por así decirlo— nuevas Constituciones latinoamericanas? ¿Se siguió o no después de las reformas constitucionales de los años noventa favoreciendo el predominio de un poder por encima de los otros?¹⁹

Las indagaciones no ofrecieron mayores sorpresas en sus conclusiones. Siguió existiendo un predominio del Poder Ejecutivo en su relación con los otros poderes, pero lo resaltante fue la forma en cómo se ejercía ese predominio normativo, sobre todo a partir de un diseño funcional del poder, de tipo dinámico, que será explicado más adelante.

Luego de este breve recorrido histórico llegamos hasta el actual Congreso Internacional de Derecho Constitucional de 2006. Hoy como ayer, el Instituto de Investigaciones Jurídicas nos convoca a un congreso académico para analizar las relaciones entre los poderes del Estado en Latinoamérica, pero esta vez el tema central en esta mesa la “división de poderes” está esbozado en términos neutrales, lo cual desde mi punto de vista es acerta-

¹⁹ Silvero Salgueiro, Jorge, “El sistema de división de poderes en las Constituciones de Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay”, *Pensamiento constitucional*, Lima, núm. 6, 1999, pp. 135-161.

do, pues está acorde a los cambios sociopolíticos operados en nuestra región donde el presidencialismo autoritario sin respaldo democrático ya no representa “el problema más delicado” para el funcionamiento del sistema constitucional.

Sin embargo, a pesar de lo expresado el predominio del Poder Ejecutivo sigue siendo, como lo hemos visto, un tema trascendental en la vida político-constitucional latinoamericana, aunque esta vez correspondería más bien analizar si el mismo constituye un modelo racional cuya función estaría en optimizar todo el conjunto del sistema constitucional. Con ello daríamos un salto cualitativo en el desarrollo histórico del análisis del sistema de división de poderes.

Entonces, sin descuidar la importancia fundamental que representan los estudios sobre el grado del cumplimiento del derecho —lo cual ha ocupado y seguirá ocupando gran parte de nuestra historia— se debería además preguntar si la ingeniería constitucional actual ha dado muestras de un nivel de rendimiento institucional acorde a las expectativas democráticas de esta época. Lo urgente y delicado de este tiempo es que la maquinaria constitucional sea la adecuada y que funcione correctamente.

En esta tarea es que el enfoque funcional que propongo podría aportar nuevas perspectivas de análisis acorde a los nuevos planteamientos que generan nuestros sistemas constitucionales. Y con ello paso a la segunda etapa de mi exposición.

III. EL ENFOQUE DE ANÁLISIS FUNCIONAL

Manuel García Pelayo inició su famosa obra *Derecho constitucional comparado* con una exposición acerca de la teoría de la Constitución y del derecho constitucional, y como primera tarea se propuso esclarecer la función de esta rama jurídica dentro del ordenamiento legal y político. Para él “esta consideración funcional se hace tanto más necesaria si se tiene en cuenta que el orden jurídico constituye una totalidad y que, por consiguiente, ninguna de sus partes tiene sentido sin referencia a las demás.” Asimismo, advirtió que para penetrar en la esencia del Derecho constitucional se debe exponer “una relación funcional, más no un concepto substancial”.²⁰

²⁰ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 2000, pp. 17-20.

Mutatis mutandi, se podría expresar lo mismo para la división de poderes. Pero sigamos con García Pelayo y expliquemos su propuesta de cómo se debería elaborar el concepto funcional de derecho constitucional, lo cual nos deriva brevemente a la filosofía del conocimiento.²¹ En este ámbito del pensamiento, cuando el sujeto pretende conocer al objeto empieza a analizar la idea de sustancia. En la concepción aristotélica esta existe en sí misma, tiene consistencia propia, y se diferencia del accidente. La sustancia es pues un sustrato que permanece invariable a pesar de los cambios. Vale decir, si hipotéticamente encontráramos la “sustancia” del derecho constitucional podríamos reconocer a esta rama jurídica en diversos ordenamientos jurídicos a pesar de los cambios que pudieran presentarse en los diferentes Estados nacionales.

Sin embargo, a partir de que Kant niega la posibilidad de conocer la cosa en sí, en su visión estática, y además de que restringe el concepto de sustancia al campo de la experiencia, la sustancia pasa a ser entendida dinámicamente como una categoría de relación.²² Vale decir, la sustancia “no es ni más ni menos que una suma de puras relaciones”.²³

Esta crítica kantiana inspiró a Ernst Cassirer, quien en 1910 tuvo el mérito de proponer una transición del concepto de sustancia al concepto de función, el cual lo derivó de las ciencias matemáticas. Para Cassirer, la función es una ley de asignación (*Zuordnungsgesetz*), donde lo relevante para la formación de un concepto pasa a ser un “contexto de interrelaciones de elementos” (*Verflechtungszusammenhang von Elementen*).²⁴ El ser “aparece así conocido como función, pero su ser conocido no es solo una mera aprehensión, sino una forma fundamental de realidad”.²⁵

El trabajo de Cassirer influye a su vez la teoría de sistemas de Niklas Luhmann,²⁶ quien desarrolla la idea de función en el contexto de un siste-

²¹ Una obra consagrada sobre la materia es Cassirer, Ernst, *El problema del conocimiento*, México, 1998-2004, 4 ts.

²² Acerca de las reflexiones de Kant sobre el concepto de sustancia, véase *ibidem*, t. II, pp. 594-499.

²³ Ferrater Mora, José, voz: “Substancia”, *Diccionario de Filosofía*, pp. 1289-1292, voz: “Función”, pp. 568-571, Buenos Aires, 1958; Müller, Max y Halder, Alois, *Breve Diccionario de Filosofía*, Barcelona, 2001, pp. 195, 412 y 413.

²⁴ Cassirer, Ernst, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik* [1910], Darmstadt, 1994, p. 423.

²⁵ Ferrater Mora, José, *op. cit.*, nota 23, p. 571.

²⁶ Horster Detlef, “Niklas Luhmann. Was unsere Gesellschaft im Innersten zusammenhält”, en Jochen Hennigfeld y Heinz Jansohn (Hg.), *Philosophen der Gegenwart*, Darmstadt, 2005, pp. 179-197.

ma determinado a fin de entender los problemas del mismo. Si recordamos las palabras de García Pelayo cuando él mencionaba que “el orden jurídico constituye una totalidad” hoy en día diríamos entonces, que el orden jurídico constituye un sistema abierto, no cerrado, y en comunicación con otros sistemas y subsistemas.

Por su parte, Jürgen Habermas, si bien desarrolló una teoría del Estado democrático de derecho a partir de su enfoque discursivo, ha utilizado un análisis funcional para establecer las relaciones entre derecho y política, lo cual es relevante para el estudio de la división de poderes. En efecto, Habermas estableció “una conexión constitutiva de tipo funcional entre derecho y política”. Él entiende que existen funciones propias de cada ámbito y funciones del uno en relación al otro. Así, el derecho tiene la “función de estabilizar expectativas”, que se presenta como un sistema de derechos de los ciudadanos. Con relación al poder político, la función del derecho es la de ser un “medio de organización de la dominación política”.²⁷ De esta forma, se observa en forma práctica cómo la idea de función está asociada a la idea de realizar una tarea o efectuar una prestación dentro de un sistema.

En este punto abandonamos el campo de la teoría social y volvemos nuevamente al ámbito jurídico. Sin embargo, la conexión entre ambos campos científicos persiste, sobre todo a la hora de un análisis jurídico-funcional. Por ejemplo, Günther Jakobs está dedicado desde hace años a la formulación de una teoría de un derecho penal funcional, y él define “las funciones como las prestaciones que —solas o junto con otras— mantienen un sistema”. En particular, la prestación que realiza el derecho penal consiste en “contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”.²⁸

Hasta este punto hemos visto cómo las ideas de función y sistema son conceptos claves en el análisis funcional. Además de ello, cabe mencionar que esta corriente teórica se aproxima al objeto de estudio mediante categorías conceptuales que permitan ordenar elementos dispersos en un sistema. Una vez abstraído el sistema se podrán indagar las particularidades del mismo no ya por razón de la esencia o sustancia de cada elemento sino en virtud de las funciones e interrelaciones de cada unidad del sistema hasta determinar la función global.

²⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, 2000, pp. 200 y 210-212.

²⁸ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, 2000, pp. 17 y 18.

El enfoque funcional²⁹ propicia asimismo una serie de planteamientos desarrollados en un proceso dialéctico de marchas y contramarchas: si bien se parte de la cuestión principal a investigar que enunciada de un modo general es ¿cuál es la función del sistema de división de poderes? Pero antes se requiere ir un paso atrás para averiguar acerca de cómo funciona el sistema. Para luego avanzar dos pasos y llegar a una tercera y última etapa donde se determinen propuestas para optimizar el sistema de división de poderes. Ésta es la pretensión final, y en ello no debe perderse de vista que el derecho constitucional debe respetar la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales.

Llegando a este punto hasta donde explicamos el desarrollo y aplicación del análisis funcional probablemente muchos juristas se estarán preguntando si no era más sencillo seguir estudiando la división de poderes desde el punto de vista de su finalidad clásica, ésta es la de limitar el poder y garantizar la libertad política tal como lo definió Montesquieu.

Esta duda puede contestarse con una reflexión de Norberto Bobbio. En su trabajo sobre *Política y derecho* analiza “la indeterminación o variedad de significados históricamente aceptables” y argumenta que las dificultades de un concepto en ocasiones están relacionadas a las finalidades del mismo. Así, recuerda que:

La multiplicidad de los fines que las comunidades políticas se han propuesto en las diferentes coyunturas históricas hicieron decir a Montesquieu: “Aunque los Estados tengan en general el mismo fin, que es el de conservarse, sin embargo, cada uno se inclina a desear alguno en particular”, de ahí que “el engrandecimiento fue el fin de Roma; la guerra el de los espartanos; la religión el de las leyes judías; el comercio el de los marsellese; etcétera.” Precisamente con base en esta constatación —continúa Bobbio— el fin del Estado no es por lo general considerado por los escritores de derecho público como un elemento constitutivo de la definición de Estado.

²⁹ Acerca del “*funktionell-struktureller Ansatz*” véase Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Kommunale Selbstverwaltung “nach Rastede”*. *Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung*, en Everhardt Franßen et al (Hrsg), *Bürger-Richter-Staat, Festschrift für Sendler*, München, 1991, p. 121-138. Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft - Perspektiven der Systembildung*, en E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Bd. 10, Baden-Baden, 2004, p. 387.

Y citando a Max Weber agrega: “No es posible definir un grupo político —y tampoco al Estado— señalando el objetivo [finalidad] de su proceder como tal”.³⁰

Con esto no se trata de abandonar el estudio de la división de poderes desde el punto de vista de su finalidad, el cual cabe reconocer ha dado grandes aportes para demostrar la forma en cómo los Estados latinoamericanos se han apartado de los principios clásicos. Más bien, al tratar de enfocar el interés de estudio en el modo en cómo funciona el sistema de división de poderes lo que se pretende es poner de relieve las disfuncionalidades del mismo para que a la hora de realizar los ajustes estructurales se persiga una optimización del sistema en sí. De esta forma el estudio se centra en el cómo es y concluye en cómo debería ser.

Dicho lo cual, pasamos entonces a la tercera parte de nuestra exposición.

IV. EL SISTEMA FUNCIONAL DE DIVISIÓN DE PODERES

Conforme al planteamiento metodológico arriba descrito, antes de indagar acerca de la función que cumple el sistema de división de poderes en las Constituciones latinoamericanas es preciso entender el funcionamiento del mismo. Para ello, se debe construir el sistema ordenando los elementos dispersos en categorías reflexivas y compartidas por la generalidad: categorías de la apercepción en términos filosóficos.

La comprensión del conjunto de los textos constitucionales normativos latinoamericanos permite entonces deducir la siguiente premisa: Las Constituciones latinoamericanas dividen el poder público en una estructura básica similar, de tipo orgánico y funcional:³¹

1. *Estructura orgánica*

Las Constituciones crean órganos y a éstos órganos le asignan funciones. Existen tres órganos o grupos de órganos, los cuales son indepen-

³⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, 2003, pp. 240 y 241.

³¹ Al respecto véase Silvero Salgueiro, Jorge, “El sistema de división de poderes en las Constituciones de Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay”, *Pensamiento constitucional*, Lima, núm. 6, 1999, pp.135-161.

dientes unos de otros y están en relación horizontal:³² los Congresos, sean unicamerales o bicamerales; los presidentes de las Repúblicas, y las cortes supremas de justicia y demás tribunales. Esta estructura tripartita presenta límites muy claros y estáticos, es decir, se trata de una estructura orgánica de separación estricta. Por más que existan algunos puntos de intersección orgánica, por ejemplo, cuando el vicepresidente de la República preside la Cámara de Senadores esto no afecta la rigidez estructural descrita.³³

2. Estructura funcional

Las Constituciones desglosan el poder público en tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Estas funciones son otorgadas o asignadas a los órganos citados más arriba por medio de dos formas: a través de la titularidad de la función estatal (a), y a través del ejercicio de la función (b).

A. La asignación de la titularidad de una función estatal

En este caso, las Constituciones asignan en forma exclusiva la titularidad de cada una de estas funciones a un determinado órgano o grupo de órganos. Así, los congresos son titulares de la función legislativa, los presidentes de la función ejecutiva,³⁴ y las cortes supremas y demás tribunales de la judicial. En consecuencia, se deduce que las Constituciones presentan un esquema rígido de la asignación de la titularidad de las funciones estatales. Este esquema se rige por el principio: nadie fuera del Congreso puede dictar leyes, nadie fuera del presidente puede dirigir la ejecución y

³² La estructura de órganos en relación vertical y la estructura de órganos autónomos escapan a los objetivos temáticos de este estudio concentrado en la clásica relación horizontal de los poderes del Estado.

³³ En Argentina, el vicepresidente es considerado un “órgano extrapoder” con respecto al presidente de la República al ser parte del Senado de la Nación en calidad de presidente del mismo, como lo sostiene Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 8, p. 469.

³⁴ En Panamá, “el Órgano Ejecutivo está constituido por el presidente de la República y los ministros de Estado” (artículo 175 Constitución Política), pero el presidente “ejerce por sí solo” la atribución de “nombrar y separar libremente a los ministros de Estados” (artículo 183, CP).

administración de lo dispuesto en las leyes y, nadie fuera de los jueces puede juzgar. Sin embargo, la separación estricta de la titularidad no está en condiciones de garantizar un ejercicio exclusivo de las funciones; sólo otorga un ejercicio preeminente de la función e impone la condición de que en el caso que un órgano ejerza una función cuya titularidad no le corresponde esté necesariamente facultado para ello por la Constitución.

Por regla general, esto ocurre por medio de la asignación del ejercicio de una función estatal, la cual se explica a continuación.

B. La asignación del ejercicio de una función estatal

Esta forma de asignación relaciona una tarea constitucional con el órgano que desempeñará dicha actividad, el cual no es siempre el titular de la función. La asignación del ejercicio opera en forma directa e indirecta.

a. En la asignación directa del ejercicio

Las Constituciones otorgan expresamente competencias a un poder del Estado para ejercer actos jurídicos relacionados con el área de funciones del otro poder, o bien para ejercer actos que no necesariamente se desprenden de su propia titularidad. Esta forma de asignación tiene como efecto una ampliación expresa de competencias y una intervención —admitida constitucionalmente— de un poder en el área de funciones del otro.

Un área clásica donde opera la asignación directa del ejercicio, por ejemplo, es en el proceso de formación de las leyes. Si bien la facultad de dictar leyes es parte intrínseca de la titularidad de los poderes legislativos, sin embargo, a los poderes ejecutivos latinoamericanos se les atribuye asimismo un papel importante en dicho proceso. Los presidentes están facultados para proponer leyes y cuentan, por regla general, con la iniciativa legal exclusiva en materia presupuestaria. Pero en los casos de Chile y Uruguay esta potestad privativa del presidente se amplía a otros temas, con lo cual el ejercicio legislativo de los propios parlamentos se ve restringido. Otra limitación resultante para los poderes legislativos es que se encuentran constreñidos a aceptar o rechazar la propuesta del Ejecutivo sin poder introducir mayores cambios a la iniciativa legal, como se desprende, por

ejemplo, de los artículos 65 de la Constitución de Chile³⁵ y 133 de la Constitución de Uruguay.³⁶

³⁵ Constitución de Chile. Artículo 65 (ex artículo 62 antes de la reforma constitucional de 2005). "...corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos, y con las materias señaladas en los números 10 y 13 del artículo 63.

Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

1o. Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;

2o. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;

3o. Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas, de los gobiernos regionales o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos;

4o. Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;

5o. Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar, y

6o. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado. El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República".

³⁶ Constitución de Uruguay. Artículo 133. "Requerirá la iniciativa del Poder Ejecutivo todo proyecto de ley que determine exoneraciones tributarias o que fije salarios mínimos o precios de adquisición a los productos o bienes de la actividad pública o privada.

El Poder Legislativo no podrá aumentar las exoneraciones tributarias ni los mínimos propuestos por el Poder Ejecutivo para salarios y precios ni, tampoco, disminuir los precios máximos propuestos".

Además, el artículo 86 de la Constitución uruguaya establece en materia de presupuesto: "Toda otra ley que signifique gastos para el Tesoro Nacional, deberá indicar los recursos con que serán cubiertos. Pero la iniciativa para la creación de empleos, de dotaciones o retiros, o sus aumentos, asignación o aumento de pensiones o recompensas pe-

Un caso extremo de asignación directa del ejercicio se encuentra en Argentina. Desde la reforma constitucional de 1994 se contempló expresamente en la Constitución que el presidente puede dictar decretos de necesidad y urgencia.³⁷ La técnica legislativa utilizada para formular esta facultad representa un claro ejemplo de cómo el poder público es asignado a través de la titularidad y del ejercicio de la función. En efecto, la Constitución argentina empieza confirmando la titularidad de la función legislativa dada al Congreso a través del establecimiento de una prohibición absoluta para el presidente: El artículo 99, inciso 3, establece: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. Pero, acto seguido en virtud de una asignación directa del ejercicio señala: “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trata de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral, o el régimen de partidos, podrá [el presidente] dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.”

El efecto de esta asignación directa del ejercicio es tan intenso que modifica el esquema de asignación de la titularidad concentrando provisoriamente dos funciones estatales en un poder. De esta forma, se produce un claro predominio del Poder Ejecutivo y se reduce el papel protagónico del Poder Legislativo en el tratamiento y solución de conflictos graves y urgentes que emerjan en la vida diaria.

Lo dicho anteriormente se ve reafirmado si además se considera que la Constitución argentina prevé la posibilidad de una delegación legislativa. En efecto, la Constitución establece que “se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo a materias determinadas de administra-

cionarias, establecimiento o modificación de causales, cómputos o beneficios jubilatorios corresponderá, privativamente, al Poder Ejecutivo”.

³⁷ Sobre la finalidad original de la incorporación de dichos decretos y de la delegación legislativa Antonio María Hernández informa que los mismos fueron incorporados al texto constitucional “como institutos de emergencia [anteriormente] convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos como emerge de los artículo 99, inciso 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente”. Hernández, Antonio María, “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 14, enero-junio de 2006, p. 166.

ción o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca” (artículo 76).³⁸

En Panamá, el artículo 150 de la Constitución contempla asimismo un caso de asignación de una función estatal a través de la titularidad y del ejercicio de la misma. Dicho artículo incorporado a la Constitución de 1972 con la reforma de 1983 establece inicialmente que: “La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente...” Pero, en el numeral 16 consagra una asignación directa del ejercicio de la siguiente forma:

Conceder al Órgano Ejecutivo, cuando éste lo solicite, y que la necesidad lo exija, facultades extraordinarias precisas, que serán ejercidas durante el receso de la Asamblea Nacional, mediante Decretos-Leyes.

La Ley en que se confieren dichas facultades expresará específicamente la materia y los fines que serán objeto de los Decretos-Leyes y no podrá comprender las materias previstas en los numerales tres, cuatro y diez de este artículo ni el desarrollo de las garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de los partidos y la tipificación de delitos y sanciones. La Ley de facultades extraordinaria expira al iniciarse la legislatura ordinaria subsiguiente.

Todo Decreto-Ley que el Ejecutivo expida en el ejercicio de las facultades que se le confieren deberá ser sometido al Órgano Legislativo para que legisle sobre la materia en la legislatura ordinaria inmediatamente siguiente a la promulgación del Decreto-Ley de que se trate. El Órgano Legislativo podrá en todo tiempo y a iniciativa propia derogar, modificar o adicionar sin limitación de materias los Decretos-Leyes así dictados.³⁹

A pesar de los recaudos constitucionales sobre el momento⁴⁰ y las condiciones para ejercer las “facultades extraordinarias” ello no fue óbice para

³⁸ Acerca de la reducción de la Constitución argentina a los artículos 76 y 99, inciso 3, y de la transformación en una “república ejecutiva” ante el uso indiscriminado de dichas facultades véase Ventura, Adrián, “Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida aconstitucional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 521.

³⁹ La Constitución de Panamá contiene en el artículo 163 una serie de prohibiciones para la Asamblea Nacional, entre ellas: “9. Delegar cualquiera de las funciones que le correspondan, salvo lo previsto en el numeral 16 del artículo 159”.

⁴⁰ “...es muy improbable que el Ejecutivo solicite autorizaciones para legislar ante una Asamblea cuyos recesos anuales no exceden de dos meses cada uno”. Quintero, Cé-

que el Poder Ejecutivo actuara en el pasado como el principal legislador en temas sensibles de la economía panameña⁴¹ y que lo siga haciendo en el presente,⁴² aunque no con tanta asiduidad como en el caso argentino.

Además de lo expresado, la Constitución panameña contempla la así denominada categoría de “leyes-cuadros”⁴³ en el artículo 200,⁴⁴ que permite que el

sar A., “Antecedentes y significado del acto constitucional de 1983”, en Fábrega, Jorge (comp.), *Estudios de derecho constitucional panameño*, San José, 1987, p. 108.

⁴¹ La Ley núm. 1 de 1998 por la cual se concedió facultades extraordinarias al Órgano Ejecutivo dispuso en su artículo 1o.: “Se conceden facultades extraordinarias precisas al Órgano Ejecutivo que serán ejercidas mediante decretos-leyes conforme lo dispone el numeral 16 del artículo 153 de la Constitución Política de la República para que dicte disposiciones relativas a las siguientes materias y fines: 1. Establecer nuevas normas relativas al marco regulatorio del régimen bancario, derogando íntegramente el Decreto de Gabinete 238 de 1970, por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Comisión Bancaria Nacional, con el objeto de modernizar su marco jurídico, así como la ordenación general y supervisión de sus actividades, adaptando la legislación nacional a tendencias internacionales modernas que garanticen un mayor índice de eficiencia y confiabilidad en el desenvolvimiento de este sector”. Posteriormente, el Poder Ejecutivo por decreto-ley núm. 9 de 1998, “Por el cual se reforma el régimen bancario y se crea la Superintendencia de Bancos” reguló en 166 artículos gran parte de la actividad bancaria panameña.

⁴² La Ley núm. 1, de 2006 concedió facultades extraordinarias al órgano Ejecutivo para dictar decretos-leyes en diversas materias como ser: la creación del Fondo Fiduciario del Canal de Panamá para el desarrollo de infraestructura; la modificación de la Ley 18 de 1983 Orgánica del Instituto Nacional de Formación Profesional para su reestructuración; la modificación de la Ley 29 de 1996, Orgánica de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor “con el fin de brindar una verdadera y efectiva protección a los consumidores y promover la libre competencia y la libre concurrencia”; la subrogación de la Ley 20 de 1975 que reorganiza el Banco Nacional de Panamá “con el fin de dotar... de una normativa que propicie su modernización, eficiencia y competitividad”, etcétera. En cumplimiento de la Ley num. 1 de 2006 se dictaron 11 decretos-leyes. Toda la legislación panameña está disponible en <http://www.presidencia.gob.pa/gacetaoficial/>.

⁴³ En un extenso y profundo trabajo, Mario J. Galindo H. señala que las fuentes de las leyes cuadros o leyes marcos en Panamá son la reforma constitucional colombiana de 1968 y la Ley 17 de 1948 de Francia, pero en la legislación panameña el instituto adquirió particularidades distintivas. Véase Galindo H., Mario J., “Leyes-cuadros y materias aledañas en el derecho panameño”, en Fábrega, Jorge (comp.), *op. cit.*, nota 40, pp. 717-753.

⁴⁴ Constitución de Panamá. Artículo 200. “Son funciones del Consejo de Gabinete [presidente, vicepresidente y ministros]: 7. Negociar y contratar empréstitos; organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; fijar y modificar los aranceles, tasas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las normas previstas en las Leyes a que se refiere el numeral 11 del artículo 159. Mientras el Órgano Legislativo no haya dictado Ley o Leyes que contengan las normas generales correspondientes, el Órgano Ejecutivo podrá ejercer estas atribuciones y enviará al Órgano Legislativo copia de todos los Decretos que dicte en ejercicio de esta facultad”.

Poder Ejecutivo pueda legislar no estando supeditado a leyes de concesión de facultades extraordinarias —como se observó en los párrafos precedentes— sino que en ausencia de normas legales “el mismo puede regular ex propria auctoritate dichas materias [especificadas en el art. 200 núm. 7), con la misma amplitud con que puede hacerlo el Órgano Legislativo”.⁴⁵

b. El mecanismo de asignación indirecta del ejercicio de una función estatal

Opera con una lógica distinta, pues en vez de asignar competencias las Constituciones limitan a un poder del Estado en el ejercicio de su propia función estatal. Esta reducción de competencias se convierte, sin embargo, en una asignación funcional indirecta para cualquiera de los otros dos poderes cuando el ejercicio limitado por la Constitución está relacionado funcionalmente con alguna competencia de estos otros poderes, permitiéndoles aumentar la intensidad o la discrecionalidad de sus propias competencias.

Por ejemplo, en el Uruguay los decretos del Poder Ejecutivo están excluidos del control constitucional, pero sometidos al control del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, en esta jurisdicción el control no se extiende a los “actos administrativos de gobierno” debido a que se estableció “la improcesabilidad” de los mismos a través de un decreto-ley de 1984 modificado parcialmente en 1987.⁴⁶ En consecuencia, un sector de la actividad estatal queda fuera de todo control jurisdiccional.⁴⁷

De esta forma, la limitación al Tribunal Contencioso Administrativo de procesar los actos administrativos de gobierno intensifica el ejercicio de esta competencia por parte del Poder Ejecutivo, al disponer de una mayor discrecionalidad dada por la falta de control judicial posterior. Asimismo, toda reducción de competencias significa una disminución de poder real y afecta en cierta manera el equilibrio entre los poderes del Estado.

En México, en virtud del artículo 74. IV de la Constitución, la Cámara de Diputados tiene la facultad exclusiva de aprobar anualmente el presu-

⁴⁵ Galindo H., Mario J., *op. cit.*, nota 43, p. 737.

⁴⁶ Con anterioridad “se ha discutido doctrinalmente desde 1952 la constitucionalidad de esta exclusión”. Gros Espiell, Héctor y Esteva Gallicchio, Eduardo G., *Constituciones iberoamericanas. Uruguay*, México, 2005, p. 27.

⁴⁷ Para un estudio detallado del caso, véase Vázquez, Cristina, “Actos políticos y de gobierno”, *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Universidad de la República, 1996, p. 560.

puesto de egresos de la Federación que fuera enviado por el Ejecutivo federal, quedando fuera del proceso presupuestario la Cámara de Senadores. Esta restricción impuesta al Senado tiene un origen histórico, pero en la actualidad afecta las relaciones entre los poderes del Estado y “significa una limitación al sistema representativo”.⁴⁸

En Paraguay, la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos conforme a los artículos 259 y 260 de la Constitución de 1992. Pero dicha declaración tiene solamente un efecto *inter partes* y no *erga omnes*, permitiendo que las leyes o decretos inconstitucionales sigan vigentes y que continúen siendo aplicados por la administración pública o por los propios jueces inferiores. Ello debilita el control de constitucionalidad y crea serias dificultades para expulsar en su totalidad del sistema jurídico normas claramente arbitrarias e inconstitucionales dictadas por los otros poderes del Estado.

En Panamá, el último párrafo del artículo 206 de la Constitución dispone que: “Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial.” Pero el artículo 2573 del Código Judicial agrega: “Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo.” Entonces, en virtud de esta disposición, la declaración de inconstitucionalidad desarrolla un efecto *ex nunc* en todos los casos coartando *ab initio* el potencial de control de la Corte Suprema. Esto se vuelve un contrasentido cuando la Corte trata la impugnación por inconstitucional de fallos judiciales de instancias inferiores. Por tanto, en forma pretoriana, la Corte panameña salvó la excesiva limitación legal a la declaración de inconstitucionalidad expresando que la inconstitucionalidad de sentencias judiciales produce una nulidad *ex tunc* caso contrario el control de constitucionalidad establecido en la Constitución será “totalmente intrascendente, inocuo”.⁴⁹

En resumen: el funcionamiento del sistema de división de poderes opera sobre una estructura orgánica de separación estricta relacionada con un es-

⁴⁸ Gutiérrez G. et al., *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder*, México, 2001, p. 57.

⁴⁹ Sentencia del 3 de agosto de 1990, Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, transcrita en *Código Judicial. Jurisprudencia. Legislación*, Panamá, 2005, p. 431.

quema rígido de asignación funcional de la titularidad de las funciones estatales, lo cual favorece un equilibrio preciso entre los poderes del Estado dentro de la fase estática del sistema. En cambio, en la fase dinámica, se cuenta con un esquema de asignación funcional del ejercicio que tiene una naturaleza instrumental y un carácter vinculante entre poderes. De ahí la posibilidad de que los elementos que componen la asignación del ejercicio puedan prestar diversas funciones. Desde contribuir a una mayor eficiencia en la forma de gobernar asignando tareas a aquellos a quienes se considera más apto para desempeñarlas (por ejemplo: la iniciativa legal exclusiva en materia presupuestaria a cargo del Poder Ejecutivo) hasta consolidar la preeminencia de un poder sobre el otro (por ejemplo: los casos cuando el Poder Ejecutivo puede legislar en sustitución del Poder Legislativo). Por eso, cada asignación del ejercicio debe ser estudiada en cada caso concreto y en relación con el sistema constitucional general para poder indagar acerca de su función real. Por otro lado, la forma de asignación del ejercicio tampoco se opone, en principio, al esquema de la asignación de la titularidad sino más bien compensaría su rigidez. Precisamente, la colaboración entre poderes se produce a partir de casos de asignación del ejercicio como en el proceso de formación de la ley.

3. *Funciones*

Un sistema se compone de elementos y la función de cada elemento se deduce de la prestación que dicho elemento aporta al funcionamiento del sistema.

En el sistema de división de poderes, arriba descrito, se puso de resalto el elemento de la asignación del ejercicio de las funciones estatales en sus dos variantes. Ahora bien, la asignación directa del ejercicio puede ser catalogada conceptualmente como una categoría jurídica concreta, en el sentido de que la prestación relevante para el sistema está dada por aquello que la norma constitucional concretamente dispone. Entonces, el enunciado constitucional determina la principal función de dicha norma para el sistema en general. De ahí que la función se perciba a simple vista. En los casos de los artículos 65 de la Constitución de Chile y 133 de la Constitución de Uruguay citados, es indudable que la función de dichos enunciados es favorecer la toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo minimizando el papel que le pudiera corresponder al Poder Legislativo en los temas re-

gulados. La norma, claramente, favorece al primero de los nombrados en detrimento del segundo aun tratándose de un proceso legislativo.

Por otro lado, la asignación indirecta del ejercicio representa una categoría abstracto-aperceptiva, pues la prestación resaltante es la consecuencia indirecta de la norma para los otros poderes del Estado antes que el enunciado concreto como en el primer caso. De esta forma, para determinar la función de dicho elemento se requiere, no de una primera percepción, sino más bien de una reflexión donde se abstrae el enunciado jurídico concreto y se analiza su impacto sobre los otros poderes. Vale decir, se reflexiona sobre lo que ella no enuncia, y que sin embargo dispone. Por ejemplo, en el caso de Paraguay, la norma constitucional solamente enuncia que la declaración de inconstitucionalidad tendrá efectos *inter partes*, pero con ello está disponiendo a la vez que las decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo prevalecerán en el ordenamiento legal positivo para la generalidad aun cuando ya se cuente con una decisión judicial de declaración de inconstitucionalidad. Con ello, el sistema restringe considerablemente la actuación de los jueces a casos concretos sin otorgarles ningún tipo de incidencia para el orden jurídico en general.

En tanto que las funciones de la percepción y de la apercepción son activadas el sistema empieza a perder su rigidez estructural y, asimismo, sus límites estrictos se esfuman. Con ello se produce una vinculación de competencias entre los poderes no pocas veces conflictivas, que desequilibra los pesos iniciales contrapuestos que balancearon el sistema. Finalmente, el sistema estaría en condiciones de recobrar un cierto nivel de estabilidad en tanto que se defina que poder o poderes tendrán el peso gravitacional en el sistema.⁵⁰ De esta forma, los sistemas normativos podrían estabilizarse, pero perdiendo su simetría original. Por cierto, la Torre de Pisa se encuentra estabilizada.

⁵⁰ Tanto en el caso de Paraguay como de Panamá los magistrados de la Corte Suprema resolvieron en forma pretoriana modificar el efecto de sus sentencias de declaración de inconstitucionalidad. En el caso de Panamá, esa decisión pretoriana alcanzó solo a los fallos judiciales, pero en Paraguay afectó a los decretos del Poder Ejecutivo y a las leyes dictadas por el Congreso. A consecuencia de ello, en 2003, luego de las elecciones nacionales presidenciales y parlamentarias, la nueva dirección política sometió a la mayoría de los magistrados a juicio político ante el Parlamento figurando dicho caso como “mal desempeño”. Desde entonces no se ha repetido una declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* en la jurisprudencia constitucional paraguaya.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La relación entre el principio y el sistema de división de poderes se encuentra determinada en parte por el grado de legitimidad o deslegitimidad que el principio aporta al sistema. En innumerables ocasiones, los sistemas constitucionales normativos fueron criticados por su alejamiento, o en su caso negación, de los enunciados teóricos del principio. En Latinoamérica, la crítica constante fue el desequilibrio entre los poderes del Estado producto del predominio autoritario del Poder Ejecutivo.

Tras los ajustes constitucionales de las décadas de 1980 y 1990, los sistemas de división de poderes en Latinoamérica evolucionaron a formas compatibles con un régimen democrático de gobierno sin que ello hubiera impedido un predominio del Poder Ejecutivo. En la actualidad, la prédica a favor de un modelo racional subsiste, pero esta vez sus desafíos se centran no sólo en la consolidación de la democratización del poder, sino también en lograr que la maquinaria constitucional sea la adecuada para una gestión eficaz y eficiente de gobierno.

Desde esta perspectiva, es necesario contar con un análisis constitucional que esté en condiciones de abordar aquellos problemas propios del sistema constitucional normativo, sin perder de vista por cierto la conexión constitutiva de tipo funcional entre derecho y política en los términos expresados por Habermas más arriba. En esta tarea, es que el enfoque de análisis funcional aquí utilizado permite un tratamiento de la división de poderes distinguiendo el principio del sistema y descomponiendo a este último en sus elementos y funciones. De esta forma, los problemas normativos del sistema surgen en un proceso cognoscitivo estructurado principalmente sobre categorías conceptuales de la apercepción.

La realidad normativa no es reducida entonces a la percepción de su enunciado teórico sino ampliada a la reflexión sobre su impacto en las relaciones entre los poderes. El análisis adquiere así una faceta dinámica donde la dialéctica de las posiciones determina la función real de las normas. Vale decir, la norma es considerada no sólo en relación con su efecto jurídico sino además en su vinculación con el poder. En ello reside el concepto funcional del derecho constitucional, en general, y del sistema de división de poderes, en particular, como un subsistema de aquél.

Asimismo, las categorías conceptuales funcionales favorecen una comparación constitucional⁵¹ de casos disímiles pudiendo ser agrupados y relacionados en su dimensión analítica.⁵²

En términos político-culturales, los elementos del sistema de división de poderes no pocas veces ejercen una función mítica en el sentido, que crean un campo de ilusión normativo que esconda la realidad empírica del poder. Por consiguiente, el análisis jurídico-constitucional no puede limitarse a las simples percepciones normativas.

Con ello, la función global del sistema de división de poderes puede distinguirse no sólo en la organización del poder según el modelo teórico del *checks and balances*, sino, además, en establecer y asegurar un liderazgo en la conducción del Estado conforme al sistema presidencial de gobierno.

Para optimizar los sistemas, entonces, se debe dirigir la mirada a aquellos elementos que cumplen una función mítica, y que a veces se convierten en disfuncionalidades del sistema.

Finalmente, y si entendemos la creación y diseño del sistema de división de poderes como un producto cultural caben unas consideraciones de Ernst Cassirer desde una filosofía crítica:

No estamos obligados a probar la unidad substancial del hombre. Ya no se le considera como una substancia simple que existe en sí misma y ha de

⁵¹ Al respecto, véase Silvero Salgueiro, Jorge, “El método funcional en la comparación constitucional”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, 2005, pp. 405-419.

⁵² Cuando Habermas explicó en qué consistía el “el carácter paradigmático” de la concepción del lenguaje establecido por Ernst Cassirer, expresó que: “...Cassirer subraya la función heurística de la conceptualización: los conceptos son puntos de vista producidos constructivamente bajo los que se pueden poner en relación una multitud de elementos desordenados de la percepción o del pensamiento. Con tales puntos de coordinación los conceptos crean nuevas perspectivas de comparación bajo las que surgen respectivamente otras relaciones entre lo igual y lo desigual. Tras su giro semiótico, Cassirer explica este carácter perspectivista de la conceptualización con la ayuda de la función simbólica (y lo aclara, por ejemplo, con el análisis de la función proposicional realizado por Frege y Russel). De este modo, relaciona la teoría funcionalista del concepto elaborada por Kant con el pensamiento de la teoría del lenguaje de modo que la síntesis conceptual no puede prescindir de la capacidad unificadora de los signos”. Véase Habermas, Jürgen, “La fuerza liberadora de la figuración simbólica. La herencia humanista de Ernst Cassirer y la Biblioteca Warburg”, *Fragmentos filosófico-teológicos. De la impresión sensible a la expresión simbólica*, Madrid, 1999, p. 27.

ser conocida por sí misma. Su unidad se concibe como una unidad funcional. Tal unidad no presupone una homogeneidad de los diversos elementos en que consiste. No solo admite sino que requiere una multiplicidad y multiformidad de sus partes constitutivas, pues se trata de una unidad dialéctica, de una coexistencia de contrarios..., donde,

...lo disonante se halla en armonía consigo mismo; los contrarios no se excluyen mutuamente sino que son interdependientes: armonía en la contrariedad como en el caso del arco y de la lira.⁵³

⁵³ Cassirer, Ernst, *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, México, 1992, pp. 325 y 334.