

Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes

Paradigms of Power control and the Principle of Division of Powers

JHEISON TORRES ÁVILA

*Profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia, con Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho Constitucional. Investigador de la Universidad Santo Tomás.
jtorresa@unal.edu.co*

Recibido: Enero 20 de 2014
Aceptado: Marzo 24 de 2014

RESUMEN

El presente artículo realiza una revisión de los fundamentos sobre los cuales se ha construido en la modernidad el concepto de división de poderes. Para lograr este objetivo realiza un recorrido por las principales influencias y contribuciones de los grandes movimientos del constitucionalismo liberal: la Revolución Gloriosa, la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa. Desde la perspectiva de cada una de estos procesos se establecen las implicaciones y desarrollos de la teoría del control del poder en el Estado Liberal. De igual manera se resalta la reflexión hecha por Locke y Montesquieu. El presente artículo de reflexión es resultado de la investigación titulada La División de Poderes y el Control Judicial en la Constitución de 1991, auspiciado por la Universidad Santo Tomás

Palabras clave: *Constitucionalismo, control del poder, división de poderes, independencia judicial, derechos, Estado.*

ABSTRACT

This article reviews the foundations upon which the modern concept of separation of powers was built. To achieve this goal, we take a look of the main influences and contributions of the great movements of liberal constitutionalism: the Glorious Revolution, the independence of the United States and the French Revolution. The control of power in the liberal state is established from the perspective of each of these processes and the implications of developments. Likewise, the reflection made by Locke and Montesquieu is highlighted. This reflection paper is the result of a research project entitled The Division of Powers and Judicial Control in the Constitution of 1991, sponsored by the University Santo Tomas

Keywords: *Constitutionalism, control of power, separation of powers, judicial independence, rights, rule.*

El presente artículo tiene como objetivo principal describir los principales ejes sobre los cuales se construyó en la modernidad el concepto de control del poder y dentro de éste el de los principios de división de poderes y de frenos y contrapesos. Para este fin se revisarán algunos conceptos claves que se desarrollan en la edad media, para pasar a las contribuciones que se realizaron en los procesos constitucionales más relevantes de los siglos XVII al XIX; los cuales finalmente sirven de estructura para comprender el constitucionalismo contemporáneo y su propuesta de control del poder. No se tiene la

intención de realizar una historiografía detallada sobre el tema, sino exponer los elementos claves de la genealogía del principio de división de poderes. La metodología utilizada para la realización de esta investigación se centra tanto en el constitucionalismo historicista que tiene como exponentes centrales a Mateucci y a Fioravanti, como en una mirada desde la filosofía analítica. Por ello, se comprende que el conocimiento de la historia constitucional y su contexto, puede realizar una descripción adecuada de los conceptos que se debaten. Es decir, no basta con la formalización de conceptos, sino que es necesario recrear

su existencia y de esa manera conocer de forma amplia su aplicación, límites y posibilidades dentro del sistema jurídico tanto del pasado como actual. De allí que la descripción de los acontecimientos históricos sirva como punta de lanza para el análisis del concepto en su conjunto. Por ello, el título pretende establecer que al describir las formas más representativas del constitucionalismo, la de división de poderes, se plantea a la vez ejes explicativos del mismo, visiones sobre su concreción y puesta en marcha dentro del proyecto, principalmente liberal. Estas visiones, no son otra cosa que paradigmas del control del poder.

Dentro de los debates constitucionales, el principio de la división de poderes es uno de los que goza de mayor consenso entre los expertos y su definición se funda en la necesidad de evitar que el poder público se concentre de manera tal que pueda someter y subordinar al pueblo a sus dictámenes. De allí que los procesos de configuración de los regímenes políticos modernos fundan su ordenamiento jurídico sobre este principio, de manera que al dividir el poder en distintos elementos que pueden actuar como contrapesos entre ellos mismos, no hubiese un único poder que lo ejerciera de manera independiente y en contra de los derechos ciudadanos.

Locke en su segundo ensayo sobre el gobierno civil de 1690, Montesquieu con *El Espíritu de las leyes* de 1748 y Tocqueville en su libro sobre *La democracia en América* de 1840, constituyen tres fuentes indispensables para comprender el desarrollo de este principio en la modernidad. Si bien el contexto en que surgen las dos primeras es la de establecer un marco político alternativo frente a las monarquías absolutistas, llevarán a que sean la fórmula que da inicio a los regímenes parlamentarios y presidenciales de hoy día, en los cuales con diferentes matices, buscan separar y brindar independencia al poder legislativo, y judicial. De esta manera, se pueden establecer al menos tres ideas centrales: primero, el conducto natural del pueblo para determinar las leyes; segundo, brindar la capacidad suficiente para ejecutar y aplicar las leyes y tercero, investir de independencia y autonomía necesaria a los jueces a respecto de los otros poderes, con el objeto de velar por la aplicación de la ley y crear las condiciones para un juicio imparcial¹.

¹ Ackerman (2007) Igualmente, propone que las democracias hoy día están constituidas bajo un enfoque complementario a la división de poderes tradicional, la cual busca “establecer un poder supervisor de la integridad burocrática que escrute al gobierno en relación con los problemas de corrupción y asegure transparencia, un poder supervisor de la democracia que busque salvaguardar los derechos de participación electoral de los ciudadanos y un poder autónomo de justicia distributiva.” páginas. 10-13.

Esta definición que acoge las apreciaciones especializadas en la materia, se entiende en la medida que se relaciona con los diversos procesos históricos que dieron pie para su desarrollo y a la vez, han servido de fuente para las transformaciones en los Estados modernos que caminan hacia modelos democráticos, en especial durante el periodo de la ilustración.

La era de la razón y de las luces, también conocida como época de la ilustración, tendrá lugar en el siglo XVIII y concitará las discusiones adelantadas por la “escuela del derecho natural” que desde una perspectiva racionalista, generará diversas variantes, como la de carácter historicista adelantada por Montesquieu, Vico y Herder o aquella expuesta por Locke y sobre todo Hume, con especial acento en el empirismo.

...El conjunto de la escuela racionalista del derecho natural desarrollará hasta sus últimas consecuencias las tendencias secularizadoras del Renacimiento. La razón humana se considerará más en su autonomía, separándose la filosofía de la teología y el derecho natural dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna para convertirse en la creación de la razón apoyada sobre sí misma (Truyol y Sierra, 1995, p. 195).

Planteamientos que contrasta y complementa Tocqueville con su propuesta de una filosofía de la historia, según la cual el cambio social es el resultado de la aspiración a la igualdad de los hombres. En su obra *La Democracia en América*, la libertad en las sociedades democráticas es un bien superior que debe sobreponerse a la igualdad, ya que a pesar de que la igualdad sea un rasgo común en la historia de la humanidad no significa que sea buena, pues la igualdad tiene connotaciones morales que inciden en la relación entre los ciudadanos y el Estado (Tocqueville, 1985).

Sin embargo, comprender estos planteamientos desde la mera exposición escueta de los conceptos, no permite comprender la riqueza y la dimensión del principio de división de poderes. Por tal razón, en el transcurso de este acápite se abordará desde una perspectiva histórica la discusión sobre el mismo; la cual llevará a cuatro puntos que son los que configuran el capítulo; en primer lugar, están los debates medievales sobre la monarquía y la tensión entre poder político e Iglesia; posteriormente, adentrándonos en la indagación sobre los posteriores rumbos que tomará la configuración del Estado desde los regímenes políticos, se entrará en la forma de gobierno parlamentario desarrollada en Inglaterra y luego se pasará revista al modelo presidencial surgido en los Estados Unidos.

A. El concepto de Estado y el principio de división de poderes

Para poder entender la trascendencia que para la teoría constitucional ha tenido el principio de división de poderes, se ha decidido asumir una perspectiva histórica que permita ver la estrecha relación entre las luchas por la separación de lo político de lo religioso y la conquista del derecho suscitadas entre los siglos XII al XV; con las disputas por el establecimiento de regímenes políticos liberales al interior de Europa en los siglos XVII y XVIII, las cuales permitieron la creación de los Estado-nación. Esto es así porque en realidad el principio de división del poder no es otra cosa que la consecuencia de la tecnificación de la noción de control del poder, propiciada por la racionalización del poder y el ejercicio del mismo.

La aparición en el siglo II de la Iglesia cristiana y el reconocimiento de la misma por parte del Imperio Romano años más tarde, como “la institución autorizada para gobernar los asuntos espirituales con independencia del estado puede considerarse, sin exageración, como el cambio más revolucionario de la historia de Europa occidental” (Sabine, 1992, p. 141). La creación del cristianismo, a pesar de estar motivada en intereses religiosos y no políticos, establecía la doble obediencia; “dando a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César” y en caso que se produjera un conflicto entre las dos autoridades, el cristiano debía obedecer a Dios antes que al hombre.

La novedad de la posición cristiana consistía en esa condición dual del ser humano, distinguiendo lo espiritual de lo temporal, pero a su vez, al establecer los deberes religiosos como la obligación suprema. Esto “llevó a que el cristianismo planteara un problema que no se había conocido antes, el problema de las relaciones entre iglesia y estado y supuso una diversidad de lealtades y un juicio íntimo no incluido en la antigua idea de ciudadanía” (Sabine, 1992, p. 145). A la vez, la autonomía de ambas esferas era bastante difícil de mantener, ya que en un principio la iglesia demandó del poder imperial su apoyo para establecerse, y posteriormente, será el poder secular quien se apoyará en el poder de la iglesia para legitimar su autoridad ante los procesos revolucionarios liberales de los siglos XVII y XVIII.

Este doble aspecto promovido desde el cristianismo, que establece, en primer término, la división entre el Estado y la Iglesia, o la separación de esas “dos espadas” como lo señaló san Agustín en el siglo V, junto con la supremacía de lo celestial en la vida del cristiano, cobran especial relevancia, ya que son estos aspectos los que llevarán a que se establezcan las bases de la “autonomía espiritual y el

derecho de libertad espiritual, los cuales a su vez, dejarán como residuo las ideas modernas de intimidad y libertad individual” (Sabine, 1992, p. 152), fundamentales en las luchas políticas presentes desde el final de la edad media y en los regímenes políticos liberales de hoy día. Esta idea se refuerza con la concepción del poder integrador de la religión y la política. Es decir, para la época la univocidad e indivisibilidad de esta relación conduce a que la reflexión de la legitimidad y el ejercicio del poder requieran de una combinación entre los misterios terrenales y los de las alturas.

Tras la división del imperio romano y su retiro hacia oriente a partir del siglo VI y hasta el siglo X, no se generó mayor actividad filosófica sobre el tema. Solamente hasta finales del siglo XI, con las controversias suscitadas entre el clero y las autoridades temporales, abrieron los espacios de reflexión teórica que marcaron el punto de transición entre el mundo antiguo y el medioevo. Los conceptos de soberanía del Estado, la separación de éste con respecto a la iglesia, el origen popular de los gobiernos, la idea de representación y el derecho a la propiedad, germinaran lentamente durante al menos ocho siglos.

Bajo formas distintas, históricamente condicionadas, el proceso patente durante el Medioevo de concentración, racionalización y secularización del poder, apoyado en un aparato burocrático impersonal y neutral, se fue generalizando (Truyol y Serra, 1995, p. 114), siendo este el antecedente del Estado occidental europeo. Es desde del siglo XII que se comienza a evidenciar una tensión permanente entre los emperadores germánicos y el papado, el cual ante la fuerza ascendente que a nivel territorial comienzan a tener estos soberanos pretende contrarrestar la autonomía del poder civil frente a la preeminencia del poder religioso, destacando el carácter sagrado de este. A la vez, comienzan a surgir equilibrios de poder en las relaciones entre los Estados. Francia e Inglaterra se convertían en reinos nacionales centralizados y el imperio germánico se divide en una confederación muy flexible de principados feudales.

Durante la Edad Media, se retoman las apreciaciones romanas de Cicerón sobre

...la idea de *res pública* o esfera pública como categoría distinta de los asuntos humanos, en la cual se localizaban aquellas cosas buenas que afectan a todos juntos. Gracias a Cicerón, la Edad Media poseía ya la doctrina según la cual la *civitas o societas* era la sociedad natural de los seres humanos” (Black, 1996, p. 28 y 29).

En este mismo sentido, se instalan las ideas de Marsilio de Padua², quien consideraba que la autoridad política se situaba en la asociación de todo cuerpo de ciudadanos, y son estos quienes de manera autónoma determinan su forma de organización política o de Estado. Incluso este autor va más allá y se refiere al procedimiento legislativo que pueden seguir las comunidades cívicas al señalar que “en primer lugar, las leyes pueden ser hechas con el pueblo congregado en el parlamento público, por una votación mayoritaria sobre una moción presentada por el gobernante. En segundo lugar, puede ser hechas por el consejo de la ciudad en presencia del gobernante o en tercer lugar, pueden ser hechas por un grupo de expertos designados por la ciudad” (Black, 1996, p. 193).

Pero el concepto de Estado como producto de la naturaleza humana y de la experiencia social se vio reforzado a partir de las reflexiones suscitadas por Tomás de Aquino, quien retomó las ideas de Aristóteles con respecto al origen y razón de ser del Estado ante las necesidades humanas. Al respecto, formuló dos observaciones sustanciales:

...en primer lugar que la sociedad tiene una función moral e intelectual; los seres humanos necesitan la sociedad... para realizarse a sí mismos como personas. En segundo lugar, no puede haber una sociedad sin gobierno. Esto significaba que el Estado formaba parte del plan original de Dios y perdía importancia la distinción entre sociedad y Estado. A partir de ese momento, la gente podía hablar de ‘sociedad civil’ para designar el conjunto de sociedad, leyes y gobierno. Por último, estableció que el Estado tenía responsabilidades morales y por ello, una de las propiedades de la ley es inducir a quienes están sometidos a ella a su propia y adecuada excelencia (Black, 1996, pp. 35 y 42).

Estas reflexiones de Aquino, en buena medida expresan la percepción que en la época se tenía de la ley, la cual no era una simple acción legislativa del gobernante, sino el recipiente dentro del cual se sustentaban todas las relaciones sociales. Así, “la ley fundamenta toda autoridad política y está por encima de ella, es lo que determina

la autoridad política. Así pues, en términos generales se pensaba que la ley era moralmente superior a quienes la aplicaban, incluido el rey” (Black, 1996, p. 52). Frente a esta función trascendental que comienza a tomar la ley y por consiguiente el derecho como ‘armazón’ de la sociedad, se puede llegar a afirmar que en la tensión presentada entre la Iglesia y el Estado, será el derecho quien salga victorioso al establecer la supremacía de la ley frente a los asuntos políticos. Este papel de la ley terminará siendo capitalizado por el Estado liberal, que le dará justamente un papel de supremacía política y social, es decir, un hilo articulador de toda la estructura del poder en el Estado. La diferencia estará en que esta supremacía moral no será divina, sino que su legitimación será democrática, o al menos formalmente nacida de la voluntad popular.

Pero si bien se presenta un triunfo del derecho, no ocurre de igual manera frente a la idea de *civitas*, ya que las experiencias de ciudades-estado propias de la Italia de Marsilio de Padua, verían el ascenso de los Medici en Florencia y la profundización de la monarquía como la forma de gobierno más aceptada. La creencia en la justicia de la monarquía era una convicción profundamente arraigada y la idea del poder real se conectaba con la percepción del gobierno justo (Black, 1970). Ello por cuanto el concepto de monarquía no estaba en los términos aristotélicos de “la persona que gobierna por sí sola y puede hacer todo lo que le plazca”³, sino que se aplicaba la visión del poder del rey limitado por la ley y el asesoramiento de su consejo.

La consolidación de los sistemas monárquicos, especialmente en Francia e Inglaterra, se explica en que gracias a estos se logró llevar la paz a las zonas rurales y brindar un sistema de administración y control acompañado de una justicia más imparcial. En buena medida como lo señala Tilly, serán la necesidad de defensa a los ataques externos y el desarrollo de las guerras, las que sentarán las bases de la formación y transformación del Estado en Europa (1992), acompañado, claro está, de avances en la teoría constitucional.

Como se observa, el debate se construyó sobre la base discursiva de la legitimidad del poder y desde allí, de la de su ejercicio, que no podía reflejar otra cosa distinta que la verdad abstracta planteada por el origen divino de éste. La reflexión que hunde sus raíces en las convicciones del Iusnaturalismo sustenta la necesidad de morigerar el poder de los hombres para ponerlo en manos de dios, defendiendo entonces la idea de que no pueden ellos ejercer

² “... Marsilio se dedica a distinguir entre la ley divina y la ley humana. La primera, al ser infringida, supone una pena ultraterrena, una sanción referida a la vida futura, por contraste con la segunda, cuya penalidad se refiere a este mundo. Esta concepción de la ley es interesante porque señala la diferencia teórica entre Marsilio y Santo Tomás. Para este último, la ley divina y la humana formaban un todo y la segunda derivaba de la primera. Para el tratadista gibelino, las dos coexistían sin implicarse mutuamente. Además, Marsilio afirmaba que la ley humana era creación de un pueblo. En otras palabras, llegaba a la conclusión de que el Estado era el conjunto de individuos que aceptan someterse a un cuerpo de leyes.” (DINO, 2010, p. 121).

³ Aristóteles, “La Política”, Libro III [en línea], disponible en: http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Aristoteles_LaPolitica/Aristoteles_LaPolitica_003.htm#C9. Recuperado: 21 de mayo de 2010.

poderes sin limitaciones, pues en todo caso, existe una delegación de origen divino. Este tipo de origen arraigado a los postulados iusnaturalistas termina señalando límites morales al concepto del poder político, no solo por su origen sino mas todavía con respecto a su ejercicio.

De esta manera, la discusión política del Medioevo trajo consigo dos visiones distintas sobre la monarquía. La primera, corresponde a una perspectiva de poder limitado por la ley y el consejo, también conocida como monarquía mixta o moderada⁴ y la segunda, encaminada hacia la monarquía absoluta, la cual marcará la crisis del modelo monárquico en los siglos XIV y XV. (Anderson, 1987)

La teoría de la monarquía absoluta provino en parte de las ideas asociadas al Imperio romano y al papado que ejercía un papel determinante en la sociedad cristiana del momento. Al entender el papel del Papa como el vicario de Cristo en la tierra y al rey como el elegido para gobernar a los hombres, la doctrina del absolutismo se fue fortaleciendo cada vez más. Esta es la fuente de una de las versiones de la teoría del poder divino de los reyes la cual

...no consiste propiamente en afirmar el carácter divino del poder de los reyes, sino en suponer que su legitimidad procede directamente de Dios. Así el rey fija la ley, pero no está vinculado por ella. No es que el rey sea irresponsable, pues está sometido a la ley de Dios y a la ley natural, pero del cumplimiento de ambas y de su gestión debe solo dar cuenta a Dios, quedando sustraído de cualquier control jurídico o político de una instancia humana (Truyol y Sierra, 1995, p. 118).

Estos son las características bajo las cuales se establecen el Estado absolutista y que conducen a fuertes tensiones al interior de los reinos que se fortalece con la aplicación de esta teoría, como Inglaterra, Francia y Castilla, pero que, posteriormente, enfrentarían su declive ante el avance de las luchas por los derechos individuales, especialmente los de propiedad y el de la libertad de conciencia.

La contradicciones que enfrentará el absolutismo se originaran en diversos factores: desde la fijación de las reglas para la elección o herencia de los gobernantes, pasando por los cambios dinásticos como consecuencia de actuaciones inmorales de estos, hasta las protestas sociales en

respuesta a los excesos de poder en el cobro de los impuestos, en la obligación a ir a la guerra, así como en las contiendas confesionales cuya expresión más cruenta fueron las persecuciones y las guerras de religión, todo lo cual estimula a gran número de autores, en la línea del contractualismo medieval, a afirmar que el rey está sometido a límites jurídicos naturales y que si los rebasa cabe un derecho de resistencia⁵. Es en esta dimensión que cobra fuerza la teoría constitucional de la monarquía, según la cual el rey y la ley mantenían una relación de recíproca dependencia. Así el rey tenía como función primordial el obtener justicia para sus súbditos y esto solo era posible solo mediante el procedimiento imparcial de la ley (Black, 1996, pp. 236 y 237)

Es bajo esta discusión que lo político cobra preeminencia sobre lo religioso, y la búsqueda de una instancia neutral que brinde ciertas garantías a las personas abre la puerta a la construcción del Estado moderno, el cual a su vez, prevalece sobre los intereses particulares de los subordinados. Así se comienza a plantear un nuevo binomio que distingue lo público de lo privado y que fundamenta la superposición jerárquica de lo público —es decir el Estado— sobre lo privado —o la sociedad—.

Pero el papel de ley es aún más relevante en las definiciones que sobre el poder real se hace en Inglaterra a mediados del siglo XIII, como se resalta en la obra de 1230 atribuida a Henry Bracton Sobre las leyes y costumbres de Inglaterra, “el rey no debe estar bajo el hombre, sino bajo Dios y bajo la ley, porque la ley hace al rey”. De esta manera se sobreponía un poder al del rey el cual lo legitimaba, pero este poder no podía venir del rey; situación que abrió campo a los consejos y parlamentos dentro de los modelos monárquicos que si bien no se impusieron frente al Estado absolutista, (Varela Suanzes-Carpegna, J.1998). Si allanaron el camino a las asambleas estamentales para que terminaran siendo la base de los sistemas parlamentarios actuales.

B. Revolución gloriosa y control del poder

En el caso británico se encuentran los primeros elementos que permiten la aplicación del principio de división de poderes moderno y que a su vez apuntan hacia una tipología de régimen político en el contexto de un Estado. Esto es así dado que en este proceso constitucional se establecieron las bases del modelo liberal, cuya reflexión central es

⁴ Sobre el concepto y desarrollo en Inglaterra, ver, Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, División de poderes y sistema de gobierno en la Gran Bretaña del siglo XVIII (teoría y práctica de la monarquía mixta y equilibrada) en Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, ISSN 1575-3247, N° 5, 2009 .

⁵ En su *Summa Theologiae*, Aquino afirma que: el pecado de sedición consistía no en derrocar a un tirano sino en ser un tirano. Igualmente, en el Comentario sobre sentencias establece que aquel que libera a su país matando al tirano que ha usurpado el poder en contra de la voluntad de los súbditos, y cuando no haya recurso a un superior, es recompensado.

precisamente la construcción de técnicas jurídica políticas de delimitación del poder. La división del poder es entonces una de las más importantes, al lado del concepto de soberanía nacional, el constitucionalismo y los derechos naturales como base de la legitimidad del sistema político.

El modelo parlamentario como lo conocemos hoy día, encuentra ciertos referentes en la conformación de las asambleas parlamentarias medievales de los siglos XIII a XIV. Una de las características presentes en estos parlamentos eran el de ser convocadas por el rey. Tenían como función primaria la de garantizarle al gobernante la creación de impuestos con fines específicos que benefician a todo el reino, de allí el aspecto “parlante” o negociador (Black, 1996, p. 252). Situación que en buena parte, también explica el posicionamiento que tuvieron los parlamentos durante la monarquía, ya que se convirtieron en el medio por el cual los reyes podían obtener derecho a percibir ingresos de sus súbditos.

Este elemento expone la naturaleza deliberativa y la relevancia de la institución. Sin embargo, la característica representativa se deriva de las negociaciones que se efectuaban entre el rey y tres estamentos o status independientes: el clero, los barones y los comunes o representantes de las ciudades. Es decir, los impuestos recaían sobre una franja social específica, lo que demandaba una representación de la misma para efectuar la negociación política. Los obispos y los nobles se representaban a sí mismos, mientras que las comunidades brindaban ‘pleno poder’ a un procurador, el cual también tenía a menudo diversas limitaciones y condiciones. Generalmente las comunidades aceptaban los impuestos siempre que el rey reconociese los derechos de las personas (principalmente la propiedad) así como de las libertades de las ciudades. En estas condiciones el rey y el parlamento se necesitaban mutuamente. “El feudalismo impuso de hecho límites al poder real, y la manera de soslayar esta limitación era que las asambleas representativas actuaran al lado del rey” (Black, 1996, p. 256).

A estos antecedentes de prácticas parlamentarias y limitación de poder, se suman la característica ya enunciada de victoria de la ley sobre el rey y especialmente de la supremacía del Estado como el elemento fundamental del poder⁶. Pero esta segunda condición generó un debate desde el mismo derecho, referente a si esa centralidad del poder corresponde a una mera necesidad funcional de la administración o por el contrario si expresa la necesidad de mantener una soberanía absoluta.

⁶ El concepto de Rule of Law, es fundamental para la comprensión de la construcción del modelo estatal parlamentario inglés, ya que esta institución permite la elaboración de un ideal de independencia de poderes sociales y políticos, en especial desde la noción de referentes históricos y tradicionales surgidos durante el Medioevo.

La concepción de una soberanía absoluta surge en el imperio germano del siglo X que, conforme al legado de la Roma imperial no concebían desde el derecho una división del poder ni tampoco entendía la esfera judicial de manera independiente sino que el juez era asociado como un funcionario más, cuyas sentencias tenían fuerza de ley con la salvedad de que no existía un código centralizado (Ourliac y Gazzaniga, 1985, p. 9) y que adicionalmente entre el 90 y 95 por ciento de las normas impuestas tenían su fuente en el ejecutivo y no en el legislativo (Badie y Hermet, 1993, p. 110), hechos que evidencian el carácter ficticio de la separación de poderes que brindaba la soberanía absoluta del Estado.

Por el contrario, la visión de la centralidad del poder como un imperativo administrativo en la organización del Estado, trae como consecuencia una dimensión diferente del derecho y particularmente en Inglaterra, en donde el ámbito jurídico se caracteriza por el mantenimiento ininterrumpido de una Ley Común o *Common Law*, aplicable en principio a todas las personas, situación que trajo consigo una relación menos desigual con respecto al poder central frente a la sociedad y cuyos orígenes se remontaron a la *Magna Carta* suscrita entre los barones ingleses y el rey Juan Sin Tierra, con la cual en el siglo XIII⁷ se sella la independencia de la justicia frente al poder real.

A esta realidad judicial de la Inglaterra del Medioevo se suma el rumbo que marcará para la dinámica social el desarrollo de lo que Barrington Moore llama la revolución agrícola (2002), como preludeo de la revolución industrial que por una parte se presenta como consecuencia tardía del modo de apropiación y explotación del suelo que durante el siglo XVI presenta una ampliación de la propiedad privada de las tierras y que por otra, vivirá un cambio tecnológico que mejorara el aprovechamiento del suelo por parte de los propietarios, configurándose gracias a ello una nueva élite burguesa.

Entre 1485 y 1603 gobernará a Inglaterra la casa de los Tudor, la cual tras la Guerra de las Dos Rosas⁸ brindará

⁷ La Carta Magna, antes de poder ser considerada una constitución, si establece un mecanismo para la solución de conflictos políticos en Inglaterra. Esta solución siembra las bases de los acuerdos de poder, que se construyen para la marcha estable del reino. El constitucionalismo es un buena medida una herramienta de estabilización que se crea a través de un acuerdo de carácter fundacional, el cual con el tiempo tendrá claros efectos jurídicos.

⁸ La Guerra de las Dos Rosas enfrentó a los miembros de la Casa de Lancaster contra los de la Casa de York entre 1455 y 1485, de allí el nombre de las dos rosas, ya que el emblema de cada casa era una rosa roja para Lancaster y una blanca para York. Ambas familias pretendían el trono de Inglaterra, por origen común en la Casa de Plantagenet, como descendientes del rey Eduardo III. La guerra provocó la extinción de los Plantagenet y dará paso a la Dinastía de los Tudor con Enrique VII.

un ambiente de paz hasta la llegada de los Estuardo y el inicio de la Guerra Civil (1642-1689). Para finales del siglo XV y como consecuencia de la Guerra de las Dos Rosas, la nobleza quedará fuertemente debilitada y se registrará un declive en la influencia de los poderes feudales. En contraste, el poder de una monarquía centralizada en cabeza de los Tudor que tenderá a acrecentarse a la par que aumenta la influencia de los comerciantes, como claramente lo esboza Tawney:

...En los turbulentos años del siglo XV la tierra tenía aún importancia militar y social aparte de su valor económico, más importante que un alto rendimiento del suelo. La disciplina tudoriana, con su rígida prohibición de la *livery* y el *maintenance*, sus jurisdicciones administrativas y su incansable burocracia, reprimió las guerras privadas con mano dura, y quitándole los dientes al feudalismo, hizo del manejo del dinero algo más importante que el manejo de los hombres... [Ese cambio] marca la transición de la concepción medieval de la tierra como base de las funciones y obligaciones políticas, a la moderna que la considera como una inversión que reporta ingresos. La propiedad rural tiende brevemente a comercializarse (Tawney, R. 2002, p. 29 y 30).

La dinastía de los Tudor incentivó en gran manera la economía basada en la producción y exportación de lana, la cual, al combinarse con el clima de paz reinante tras el debilitamiento de la nobleza y la terminación de las guerras por propiedades entre los señores feudales, impulsará, apoyada en la nueva concepción de la tierra, la conformación de la producción capitalista.

Los cambios en el sector agrícola produjeron una división al interior del campesinado, por un lado estaban aquellos que prosperaban conocidos como los yeomen y por otro los que se rezagaban y ocupaban la parte más baja de la franja social, los Gentry. Será este grupo de los yeomen quienes a diferencia de los productores laneros, se preocuparán por “cercar” sus propiedades con el objeto de ir ocupando de manera comunitaria tierras baldías e incluso terrenos vecinos poco usufructuados, en los cuales su dueño no ejercía la propiedad. Esta clase social, ganó una importante reputación como personas emprendedoras y muy disciplinadas, ya que su actividad principal se centro en la producción agrícola de sus propias tierras. En este sentido sobre los yeomen se construyó la imagen del prototipo de hombres libres, pues no obedecían a un señor feudal al ser propietarios de los medios de producción.

El fortalecimiento de esta concepción y del concepto moderno de propiedad privada abrirá el camino para la

Guerra Civil, ya que serán las altas clases rurales y los yeomen las principales fuerzas que se opondrán al rey, ya que el consideran que la propuesta absolutista podría afectar lo que habían ganado con la privatización de los terrenos baldíos.

En términos socio-políticos y siguiendo los planteamientos de Moore, será la victoria de esa nueva élite capitalista y la aristocracia rural la que permitirá que se instaure un régimen parlamentario representativo, ya que como se expuso anteriormente, el desarrollo temprano del mecanismo parlamentario, permitirá que esas clases triunfantes den el paso para convertirse en élites políticas (Moore, 2002).

Por ello las ideas presentadas por Locke en pleno proceso de transición, se sustentan en dos principios fundamentales, el derecho a la propiedad y el gobierno civil como alternativa al modelo monárquico, sentando desde una perspectiva política y constitucional, las bases de la aplicación moderna del principio de división de poderes.

Sumado al contexto agrícola enunciado, la implantación de la Reforma durante el reinado de Enrique VIII y la ineluctable persecución de católicos romanos por parte de la corona en una confrontación religiosa⁹, acompañará las luchas políticas en la que se enfrentaron la doctrina de la prerrogativa real que establecía el derecho divino de los reyes, reivindicada por Jacobo I, con los postulados que buscaban una supremacía del Parlamento, como antesala a la Guerra Civil.

En este contexto la doctrina Hobbesiana es fundamental para la interpretación del momento político inglés, en especial, de las ideas absolutistas de los Estuardo. Al respecto, vale la pena resaltar que si bien Hobbes no se puede considerar como una contribución directa a la teoría del control del poder, pues intenta justificar de alguna manera todo lo contrario, si plantea una separación que resulta especialmente relevante en el contexto político occidental y es la idea de separación o al menos deslinde del poder político papal frente al poder político real. El posicionamiento del rey dentro de la construcción del concepto de soberano y Estado, servirá de basamento para que el Estado liberal naciente configure una propuesta elaborada con respecto al freno de un poder omnímodo. El contrapeso teórico y político sin duda se configurará de forma clara en John Locke, artífice de la lógica del poder moderado y dividido de la modernidad. Como puede observarse, la idea de división del poder responderá en un momento histórico determinado a las preguntas: ¿entre

⁹ Estas luchas opusieron de un lado a la iglesia anglicana establecida y a los católicos y protestantes disidentes por el otro.

quienes se divide?, ¿para qué fin se divide? y ¿cómo se divide? El proceso inglés de Siglo XVII será justamente el que brinde una perspectiva diferente a las respuestas vagamente enunciadas en siglos anteriores.

La revolución inglesa que tuvo como principales momentos históricos la muerte en el patíbulo de Carlos I en 1649, la instauración de la *Old Commonwealth* (república) puritana de Cromwell entre 1653 y 1658, la restauración de la casa de los Estuardo en el poder en 1660 junto con la sustitución de Jacobo II por Guillermo de Orange en 1668 y la Declaración de Derechos o Bill of Rights en 1689, traerá como principal resultado, el actual régimen político inglés que establece por un largo periodo la supremacía del Parlamento sobre la corona (Truyol y Sierra, 2002 p. 239). Pero este resultado es fruto de las luchas sociales y de las discusiones académicas al respecto. La Inglaterra del siglo XVII suscitó un intenso debate entre el grupo de los “Niveladores” y los “Cavadores” (Cueva, 2011, pp. 48 y ss.). Ambos grupos participaron de forma activa en la guerra civil inglesa conformando el New Model Army que le dará el poder a Cromwell y le permitirá la creación por poco tiempo del gobierno republicano.

El grupo de los “Niveladores” —Levelers— así llamados por su igualitarismo radical poseían como núcleo doctrinal el concebir los derechos del hombre como derechos innatos e inalienables¹⁰, conferidos al individuo por la ley natural. Por ello, las instituciones políticas no tenían otra misión que la de protegerlos, tal y como lo establecieron en el “Agreement of the People” o Acuerdo del Pueblo de 1647, el cual fue un proyecto de constitución que nunca logró implantarse.

Igualmente, “Los Niveladores” defendían una rigurosa separación de poderes dentro de la cual el Parlamento, al ser un mandatario del pueblo, debía ser elegido a través del sufragio prácticamente universal de los ingleses mayores de veintiún años (pues solamente los criados y aquellos que dependiesen directamente de otro quedaban excluidos), de allí que con el “Agreement of the People” propendieran principalmente por el establecimiento de una constitución escrita que fijase expresamente que los derechos fundamentales son inviolables, lo cual, a su vez, establecía límites al poder, incluido el Parlamento.

Un segundo grupo era el de los “Cavadores” o Diggers cercanos a las ideas de los Levellers pero afines a la espiritualidad de los cuáqueros. Este grupo construía su ideal de igualdad no desde el pensamiento liberal sino

desde la interpretación de los textos bíblicos. Fueron precursores del llamado socialismo utópico que establecía el nexo inseparable entre la igualdad política y la igualdad económica, es decir, plantearon la organización de las comunidades con voz y voto de sus miembros desarrollando sus actividades económicas desde la idea comunal de la propiedad. Así, la función de las instituciones se debía centrar principalmente en garantizar la propiedad del colectivo por encima de la noción de individuos. Consideraban a la vez que la propiedad privada es la principal causa de los abusos sociales. Por tal motivo la verdadera libertad implica que todos los hombres tuviesen acceso al uso de la tierra y de sus frutos. Los Niveladores fueron exterminados de manera sistemática en la mitad del siglo XVII por las fuerzas de Cromwell ante su creciente poder en las fuerzas del New Model Army.

Un personaje fundamental en este debate de la división de poderes en Inglaterra es Sir Edward Coke. El juez Coke planteó en medio de las tensiones entre ejecutivo y legislativo la posición de los jueces. Esta posición resalta el historicismo del Common Law como valor fundamental del equilibrio de poderes. Este equilibrio tiene sus raíces en la defensa de los derechos de los ciudadanos. Este punto es probablemente la principal razón por la cual se hizo muy famoso en la época. Dos episodios construyen esta fama: su postura frente al Jacobo I y la limitación de la prerrogativa y el caso Bonham.

En el primer hecho, el rey Jacobo I propugnaba un gobierno absoluto. Para ello se valió del Tribunal de la High Commission, tribunal con competencias exclusivamente eclesiásticas, al que el rey le fue concediendo funciones jurisdiccionales ordinarias para tomar a su cargo la decisión de algunos casos. Los tribunales comunes redactaban escritos de prohibición dirigidos a los tribunales eclesiásticos para que dejaran de conocer de causas que no les correspondían. A raíz de todo ello en 1612 el rey mandó a llamar a su presencia a los jueces para dilucidar una acusación del arzobispo de Canterbury. El fondo del asunto era si el rey podía privar a los jueces, que eran sus delegados, de conocer de cualquier causa que él quisiera juzgar personalmente. Coke valientemente defendió ante el rey que no podía hacerlo y no cedió ante las presiones del rey. Por estos hechos fue despojado de su investidura en 1616. Sin embargo a partir de allí se dio inicio su carrera política. Desde el parlamento seguiría defendiendo las ideas de independencia que lo caracterizaron. Señala Mateucci:

...Según Bacon, que era por entonces lord canciller, los jueces debían ser leones bajo el trono, y por lo tanto no podían obstaculizar ninguna función del soberano; mientras que para Coke los jueces eran los

¹⁰ Entre esos derechos innatos se destacan el de la libertad de culto, el derecho a la igualdad ante la ley y el procurar trabajo y asistencia a los pobres y desvalidos.

leones que debían custodiar, frente al rey, los derechos de los ciudadanos: para defender los derechos de los ingleses, a menudo negó los derechos del rey. (Mateucci, 1998, pág. 89)

Por su parte el caso *Bonham*¹¹, se considera el antecedente del control de constitucionalidad, ya que Coke establece las limitaciones del Parlamento frente a las consideraciones constitucionales (Plucknett, T. T. 1926). Señala Coke en el caso:

...Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el common law controla las leyes del parlamento y a veces decide que son enteramente nulas; porque cuando una ley aprobada por el parlamento es contraria a común derecho y razón, o repugnante, o de imposible ejecución, el Common Law debe dominar sobre ella y pronunciar la nulidad de tal ley

Si bien existen profundos debates si en realidad las palabras de Coke son el fundamento del Judicial Review, queda clara la elaboración de un importante discurso de autonomía e independencia del poder judicial, el cual será enarbolado decididamente por el constitucionalismo en los Estados Unidos.

A continuación se exploraran las principales ideas de John Locke que merece un apartado especial para la comprensión del concepto moderno de división de poderes.

C. Locke y la doctrina del control del poder

A John Locke no se puede considerar el creador del principio de división de poderes, sino un gran difusor del mismo. Como venimos sosteniendo desde la diferenciación entre *Gubernaculum* y *Jurisdictio* del denominado gobierno mixto medieval se viene conformando este concepto de división. Señala Solozábal:

...Durante el periodo de la revolución inglesa tuvo lugar un importante desarrollo constitucional que alcanzó no sólo a la teoría de la diferenciación de funciones, sino a la de la propia separación de poderes, que se mostró como una alternativa tanto al intento del monarca de alterar a su favor la Constitución mixta inglesa, como al intervencionismo del Parlamento durante el período del Parlamento largo. En efecto, en 1657 George Lawson distingue,

siguiendo a Sadler, entre funciones legislativa, judicial y ejecutiva, aunque este autor tiene todavía una visión limitada de la función ejecutiva, que es comprendida como la realización de la sentencia de los tribunales. (Solozábal, 1981).

Ahora bien, sin duda, Locke mostró gran interés por este tema. En Locke existen restricciones morales al poder, fundadas principalmente en la responsabilidad de los gobernantes para con las comunidades por ellos regidas así como subordinación al Estado de derecho. La primera, derivada de la tradición medieval en la que el rey y todos los órganos políticos son responsables ante el pueblo y su poder está limitado a la vez por la ley moral y por las tradiciones y convenciones constitucionales inherentes a la historia del reino. El gobierno existe entonces para el bienestar de la comunidad (Sabine, 1992, p. 386 y 387). En este mismo sentido, se adentra en la discusión sobre el estado de naturaleza definido como una situación de paz y ayuda mutua. La sociedad civil surge del consentimiento de sus miembros y funda el poder político, el cual define como:

...el derecho a dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad, y ampliar la fuerza de la comunidad en la ejecución de dichas leyes y en la defensa del Estado frente a injurias extranjeras. Y todo ello con la única intención de lograr el bien público. (Locke, 1994, Cap. 1 parágrafo 3)

Tal poder, señala Locke solo puede surgir del consentimiento de cada uno de los individuos que busca la protección de sí mismo y de su propiedad. Este es el pacto original al que se llega una vez el individuo sale del estado de naturaleza para integrarse en una comunidad:

...esto es lo que acuerdan por el mero hecho de unirse en una sociedad política... para formar un Estado. Así, lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de la pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mudo (Locke, 1994, Capítulo 8 parágrafo 99).

Sin embargo, como claramente lo cuestiona Sabine;

...La dificultad que presenta esta teoría consiste en que Locke no dice con claridad en ningún sitio que es lo que surge precisamente por el 'pacto original'.

¹¹ El caso de 1606 hace referencia a un médico que fue sancionado por el Real Colegio de Médicos declarándolo incompetente. Sin embargo, aduce el médico que no podía ser sancionado por esta entidad por carencia de competencia en la ciudad en donde residía el galeno. Coke advierte que se están violando varios derechos en este caso.

¿Es la propia sociedad o sólo el gobierno?, es decir, ¿existe un pacto del individuo con la comunidad y luego surge un nuevo pacto entre esta y el gobierno? (Sabine, 1992, p. 393)

Igualmente para Locke el consentimiento individual por hacer parte de una sociedad política le obliga a someterse a la mayoría:

...porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir el consenso de la mayoría (Locke, 1994. Cap. 8 parágrafo 96)

El planteamiento de Locke presenta una situación problemática que éste no resuelve por que puede ocurrir que al primar los derechos de un individuo y estos siendo inviolables, puede dar lugar a que se presente una mayoría tiránica que atente contra tales derechos. En conjunto, Locke consideraba

...el establecimiento de un gobierno como hecho mucho menos importante que el pacto original que constituye una sociedad civil. Siguiendo la experiencia de la Revolución inglesa, Locke daba por supuesto que el legislativo es el poder supremo sobre el gobierno, aunque admita que éste puede crear de leyes. Pero ambos poderes son limitados... su poder es fiduciario ya que el pueblo tiene el supremo poder de modificar el legislativo cuando actúa de modo contrario a la confianza en él depositada (Sabine, 1992, p. 394).

En este sentido, Locke se mantiene en la tendencia de asumir que el poder legislativo como delegación de la mayoría actúa a nombre de la comunidad y que por tanto esta concesión efectuada por el Pueblo priva a éste poder mientras que el gobierno sea fiel a sus deberes.

...Como el fin principal de los hombres al entrar en sociedad es disfrutar de sus propiedades en paz y seguridad, y como el gran instrumento y los medios para conseguirlo son las leyes establecidas en esa sociedad, la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del poder legislativo. Este poder legislativo no solo es el poder supremo del Estado, sino que también es sagrado e inalterable, una vez que está ya en las manos a las que la comunidad lo haya entregado y por lo tanto, toda persona debe obediencia para con este poder

supremo, y está regida por las leyes que éste dicte. (Locke, 1994, p. 134).

Pero esta visión específica del poder, y en especial de la soberanía parlamentaria, se complementa de forma clara con el concepto de Rule of Law, que constituye una clara limitación de este poder. "El poder absoluto y arbitrario, o gobernar sin leyes establecidas, no puede ser compatible con los fines de la sociedad y del gobierno" (Locke, 1994, p. 137).

Ante esta reflexión el autor establece cuatro características que debería guiar la actividad del poder legislativo: 1- Gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, sin discriminar persona por su condición. 2- Legislar con el objetivo del bien del pueblo, 3- No aumentar los impuestos sin el consentimiento del pueblo. 4- la legislatura no podrá transferir el poder de hacer las leyes (Locke, 1994, p. 142)

Ahora bien, Locke no resolverá la situación de peligro que representa el poder absoluto del Parlamento, y en especial la dicotomía que representa para su tiempo la tensión entre historicismo y liberalismo, ya que si son las tradiciones del pueblo inglés las que hacen la ley, cual es el papel del legislador?, cuáles son sus límites?. De igual forma, si es el Parlamento el soberano absoluto, ¿pierden los jueces la competencia para descubrir la ley? Este apartado queda reservado para la reflexión norteamericana en el marco de su independencia. En resumen:

- En Locke persiste la idea de la forma mixta del gobierno, de modo que se asegure a los diversos sectores sociales su intervención en el gobierno, especialmente en la elaboración de la ley (veto del rey, Cámara de los Lores, Cámara de los Comunes).
- Locke acepta cierto equilibrio entre los diversos poderes, con la supremacía del Parlamento, pero con un ejecutivo coordinado en cierto modo al legislativo por su intervención en el proceso mismo de legislar (veto del rey), su función ejecutiva, federativa y sus poderes de prerrogativa.
- Hay en Locke una progresiva comprensión de la diferencia de funciones y de la conveniencia, para el aseguramiento de la libertad, de su residencia en diferentes órganos. (Solozábal, pág. 220).

D. Montesquieu y Del Espíritu de las leyes.

Consolidado el poder real en Francia sobre las bases del absolutismo y el despotismo ilustrado que en materia político-eclesiástica sostenía la sumisión de la iglesia católica al gobierno civil, la preocupación central de la burguesía se situará en la búsqueda de limitar el poder absolutista mediante un sistema de equilibrio de poderes y la afirmación de derechos individuales naturales, sustraídos del arbitrio estatal, completada por la separación del Estado y la Iglesia.

En el contexto de la Francia Absolutista, la obra del Barón de Montesquieu adquiere una importante relevancia, al proponer que el poder del Estado requería para su ejercicio no despótico de controles. Estos controles los brindaría en realidad, más que la noción de derechos naturales, la idea de que el poder se controla con un poder similar.

Pero la obra de Montesquieu no es en realidad una exposición jurídica del poder en la constitución (Fetscher, 2002, p. 125), como tampoco del valor de la ley. Su acento se pone más en su carácter sociológico, al punto de que se le considere como un antecedente de la sociología jurídica. En efecto, el citado autor, muestra como el Estado y la ley en esencia son funcionales a los pueblos. Por tanto, deben necesariamente estudiarse las condiciones económicas, las climáticas, geográficas y culturales de cada pueblo, para poder establecer cuál es el Estado y leyes más adecuadas a cada uno. Propone diversas formas de gobernar conforme al tamaño del territorio. Si la nación es extensa entonces el despotismo puede ser necesario; en las naciones pequeñas la monarquía regulada en la mejor fórmula.

Este análisis sobre las condiciones reales de los pueblos, permite afirmar que la propuesta constitucional de Montesquieu no es en absoluto abstracta y que, por el contrario, trata de establecer mecanismos científicos para atribuir funciones a la ley¹² y en general al sistema político. Esto es significativo, porque el principio que se le

atribuye como invención suya¹³, el de la tridivisión de poderes, en realidad termina exhibido como una máxima inusnatural propia de los Estados “civilizados”.

El planteamiento del autor francés en especial sobre el problema del control del poder, se sitúa en el capítulo dedicado al análisis del sistema Inglés, país que conocía bastante bien no solo porque tenía un nexo familiar con la dinastía de los Plantagenet, sino por qué pasó algunos años viviendo allí. Esto le permitió conocer de primera mano los planteamientos posteriores a la Revolución Gloriosa, y en especial en la construcción de lo que luego será el régimen parlamentario. Para Montesquieu Inglaterra es un modelo político digno de seguir, en especial por el régimen de libertades que permitían tener un gobierno equilibrado, tanto institucionalmente como socialmente. Este aspecto es importante ya que a través de su obra se resalta un concepto orgánico del poder, no meramente institucional. Este elemento será clave para su propuesta de control del poder, que no incluye solamente una receta “constitucional” para ello, sino que debe tenerse en cuenta la manera de organización socio-económica del Estado a analizar. De esta manera sociedad e instituciones políticas están inescindiblemente ligadas.

La propuesta de Montesquieu constituye una teoría para frenar el poder ilimitado, el despotismo, y no una postulación estructurada de separación de poderes. Por el contrario tal separación no es clara en su obra. Su esfuerzo se localiza en un esquema de control coordinación y control que no tiene énfasis en los sujetos, es decir la fórmula clásica, legislativo, ejecutivo y judicial, sino más bien en las funciones y la concentración de estas.

En efecto, el citado autor plantea una interacción entre las diversas instancias del Estado y la sociedad, pero aclarando que dichas funciones no deben pertenecer al monopolio de uno solo de estos. Incluso plantea la posibilidad de acumular algunos de las funciones, pero sin caer en el despotismo. De esta manera la fórmula tan clara de tridivisión es realmente difusa en la obra de Montesquieu, pues aunque destina espacio para el análisis de los jueces, los observa fuera del poder político (Fetscher, óp. Cit. p. 87). Creo en este sentido, que sigue una línea similar al contexto del capítulo, es decir, al modelo, inglés, que decanta en la obra de Locke solo dos poderes en

¹² Montesquieu hace un aporte particular al enlazar el concepto de ley, no tanto como ley en sentido jurídico sino científico, para conectarlo luego con la idea de libertad. En este sentido muestra que la libertad no goza de una interpretación virtuosa o moral, sino sobre todo institucional. Zabludovsky, *Gina Sociológica*. may-sep2007, Vol. 22 Issue 64, p11-44. 34p. Montesquieu hace un aporte particular al enlazar el concepto de ley, no tanto como ley en sentido jurídico sino científico, para conectarlo luego con la idea de libertad. En este sentido muestra que la libertad el Estado y su obediencia es la que posibilita el ejercicio de las libertades. De esta manera, la obra del publicista francés recrea el principio de legalidad que se convertirá en elemento indispensable de los nacientes regímenes liberales.

¹³ Como se ve, no cabe duda de la importancia del Espíritu de la ley, sin embargo, es necesario reconocer que el concepto de control de poder por el poder mismo no es nuevo, y que en realidad el mayor mérito de esta obra es sistematizar muchas de estas ideas y planearlas en el contexto del absolutismo monárquico. Como vimos autores como Marsilio y Aquino, no eran ajenos a algunos de estos postulados incluso propuestas similares fueron desarrolladas en la durante la república romana como la de Polibio.

realidad, el parlamento y el rey. En este sentido los jueces al considerar que su obra no puede ser personal, neutral si se quiere, ellos no están sometidos directamente a las vicisitudes del poder político y esto les saca de la visión generalizada de la estructura del poder. En efecto, son conocidas las citas sobre la visión judicial del Montesquieu quien ve en el juez solo la "boca de la ley"¹⁴.

En conclusión, el autor francés no habla de una separación especializada de tres poderes, sino que estos poderes, más la sociedad en pleno, deben tener un adecuado manual de funciones para evitar la concentración. De esta forma, el concepto de límite del poder es una de las grandes contribuciones a la teoría del derecho constitucional. Ahora bien, sin duda la profundización de este tipo de conceptos no se dará en el contexto de Montesquieu sino en la interpretación no acumulativa del poder y de la coordinación y combinación de los poderes políticos en la el constitucionalismo norteamericano (Thury Cornejo, 2009, p. 38) al cual nos referiremos más adelante.

Vale la pena añadir, que si bien su propuesta enfrenta el despotismo del absolutismo, no puede decirse que su teoría plantee la igualdad material ni mucho menos elementos fuertemente democráticos. Althusser por ejemplo, ve en Montesquieu una clara vertiente conservadora que en realidad no desea una reforma profunda al sistema político de la época, sino más bien un reacomodamiento de las elites, en especial de la nobleza. Esto se refuerza en la obra de Montesquieu al señalar el papel de la nobleza en su ideario de gobierno, en donde claramente esta debe pertenecer a los órganos del poder, en especial al parlamento. Aunque acepta que dicho parlamento debe estar compuesto por el pueblo llano y la nobleza, defiende la idea de que los mejores, los nobles, tienen una presencia indispensable por derecho propio. Desde otro punto de vista, la postura de Montesquieu que innegablemente defiende derechos de la nobleza, no puede verse como un conservadurismo sin más, pues es claro que los argumentos del Francés para la defensa de la nobleza no son los de la sangre, sino los que hacen referencia a una visión más racional del Estado, es decir, los que se relacionan con el conocimiento de los asuntos públicos. Sin lugar a dudas el efecto puede ser aparentemente el mismo, este punto

de vista es importante de resaltar, puesto que imprime para la época una reflexión diferente de la conformación del gobierno, es decir, la de la preparación.

Otro elemento clave esta justamente referido a su visión orgánica de la sociedad, ve en la nobleza un actor importante para el gobierno y ello hace que sea ineludible su participación. Es evidente que parte de su propuesta pasa por una evocación histórica constante, para evidenciar la necesidad de volver a la idea de la monarquía mixta de la edad media, a fin de encontrar un equilibrio institucional claramente amenazado por el absolutismo monárquico. Pero el autor no plantea simplemente volver atrás en el tiempo, sino que recoge las preocupaciones de su tiempo para construir, al final de su obra una forma distinta de entender el poder en comparación con los siglos anteriores.

E. El constitucionalismo norteamericano

La Constitución de Filadelfia constituye un pilar fundamental del constitucionalismo contemporáneo. Sus contribuciones son entre otras: el constitucionalismo formal o escrito, el control de constitucionalidad, la noción de minorías y su protección y, desde luego, el federalismo y el presidencialismo. Es posible afirmar que Filadelfia va entonces a recoger y a concretar en muchos casos, las ideas de los políticos y constitucionalistas de los dos siglos anteriores, imprimiendo el espíritu pragmático propio de las trece colonias originales.

Es entonces el ejercicio norteamericano sobre todo un análisis práctico de su realidad y de su tiempo, más que un derroche de conceptualismo. Esto hace de su constitución una pieza maestra del futuro político y social de los Estados Unidos.

La influencia de Locke es un lugar común en el texto constitucional, (Hamilton, A y otros, 1994) en especial su versión sobre la legitimidad fundada en el contrato social y la defensa de los derechos como barreras al despotismo, entre otras ideas. De igual manera, como menciona antes, la influencia de Montesquieu está más que probada no solo por la incorporación de varios de sus preceptos, sino por la referencia directa que haces sus padres fundadores.

De estas consideraciones, de las que se ha guiado Montesquieu, se podría deducir claramente que él no pretendía decir que los diversos órganos no deberían tener una participación parcial, o un cierto control, sobre los actos de los otros. Lo que pretendía decir, como se deduce de sus propias palabras, y como resulta todavía más claro de sus ejemplos que él tenía presentes, no era otra cosa que cuando todos los poderes de un órgano son ejercidos por

¹⁴ A diferencia del contexto Anglosajón en donde los jueces han recreado la más férrea defensa de los derechos de los ciudadanos, en Francia y con la implantación del absolutismo después de la Guerra de los Enriques, el poder judicial se ve cada vez más cooptado por la monarquía hasta perder su independencia. Esto produjo una creciente desconfianza en esta función al considerarse parte de los desmanes de los reyes absolutistas. Este concepto se ve reforzado en la Revolución Francesa, con el concepto de Estado de Leyes y no de Hombres, que entre otras cosas, desea sacar del marco decisional de los jueces la justicia para convertirlos en operarios del derecho.

las mismas manos que poseen todos los poderes de otro órgano, quedan subvertidos los principios fundamentales de una Constitución libre

Pero como centro de nuestro análisis haremos un especial énfasis a la idea del control del poder y es allí donde Filadelfia concentra una de sus ideas mejor concebidas como ingeniería constitucional: Check and Balance.

El punto de partida del análisis se encuentra en la preocupación que tienen los constituyentes sobre el poder legislativo especialmente¹⁵. Esto se hace patente en diferentes pasajes de El Federalista, ya que una mayoría podría de manera muy fácil considerar que en su calidad de tal y aunado su origen claramente democrático desee intervenir en esferas diferentes a las propias generando una peligrosa concentración del poder.

...El departamento legislativo tiene en nuestros gobiernos una superioridad que procede de otras circunstancias. Como sus poderes constitucionales son a la vez más extensos y menos susceptibles de limitarse con precisión, puede encubrir con tanta mayor facilidad, bajo medidas complicadas e indirectas, las usurpaciones que realiza a costa de los departamentos coordinados. A menudo es cuestión verdaderamente difícil en los cuerpos legislativos, el saber si los efectos de determinada medida se extenderán o no más allá de la esfera legislativa. (Hamilton, A y otros, 1994, p. 211)

Por ello no basta una separación de poderes sino en realidad de se requiere de la creación de mecanismos eficaces para realizar el control. La diferenciación funcional es apenas una parte del principio. Como el poder solo se controla con el poder, pues serán otras instancias del mismo Estado las lograrán el cometido de morigerar el peligroso poder del legislador.

De esta manera, se observa que en la configuración tripartita del poder de la constitución de Filadelfia cada uno de los poderes goza de una legitimidad democrática, ya sea directa como en el ejecutivo y legislativo, o indirecta como la de la Corte Suprema. Otro elemento clave para implementar el control es el referido a la temporalidad. Tanto Gobierno como Congreso tienen límites en el tiempo para su ejercicio. En el caso de la

Corte, sus magistrados son vitalicios, lo que comporta un carácter distintivo y alternante con los dos poderes. Pero quizás el elemento más claro para permitir el control se refiere al sistema de frenos y contrapesos propiamente dicho, es decir, que cada uno de los tres poderes, goza de intervención en el otro propiciando la creación de claros límites que al final son interpretados por la Constitución como un elemento articulador de todo el Estado. Las excepciones a la lista funcional de cada uno se convierten en la clave de la denominada ingeniería del poder, pues su correcto funcionamiento determina el futuro de la Constitución misma como garante de los derechos de los ciudadanos.

Aunque la Constitución no señala de manera abierta el principio¹⁶ en su Art.1, Sec 1 Dice: "todos los poderes legislativos aquí otorgados estarán investidos en un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes"; Art 2 Sec I "El poder ejecutivo estará investido en un Presidente de los Estados Unidos de América" y por último, Art. 3 Sec I "El poder judicial estará investido en una Corte Suprema y en tanto tribunales inferiores como el Congreso pueda, de tiempo en tiempo, ordenar y establecer". Hasta aquí se observa con claridad que aunque no se determinó de manera taxativa el principio este se hace realidad en las citas hechas. Pero este modelo sería incompleto si solo se tratase de la división funcional del poder, se requiere el ingrediente controlante entre ellos. Al respecto resume García Pelayo:

...el ejecutivo participa en el legislativo mediante el veto y el mensaje, y en el judicial mediante el derecho de gracia; por su parte, el derecho del ejecutivo al nombramiento de cargos y a la ratificación de tratados precisa el consentimiento del legislativo, el cual desempeña también funciones judiciales en los casos de juicio político, al tiempo que, dentro de los límites de la constitución, le corresponde la organización del poder judicial; finalmente, los tribunales tienen la facultad para establecer sus propias reglas de procedimiento, lo que, indudablemente, es una función legislativa (García Pelayo, 2000, pp. 350 y 351).

Pero la preocupación como se dijo no solo se refiere a la concentración del poder en un solo órgano, sino sobre todo el enorme riesgo que mine el centro de la legitimidad constitucional: los derechos. De esta forma, la Constitución de Filadelfia liga dos conceptos claros: el de la garantía de los derechos y el de la separación de poderes,

¹⁵ Esta desconfianza tiene seguramente sus orígenes en la compleja relación con el Parlamento y la forma como desde la Revolución Gloriosa se empezaron a acumular competencias que a los ojos de los colonos se convertían en límites a su participación. Esto es así especialmente por la aplicación del principio de soberanía nacional que negaba un verdadero espacio político en el parlamento.

¹⁶ Que si aparecerá establecida en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16.

tal como fuera redactada en la Declaración francesa de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“**Artículo 16.-** Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”

Pero la obra de los Padres Fundadores va más allá, pues aparece con claridad el concepto de democracia como vaso comunicante entre todos los poderes y una ideal social, el del hombre libre sujeto a la razón universal, el hombre Kantiano. Estas conexiones recogen de una manera clara la preocupación de Montesquieu por una versión constitucional menos prescriptiva y más descriptiva de la realidad política y social, si se quiere más orgánica y no solamente institucional. La diferencia palpable entre la sociedad americana y la europea será la homogeneidad con la que se construye la primera, en contraposición de la fuerza de los estamentos que aún subsisten en la Europa absolutista. No se trata de igualitarismo, sino de una conformación más uniforme de las capas sociales y del proyecto de vida social y político como queda recogido incluso en los *Covenant* de la época colonial y en las propuestas surgidas por los diferentes líderes durante la guerra de independencia. Al respecto señala Blanco:

...En efecto, como intentaremos demostrar seguidamente, la “ley” de la separación de poderes iba a construirse ahora, como antes por Montesquieu, en directa relación con la “naturaleza de las cosas.

Y Esa naturaleza no era otra que la que se derivaba de la innegable homogeneidad social de la Nación americana, homogeneidad que contrastaba con la pluralidad estamental de los viejos Estados de la Europa continental de finales del siglo XVIII (Blanco, 2006, p. 111).

Un elemento claramente significativo en la conceptualización de Filadelfia será la inclusión de la democracia como una poderosa herramienta para garantizar el éxito del principio de división de poderes. Señala Hamilton:

...Como el pueblo constituye la única fuente legítima del poder y de él procede la carta constitucional de que derivan las facultades de las distintas ramas del gobierno, parece estrictamente conforme a la teoría republicana volver a la misma autoridad originaria, no solo cuando sea necesario ampliar, disminuir o reformar los poderes del gobierno, sino también cada vez que cualquiera de los departamentos invada los derechos constitucionales de los otros. (Hamilton, A y otros, 1994, p. 142)

Esta legitimación democrática es particularmente importante en estas teorías sobre el control del poder, puesto que si bien en los autores citados, Locke y Montesquieu, el pueblo cumple un papel importante, la realidad es que no determina de forma explícita que dicha participación sea en realidad por medio de mecanismos de democracia representativa, pues en realidad los autores citados no señalan que el pueblo es quien detenta el poder.¹⁷

Conclusiones

Una vez realizada esta revisión de la literatura y los hechos que han dado origen a la comprensión del principio de división de poderes, se pueden exponer algunas ideas a modo de conclusión. La primera tiene que ver quizás con la perplejidad de construcción del principio y entenderlo tanto dentro de la construcción del Estado moderno como del mismo constitucionalismo ya que se puede considerar como un elemento que aparece en el origen de la fundamentación, en primer lugar política y luego jurídica. No es cierto, por tanto, que pueda interpretarse el alcance de la división de poderes como elaboración exclusiva del proceso revolucionario francés, ni siquiera como invención en la independencia norteamericana. Este dato nos conduce a un segundo elemento, que implica la comprensión del principio de división de poderes como eje articular del poder desde, al menos, desde el siglo XIV y se convierte en el centro de los más importantes debates de estructuración del régimen político liberal, al comprender este principio como la superación no solo de las formas medievales del estado y el gobierno, sino que expresa el ideal de la racionalización del poder político, y por esta vía la tecnificación del mismo. Así las cosas, se puede afirmar, como tercer elemento, que la interpretación contemporánea del principio de división del poder, no debe apelar solamente a una mirada acabada del modelo liberal, sino por el contrario, que su desarrollo se expresa desde una férrea lucha por el poder, en especial, el que encarna el Estado. Se marca desde esta perspectiva, una metodología de análisis que permite brindar un acercamiento más exacto de lo que acontece en el constitucionalismo contemporáneo, evolucionando desde la mirada orgánica del principio, pasando por la visión tripartida y abstracta, hasta el garantismo de hoy. De esta forma, es indispensable establecer cada paradigma constitucional, para desde allí comprender el alcance del principio de división de poderes.

¹⁷ Es más, como se vió atrás, Montesquieu defiende un Parlamento mixto, entre burguesía y nobleza y Locke se puede considerar en líneas similares.

Referencias

- Ackerman, B. (2007), *La Nueva División de Poderes*, México, Fondo de Cultura Económica
- Aristóteles, " *La Política*", Libro III [en línea], disponible en: http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Aristoteles_LaPolitica/Aristoteles_LaPolitica_003.htm#C9. Recuperado: 21 de mayo de 2012.
- Badie, B y Hermet, G. (1993) *Política comparada*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Black, A. (1970) *Monarchy and community: political ideas in the later conciliar controversy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Black, A. (1996) *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Cambridge, Cambridge University Press. (trad.) Chueca, F.
- Blanco, R. (2006) *El Valor de la Constitución*, Bogotá, Alianza
- Clavero, B. (2007) *El Orden de los Poderes*, Madrid, Trotta.
- Cueva Fernandez, R. (2011), *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia Constitucional*, Madrid, CEPC.
- Dino, M. (2010). *Las Ideas políticas: el Medioevo*, USA, Firma Press.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta.
- Fetscher, I. (2002), *La ilustración en Francia: La Enciclopedia, Montesquieu, Rousseau, en Historia de la Teoría Política*, Madrid, Editorial Alianza.
- García Pelayo, M. (2000), *Derecho Constitucional Comparado*, Bogotá, Alianza.
- Hamilton, A y otros, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, No. 48.
- Locke, J. (1994), *El segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona, Altaya.
- Loewestein, K. (1982), *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- Mateucci, Nicola. (2002), *Organización del Poder y Libertad*, Madrid, Trotta.
- Moore, B. (2002), *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia*, Barcelona, Ediciones Península.
- Ourliac, P y Gazzaniga, J. (1985), *Histoire du droit privé français : De l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel.
- Plucknett, T. T. (1926). *Bonham's Case And Judicial Review*. *Harvard Law Review*, 40(1), 30-70.
- Sabine, G. (1992), *Historia de la teoría política*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, B.
- Solozabal Echavarría, J (1981) *Sobre el principio de la separación de poderes*. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Núm. 24, Noviembre-Diciembre 1981
- Tawney, R, *The agrarian problem in the sixteenth century*, London 1912. Citado por Moore. (2002)
- Tilly, C. (1992) *Coerción, capital y los estados europeos, 990-1990*, Madrid, Alianza Editorial.
- Tocqueville, A. (1985), *La democracia en América*, Barcelona, Editorial Orbis S.A.
- Truyol y Serra, A. (1995), *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*. Tomo 2 Del Renacimiento a Kant, Madrid, Alianza Universidad Textos, Tercera edición.
- Thury Cornejo, A. (2002) *Juez y División de Poderes*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Varela Suanzes-Carpegna, J (1998). *La Soberanía en la Doctrina Británica (de Brancton a Dicey) en Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*. N° 1. España.