

ciudadanos. Puesto que —subrayaba Montesquieu— quien detenta un poder se ve forzado inevitablemente a abusar de él, se seguirían graves peligros para la libertad de los ciudadanos, si se concentraran varios poderes en un mismo órgano. (2). Por eso es imprescindible atribuir los tres poderes a órganos distintos, de suerte que cada poder pueda controlar al otro poder (*il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*) y pueda así establecerse un equilibrio entre los mismos poderes. Por lo tanto, Montesquieu cargó más el acento sobre el equilibrio que sobre la separación de poderes, recalcando que cada uno de los poderes no sólo posee la facultad de emanar providencias de contenido determinado (*faculté de statuer*), sino particularmente la facultad de controlar las determinaciones emanadas de los otros poderes (*faculté d'empêcher*).

No escasearon, especialmente durante el fascismo (3), duras críticas al principio de separación de poderes. Se objetó que este principio, con la preocupación de salvaguardar la libertad de los ciudadanos, acaba comprometiendo la unidad y eficiencia de la acción estatal. Se añadió que, si los tres poderes han de equilibrarse entre sí, deberán colocarse en posición de paridad; pero tal paridad es sólo ilusoria, porque realmente existe la subordinación del juez y de la administración a la ley y, en definitiva, se da la supremacía del legislativo. (4).

En realidad, el principio de separación de poderes continúa siendo la piedra angular de la organización del Estado moderno e implica dos importantes consecuencias:

a) *distinción material de las funciones*: Las funciones se distinguen por sus caracteres materiales intrínsecos, a saber: la ley, el acto administrativo y la sentencia, no se distinguen

(2) Afirma Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Londres, 1777, I, p. 312: "Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté. Tout serait perdu, si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles ou du peuple exercoient ces trois pouvoirs".

(3) Para las críticas de la división de poderes en los ordenamientos fascista y nacionalsocialista, MARANINI, *La divisione dei poteri* cit. p. 103, SINAGRA, *La potestà normativa del potere esecutivo*, Roma 1931 p. 27, ROEHRSSSEN, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria* en "Riv. dir. pubbl." 1935, p. 560, SCHMITT en "Deutsche Jur. Zeit." 1934, p. 945, KOELLREUTTER, *Deutsches Verfassungsrecht*, Berlín, 1938, p. 167, HUBER, *Verfassungsrecht des deut. Reiches*, Hamburg 1939, p. 177.

Atribuyen naturaleza extra-jurídica al principio de la división de poderes, DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, I, p. 199, DEL PRETE, *Il principio funzionale della distinzione degli atti giuridici pubblici* en "Annali Fac. giurispr. Bari" 1945, p. 4 de.

(4) Sobre la posibilidad de considerar en condición de paridad a los órganos constitucionales, SCHACK, *Die Prüfung der Rechtmässigkeit von Gesetzen und Verordnungen*, Tübingen 1918, p. 16. ROSSI, *La parità giuridica dei poteri costituzionali nello Stato moderno* en "Riv. dir. pubbl." 1936, p. 57, AMBROSINI, *Sul carattere delle costituzioni repubblicane del dopoguerra* en "Studi in on. di Ranelletti" I, p. 13.

tanto por la forma que les reviste, como porque constituyen el ejercicio de tres diversas potestades, que se diferencian por los caracteres materiales correspondientes. Los órganos se diferencian según las funciones que normalmente se les confían.

b) *atribución de modo normal y permanente de una función determinada y de un determinado grupo de órganos* (es decir, el poder): (5) esta atribución se efectúa, en líneas generales, por la Constitución, con el fin de evitar, en las Constituciones rígidas, que el legislador ordinario pueda alterar el orden fundamental de los poderes. Sólo de modo excepcional y transitorio se permite el ejercicio, por parte de un órgano, de las funciones institucionalmente correspondientes a un grupo de órganos distintos.

La crítica más seria que se esgrimió contra la teoría de Montesquieu afirmaba que no tuvo presente que al lado y por encima de las tres funciones tradicionales (legislativa, administrativa y judicial) existe una cuarta, la gubernamental, encaminada a determinar los fines políticos en los que se informa toda la acción estatal.

Esta función está confiada a los órganos constitucionales (Parlamento, Gabinete, Presidente de la República, etc.) y se distribuye entre ellos mediante un sistema más o menos complejo de controles y de responsabilidades (sistema de gobierno). Es esencial para un sistema democrático que la función gubernamental se distribuya entre un complejo de órganos constitucionales; si se concentrase sólo en un órgano constitucional, no tendríamos un verdadero y estricto sistema de gobierno, sino la *dictadura*.

Montesquieu intuyó, exactamente, que para garantizar la libertad de los ciudadanos es menester instituir un control recíproco y por consiguiente un equilibrio entre los órganos; pero lo concibió erróneamente, al establecerlo sólo entre los órganos que ejercitan funciones distintas; en el Estado moderno, por el contrario, el equilibrio se instituye principalmente entre órganos que ejercitan la misma función (6), esto es, la función gubernamental.

2.—*Distinción material de las funciones.*

La tesis de la separación de los poderes confirma, como ya se ha observado, la subdivisión de las funciones estatales, según su contenido material.

De la diferenciación sustancial de las funciones se deduce

(5) DEL PRETE, *Osservazioni sul concetto di potere dello Stato* en *Annali Bari*" 1939.

(6) KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato* en "Studi diretti da Volpicelli" 1930, p. 330-31.

que los actos, en los cuales se manifiesta la voluntad del Estado, pueden considerarse desde dos puntos de vista: (7).

a) *formal*. Es decir, considerando la cualidad del órgano de que emana el acto. Según este punto de vista un acto se estimará como legislativo si procede del Parlamento; judicial, si ha sido emitido por un órgano que pertenece al ordenamiento judicial; administrativo, si ha sido puesto por un órgano del ejecutivo (ministro, gobernador, etc.), independientemente de su contenido.

También la forma que cubre el acto depende, regularmente, de la cualidad de la autoridad que lo establece; el acto será emanado bajo la forma de ley, sentencia, decreto, respectivamente, si lo establece el Parlamento, un órgano judicial o una autoridad administrativa.

b) *material*, si se considera el contenido del acto prescindiendo del órgano de que procede y de la forma que le cubre. Desde este punto de vista se puede reconocer naturaleza materialmente legislativa incluso a actos que derivan de órganos del ejecutivo y que presentan la forma de decreto (por ejemplo, decreto-ley) y viceversa, pueden considerarse actos materialmente administrativos ciertas deliberaciones que proceden del Parlamento (por ejemplo, leyes de aprobación del presupuesto).

Los efectos jurídicos de los distintos actos dependen, generalmente, no de la cualidad del órgano o de la forma, sino de la naturaleza del poder en cuyo ejercicio el acto se establece. Los efectos típicos de los actos emanados al ejercer diversas funciones (fuerza de la ley, cosa juzgada, ejecutoriedad del acto administrativo) se producirán independientemente de la cualidad del órgano que ha emanado el acto y de la forma que le cubre. Así, por ejemplo, un decreto de una autoridad que pertenece al ejecutivo, tendrá efectos diferentes según proceda, del ejercicio de la potestad legislativa, de la administrativa o de la judicial.

La doctrina moderna distingue cuatro funciones fundamentales:

- a) función legislativa,
- b) función administrativa,

(7) En este sentido. ROMANO, *Costituzionale* cit. p. 121. RANELLETTI, *Istituzioni* cit. II, p. 179. DONATI, *Elementi di diritto costituzionale* cit. página 136. MORTATI, *Istituzioni* cit. p. 320. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1950, I p. 10. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1943 (segunda edición), p. 10; en contra, en el sentido de negar que la ley, la sentencia y el acto administrativo puedan distinguirse por los caracteres materiales, KELSEN, *General Theory of Law and State* cit. p. 258. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova 1934, p. 73. MONTESANO, *Legge costituzionale, processo e responsabilità* en "Fcro it." 1952, IV, 144. TESAURO, *La legge, l'atto di amministrazione e l'atto di giurisdizione negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza a proposito dei decreti di esproprio per la riforma agraria e fondiaria* en "Rass. dir. pubbl." 1952 de la separata.

- c) función judicial,
- d) función gubernamental.

Han de rechazarse tanto los intentos que restringen el número de las funciones fundamentales (8) como los que configuran nuevas funciones autónomas, por ejemplo, la reglamentaria, constituyente, de control (9), que se añaden a las antes citadas.

Analicemos su contenido.

3.—La función legislativa.

La función legislativa se actúa mediante la emanación de normas constitutivas del ordenamiento jurídico, es decir, de reglas generales, abstractas e innovadoras.

a) *generales*. La norma se dirige a una multiplicidad de destinatarios, lo que se expresa diciendo que vige *erga omnes* (generalidad subjetiva); se refiere además a un número indeterminado de hechos y de relaciones (generalidad objetiva). (10);

b) *abstractas*. La norma obliga *semper et ad semper* y no se agota en una sola aplicación; sus aplicaciones concretas son indeterminables (11);

(8) Según algunos, las funciones fundamentales del Estado se reducen a dos: creación de normas (función legislativa) y aplicación de normas (que comprende a la judicial y administrativa): TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht*, Leipzig 1917, p. 136, KORMANN, en "Jahrbuch des öff. Rechts" III, p. 695; según otros, en cambio, se distinguiría una función teleológica de cumplimiento de los fines del Estado (legislación y administración) y una función teleológica (judicial), JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, p. 4 ss.; según otros, por último, hay que diferenciar una potestad plena y primaria (que abarca la potestad del gobierno y la legislativa) y una potestad derivada y secundaria (potestad administrativa y judicial), BURDEAU, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques* en "Revue du droit public" 1945, p. 213.

(9) Para un intento reciente de construcción de la función de control como función autónoma, LETTIERI, *I poteri dello Stato e la funzione di controllo*, Roma 1948.

(10) Sobre la tesis que la generalidad es carácter esencial de la ley material, MEYER, *Der Begriff des Gesetzes* en "Grünhuts Zeitsch". VIII (1882), p. 12 ss., SELIGMANN, *Der Begriff des Gesetzes im formellen und im materiellen Sinn*, Berlin, 1886, p. 61 ss., CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento*, Città di Castello 1900, p. 12 ss., CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato* en "Tratt. Orlando" III, p. 28, MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma 1935, p. 162, CHAUMONT, *La généralité des lois* en "Revue du droit public" 1940-41, p. 209, GROPPALI, *Sul carattere generale delle norme giuridiche* en "Studi ec. giur. Cagliari" XXVIII-XXIX (1930-31), p. 260.

(11) Respecto a la nula de abstracción, PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova 1931, p. 39, DUPERYROUX, *Sur la généralité de la loi* en "Mélanges Carré de Malberg" cit., p. 150-51, MIELE, *Principi* cit. p. 10.

c) *innovadoras*. La generalidad y la abstracción son caracteres normales, pero no esenciales, de la ley material, la cual excepcionalmente puede referirse a un solo destinatario y ser susceptible de una sola aplicación (por ejemplo, ley que concede una pensión). La novedad es carácter esencial de la ley material, en el sentido que asume una función constitutiva del ordenamiento jurídico, poniendo *jus novum*. (12).

Son, por tanto, leyes materiales, los actos relativos a la organización del Estado (las llamadas normas instrumentales), los actos que imponen coactivamente una prestación personal (servicio militar) o patrimonial (impuestos y tasas), los actos que limitan coactivamente los derechos fundamentales de los ciudadanos (precisamente por esto los alemanes dicen que la ley material implica siempre un *Eingriff in Freiheit und Eigentum*), los actos que regulan coactivamente las relaciones entre los ciudadanos. (Código Civil.)

No siempre la ley material aparece revestida de las formas legales y viceversa; no siempre la ley formal es al mismo tiempo ley material. (13). Por lo tanto, se pueden producir las siguientes hipótesis:

a) *Ley en sentido solamente formal*: Es el acto aprobado

(12) Consideran que la novedad es carácter esencial de la ley material, JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, p. 226, ANSCHUETZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, Tübingen u Leipzig 1901, RANELLETTI, *principi di diritto amministrativo*, Napoli 1912, I p. 240, ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale* cit. p. 83 y 264, CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, Roma 1935 p. 97. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo* cit. p. 40, SANDULLI, *Costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria* en "Foro amm". 1952, IV, 4.

Teoría afín a la de la novedad es la de la "relación triangular", según la cual la ley material sería el mandato de una voluntad a otra voluntad de hacer o no hacer algo respecto a una *tercera voluntad*, DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale* en "Riv. dir. pubbl.". 1910, p. 307.

Según algunos autores, sería mejor sustituir el carácter de novedad por el de la "causa" legislativa, en virtud de la cual se pueden distinguir los actos legislativos de los administrativos generales (instrucciones, órdenes de servicio, circulares), si se puede deducir del acto "la voluntad de vincular la Administración respecto a los extraños y éstos respecto a la Administración", CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* en "Tratt. Orlando", III, n. 17. DE VALLES, *La norma giuridica* en "Scritti in on. della Cedam", II, 403.

(13) MARCHI, *Sul concetto di legislazione formale*, Milano 1911, INGROSSO, *Sulla distinzione fra legge in senso sostanziale e legge in senso formale* en "Studi in on. di Cammeo", I, p. 701, TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie* en "Scr. in on. di Romano", I, p. 163. Niegan la distinción entre leyes formales y materiales. MARTYTZ, *Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes*; en "Zeitsch. fr. ges. Staatswiss.", 1880, p. 250. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und im materiellen Sinn*. Leipzig 1888, p. 191 y recientemente, FODERARO, *Il concetto di legge*, Milano 1948, p. 130, FALZONE, *La legge (concetto, natura e limite)* en "Circ. giur.", 1953, p. 23.

por las dos Cámaras, que no tiene por contenido normas jurídicas innovadoras (por ejemplo, ley de aprobación del presupuesto).

b) *Ley en sentido solamente material*: O sea, el acto que contiene normas jurídicas innovadoras, que no es producido por el poder legislativo (por ejemplo, decreto-ley).

c) *Ley a la vez formal y material*: Es decir, el acto aprobado por las dos Cámaras, que contiene normas jurídicas innovadoras.

La función constituyente es una especificación de la función legislativa. Aquella, como se ha dicho, no difiere de la función legislativa ordinaria más que por su objeto particular y por las formas empleadas (en las Constituciones rígidas).

4.—La función administrativa.

La función administrativa tiene por contenido la actividad desarrollada por el Estado para la tutela de los intereses públicos considerados propios de aquél: (14). Posee un contenido tan variado y numeroso, que algunos autores han preferido recurrir a una definición puramente negativa, considerando como administrativa toda actividad que no es legislativa ni judicial. (15).

La función administrativa tiende esencialmente a la tutela de la seguridad y del orden público (actividad de policía), a la integración de las actividades individuales insuficientes o ausentes (actividad económica del Estado), a la prestación de bienes y de servicios necesarios a la colectividad estatal (ejercicio de los servicios públicos).

5.—La función judicial.

El contenido de la función judicial es la valoración de un comportamiento humano, conforme a una norma, con el fin de componer un litigio. (16). Por consiguiente, hay tres elementos esenciales para el ejercicio de la función judicial:

(14) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* en "Riv. dir. pubbl." 1924, p. 382, RASELLI, *Alcune note intorno ai concetti di giurisdizione e di amministrazione*, Roma 1926, SANDULLI, *Manuale* cit. p. 4, GIANNINI, *Lezioni* cit. p. 31, MIELE, *Principi* cit. p. 13, FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München u. Berlin 1953 (3.ª ed.) I, p. 2.

(15) FLEINER, *Institutionen des deut. Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, p. 4, MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien u. Berlin 1927, p. 2 ss.

(16) Se han formulado varias opiniones sobre los caracteres materiales de la función judicial. Las principales son las siguientes:

a) *Teoría del juicio lógico*: la función judicial se caracteriza, frente a la administración, porque prevalece el elemento del juicio (estimación de un comportamiento conforme a una norma), sobre la voluntad, SCIALOJA, *Sulla*

a) *una norma*, a cuyo tenor se debe estimar el comportamiento; por eso se dice que el poder judicial está vinculado por la ley; sin embargo, algunas normas, debido a su gran elasticidad, permiten al juez considerable discrecionalidad.

b) *un comportamiento humano* que valorar: el juez, a quien se somete un acto, negocio o provisión, debe, una vez establecido el tipo concreto y el alcance exacto de la norma que ha de aplicarse (interpretación judicial), determinar, en su decisión, cuáles son las consecuencias jurídicas, mediante un silogismo en el cual la norma es la premisa mayor.

c) *un litigio*: es esencial para la autoridad judicial dirimir una controversia. Este último elemento permite diferenciar profundamente la función judicial de la administrativa. Tanto una como otra se concretan actuando normas legales; pero, en tanto que la función administrativa tiende a satisfacer intereses que el Estado considera suyos, la función judicial mira a la justa composición de un litigio. Además, mientras los órganos judiciales se colocan imparcialmente, incluso frente al mismo Estado, que aparece como parte, los órganos administrativos, en cambio, son portadores de un interés estatal superior y distinto del interés particular. (17).

funcione della IV sezione del Consiglio di Stato en "Giust. amm." 1901, IV, p. 61 ss., JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit* cit. p. 21 ss.;

b) *Teoría del derecho subjetivo*: la función judicial, a diferencia de la administrativa, tiende únicamente a reintegrar el derecho subjetivo lesionado, GERBER, *Grundzüge* cit. p. 179, MORTARA, *Instituzioni di procedura civile*, Firenze 1930, p. 4, SATTÀ, *Teoría e pratica del processo*, Roma 1940, p. 50 ss.

c) *Teoría del derecho objetivo*: la función judicial garantiza la actuación del derecho objetivo, ROMANO, *Costituzionale* cit. p. 242, DE VALLES *Il concetto di giurisdizione in senso materiale* en "Riv. dir. pubbl." 1918, I p. 297 RANELLETTI, *Le garantigie della giustizia nella P. A.*, Milano. 1947, p. 8;

d) *Teoría de la sustitución*: en tanto que la administración juzga la propia actividad, la función judicial lo hace sobre actividades ajenas, sobre una voluntad de la ley concerniente a otros, CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, Napoli 1923, III, p. 296, SEGNI, *Giurisdizione civile* en "Nuovo Dig. ital.", vol. VI, p. 388-9, ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, p. 9 ss., BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, p. 16 ss., GIANNINI, *Lezioni* cit. p. 31 MIELE, *Principi* cit. p. 13;

e) *Teoría de la "litis"*: la función judicial se caracteriza por la composición de los conflictos de intereses entre varios sujetos, mediante un mandato particular, CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma 1941, p. 3 ss., *Teoría generale del diritto*, Roma, 1940, p. 57 ss., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1934, I, p. 132 ss., BONNARD, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle* en "Melanges Carré de Malberg" cit. p. 3 ss., LAVAGNA, *Intorno al concetto di organo contenzioso*, en "Rass. dir. pubbl." 1947, II, p. 325, FRIESENHAHN, *Ueber Begriff und Arten der Rechtssprechung* en "Festschrift für Thoma", Tübingen 1950, p. 21.

(17) BASCHO, *Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht*, Zürich 1946.

6.—La función gubernamental.

El contenido de la función gubernamental viene dado por la determinación de la dirección política, que condiciona toda la actividad del Estado en su compleja unidad. (18). Mediante la función gubernamental se fijan los fines del Estado y se establecen las líneas maestras para la coordinación y despliegue de las otras funciones estatales. (19).

Los actos que desarrolla la función gubernamental, unas veces no adquieren formas especiales (declaraciones, manifiestos, órdenes del día, etc.), otras, en cambio, son actos típicamente constitucionales regulados por la Constitución (por ejemplo, disolución de las Cámaras, nombramiento de ministros, voto de censura); frecuentemente no es posible escindir el acto de dirección política del acto legislativo o del acto administrativo en el cual se transfunde. (20).

(18) MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico*, Roma, 1930, p. 9, LESSONA, *La potestà di governo* en "Riv. dir pubbl." 1934, I, p. 32, DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935, FERRI, *La funzione di governo*, Roma 1939, BONAUDI, *Il potere politico e la divisione dei poteri* en "Scr. in on. di Romano", I, p. 513, IDEM, *L'evoluzione del potere esecutivo e gli atti del potere politico* en "Riv. amm.", 1949, p. 523, CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico* en "Studi urbinati", 1939, p. 31 LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti fra Capo del Governo e Ministro*, Roma, 1942, p. 45, SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere* en "Giur. cass. civ." 1946, III, 519, IDEM, *Manuale* cit. p. 5, FABRE, *La fonction gouvernementale* en "Revue du droit public" 1946, p. 254, SICA, *Del potere e degli atti politici* en "Rass. dir. pubbl." 1948, II, 455, ALBINI, *Osservazioni sugli atti politici* en "Foro pad." 1951, III, 29, CODACCI PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano 1946, p. 31 (que configura la función ejecutiva como subespecie de la función gubernamental). Rechaza, además, que los actos políticos puedan encuadrarse en las tres funciones tradicionales, IPSEN, *Politik u. Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte*, Hamburg 1937.

(19) Ha de preferirse la tesis que considera a la política como arte de los fines. Otras definiciones subrayan aspectos parciales de la política; así la famosa de SCHMITT, sostiene que las determinaciones de la política están siempre influidas por la relación amigo-enemigo (*freund-feind*), SCHMITT *Der Begriff des politischen*, Tübingen 1926; para una crítica de tal teoría, KOLNAY, *Der Inhalt der Politik* en "Zeitsch. für die ges. Staatswiss". 1933, p. 1, STRAUSS, *Anmerkungen zu Carl Schmitts Der Begriff des politischen* en "Arch. für Sozialwiss. und Sozialpolitik" 1932, p. 732, HANEMANN, *Der Begriff des politischen in der Deutschen Wissenschaft des 19 und 20 Jahrhundert*, Heidelberg 1934, KRUPA, *Theorie des politischen*, Tübingen 1937; otra teoría señala el poder-fuerza como medio de actuación de las determinaciones políticas, RUSSEL, *Die Macht. Eine sozialkritische Studie*, Bonn 1947, p. 10. Para el análisis del concepto de Política ver también, MACGIORE, *La politica*, Bologna 1941, p. 5 ss.

(20) LA TORRE, *L'atto costituzionale e la sua impugnabilità* en "Nuova Rass." 1946, p. 4, VILLARI, *Note per lo studio degli atti di diritto costituzionale* en "Ann. Univ. Camerino" 1950, p. 339.

7.—*La separación de poderes en el ordenamiento italiano.*

En la Constitución italiana el principio de separación de poderes aparece actuado fundamentalmente, si bien esa actuación no ha llegado, como hubiera sido deseable, a sus últimas consecuencias. Encuentran aplicación particular en nuestro ordenamiento los siguientes corolarios, que se deducen del principio de separación de poderes:

a) *distribución de la potestad gubernamental entre varios órganos constitucionales.* En nuestra Constitución está consagrado el sistema de gobierno parlamentario, cuyo funcionamiento asegura la participación en la determinación de la dirección política de una pluralidad de órganos (Cuerpo Electoral, Parlamento, Gabinete, Presidente de la República, partidos); los poderes de tales órganos constitucionales se equilibran de modo que impiden que uno de ellos tenga preeminencia absoluta sobre los otros.

b) *adopción de un criterio material para la determinación de las funciones.* Está claro que el constituyente, al distribuir los poderes en distintos órganos constitucionales, ha querido referirse a las funciones en sentido material, no sólo por la atribución al Parlamento, y al ordenamiento judicial, de una función determinada por el objeto (artículos 70 y 102 de la Constitución), sino también por el hecho, que se ha tratado en el artículo 23, definir el contenido de la ley en sentido material, aunque de modo incompleto.

c) *reserva de la función al "poder" correspondiente y presunción de competencia a favor de éste último.* La Constitución ha establecido en los artículos 70 y 102, una reserva de legislación en favor del Parlamento y una reserva de jurisdicción en favor del poder judicial; falta la norma correspondiente que reserve la función administrativa a los órganos del ejecutivo, como sucedía en el Estatuto albertino (artículo 5). No parece pueda deducirse de esta imperfección de la Constitución, como ha sido sostenido recientemente por parte de la doctrina (21), que el poder legislativo pueda arrogarse la facultad de realizar actos administrativos particulares, pues la reserva del poder administrativo en favor de los órganos del ejecutivo, resulta implícitamente del hecho que la Constitución ha enumerado expresamente todas las funciones materialmente administrativas,

(21) Niegan que exista en nuestro ordenamiento constitucional una reserva del acto administrativo en favor de los órganos del poder ejecutivo y por lo tanto admiten también que los actos administrativos particulares y concretos (por ejemplo las expropiaciones) pueden realizarse por el Parlamento. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per L' Alto piario silano etc.*, in "Foro it." 1952, IV, 73, MORTATI, *Sui limiti della delegazione legislativa per la riforma fondiaria e la impugnativa dei decreti espropriativi avanti il Consiglio di Stato* en "Giur. it." 1952, IV, 79, EULLA, *Questioni di giurisdizione e di costituzionalità in materia di espropriazioni fondarie* en "Giur. it." 1953, I, 1, 107.

que han sido atribuidas excepcionalmente al Parlamento (artículos 78 y siguientes. (22).

No puede argumentarse en contra el ejemplo de las leyes que tienen por objeto determinaciones particulares y concretas (leyes que conceden una pensión, que aprueban un plan de saneamiento, que conceden una explotación minera, etc.), porque tales determinaciones, aunque desde luego cuentan con los caracteres de generalidad y abstracción, poseen el carácter innovador y son, por tanto, materialmente legislativas. Se recurre a ellas, realmente, no para reelegir una simple aplicación del precepto vigente, sino para derogar, aunque limitadamente al caso concreto, el régimen legislativo vigente. (23). Tales leyes han de considerarse legítimas, con tal de que no violen el principio de igualdad sancionado por el artículo 3 de la Constitución. (24).

La existencia de reservas no excluye que, excepcionalmente, actos de una determinada función puedan ser establecidos por órganos de un poder diferente en las hipótesis expresamente previstas o consentidas, por las normas constitucionales. Tendremos así actos formalmente administrativos y materialmente judiciales (decisiones del Consejo de Estado en materia judicial, actos formalmente legislativos y materialmente administrativos, aprobación del presupuesto del Estado). (25). Sin embargo, a falta de una disposición normativa expresa, existe una presunción de que la competencia está en favor de aquel orden (poder), en cuya función cae la determinación según su contenido. (26).

PIETRO VIRGA

*Profesor de Derecho Constitucional
en la Universidad de Catania*

(Traducción de P. L. V.)

(22) Sobre la reserva administrativa Cfr.: BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente costituzione italiana* en "Riv. trim. dir. pubbl." 1952, p. 822, IDEM, *La costituzione italiana nel decorso quinquennio* en "Foro pad." 1954, IV, 44, FRAGOLA, *La riserva dell'atto amministrativo e la sua giurisdizionale sui decreti per delega legislativa contraria alla costituzione* en "Foro, Amm." 1952, IV, 40, VIRGA, *Diletto di potere e sindacato di costituzionalità* en "Giur. cass. civ." 1952 (XXI), 309, p. 423.

Admite, además, una reserva administrativa limitada a los actos de expropiación, ESPOSITO, *Le leggi sulla riforma agraria e l'art. 138 della costituzione* en "Riv. amm." 1952, p. 9 (ahora en *La costituzione italiana. Saggi* cit. p. 208).

(23) SANDULLI, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe legislative in materia di riforma agraria* en "Foro amm." 1952, p. 5.

(24) VIRGA, ob. cit., p. 425.

(25) Para los casos de ejercicio de una función por órganos de un poder distinto, CARBONARO, *Nozione e limiti della interferenza funzionale*, Firenze 1950.

(26) RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico* cit. I, p. 103.