

**INGENIERÍA CONSTITUCIONAL
LA EVOLUCIÓN DEL CHECKS AND BALANCES
EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO***

**CONSTITUTIONAL ENGINEERING. THE
EVOLUTION OF CHECKS AND BALANCES IN
THE STATE BASED ON THE RULE OF LAW**

*Francisco José Chaux Donado***

Fecha de recepción: 18 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 3 de marzo de 2013

Para citar este artículo / To cite this article

Chaux Donado, Francisco José, Ingeniería Constitucional. La evolución del checks and balances en el Estado Social de Derecho, 126 Vniversitas, 89-121 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:126<89:ICLECB>2.0.TX;2-T

* El presente escrito hace parte de la investigación realizada por el autor durante su curso de posgrado. Estas páginas no existirían sin la colaboración de mi profesor, colega y amigo Dr. Álvaro Andrés Motta, y las observaciones de mi amigo y socio Juan Camilo Gracia, para ellos estas letras.

** Abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de Derecho Constitucional General en la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de posgrado en la Universidad Católica de Colombia, profesor auxiliar de la universidad Sergio Arboleda, asesor de la Superintendencia de Sociedades, litigante, Bogotá Colombia. Correo electrónico: fjchaux@hotmail.com

RESUMEN

La separación de poderes y el *checks and balances* son considerados como elementos esenciales del Estado de derecho moderno, presupuesto sin el cual no podemos siquiera considerar la existencia de una Constitución. Pero en la actualidad no solo le exigimos al Estado una abstención en su actuar, sino que con frecuencia resulta necesaria una realización positiva del establecimiento público, en virtud de la cual se dé la consecución efectiva de los derechos.

En el presente artículo se pretende buscar la armonía entre el Estado social de derecho y la figura de la separación de poderes y el *checks and balances*, procurando un entendimiento compatible entre la forma, razón y significado —en constante evolución—, que debe dársele a las figuras que limitan el poder; de tal manera que estos sean compatibles con la necesidad de un actuar positivo por parte del Estado.

Concluye este artículo con la idea de que el valor de la separación de poderes y del *checks and balances* es un *Deus ex machina*, ya que la importancia de la figura no surge de un diseño abstracto, sino de la estructuración funcional de los elementos que integran la organización estatal en virtud de la cual se construye una maquinaria constitucional efectiva, reflejándose en una organización eficiente para la realización del Estado social de derecho.

Palabras clave autor: Separación de poderes, *checks and balances*, Estado de derecho, Estado social de derecho, Constitución Política, efectividad de los derechos.

Palabras clave descriptores: Separación de poderes, estado de derecho, estado social de derecho, validez (derecho).

ABSTRACT

The separation of powers and checks and balances are considered essential elements of a State based on the rule of law, for without them the creation of a Constitution is not possible. Currently, nevertheless, we not only demand abstention from the State but frequently a positive realisation of the public establishment is necessary, in order to effectively achieve the pertinent rights. The present paper intends to find a balance between a State based on the rule of law and the separation of powers and checks and balances, procuring a compatible agreement between form, reason and meaning –in constant evolution–, which should be supplied to figures that limit power, so as to make them compatible with the need of positive action from the State. The paper concludes with the idea that the value of the separation of powers and of checks and balances is a Deus ex machine, because the importance of the figure does not come from an abstract design, but from the functional structuring of the elements integrating the state organisation in virtue of which an effective constitutional machinery is put together, reflected in an efficient organisation for the realisation of the State based on the rule of law.

Keywords author: *Separation of powers, checks and balances, State based on the rule of Law, political constitution, effectiveness in rights.*

Keywords plus: *Separation of powers, rule of Law, social state of Law, effectiveness and validity of Law..*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA ARQUITECTURA DEL PODER EN EL ESTADO DE DERECHO.- A. El origen y sustento de la autoridad pública.- B. La estructura del poder en el Estado de derecho.- II. EL ESTADO DE DERECHO Y LA SEPARACIÓN DE PODERES.- A. Elementos del Estado de derecho.- B. Elementos de la separación de poderes y el checks and balances.- III. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL MADISONIANO.- A. Madison y la Constitución de 1787.- B. Condiciones esenciales para el modelo madisoniano.- IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL CHECKS AND BALANCES COMO CONCEPTO EVOLUTIVO.- A. Concepto y realidad.- B. Del Estado de derecho al Estado social de derecho.- CONCLUSIONES: DEUS EX MACHINA.- A. De la arquitectura a la ingeniería constitucional.- B. La necesidad de la maquinaria constitucional.

INTRODUCCIÓN

Contar la historia tiene el gran problema —y la gran belleza, el consuelo — de que al hacerlo, querámoslo o no, la volvemos literatura. No importa cuán científicos amanezcamos o cuán rigurosos sean nuestros métodos: toda reconstrucción del pasado es un acto de fe; es decir, una novela¹.

El constitucionalismo puede ser considerado como una creación análoga a la historia de Ulises encadenado, quien para resistir el mortal llamado del canto de las sirenas se encadenó a sí mismo al mástil de su barco². Equivalente a las autoimpuestas cadenas que salvaron la vida de Ulises, la Constitución se convierte en una norma que sujeta al Estado para evitar que su actuar sea contrario a derecho, de tal manera que las disposiciones constitucionales se convierten en verdaderas normas jurídicas coercibles, capaces de someter a los agentes públicos a un actuar respetuoso de los mandatos superiores —inclusive obligándolos a la realización de los derechos de las personas— transformando la organización del Estado en una verdadera maquinaria, cuya ingeniería se deriva de la Constitución.

Una Constitución es el conjunto de normas básicas y fundamentales de la manera en que un pueblo establece y limita el poder que lo gobierna —de acuerdo con los fines y propósitos que definen su existencia como una comunidad política— tanto así, que en una Constitución identificamos los principios y fines últimos de la vida en sociedad, implicando preguntas de filosofía, derecho, economía, política y moral.

Considerada de la manera anterior, una Constitución es normativa, ya que intenta determinar qué deben hacer los individuos y las instituciones establecidas para el beneficio común, pero una Constitución también tiene un sentido práctico, una descripción de funciones, ya que indica o delimita la estructura institucional, las formas y procedimientos por los cuales el aparato público es organizado, y establece las normas de competencia que regulan la conducta del Estado. De esta manera, las tensiones entre estas dos

1 Juan Estaban Constain, *Las invasiones bárbaras*, El Tiempo, 27 de octubre del 2010.

2 John Elster, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, Cambridge, 89 (1984).

dimensiones de las Constituciones, esto es, entre lo dogmático y lo orgánico, son inevitables.

Corresponde a la parte orgánica de la Constitución establecer la estructura del Estado, organización que debe reflejar el principio de la separación de poderes, de tal forma que exista una división entre las diferentes funciones del poder público, evitando su concentración y la posibilidad del actuar tiránico o absolutista.

De la mano del principio de la separación de poderes, encontramos el *checks and balances*, según el cual la organización constitucional del Estado se da para evitar el desconocimiento o desborde de los límites fijados para las actividades de los órganos del poder público, mediante el establecimiento de controles y chequeos entre las mismas instituciones públicas, procurando encontrar un equilibrio para su funcionamiento.

Este matrimonio entre el principio de la separación de poderes y el *checks and balances*, algunas veces considerado indisoluble, tiene como una de sus finalidades —en la formulación del Estado de derecho— limitar la posibilidad de un actuar tiránico por parte de quienes detentan el poder, respondiendo así a la necesidad propia de este tipo de organización, donde lo principal resulta ser la no intervención estatal para garantizar los derechos de libertad de los asociados. En otras palabras, los derechos de libertad fundamentales para el Estado de derecho se garantizan por la simple abstención de intervención por parte del Estado.

Continuando con la analogía de Ulises y el constitucionalismo, puede concluirse que el principio de la separación de poderes y el *checks and balances* actúan como la cadena de sujeción de Ulises al mástil de su barco, ¿pero resulta suficiente para el Estado social de derecho que este únicamente se sujete a la norma de abstención? Sin lugar a dudas en la actualidad no solo le exigimos al Estado su sometimiento a la norma de restricción —a la cadena— sino que también es necesario que esta institución actúe para lograr el cumplimiento de los mandatos populares establecidos en la Constitución Política, los cuales no se satisfacen únicamente con la abstención del Estado.

Con el presente escrito se busca mostrar que la figura de la separación de poderes y el *checks and balances*, encuentran su lugar en la lógica propia del Estado social de derecho, debido a que los

controles se han transformado en verdaderas piezas del engranaje constitucional para el cumplimiento de la función primordial de este tipo de Estado, esto es, la necesidad de buscar la realización y efectividad de los diversos derechos fundamentales, dándose una evolución del concepto de estructura en favor de la limitación hacia una organización en favor de las personas que efectivamente actúa frente a las diversas necesidades sociales.

Para sustentar el anterior planteamiento, esté artículo comprenderá los siguientes capítulos: (I) La arquitectura del poder en el Estado de derecho, (II) El Estado de derecho y la separación de poderes, (III) El diseño constitucional madisoniano, (IV) La separación de poderes y el *checks and balances* como un concepto evolutivo, y (V) una conclusión denominada *Deus ex machina*, en la que se mostrará que la importancia de las figuras de sujeción del Estado es fruto de la funcionalidad del esquema constitucional, ya que estas son un conducto de la maquinaria estatal que se crea en la Constitución para la realización de ciertos derechos.

I. LA ARQUITECTURA DEL PODER EN EL ESTADO DE DERECHO

A. El origen y sustento de la autoridad pública

Una de las principales características del Estado de derecho —y que lo diferenciaría del Antiguo Régimen— consiste en que el origen y sustento de su autoridad proviene de una institución terrenal, eliminándose cualquier soporte en una entidad externa y ultraterrestre para la creación y mantenimiento del mismo. Así, antes de la aparición del constitucionalismo moderno, el sustento de la autoridad provenía de una entidad divina que se encontraba fuera de la capacidad humana, esto es un Dios todopoderoso, por quien y en favor de quien se instituía el Estado. Pero este lugar de jerarquía ocupado por Dios vendría a ser habitado en la Constitución Política del moderno Estado de derecho, por una entidad terrenal denominada soberanía popular³.

3 No resulta relevante para los efectos de esta investigación analizar las diferencias entre la soberanía popular y nacional.

Con el fin de permitir el establecimiento de un gobierno autónomo y propio, esto es, que respondiera a los anhelos del pueblo victorioso⁴, el constitucionalismo occidental entregó el poder soberano a las personas, de tal manera que las constituciones pos-independentistas o pos-revolucionarias, reflejaron un ideal propio de la modernidad, una fe en el pueblo como agente capaz de controlar los excesos en que pudiera incurrir el Estado. De esta manera, el poder popular se transformó en algo absoluto y sin límites, con la capacidad de absorber cualquier otra manifestación social⁵, erigiéndose así en una fuerza basta cuya institucionalización, regulación y administración se hacía necesaria.

De esta manera, el Estado creado constitucionalmente deriva su autoridad de una norma cuyo origen implica el ejercicio de un poder máximo residente en el pueblo, poder que tiene un carácter extraordinario⁶, por lo cual se expresa en una norma supra-legal, esto es, de mayor autoridad y jerarquía que cualquier otra norma, y que adicionalmente se ha creado con un procedimiento especial⁷.

Ese poder soberano, junto con todas sus prerrogativas, pasaría a ubicarse en un lugar terrenal y no en una divinidad; toda la autoridad pública se deriva directa o indirectamente de la decisión política del pueblo, estableciendo propósitos para el ejercicio de las competencias, es decir, un uso con propósitos definidos.

Por lo anterior, el Estado creado según la voluntad popular se convierte en una oficina pública la cual existe para servir a unos objetivos dados por el soberano, orientándose a satisfacer las necesidades de las personas y no de quienes gobiernan. De esta manera, el poder del Estado de derecho adquiere por el dominio de la Constitución la superioridad de la calidad *potestas* sobre la

4 Victorioso básicamente por tres fenómenos: la Independencia de Estados Unidos en 1776, la Revolución Francesa de 1789 y las independencias latinoamericanas de 1810.

5 Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 103 (2010).

6 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Marbury Vs. Madison*. Chief Justice John Marshall (1803): “El pueblo tiene un derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro, los principios que juzgue más adecuados para su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y dado que la autoridad desde la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes”.

7 Lo que también se denomina como supremacía material y formal de la Constitución.

calidad *potentia*⁸, lo cual se traduce en la superioridad de la norma jurídica sobre la fuerza.

B. La estructura del poder en el Estado de derecho

La creación del Estado de derecho se da para lograr los fines establecidos en la norma fundamental y para realizar esta tarea de manera adecuada; el poder público, siguiendo una formulación clásica, es dividido en tres funciones o ramas: ejecutiva, legislativa y judicial. El anterior proceso, referente a la estructuración de los órganos o funciones del Estado, es denominado por la doctrina como arquitectura constitucional⁹.

Ahora bien, la arquitectura constitucional destaca que la creación de la norma suprema debe responder a las directrices de los principios del derecho constitucional occidental, con el diseño de la organización y el tipo de relación que el poder público tendrá con los diversos elementos que integran al Estado, así como la preponderancia entre las ramas del poder público y la adopción de una determinada ideología política para el Estado, lo cual se ha denominado como la forma del Estado, el sistema de gobierno y el régimen político.

La sujeción del actuar estatal a los enunciados constitucionales parte de diferentes premisas, tanto orgánicas como dogmáticas, de las cuales vale pena mencionar dos características esenciales: (1) un diseño que parte del establecimiento de una organización pública tendiente a proteger y evitar la vulneración de las libertades y derechos de las personas, y (2) la consagración de derechos fundamentales de libertad.

Sobre las características de la norma fundamental, deben reconocerse tres aspectos trascendentales: (1) la Constitución es un medio a través del cual todos los poderes del Estado son ejercidos, esto es, el principio de la Constitución como norma fundamental, (2) las normas constitucionales son normas de normas, esto es, que

8 Benedict de Spinoza, estableció que el poder estatal tiene dos calidades: *potestas* y *potentia*. Así, el elemento *potestas* hace referencia al reconocimiento jurídico de la capacidad de una oficina o funcionario del Estado para actuar en un determinado asunto, mientras que el elemento *potentia* se refiere a la capacidad física, la fuerza con que se puede llevar a la realidad la decisión (voluntad) del gobernante.

9 Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 103 (2010).

son normas superiores, erigiendo a la Constitución como norma suprema y (3) la aplicación de la Constitución como norma jurídica coercible, calidad que puede ser reclamada incluso ante los jueces¹⁰.

El reconocimiento de las tres características anteriores, junto con la consagración de derechos fundamentales, la estructuración de un esquema de separación de poderes y *checks and balances*, el respeto por los derechos adquiridos y el debido proceso, permite la realización del denominado Estado de derecho o *Rule of Law*¹¹, lo cual no es otra cosa que el tránsito de un gobierno de hombres a un gobierno de normas¹².

Como consecuencia de lo anterior, la Constitución se convierte en una norma bilateral, generadora de obligaciones y deberes para el Estado y los ciudadanos, permitiendo a los individuos una libertad para perseguir por sus propios medios sus fines, siendo obligados únicamente a cumplir con normas universales de comportamiento adecuado —jurídicamente permitido— las cuales son igualmente vinculantes para todas las personas.¹³

II. EL ESTADO DE DERECHO Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

A. Elementos del Estado de derecho

El Estado de derecho tuvo sus orígenes en el constitucionalismo consuetudinario inglés, consolidándose progresivamente en Europa continental con la Revolución Francesa de 1789 y en América desde la independencia de los Estados Unidos. La antítesis natural del Estado de derecho es el Estado absolutista, por lo cual en el Estado de derecho se presenta la limitación del poder estatal y la consagración de un sistema de garantías para el ciudadano¹⁴.

10 *Ibid.*, 312.

11 Esto partiendo de los elementos esenciales para la existencia del Estado de derecho.

12 No se debe olvidar que las leyes que gobiernan a los hombres son producto de la voluntad del pueblo, por lo tanto, el objetivo del Estado de derecho es superar el gobierno donde la voluntad sin reglas de una o algunas personas gobierna a las personas sin restricción alguna.

13 Martin Loughlin, *op. cit.*, 106.

14 Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Unam, 216 (2001). Asimismo se puede consultar Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Vladimiro Naranjo, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Andrew McLaughlin, *Constitutional History of the United States*, entre muchos otros.

El Estado de derecho se convertiría en el desarrollo máximo del movimiento constitucionalista liberal, rompiendo cualquier vínculo con el Antiguo Régimen, implicando la siguiente elección ideológica:

El principio de igual política se planteaba como reacción a las posiciones de privilegio hereditario de la nobleza monárquica; el principio de libertad tendía a garantizar al ciudadano frente a las injerencia y abusos del poder político (libertad de pensamiento, de expresión, de arrestos inmotivados, de domicilio, de circulación, etcétera: las llamadas libertades civiles), como también procuraba garantizarles la participación en la vida pública (libertad de asociación, de expresión, de reunión, etcétera: las llamadas libertades políticas).

Los derechos de libertad y de igualdad asumían, sobre todo carácter jurídico: el objeto de tales pretensiones consistía en una expectativa legalmente disciplinada que eliminase los obstáculos jurídicos para su utilización. (...) Además la característica de los derechos en mención es que éstos comportan una prohibición para el poder político de intervenir en la esfera privada. La aspiración era que el Estado adoptase una posición pasiva respecto a la libertad de acción de los titulares. Las libertades económicas eran concebidas del mismo modo: plena autonomía de los titulares de los derechos y ausencia de intervenciones públicas para regular la economía. La propiedad privada de los medios de producción y de consumo fue declarada "sagrada e inviolable" (...) El régimen de las libertades hallaba una perfecta integración con una concepción de las estructuras basada en el perfil garantista de la separación de poderes¹⁵.

Uno de los elementos esenciales del Estado de derecho es la estructuración de una forma de separación o división del poder público, la cual en su esencia presenta la distinción del poder en tres categorías: un órgano es el encargado de crear las leyes, otro las ejecuta y otro es el encargado de impartir justicia o resolver los conflictos por la aplicación del ordenamiento jurídico, de tal forma que la protección de los derechos fundamentales está por lo menos formalmente garantizada¹⁶.

En el Estado de derecho es necesaria la existencia de unas normas generales, de tal manera que la protección del individuo inicia en que su relación con el Estado se encuentra regulada por leyes de contenido general y abstracto, vinculantes tanto para los

15 Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Unam, 219-220 (2001).

16 Entendiendo únicamente por derechos fundamentales las denominadas libertades civiles y libertades políticas.

gobernantes como para los gobernados. Estas normas generales — que ordinariamente deben ser promulgadas por el legislativo— en ningún caso pueden ser contrarias a la Constitución Política, ya que esta es la regla superior del ordenamiento jurídico y la primera regulación del individuo frente al Estado.

Otro elemento necesario del Estado de derecho frente a la separación de poderes consiste en la necesidad de un poder judicial autónomo e independiente que asegure la aplicación igual y adecuada de las normas, planteándose inclusive que la correcta interpretación de las normas por parte de los jueces es una garantía fundamental para las personas¹⁷.

Adicionalmente, sobre la igualdad ante la ley, la perspectiva del constitucionalismo liberal implanta un principio propio del *Common Law*, esto es, ante hechos y normas iguales, el juez debe dar la misma solución o *Equal Justice Under Law*¹⁸. Otro punto de relación entre el esquema de separación de poderes y el Estado de derecho, consiste en la necesidad de un juez o tribunal con la capacidad de invalidar tanto los actos del legislativo como los del ejecutivo, bien por considerarlos inconstitucionales, bien por considerarlos ilegales.

Puede ocurrir que en el Estado de derecho —incluso en el Estado social de derecho— algún poder asuma una función de la cual no es originariamente receptor, lo cual en principio sería contrario a la doctrina de la separación de poderes, pero esta contrariedad se soluciona con el establecimiento de procedimientos claros para el actuar extraordinario y con la creación de un proceso de revisión y control jurisdiccional para el acto.

Debe reconocerse que el establecimiento de un gobierno limitado para evitar el actuar tiránico, distinguiendo y controlando el poder de tal manera que el poder detenga al poder, implica el debilitamiento de la capacidad del Estado para actuar, debido a la creación de una multiplicidad de agentes y de procedimientos concurrentes.

No obstante lo anterior, es necesario anotar que si bien el Estado de derecho y la separación de poderes son conceptos indudablemente importantes, estos son garantías meramente formales para las personas —según un entendimiento clásico— y la efectividad de todos los derechos no se da por la simple abstención del Estado.

17 Trevor R. S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford University Press, 31 (2001).

18 *Ibíd.*

Se trata de conceptos estructurados para minimizar el posible ejercicio de un poder arbitrario o despótico, es decir, un esquema que se satisface no con hacer el bien, sino con la no ocurrencia del mal.

En el constitucionalismo del siglo XXI, la igualdad formal debe dar paso a la igualdad material, lo formal a lo sustancial, esto significa un cambio en la concepción del ordenamiento jurídico, pues el derecho adecuado no es aquel que únicamente limita al funcionario, sino aquel que le ordena y le permite actuar a favor del ciudadano, claro está, en un esquema de debido proceso y de control judicial.

B. Elementos de la separación de poderes y el *checks and balances*

Las figuras de la separación de poderes y del *checks and balances* han sido una creación paulatina del constitucionalismo occidental. Si bien sus orígenes se dan en Inglaterra, su desarrollo ha sido diverso y de la mano de diferentes teóricos, de tal manera que un recorrido intelectual extensivo sobre la historia de la separación de poderes y el *checks and balances* escapa a la órbita de este artículo. Lo que sí resulta necesario mostrar es que, inclusive desde los teóricos clásicos, no ha existido uniformidad sobre la formulación adecuada que debe dársele al principio, de tal manera que una única ecuación para determinar la división correcta del poder estatal resulta inexistente¹⁹.

Pero la anterior indeterminación no excluye la posibilidad que configuraciones emblemáticas se asocien con la separación de poderes. John Locke, en 1690, fue uno de los primeros autores modernos en tratar el tema de la separación del poder, diferenciando la facultad de estatuir leyes frente a las atribuciones del poder ejecutivo; ya que según él, no es bueno que quien promulga las leyes sea el mismo que las aplique²⁰, favoreciendo así la creación de un gobierno de poder limitado, un gobierno donde como consecuencia de sus límites fuera menos posible la vulneración de los derechos de los individuos²¹.

19 John F. Manning, *Separation of Power: As Ordinary Interpreter*, 124 *Harvard Law Review*, At. 1941 (ene., 2011).

20 John Locke, *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*, Ed. Mark Goldie, 88-90 (1690).

21 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, 245-246 (1982). En el mismo sentido se puede consultar a Roberto Blanco Valdez, *El Valor de la Constitución*.

Las consideraciones del filósofo de Wrington adolecen de un vacío, obvio para nuestro tiempo pero intrascendente para su época, esto es, la inexistencia de un poder judicial autónomo e independiente, ya que para Locke el Estado se configura desde tres grandes poderes, a saber: (1) un poder *federativo*, (2) un poder *ejecutivo* y (3) un poder *legislativo*²².

La teoría de Locke vendría a ser complementada —o mejor aún, democratizada— por Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu, quien en su libro *El Espíritu de las Leyes*, justifica la separación del poder judicial del legislativo, afirmando que: “*los parlamentos judiciales deben ser despojados de toda capacidad para crear leyes, y este poder debe ser entregado a un órgano electo democráticamente y responsable por sus actos, denominado legislatura*”²³.

Continuaría Montesquieu señalando la necesidad de separar las funciones del Estado en tres grandes poderes, de tal manera que: “*por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previenen las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre los particulares. Llamaremos a este poder judicial y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado*”²⁴.

Si bien Locke no estableció la necesidad de un poder judicial autónomo e independiente, y esta diferenciación vendría a ser realizada por Montesquieu, la distinción del Señor de la Brède configuró a la función judicial como una actividad que debía ser realizada en los regímenes republicanos por jueces ad hoc²⁵, y sería Blackstone quien proclamara la necesidad de un poder judicial independiente y autónomo, ejercido por jueces profesionales²⁶.

22 John Locke, *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*, Ed. Mark Goldie, 88-90 (1690). Vale decir que por el poder federativo se hace referencia a la capacidad del gobernante de conducir autónomamente las relaciones internacionales.

23 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Myers Vs. United States*, Chief Justice William Howard Taft (1926).

24 Charles Luis de Secondat, *El Espíritu de las leyes*, Libro XI, Cap. VI, 151-152 (1748).

25 John F Manning. *Separation of Power: As Ordinary Interpreter*, 124 *Harvard Law Review*, At. 1941 (ene., 2011).

26 William Blackstone, *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*, Vol. 1, Cap. 10, Documento 6 (1769). Disponible en: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s6.html>

Ya para finales del siglo XVIII existía una compleja tradición sobre el contenido de la separación de poderes y del *checks and balances*, la cual abarcaba más de ciento cincuenta años e incluía trabajos de autores como Harrington, Nedham, Locke, Bolingbroke, Montesquieu, Blackstone, Rousseau, Sieyès, Adams, Jefferson y Madison, dando como resultado una diversidad de opiniones y posturas con diferentes entendimientos y creando una variedad de perspectivas políticas que conducirían a una gran cantidad de formulaciones constitucionales, cada una con sus propios elementos y definiciones, pero también con diversos problemas, tanto teóricos como prácticos, en la organización del Estado²⁷.

Pero si se ha de entender la división del poder como una separación tripartita, el foco de atención de la misma se centra en los escritos de Montesquieu, a quien James Madison describió como “*el oráculo, al cual siempre hay que consultar en la materia (...) [y que] aunque él no sea el autor de este invaluable precepto de la ciencia política, él tiene el mérito de desplegarla y recomendarla de la manera más efectiva para la atención de la humanidad*”²⁸.

En la concepción norteamericana de la división del poder y del *checks and balances*, ninguna rama puede asumir el poder de otra, lo que genera un esquema en el cual cualquier acto de alguna función necesita por lo menos la aprobación de otra, e incluso cualquier acción del ejecutivo tendiente a limitar los derechos constitucionales de las personas debe ser aceptada por las otras dos²⁹; sobre este punto la jurisprudencia norteamericana ha dicho:

La doctrina de la separación de poderes fue adoptada en 1787, no para promover la eficiencia, sino para precluir el ejercicio arbitrario del poder. Su propósito no era evitar la fricción, sino, que por medio de la inevitable fricción inherente a la distribución de los poderes del Estado entre tres departamentos, salvar a las personas de la autocracia³⁰.

27 John F Manning. *Separation of Power: As Ordinary Interpreter*, op. cit.

28 Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist*, No. 47, Ed. The Belknap Press of Harvard University, 316 (2009).

29 Thomas Lundmark, *Power & Rights in Us Constitutional Law*, Ed. Oxford University Press, 9 (2008).

30 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Myers Vs. United States*. Chief Justice William Howard Taft (1926).

En un sentido similar, el constitucionalismo europeo entendería que la separación de poderes y el *checks and balances* deben realizar la estructuración del Estado desde dos puntos de vista: “*el primero la introducción de una separación de las autoridades superiores del Estado y de su competencia; después, el establecimiento de una vinculación de influjo y contrapeso recíprocos de las facultades de estos poderes diferenciados*”, esquema según el cual “*cierta separación es necesaria y con ella se hace posible una diferenciación, [pero] no cabe practicar un pleno y absoluto aislamiento*”³¹.

Ahora, el principio de la separación de poderes no hace referencia a una división absoluta del poder —ni mucho menos a un aislamiento del poder entre sí—; recordemos que si el poder debe controlar al poder, relaciones de codependencia y contrapeso que procuren un balance en el funcionamiento del Estado son indispensables. Si la práctica constitucional y administrativa nos ha demostrado algo, es que los órganos del Estado interactúan constantemente entre sí, necesitando de una colaboración institucional para poder cumplir su función; sin lugar a dudas, las relaciones y la necesidad de interacción son inherentes al *checks and balances*, si se busca que la organización del Estado sea funcional y práctica.

En conclusión, los conceptos de separación de poderes y *checks and balances* no consagran un sistema métrico para la estructuración del Estado, de tal manera que previamente se consideren ciertos controles como adecuados o un determinado balance como el correcto; cada Constitución que aspire a la creación de un Estado de derecho o de un Estado social de derecho, debe apropiarse de dichos conceptos y estructurarlos de acuerdo a las necesidades de su pueblo, recordemos que las “*Constituciones se hacen, no se encuentran. Estas no caen milagrosamente de los cielos o crecen naturalmente en los árboles, se trata de creaciones humanas producto de la convención, elección, la historia del pueblo en particular y (casi siempre) de la lucha política donde algunos ganan y otros pierden*”³².

31 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, 249 (1982).

32 Hannah Fenichel Pitkin, *The idea of Constitution*. Citado en: *The Endurance of National Constitution*.

III. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL MADISONIANO

A. Madison y la Constitución de 1787

Tal vez uno de los constitucionalistas más influyentes en el diseño de la arquitectura constitucional estadounidense sea James Madison Jr., nativo de Virginia, *funding father* y coautor de los ensayos de *The Federalist*, considerado por muchos teóricos como el genio creador de la Constitución de 1787.

Siendo Madison nativo de un Estado mayoritario dentro de la unión norteamericana, reconoció que el reto central del diseño de la Constitución de Filadelfia consistía en convertir las denominadas *barreras de pergamino*³³, en verdaderas normas vinculantes y coercibles, de tal manera que lo escrito en la Carta sujetara el actuar de todos los actores políticos —principalmente del Estado— permitiendo que ante el desborde inconstitucional se solicitara ante los jueces la corrección de dicho actuar.

La premisa de la teoría constitucional madisoniana consiste en que las constituciones pueden servir como un marco estable para la administración del Estado, solo si las normas y la estructura de la Constitución pudiesen hacerse consistentes con el interés e incentivo político de poderosos actores sociales³⁴. Así, este imperativo para la realización de las normas de la Constitución, traza un límite sobre lo que es posible diseñar y articular en la norma suprema³⁵.

Liderados por Madison, los redactores de la Constitución de Filadelfia se preocuparon por dos asuntos en el diseño constitucional: primero, por el denominado problema de la agencia en los representantes del Estado, esto es, cómo prevenir que funcionarios estatales corruptos tiranicen y abusen de su poder sobre las personas que deberían servir, mientras que el segundo problema consistía en la captura de los puestos de elección popular por parte de facciones extremas, quienes ejercerían el poder depositado en los cargos públicos únicamente para satisfacer sus intereses (incluso como

33 El término original fue utilizado en *El Federalista*, No. 48, como *parchment barriers*.

34 Esta conclusión puede ser equiparable a la determinación de Ferdinand Lasalle sobre lo que es una verdadera Constitución.

35 Jack N. Rakove, *James Madison and the Creation of the American Republic*, Ed. Oscar Handlin, 55 (2002).

interés de una facción encontramos la opresión de minorías)³⁶. Este temor lo expresa Madison en *The Federalist*:

Entre las numerosas ventajas que ofrece una Unión bien construida, ninguna merece ser desarrollada con más precisión que su tendencia a romper y controlar la violencia de una facción. Los amigos de los gobiernos populares nunca se encontrarán tan alarmados acerca de su carácter y su destino, que al observar su propensión a este peligroso vicio (...) La inestabilidad, la injusticia y la confusión introducidas en las asambleas públicas, han sido realmente las enfermedades mortales que han hecho perecer a los gobiernos populares en todas partes (...) Estos efectos se deben absolutamente o en su mayoría, por la inconstancia y la injusticia con que el espíritu de una facción ha manchado nuestra administración pública. Por una facción, entiendo cierto número de ciudadanos, bien que pertenezcan a la mayoría o a una minoría, que se han unido y actúan por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes y agregados de la comunidad³⁷.

En consecuencia de lo anterior, en el diseño constitucional madisoniano la norma fundamental no solo debe garantizar que la sociedad no será oprimida por sus gobernantes, sino que la Constitución también debe proteger a segmentos o partes de dicha sociedad, de tal forma que no sean tiranizados por otros³⁸. Este problema cobra una trascendental importancia al considerar que el poder soberano reside en el pueblo, el cual se expresa de manera mayoritaria³⁹.

Es por esta situación —por demás paradójica de la democracia— que Madison duda de la efectividad de las Cartas de derechos, ya que este tipo de garantías bien poco podrían hacer para sujetar a las mayorías políticas de realizar su voluntad, ya que los derechos únicamente protegerían a los segmentos de la sociedad con la suficiente mayoría política para asegurar su protección, careciendo las minorías de un respaldo popular amplio y suficiente, con lo que

36 Daryl J. Levinson. *Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment*, 124 *Harvard Law Review*, At. 657 (ene., 2011).

37 Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist*, No. 10, Ed. The Belknap Press of Harvard University, 52-53 (2009).

38 Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist*, No. 51, Ed. The Belknap Press of Harvard University, 342-343 (2009).

39 Carta de James Madison a Thomas Jefferson. Disponible en: http://constitution.org/jm/17881017_bor.htm

podrían ser desconocidos o cambiados sus derechos⁴⁰. El propio Madison argumentó que: “*La experiencia ha demostrado la ineficacia de una carta de derechos en aquellas ocasiones cuando su control más se ha necesitado. Repetidas violaciones de estas barreras de pergamino han sido cometidas por abrumadoras mayorías en cada Estado*”⁴¹.

Lo cierto es que para Madison los listados de derechos en un *Bill of Rights* servirían para resolver el problema de la agencia, ya que estos serían usados como un estándar para analizar la validez de los actos de los funcionarios públicos⁴². Así, frente a un actuar constante de vulneración de derechos por parte de algún funcionario o institución del Estado, el pueblo, como titular de la soberanía, recibiría una alerta sobre dicho devenir y a su turno, en ejercicio de ese poder absoluto, podría remover a dichos funcionarios por haber ignorado las auto-impuestas barreras en el actuar público⁴³.

En la lógica madisoniana los derechos enumerados en las Constituciones se presentan como un mecanismo de refuerzo para el gobierno de las mayorías; estos listados limitan el actuar del Estado mediante la creación de un campo de aislamiento para los ciudadanos —un espacio donde el Estado no puede intervenir⁴⁴— pero que adicionalmente sirven como un estándar de validez para juzgar la legalidad del actuar oficial⁴⁵.

La solución dada por Madison al problema de las facciones nos muestra el genio de este padre fundador: en vez de establecer una barrera directa frente al actuar antijurídico, como es la enumeración de derechos en un *Bill of Rights*, Madison ideó un sistema de protección indirecto a través de la creación de una organización para el Estado que sujetara y canalizara la fuerza política popular en múltiples instituciones y segmentos, eliminando así la posibilidad de acaparamiento del aparato público por parte de una única facción⁴⁶.

40 Daryl J. Levinson, *Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment*, 124 *Harvard Law Review*, At. 657 (ene., 2011).

41 Carta de James Madison a Thomas Jefferson. Disponible en: http://constitution.org/jm/17881017_bor.htm

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 Claramente, en la lógica madisoniana, se hace referencia a los derechos de libertad.

45 Daryl J. Levinson, *Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment*, op. cit.

46 *Ibid.*

Como consecuencia de lo anterior, en la estructura constitucional planteada por Madison se encuentra la necesidad de transferir el poder a un ente central —federal—, con un gran poder de mando sobre los gobiernos locales, de tal manera que la implantación de ese gobierno nacional tomara o afectara el mayor número de intereses posibles, dando como resultado una importante cantidad de partidos o de sectores sociales en pugna por alcanzar el poder y, como consecuencia de ello, entre más partidos u organizaciones haya en competencia, menos posibilidades hay para que una facción se apropie del poder y tiranice a las minorías.

De esta forma, la seguridad para los derechos civiles y las libertades públicas sería algo similar a la seguridad para los derechos religiosos; en un caso la multiplicidad de intereses y en el otro la multiplicidad de sectas⁴⁷.

Pero adicional a esta atomización, el diseño madisoniano se vale también de diferentes formas de elegir a los servidores públicos en orden de evitar la concentración del poder, tal es caso de la elección indirecta del presidente, un número igual de senadores por cada Estado de la Federación o la designación vitalicia de los jueces.

Separados estos servidores de la presión política directa de una mayoría popular, Madison esperaba que la estructura se protegiera a sí misma de una posible tiranía, haciendo que la misma organización permitiera tanto la elección del pueblo para los dignatarios del Estado, como la protección de los derechos ganados después de la independencia. Por consiguiente, los derechos consagrados en la Constitución no se protegen exclusivamente por la consagración expresa, esto es directamente, sino también indirectamente mediante la creación de una entrelazada y compleja estructura para el Estado: “*La única salvaguarda efectiva para los derechos de la minoría, deben ser dadas por las bases y la estructura misma del gobierno*”⁴⁸.

Otro mecanismo para el control del poder estatal en el diseño madisoniano consiste en los controles o *checks*, que los propios órganos del Estado realizan sobre sus pares, de tal manera que ante el crecimiento exagerado de alguna institución estatal, las demás

47 Ibid.

48 James Madison Speech to the Virginia Constitutional Convention. Citado en Daryl J. Levinson. *Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment*, op. cit.

instituciones tratarán de imitarla y presentar un contrapeso para este crecimiento. Así, quienes administren una institución estatal buscarán la manera de conservar y expandir el poder e influencia de su institución, que a su turno resulte en un aumento de su poder personal, de modo que la “*ambición contrarrestara a la ambición*”⁴⁹.

Al mismo tiempo, esta ambición en los funcionarios públicos de figurar y destacarse ante el pueblo ayudaría a evitar el estancamiento y la burocratización en el actuar del Estado, dándole operatividad a la separación de poderes y al esquema de controles, ya que a todos los involucrados en el actuar público (por lo menos a los funcionarios de elección popular) les interesa conseguir resultados para destacarse ante el electorado.

B. Condiciones esenciales para el modelo madisoniano

En resumen, el diseño constitucional madisoniano consiste en la creación de una serie de instituciones y estructuras estatales que selectivamente empoderarán a aquellos actores políticos cuyos intereses e incentivos se encuentren alineados con la Constitución, necesitando de dos condiciones para su éxito. La primera hace referencia a que los actores políticos relevantes en la sociedad deben tener los intereses e incentivos adecuados, esto es, comportarse de acuerdo a las normas dadas en la Constitución, esta condición es denominada por el profesor Daryl J. Levinson como *incentive compatibility* o incentivo de compatibilidad⁵⁰.

La segunda condición para el éxito del modelo consiste en que las normas que otorgan competencia a las instituciones del Estado —esto es, la capacidad para decidir asuntos— deben ser estables, ya que si dichas competencias institucionales pueden ser cambiadas fácilmente por la oposición política, reorganizando las funciones públicas, concentrando el poder para su beneficio o simplemente ignorando las facultades atribuidas a un órgano del Estado, la nor-

49 Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *The Federalist*, No. 51, op. cit.

50 Daryl J. Levinson, *Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment*, op. cit.

ma constitucional se convierte en una simple barrera de pergamino sin poder coercitivo alguno⁵¹.

La anterior necesidad de estabilidad en las reglas que atribuyen competencia es denominada como *institutional stability* o estabilidad institucional⁵². Por consiguiente, esta estabilidad institucional crea una situación donde todos los actores del poder público se han sujetado a las mismas reglas —a las mismas cadenas y al mismo mástil, siguiendo con Ulises— de tal forma que toda actuación que pueda ser desplegada por las instituciones del Estado es previamente conocida por los demás órganos y por la oposición política, dando como resultado que cualquier acción sin respaldo en una disposición normativa deviene en inconstitucional o ilegal.

En conclusión, vemos que la idea central en el diseño constitucional madisoniano consiste en la creación de instituciones estatales vivas, las cuales frente a las cambiantes circunstancias sociales conservaran la capacidad de realizar efectivamente sus funciones, convirtiendo en verdaderas reglas operativas las normas demarcadas en la Constitución y creando un aparato estatal funcional en virtud de la norma fundamental.

IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL CHECKS AND BALANCES COMO CONCEPTO EVOLUTIVO

A. Concepto y realidad

Uno de los más grandes sabios de la literatura nacional tal vez sea don Nicolás Gómez Dávila, quien acuñó una frase maravillosa y que cobra particular importancia en la determinación y entendimiento de las instituciones constitucionales: “*el paisaje determina los conceptos*”, y cómo es de cierta esta frase cuando se aplica al concepto de Constitución o al *checks and balances*; no hace falta sino mirar la historia constitucional de algún país de occidente para llegar a esta conclusión.

Aristóteles, en *La Política*, nos enseña que la inestabilidad en las leyes, bien en su contenido o vigencia, puede llegar a debilitar su

51 *Ibíd.*

52 Se sigue la denominación del profesor Levinson.

obligatoriedad⁵³. ¿Pero es esta estabilidad lo más adecuado para el concepto de la separación de poderes y de *checks and balances*? Tres puntos se exponen a continuación para determinar la respuesta:

Un primer punto de partida para responder la pregunta anterior se encuentra en que la formulación clásica de la separación de poderes y del *checks and balances*, la cual se basa en asumir al Estado como un ente limitado y constreñido, considera este apocamiento como un presupuesto necesario para la libertad.

Lo anterior se da por las circunstancias de los siglos XVIII y XIX, no de los hechos políticos y necesidades actuales, es decir, la fórmula clásica de la separación de poderes y del *checks and balances* fue un producto de su tiempo, del constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX⁵⁴, pero no del ahora; una concepción de antepasados y, como lo diría Thomas Jefferson:

Estoy cada vez más persuadido a considerar que la tierra pertenece exclusivamente a los vivos y una generación no tiene más derecho a obligar a otras a sus normas y juicios, tal y como una nación independiente no tiene derecho a comandar a otra (...) adscribiendo a los hombres de eras pasadas una sabiduría más que humana⁵⁵.

En el mismo sentido James Madison postuló:

¿No constituye acaso la gloria del pueblo americano el que, a pesar de su respeto hacia el modo de pensar de otras épocas y de otras naciones, no ha consentido que la ciega devoción por la antigüedad, la costumbre o los nombres, haya superado las iniciativas de su buen sentido, el conocimiento de su situación y las lecciones de su propia experiencia?⁵⁶

En segundo lugar, el rol del Estado, particularmente del ejecutivo, es cada día más importante y necesario para la vida moderna; actividades tan diversas como la educación, la defensa, el mercado financiero y la salud, entre muchas otras, necesitan del actuar constante y permanente de esta rama del poder público. Sin duda

53 Aristóteles. *La Política*, Ed. Panamericana, 69-70 (1997).

54 No pretendo desconocer que se trata de un periodo en la historia de esperanza, cambio e innovación, pero lo cierto es que la figura fue creada por los constitucionalistas de esa época para responder a las necesidades de su tiempo.

55 Cass R Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, 82 (2009).

56 Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist*, No. 14, The Belkan Press of Harvard University, 82-83 (2009).

los individuos deben recibir un trato de igualdad formal ante la ley, pero la consagración clásica no garantiza la creación material de la igualdad, de tal manera que si “*las personas son marcadas naturalmente por inequidades, algún tipo de marco institucional es necesario, antes que las relaciones de igualdad puedan ser forjadas*”⁵⁷ y dicho marco institucional no debe quedarse en letra muerta sino que debe producir efectos en la realidad, procurando las oportunidades para el desarrollo adecuado de las personas y permitiendo así verdaderas relaciones entre sujetos de derechos.

Finalmente, y en tercer lugar, la redacción general de las constituciones, así como el acontecer de nuevas materias que necesitan de la presencia estatal, ha permitido la extensión del ejecutivo a diversos asuntos no atribuidos a otras instituciones, fenómeno denominado por la doctrina como la gubernamentalización de la Constitución⁵⁸. Este cambio surge a raíz de las guerras mundiales⁵⁹, en especial a partir de la segunda postguerra, donde la idea consistió en articular al sistema estatal para el beneficio del individuo y no del Estado⁶⁰.

En el siglo XXI la actividad fundamental de las instituciones públicas es la realización de los derechos de las personas, sin importar su generación; la verdadera dignidad humana no se consigue con la simple enunciación de derechos y en la sujeción del poder al poder, sino que se alcanza con la implementación de acciones estatales que verdaderamente construyan las oportunidades reales para el desarrollo de la vida en la sociedad actual.

La formulación clásica del *checks and balances* se crea según una lógica estática o newtoniana del derecho, y establece una serie de mecanismos para evitar que el Estado actúe de forma arbitraria o tiránica, pero esta lógica de un universo jurídico estático que responda en su devenir a leyes absolutas e inamovibles —algo así como una fuerza de gravedad jurídica— comprende al derecho como un sistema de normas que se presumen válidas y en estado perpetuo de equilibrio⁶¹.

57 Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Ed. Oxford University Press, 106 (2010).

58 *Ibid.*, 391.

59 El preámbulo de la constitución de Weimar de 1919, establece: “*El pueblo alemán, unido en sus tribus e inspirado con la voluntad de renovar y fortalecer su Reich en la libertad y la justicia, servir a la paz interior y exterior y para promover el progreso social, ha adaptado esta constitución*”.

60 Martin Loughlin, *op. cit.*, 392.

61 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, 83 (2009).

Así las cosas, los conceptos constitucionales se adaptan con el paso del tiempo, respondiendo a los cambios de la realidad, de tal manera que una Constitución no es un sistema en perfecto orden, sino una estructura que se encuentra en constante evolución y necesidad de mejora. En efecto, el *Chief Justice* John Marshall articuló las bases de la teoría del constitucionalismo vivo, cuando planteó que “no debemos olvidar que es una constitución lo que estamos interpretando (...) si el fin es legítimo y dentro del marco de la Constitución, y un medio que no ha sido prohibido, sino consistente con la letra y espíritu de la constitución, esta acción será constitucional”⁶².

Con lo anterior se muestra que la lógica desde la cual debe abordarse el concepto de la separación de poderes y el *checks and balances*, no es desde una perspectiva estática sino una perspectiva de derecho viviente, en la cual a los conceptos constitucionales —al igual que a los seres vivos— les sea permitido evolucionar.

B. Del Estado de derecho al Estado social de derecho

La formulación central del constitucionalismo liberal burgués, el Estado de derecho, presentó frente a la realidades sociales de mediados y finales del siglo XX serias deficiencias; sus principios imprescindibles de igualdad formal, enunciación de derechos de libertad, respeto a los derechos adquiridos y sujeción del Estado a una división tripartita del poder, necesitaron de un cambio, de una transformación que permitiera el verdadero ejercicio de los derechos a las personas —derechos que muchas veces no se satisfacen con la simple abstención del Estado— sino que requieren de un actuar positivo del aparato institucional.

Esta necesidad de un cambio en la relación Estado–ciudadano, del Estado abstencionista gendarme, por un Estado intervencionista y asistencial que permitiera conseguir el Estado social de derecho, la explica Giuseppe de Vergottini de la siguiente manera:

La transformación en estado de bienestar o Welfare State, abordó en particular dos aspectos; la ampliación de la base social del Estado y su repercusión sobre

62 Corte Suprema de los Estados Unidos. *McCulloch vs. Maryland*. Chief Justice John Marshall (1819).

la representación política y sobre el funcionamiento de las institución al vértice del Estado; y la concepción del papel del Estado que paso del Abstencionismo al intervencionismo (...) El otro aspecto nuevo que caracteriza la transformación es el paso del abstencionismo dieciochesco, aun intervencionismo progresivo. (...) la presencia del proletariado anteriormente subalterno exige al Estado intervenciones en el campo cultural, social y económico para resolver los problemas que no eran advertidos por la burguesía (...). Por lo tanto, al lado de las tradiciones liberales negativas, encaminadas a impedir las injerencias del Estado en las autonomías del individuo, emergen los llamados derechos sociales, que suponen el papel activo del Estado en satisfacer la exigencia de pleno desarrollo de la persona y la participación efectiva de los individuos y de los grupos en formación de las decisiones políticas. Las mismas libertades negativas asumen una nueva configuración en cuanto no se conocen tan solo como puras y simples garantías de un derecho atribuido al individuo (así la propiedad y la iniciativa económica continúan siendo derechos individuales característicos pero son encuadrados en una finalidad social más amplia)⁶³.

Este cambio propio de las necesidades de la sociedad industrial y pos-industrializada desvirtúa la afirmación del Conde de Lampedusa: “*que todo cambie para que todo siga igual*”, la verdad es que el día a día del siglo XXI es muy diferente al vivir de 1800, de tal manera que una alteración en la concepción del Estado y de las funciones que este debe desempeñar no debe parecernos extraña.

El significado dado en los Estados liberales a los conceptos constitucionales resulta insuficiente para la realidad del siglo XXI; el entendimiento en los términos clásicos tiene origen desde las independencias y revoluciones atlánticas, por lo cual nuevas condiciones requieren nuevas lecturas e interpretaciones, pero no solo de los derechos, sino también de la estructura y organización del Estado, la cual necesita reconocer nuevas responsabilidades. La simple abstención no es suficiente para promover el bienestar general, las necesidades sociales requieren de acciones positivas por parte del aparato público; solamente así puede darse verdaderamente la igualdad material y la inclusión de los menos favorecidos en la sociedad.

El sistema estructurado a partir de una concepción tradicional de la separación de poderes no es una organización completa y terminada, se trata de una obra en proceso, de un sistema creado

63 Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Unam, 221 (2011).

a partir de un concepto elástico y adaptable⁶⁴. Debe recordarse que los conceptos del constitucionalismo no solo cambian por las modificaciones formales del texto constitucional, una Constitución como norma suprema y fuente fundamental del ordenamiento jurídico se adapta a las diferentes realidades sociales, buscando coincidir con los factores reales de poder, y debe institucionalizarlos, regularlos y administrarlos, de tal manera que no se convierta en una hoja de papel⁶⁵.

Desde la perspectiva evolutiva todos los seres vivos son producto del ambiente en el cual se desarrollan, así cada uno de estos procura adaptarse de la mejor manera posible a su realidad, buscando conseguir el mayor éxito en su desarrollo a través de un proceso denominado como selección natural, por lo cual los seres vivos son un producto de su ambiente. Pero la adaptabilidad de los seres vivos no resulta contraria a la creación de características comunes a ellos, las similitudes repetidas en los organismos son denominadas por los biólogos como convergencia, de tal manera que una forma estructurada de una manera adecuada —que funcione bien— se repite una y otras vez. Esto ocurrió con el Estado de derecho en occidente.

La organización constitucional dada al Estado responde a las necesidades de quienes redactaron la Constitución. La estructura estatal tripartita se produjo como resultado de las necesidades de las constituciones liberales y no como una respuesta a los problemas del siglo XXI; el Estado debe ser reconocido como un instrumento mediante el cual no solo se implementan los valores y principios liberales, sino como un facilitador a través del cual se garantiza el desarrollo pleno de las personas.

En la actualidad, la enumeración de tres ramas por parte del poder público resulta corta y no alcanza a describir todas las actividades del Estado, ya que hoy en día podemos mencionar funciones como: (1) constituyente, (2) legislativa, (3) ejecutiva, (4) judicial, (5) planeación, (6) fiscalizadora y de control, (7) defensa y seguridad, (8) electoral, (9) de telecomunicaciones y (10) de banca central.

64 Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Ed. Harvard University Press, 2011 (2011). También puede verse Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, op. cit., 395.

65 Se trata de la famosa expresión de Ferdinand Lasalle, planteada en su libro *¿Qué es una constitución?*

Esta cualidad evolutiva del concepto constitucional de separación de poderes y del *checks and balances*, necesita de una técnica constitucional adecuada al momento de su consagración. Recordemos que el lenguaje en que una Constitución es redactada es diferente al de la ley ordinaria, pues debe responder a la concepción propia para la consagración de un principio constitucional, el cual no contiene precepto ni sanción, por lo cual la Constitución debe escribirse de manera general, de tal forma que se permita a cada generación encontrar su significado, articular la Constitución haciendo suya la Carta Fundamental⁶⁶.

No se pretende desconocer con lo anterior la necesidad de que en una Constitución se consagren reglas específicas, dado que esto es tan importante como el establecimiento de principios y valores; lo que se quiere resaltar es que, a diferencia de la redacción general de los principios y valores, con lo cual se permite la articulación constitucional, las reglas con su especificidad corren el riesgo de ser demasiado puntuales, estando en peligro de caer en desuso o discordancia con la realidad, obligando para su modificación la reforma formal de la Constitución⁶⁷.

Regresando al concepto evolutivo de la separación de poderes y del *checks and balances*, el cambio del Estado de derecho al Estado social de derecho implica un replanteamiento de la institución estatal, no basta con la simple consagración de la división del poder, donde el poder controle al poder. Se trata de superar: “*la reducción positivista que limita el campo visual del jurista a la literalidad del texto legal (...) las normas constitucionales, (...) no pueden ser valoradas o interpretadas desde sí mismas. La interpretación constitucional no puede prescindir de los datos de la realidad constitucional*”⁶⁸. La adopción de una aproximación evolutiva a la teoría de la separación de poderes y del *checks and balances*, plantea la flexibilidad y adaptabilidad del concepto frente a las nuevas realidades sociales.

Lo anterior no tiene la intención de transformar estos conceptos en una fórmula Tû-Tû, que según lo planteado por Alf Ross sería

66 Ibid.

67 Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, *The Endurance of National Constitution*, Ed. Cambridge University Press (2009).

68 Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff & Karl Doehrong, *El Estado Social de Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 72 (1986).

una estructura mágica y fantástica, cuyo contenido únicamente entienden los miembros de una tribu⁶⁹.

A manera de conclusión para este capítulo, puede decirse que a lo largo de la historia del constitucionalismo occidental se han intentado diversas formas de llevar a la práctica el principio de la separación de poderes y el *checks and balances*, muchas de las cuales han fallado, pero como diría Jack Hirshleifer, “*las personas muchas veces cometen errores en su matemática, pero esto no significa que debemos abandonar la aritmética*”⁷⁰, las Constituciones muchas veces han fallado en la estructuración de un sistema adecuado para su realidad, pero por esa equivocación no vamos a renunciar al constitucionalismo.

69 Alf Ross, *Tû-Tû*, *Harvard Law Review*, versión traducida por Genaro R. Carrío, 1-4 (1951).

70 Herbert Gintis, *The bounds of Reason*, Ed. Princeton University Press, 1 (2009).

CONCLUSIONES: *DEUS EX MACHINA*

A. De la arquitectura a la ingeniería constitucional

Las constituciones liberales se difundieron en Occidente como el fuego en la pradera, cada Estado que aspirara a ser considerado como miembro de la tradición jurídica occidental, y por ende civilizado, debía estar dotado de una Constitución de corte liberal que respondiera a los principios de la república liberal burguesa. En tal orden de ideas, *“el constitucionalismo liberal se difundió por todas partes, siguiendo el proceso de industrialización y la expansión de las clases medias comerciales, profesionales y burocráticas”*⁷¹

Esta pretensión de universalidad se encuentra plasmada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se lee que: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*.

Por lo anterior, no es extraño encontrar en todas las Constituciones occidentales algún tipo de organización que responda al principio de la separación de poderes y de *checks and balances*. Sin duda, el matrimonio entre estas dos figuras fue la unión por excelencia dentro del Estado de derecho para evitar la extralimitación del poder estatal, la cadena que evitó sucumbir ante el llamado de las sirenas —regresando a la analogía de Ulises—.

Sin duda, el llamado de las sirenas a Ulises —entendido como la invitación para romper las cadenas que sujetan al Estado— es un peligro claro y presente, más aun en los gobiernos democráticamente electos y con amplia mayoría popular, donde la sujeción a la norma puede ser presentada por el líder como un obstáculo en la consecución de la voluntad soberana; recordemos que *“si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, ningún control interno o externo sería necesario”*⁷².

Pero la verdad es que los Estados son gobernados por hombres de carne y hueso que, como cualquier otro mortal, tienen pasiones y emociones. Si la historia nos ha demostrado algo es que el poder

71 Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit. (2001).

72 Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist*, No. 51, op. cit., 339.

corrompe, haciéndose necesaria la creación de mecanismos que regulen el ejercicio del poder y controlen su aplicación, incluso como en el caso de Ulises, de restricciones autoimpuestas.

Por consiguiente, la separación de poderes y el *checks and balances* no responden a una estructura rígida, sino que la estructuración del principio posee la flexibilidad propia de una elección política que busca la permanencia en el tiempo, de tal manera que su instrumentalización en diversos órganos es solo uno de los componentes de una Constitución adecuada —tanto ideológica como prácticamente— para responder a su realidad.

No resulta suficiente que en la Constitución moderna se determinen los elementos definitorios de la arquitectura constitucional; es necesario que la estructuración de dichos elementos responda a un criterio funcional, basado en la efectividad de los derechos en beneficio de los individuos, esto es, un cambio de la arquitectura constitucional a la ingeniería constitucional⁷³.

B. La necesidad de la maquinaria constitucional

La creación de una estructura constitucional basada en el principio de la separación de poderes y el *checks and balances* propende por crear una organización funcional, de tal manera que el poder constituyente no puede conformarse con incluir los elementos de la democracia liberal burguesa propios de la arquitectura constitucional clásica; este debe crear un sistema realizable, en permanente funcionamiento y evolución —una máquina— cuyo fin es mover los engranajes del aparato público por medios de los cuales se realizan los derechos de las personas. De esta manera la Constitución deja de ser una roca sagrada, aceptando que se trata de una *nota promisoria*⁷⁴ que debe conseguirse en la realidad.

Desde un punto de vista filosófico, la entelexia es el movimiento que habita dentro de las cosas dirigido a un determinado fin⁷⁵. Existe así una entelexia dentro del principio de la separación de poderes y del *checks and balances*, la cual se encuentra encaminada

73 En este sentido se puede consultar a Giovanni Sartori, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica (1994).

74 Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption*, Ed. Belknap Harvard, 123 (2011).

75 Hans Kelsen, *Teoría General de las Normas*, Ed. Trillas, 78 (2007).

a la satisfacción de diversos fines, entre ellos a la limitación del poder; se trata de un movimiento que empieza su existencia desde la maquinaria constitucional, un Dios creado a partir de la máquina, un *Deus ex machina*.

Se propone con el *Deus ex machina* que el sistema de separación de poderes y el *checks and balances*, deben ser entendidos como el principio rector para una organización estatal que permita conseguir las necesidades básicas, que ayude a establecer al alcance de los menos favorecidos las mismas oportunidades que están disponibles para otros —una participación con sentido en la vida de la comunidad— lo cual no debe confundirse con caridad; el Estado no es una organización caritativa, pero tampoco es una sociedad de capitales, la asistencia pública es un medio para asegurar el bienestar general y los derechos básicos para esta generación y las generaciones futuras⁷⁶.

Lo anterior no quiere significar que se descarte la importancia de la estructuración positivista del principio, sin lugar a dudas la concepción funcional —*Deus ex machina*— necesita de una base normativa positivizada para existir; después de todo, con la estructuración de los principios constitucionales no se trata de “*esconder un elefante en una ratonera*”⁷⁷.

Se ha tratado de mostrar a lo largo de este artículo que la importancia de la fórmula de separación de poderes y del *checks and balances* reside, en la actualidad, en la funcionalidad de la figura, que consiste tanto en permitir la realización de los derechos, como en evitar el ejercicio tiránico del poder. En otras palabras, las cadenas autoimpuestas al Estado no solo deben salvarlo de la tiranía, sino que existen para canalizar la fuerza de dicha institución hacia el logro de los derechos del individuo, pues del buen funcionamiento del Estado social de derecho se deriva la trascendencia de la separación de poderes y del *checks and balances*.

76 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Goldberg vs. Kelly Justice Brennan U.S.*, 254 (1970).

77 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Whitman vs. American Trucking Ass'ns. Justice Escalia U.S.* 457 (2001): “*hide elephants in mouseholes*”.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist*, Ed. The Belknap Press of Harvard University (2009).
- Aristóteles, *La Política*, Panamericana, Bogotá (1997).
- Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Barcelona (1982).
- Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press (2009).
- Charles Luis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, Cap. VI (1748)
- Giovanni Sartori, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. (1994).
- Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Unam, México D.F. (2001).
- Hans Kelsen, *Teoría General de las Normas*, Ed. Trillas (2009).
- , *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa (2009).
- Herbert Gintis, *The bounds of Reason*, Princeton University Press (2009).
- Jack M. Balkin & Reba Siegel, *Constitution in 2020*, Oxford University Press (2010).
- Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption*, Ed. Belknap Press of Harvard University (2011).
- Jack M. Balkin, *Living Originalism*, Ed. Belknap Press of Harvard University (2011).
- Jack N. Rakove, *James Madison and the Creation of the American Republic*, Ed. Oscar Handlin (2002).
- John Locke, *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*, Ed. Mark Goldie (1690).
- Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press (2010).
- Thomas Lundmark, *Power & Rights in US Constitutional Law*, Oxford University Press (2008).
- Trevor R. S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford University Press (2001).
- Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoef & Karl Doehring, *El Estado Social de Derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales (1986).
- Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitution*, Ed. Cambridge University Press (2009).

Revistas

- Daryl J. Levinson. *Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment*, 124 *Harvard Law Review* (ene., 2011).
- John F Manning, *Separation of Power: As Ordinary Interpreter*, 124 *Harvard Law Review* (ene., 2011).

Jurisprudencia

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Goldberg Vs. Kelly*. Justice Brennan U.S 254. (1970).

Documentos en Internet

Carta de James Madison a Thomas Jefferson. Disponible en: http://constitution.org/jm/17881017_bor.htm

William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*. Disponible en: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s6.html>

Jurisprudencia

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *Myers Vs. United States* (1926).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *Baker Vs Carr* (1961).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *In re Duncan*, 139 U.S. 449 (1891).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *Marbury Vs. Madison* (1803).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *McCulloch Vs. Maryland* (1819).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *Goldberg Vs. Kelly*. U.S 254 (1970).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia: *Whitman Vs. American Trucking Ass'ns*. U.S 457 (2001).