Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

SEPARATION OF POWERS, CHECKS AND BALANCES AND THE NEW FORMS OF SEPARATION OF POWERS IN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW

***Javier Tapia Gutiérrez*[1]**

Presentado el 23 de agosto de 2022
Aceptado el 26 de octubre de 2022

Resumen

En este ensayo se repasa una historia de la teoría de la separación de poderes, desde sus antecedentes en la antigüedad griega y romana, su formulación en la modernidad jurídica que acompañó el nacimiento de los estados y de las constituciones escritas, hasta los cambios registrados con el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Actualmente esta teoría se concentra en diferenciar entre los órganos de gobierno, que incluyen al ejecutivo y al legislativo y los órganos jurisdiccionales y de control de constitucionalidad, es decir los que incluyen al órgano judicial y al tribunal constitucional.

Palabras clave: Separación y división de poderes - checks and balances - Estado Constitucional y Democrático de Derecho - derechos fundamentales.

Abstract

This essay reviews a history of the theory of the separation of powers, from its antecedents in Greek and Roman antiquity, its formulation in legal modernity that accompanied the birth of states and the written constitutions, to the changes registered with the new paradigm of the Constitutional State of Law. Currently, this theory focuses on differentiating between the government bodies, which include the executive and the legislative, and the jurisdictional and constitutional control bodies, that is, those that include the judicial body and the constitutional court.

Keywords: Separation and division of powers - checks and balances - Constitutional and Democratic rule of Law - fundamental rights.

1 Abogado, candidato a M.Sc. en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (UMSA). Profesor titular de Derecho Administrativo. Actualmente es Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UMSA. Correo electrónico: javiertapia2002@yahoo.com.mx

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

1. Introducción y reflexiones metodológicas

La teoría clásica de Montesquieu ha elaborado una *tríada o trinidad* de poderes: *ejecutivo, legislativo y judicial*, y ha incluido en esa tríada a todos los órganos y todas las funciones del poder.

El origen de esta triada debe rastrearse fuera de la tradición del Derecho, pues el discurso jurídico está permanentemente influenciado por otras disciplinas, y el caso del lenguaje constitucional es un claro ejemplo de ello.

El presente ensayo se desarrolla bajo una estrategia metodológica exploratoria, e interdisciplinaria, en tanto la reflexión de la teoría de la división y separación de poderes es jurídica, sin embargo, lo es también eminentemente política, pues tiene que ver con las formas de gobierno.

Se trata de un ensayo descriptivo en el que se revisan los principales orígenes de la llamada teoría de la división de poderes y su proyección en la actualidad. El estudio abordado es dogmático, en la medida en la que se han revisado distintos autores, que van de los clásicos y los enciclopédicos, hasta las expresiones más actuales de una teoría de la división y separación de poderes en los márgenes del neo-positivismo contemporáneo, en particular desde la teoría garantista de Luigi Ferrajoli (2021).

2. Hacia una genealogía de la separación de poderes

El poder público debe ser organizado y estructurado, esa es la naturaleza de una Constitución, que se expresa en la doctrina de la separación de poderes entendida como límites al poder del Estado y de los gobernantes. Estos límites son el contenido de la legitimidad del poder, y lo que nos permite hablar de un poder público. Y es que el mismo poder es público porque no está dispuesto para el ejercicio de un particular, o de un grupo de ellos, sino para el ejercicio del poder del pueblo, para el pueblo y sobre el pueblo, en los márgenes de un Estado Constitucional de Derecho.

Como señala Clavero, “un principio de separación con jerarquía entre poderes parecía servir y hasta bastar para definir el constitucionalismo” (Clavero, 2007: 13). Es decir, la naturaleza misma de la Constitución es la separación de poderes, en busca de evitar de que el mismo pueda ser ejercido de manera despótica por un mismo sujeto, o por un mismo grupo de sujetos.

La doctrina constitucional instituida, y la historia de las constituciones considera que existen en un mismo Estado distintos poderes, generalmente conocidos como Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Si bien esta delimitación ha variado temporalmente, la idea de que el poder no se concentre en pocas manos ha sido una constante en el pensamiento político moderno. Asimismo, la idea de poderes ha sido modificado a la idea de órganos de poder, en particular con la influencia del llamado Estado Constitucional de Derecho.

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

Como señala Corvalán:

> *El principio de división de poderes asume, en esencia, dos significados distintos. Uno, en el sentido de "división entre poderes" y el restante relativo a la "división del poder".*
>
> *En ambos significados, los términos "división" y "poder" son utilizados de modo diverso.*
>
> *La "división entre poderes" se refiere a la "división" como "separación", y el término "poderes" se vincula con las funciones distintas atribuidas a órganos distintos.*
>
> *La "división del poder" utiliza la locución "división" como "distribución" y la palabra "poder" alude a la asignación de una determinada función a un órgano. En este supuesto el poder se ·distribuye" entre órganos a partir de funciones esenciales de un Estado constitucional. Funciones legislativa, administrativa, jurisdiccional y de contralor.*
>
> (Corvalán, 2016:161-162)

Para comprender con determinada profundidad los múltiples orígenes de la separación y división de poderes llevamos a cabo una breve lectura histórica de estos orígenes.

2.1. El comienzo en los griegos y los romanos

Si buscamos un comienzo, podemos partir con los llamados gobiernos *polibianos*, o también conocidos como gobiernos mixtos. Una exposición de los mismos lo encontramos en las lecciones de la *Teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, curso de 1975-1976 del profesor Norberto Bobbio en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Turín. Siguiendo la exposición de Bobbio:

> *La tesis principal de la teoría polibiana de las constituciones es por mucho la referente al gobierno mixto; Polibio ha pasado a la historia del pensamiento político como el teórico por excelencia del gobierno mixto (Bobbio, 2001:49).*

Para el historiador romano Polibio (200-118 a.C.) las mejores formas de gobierno que nos han legado los griegos han sido la monarquía, la aristocracia y la democracia. Sin embargo, también los griegos nos advirtieron acerca de su posible corrupción, es decir que la monarquía degenere en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en oclocracia o gobierno de la multitud. Para el historiador romano, una forma de equilibrar estas formas de gobierno y, de esta manera, evitar su degeneración podría ser la combinación de las tres formas de gobierno en lo que denominó un gobierno mixto.

Continuando con la exposición de Bobbio, respecto a Polibio, podemos referir la siguiente cita:

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

> *La tesis de Polibio considera que todas las constituciones simples, por el hecho de serlo, son malas (incluso las rectas). ¿Cuál es el remedio?; el gobierno mixto, es decir, una constitución que sea producto de un arreglo entre las tres formas clásicas (Bobbio, 2001:50).*
>
> *El arreglo de las tres formas de gobierno consiste en que el rey es frenado por el pueblo que tiene una adecuada participación en el gobierno, y el pueblo a su vez lo es por el senado. Al representar el rey el principio monárquico, el pueblo al democrático y el senado el aristocrático, resulta una nueva forma de gobierno (Bobbio, 2001:51).*

Entonces, las tres formas clásicas de gobierno no son otras que la democracia, la aristocracia y la monarquía, en terminología del pensamiento político griego antiguo, el gobierno de muchos o democracia, el gobierno de pocos o aristocracia y el gobierno de uno o monarquía. Si prestamos atención, lo que se encuentra en juego en esta caracterización de las formas de gobierno clásicas de la Grecia antigua, es una primitiva división y separación de poderes, que podría extrapolarse a considerar la democracia como el legislativo, la aristocracia como el judicial y la monarquía como el ejecutivo. Lo curioso de esta primera división y separación de poderes se encuentra en la idea misma de equilibrio, de orden equilibrado.

Cerca a cien años después de que Polibio plantee los gobiernos mixtos, Cicerón en su elocuente texto titulado *La República* dará la razón a Polibio pero enfatizará en la "estabilidad" que genera, para un buen gobierno el equilibrio de poderes. Cicerón escribe:

> *A mi parecer de las tres formas es preferible la monarquía, pero es superior a ella la compuesta equilibradamente [aequatun et temperatum] por las tres formas mejores de constitución (...) En primer lugar tal constitución presenta una cierta igualdad, de la que difícilmente pueden prescindir por largo tiempo los ciudadanos libres, en segundo lugar, tiene estabilidad [firmitedum] (Cicerón citado por Bobbio, 2001:55).*

La estabilidad a la que se refiere Cicerón proviene de la composición equilibrada, que posee una clara influencia de la tesis del justo medio o del equilibrio, sostenida por Aristóteles en su exposición sobre las virtudes, tanto en la Ética *Eudemia* como en la Ética *Nicomaquea*.

La tesis del justo medio para Aristóteles se expresa claramente en sus estudios sobre la ética y la virtud, veamos algunos ejemplos antes de volver al tema del equilibrio en los gobiernos mixtos.

En la llamada Ética Eudemia, escribe:

> *Que hay términos medios en las virtudes y que éstas están vinculadas a la elección, y que sus opuestos son vicios y cuáles son estos, se ha dicho de forma general (Aristóteles,2017:115).*

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

La expresión "término medio" ha sido una marca del pensamiento aristótelico. Del mismo modo, que el punto medio aritmético venía determinado por dos puntos de referencia, también aritméticos, el término medio moral requiere de igual manera unos valores contextuales. Por ejemplo, una virtud como la valentía no tiene solamente un opuesto, sino que tiene dos: uno por exceso (la temeridad) y otro por defecto (la cobardía). La valentía, entonces, sería el punto medio, contextual, entre la cobardía (ausencia de valentía) y la temeridad (degeneración de la valentía en la acción insensata).

En la exposición, más cercana a las preocupaciones jurídicas que llevamos a cabo, Aristóteles señala, en la Ética a Nicómaco, lo siguiente:

> *Acerca de la justicia y de la injusticia cabe examinar, ante todo, lo relativo a su práctica y, luego, sobre cómo se alcanza el término medio, así como entre qué extremos está esa medida de lo justo (Aristóteles, 2018:177)*

Si juntamos la reflexión Aristotélica, de conocimiento de Polibio y de Cicerón[2], los gobiernos mixtos serían una especie de punto medio, o equilibrio entre las mejores formas de gobierno y los riesgos de su degeneración. Por ello, es tan importante la idea de equilibrio, la misma que aparecerá, muchos siglos después de la Grecia y la Roma Antigua, cuando los autores clásicos y modernos vuelvan, una vez más problematizar, respuestas a las preguntas ¿cuál es la mejor forma de gobierno y cómo se expresa?

Si bien en la antigüedad, tanto romana como griega, no es posible encontrar una idea de Estado, como hoy, contemporáneamente, existe, si se problematizó la mejor forma de gobierno para las *polis* o ciudades estado griegas, y para las ciudades o *civitas* romanas, reflexión que llegó a la misma conclusión sobre la experiencia imperial de la Roma antigua, cuando la tensión entre el llamado "emperador" y el senado, devino en el asesinato de Julio César en el Senado.

Unas palabras antes de abandonar el pensamiento antiguo. El Estado contemporáneo puede rastrearse en las distintas formas de gobierno, sin embargo su acta de nacimiento es la llamada "Paz de Westafalia" (1648) que se refiere a una serie de tratados multilaterales firmados entre enero y octubre de 1648 que pusieron fin a las guerras de religión y que fundaron un nuevo orden internacional en el que la figura (o sujeto) predominante era el naciente estado.

En consecuencia, por lo señalado, la división y separación de poderes puede encontrar múltiples orígenes en el pensamiento griego y romano antiguo, pero no es sino, hasta la aparición del Estado moderno, que se empezará a hablar de separación y división de poderes, en términos cercanos a los que utilizamos en el presente.

2 Cabe destacar que según Carlos Megino Rodríguez, un estudioso de la obra ética de Aristóteles y traductor de la Ética *Eudemia*, la fama de Aristóteles se extendió en Roma por obra de Tiranión y de Andrónico de Rodas. "En el catálogo de Andrónico, cuyo trabajo significó un hito crucial para la conservación y ordenación de las obras de Aristóteles, pues su edición sirvió como referente esencial y punto de partida de los estudios aristotélicos desde entonces, aparece la Ética Eudemia que conservamos el título definitivo por el que la conocemos" (Megino Rodríguez en Aristóteles, 2017: 21).

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

2.2. La separación y división de poderes en los pensadores modernos

Antes de la aparición de las primeras reflexiones sobre la mejor forma de gobierno, la humanidad occidental, en particular europea, transitó la llamada Edad Media, en la que se justificaba la legitimidad del gobierno en la creencia, popular y extendida de que todo poder viene de *Dios*, y que el fundamento de las nacientes monarquías en la Europa occidental, se encontraba en los lazos divinos del Rey para con la Iglesia, y esta última, la Iglesia, como una especie de interlocutor del hombre con la expresión de la divinidad.

La preocupación de la teoría política medieval se encontraba en lograr que la soberanía sea una cuestión resuelta en la figura del rey, siendo la expresión más acabada al respecto la tesis de Jean Bodin (1530-1596) quien en su libro *De la República* expresa los atributos de la soberanía (lo perpetuo y lo absoluto) en la figura del Rey. Para Jean Bodin, quien es soberano no puede estar sujeto al mandato de otros, en consecuencia, el soberano, en la expresión jurídica es quien es capaz de dar leyes a los súbditos y que la vez no está sometido a esas leyes.

Esta misma intuición la podemos encontrar casi cien años más tarde en la exposición de Thomas Hobbes (1588-1679) quien en su obra "*Leviatán*" expresa que el soberano que encarna al *Leviatan*[3], no es responsable de sus actos, es decir no es sujeto de las leyes que establece.

Sin embargo, tanto en la exposición de Bodin como en la de Hobbes encontramos ya un intento de justificar el poder del Rey. Una justificación que lentamente se desplaza de la figura divina del Rey a la explicación de la necesidad de un soberano o de un rey que provenga de la necesidad social e incluso, en el caso de Hobbes, de un contrato social guiado por esta necesidad.

Podemos decir, entonces, que paulatinamente se empieza a racionalizar la justificación del buen gobierno. Los críticos de Thomas Hobbes, me refiero a John Locke y Montesquieu, serán los primeros en plantear una división y separación de los poderes para el buen gobierno.

Entonces, podemos decir que con Hobbes se justifica el monopolio del poder en la figura del rey que encarna al Leviatán. Este monopolio supondrá también el monopolio en la producción del derecho, es decir, en el nacimiento del principio de legalidad y el principio autoritativo del derecho.

Como nos lo recuerda Ferrajoli (2021) el principio que guía el monopolio de la producción del derecho es el adagio latino: *auctoritas non veritas facit legem.*

3 El nombre de "leviatán" elegido por Hobbes hace referencia a un monstruo marino del que se dice que es el más poderoso. En consecuencia, Hobbes refiere a la organización política a la cabeza del rey como la encarnación del leviatán, del mayor poder en la tierra. La sinonimia entre Estado y leviatán será casi inmediata, en tanto el soberano encarnará al Estado. Véase la Segunda Parte del Leviatán de Hobbes ([1651] 2007).

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

> *El estado de derecho moderno nace, en la forma del estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia se cumple históricamente con la afirmación del principio de legalidad como fuente exclusiva del derecho válido y, más aún, del derecho existente. Gracias a este principio y a las codificaciones en que se materializa, todas las normas jurídicas existen y, a la vez, son válidas en tanto hayan sido "puestas" por autoridades dotadas de competencia normativa. (Ferrajoli, 2021:23).*

Sin embargo, Hobbes ya no es suficiente para dar cuenta del desarrollo liberal del Estado, es decir, con Hobbes asistimos a la justificación de la necesidad del soberano, de la necesidad del Estado, pero no trata el tema del por qué es necesario el estado para los individuos y sus derechos. Este tema será tratado por otros autores, en particular los llamados pensadores liberales, partiendo por John Locke que es uno de los primeros en plantear la necesidad de una separación de poderes en razón de los derechos de los individuos, y será luego argumentado por Montesquieu como parte de su mirada liberal.

a) John Locke

John Locke, en su obra llamada *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, presenta una de las primeras divisiones y separaciones de los órganos de poder. Para Locke estos poderes son el legislativo, el ejecutivo y el federativo.

Veamos la exposición de Locke respecto al llamado poder legislativo que, en la comprensión de éste, se trata del poder más importante, y al que le dedica un tratamiento especial y específico en su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil:*

> *El poder legislativo es aquel que tiene el derecho de determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad y a los miembros de ésta. Pero como esas leyes (que han de ejecutarse constantemente y han de estar siempre en vigor) pueden ser hechas en muy poco tiempo, no es necesario que la legislatura haya de estar permanentemente en activo, ni que tenga siempre algo que hacer (Locke, 2008:151).*

Vemos como para Locke el poder legislativo no debe estar en funcionamiento constante, en tanto puede tener la tentación no sólo de hacer las leyes sino de ejecutarlas, para ello Locke propone un otro poder denominado ejecutivo.

> Pero como esas leyes que son hechas de una vez y en poco tiempo tienen, sin embargo, constante y duradera vigencia y necesitan ser ejecutadas y respetadas sin interrupción, es necesario que haya un poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas. De ahí que los poderes legislativo y ejecutivo suelan estar separados (Locke, 2008: 152).

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

Esta es la primera referencia en Locke a la necesidad de complementariedad entre uno y otro poder, complementariedad que se genera bajo la condición de que los mismos estén separados. Sin embargo, además de los poderes legislativo y ejecutivo, Locke propone un otro poder, relacionado con los conflictos entre pueblos, entre Estados diríamos hoy, a este poder lo denomina federativo.

> *Esto conlleva, por tanto, un poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y de realizar tratos con todas las personas y comunidades fuera del Estado. A este poder podríamos llamarlo 'federativo', si tal apelativo resulta aceptable. Con tal que se entienda la sustancia de lo que digo, me resulta indiferente el nombre que queramos darle (Locke, 2008: 152).*

La separación de poderes en el caso de Locke es funcional y se debe en el fondo a que su preocupación es la garantía de existencia del Estado, que él denominaba *Commonwealth*[4] que generalmente se lo ha traducido como Estado, por ello los poderes deben estar subordinados en si al Estado y su función es la prórroga y mantenimiento del Estado.

> *Allí donde el poder legislativo y el ejecutivo residen en manos distintas –como ocurre en las monarquías moderadas y en los gobiernos bien estructurados– el bien de la sociedad requiere que varios sean los asuntos que se dejen a la discreción de quienes ostenten el poder ejecutivo; pues como los legisladores no pueden prever y procurar mediante leyes, al tener el poder en sus manos, tiene, por ley común de la naturaleza, el derecho de hacer uso de dicho poder para el bien de la sociedad (Locke, 2008: 164)*

Advertimos que para John Locke el llamado poder judicial no era concebido *en sí* como un poder, esto se debe a que el sistema de justicia inglés no era otro que el llamado *common law* (que difiere del sistema romanista), en el que los jueces poseen un poder y una *performance* distintos a los jueces del sistema romanista[5]. Será con la reflexión de un pensador francés llamado Charles-Louis de Secondat más conocido como barón de la Brède y de Montesquieu (1689-1755) que el llamado poder judicial hará su aparición como parte de la triada más conocida en el Derecho contemporáneo: legislativo, ejecutivo y judicial.

4 La traducción de la palabra en inglés: *commonwealth* no es sencilla, podría traducirse literalmente como *riqueza común.* Sin embargo, también se lo traduce como república, como estado, como mancomunidad de naciones.

5 Si bien no es materia de este estudio la diferencia entre el sistema del *common law* y del sistema romanista, cabe señalar que en el *common law* la fuerza de ley de la jurisprudencia es similar e incluso más efectiva y eficiente, que la idea de ley de la norma jurídica positiva. Ello puede encontrarse en las diferencias entre las nociones de *rule of law* y de *rechtsstaat*, ambos traducidos al español como "estado de derecho".

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

b) Montesquieu

Charles-Louis de Secondat (1689-1755) más conocido como Montesquieu fue un magistrado del parlamento de Burdeos, muy cercano al mundo político inglés, más que al francés, quien expresó una constante admiración por los romanos y los griegos. Considerado uno de los padres del Derecho Comparado, estudió los distintos conjuntos de leyes que han regido las más diversas comunidades humanas. La sociología, en particular Emile Durkheim, lo considera un pionero del estudio sociológico, y ello se debe a una definición ambigua que Montesquieu hace del término ley. Para él se trata de una relación entre fenómenos verificables de modo empírico y por consiguiente desvinculados del orden ideal (entendido lo ideal como un reflejo de la naturaleza).

La obra más importante de Montesquieu se titula *El espíritu de las leyes* y en ella se pregunta respecto a la relación que hay entre las leyes y las formas de gobierno. Montesquieu presta atención a un sinnúmero de razones, desde el entorno, el clima, las costumbres, pero en su búsqueda encuentra la noción de "principio". Para Montesquieu el "principio" es lo que hace actuar a un gobierno, es decir la idea rectora y la idea fuerza que se explicita en las prácticas mismas de gobierno.

Además de la noción de "principio", Montesquieu diferencia entre la noción de República y la noción de Autocracia, la primera supone la existencia de gobernantes en plural, que pueden ser muchos (república democrática) o pocos (república aristocrática). Por otro lado, la autocracia supone el gobierno de una sola persona y puede ser tanto un gobierno despótico donde el rey es la ley, o un gobierno monárquico donde el rey gobierna a través de leyes.

Sin embargo, la contribución más conocida de Montesquieu se encuentra en la llamada división y separación de poderes, que como vemos en este capítulo es una continuación de la reflexión empezada por los romanos (Polibio, Cicerón), y continuada por pensadores ingleses como Locke y Harrington[6]. ¿Qué dice sobre la separación de poderes Montesquieu?

> *Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes por 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, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste [sic] poder judicial, y al otro simplemente poder ejecutivo del Estado (Montesquieu, 2004:107).*

6 No hemos referido a James Harrington en este estudio, sin embargo, vale la pena referirse a su obra "La república de Oceana y un sistema de política", en la que presenta un modelo ideal de organización de gobierno, en la que recupera un ideal de sistema político. Véase Harrington, 2013.

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

Entonces, Montesquieu deriva el poder judicial del poder ejecutivo, pues se trata de un poder que debe estar constantemente en funcionamiento, pero conviene que se encuentre separado del ejecutivo. Obviamente el poder legislativo sigue siendo, en la reflexión de Montesquieu el poder más importante, en tanto detenta la función de hacer las leyes, las que son necesarias para toda república –siendo esta forma de gobierno elegida como la más funcional entre las que hay para elegir en el tiempo de Montesquieu–.

Sin embargo, la función central de la separación de poderes en la exposición de Montesquieu es otra, si bien no contradictoria a la división del poder, sino funcional de la misma. No olvidemos que se Montesquieu es un pensador ilustrado con una fuerte influencia liberal, en consecuencia, la separación y división de poderes tiene como finalidad el desarrollo de las libertades individuales, y ello se expresa en limitar el poder que podría ser perjudicial a la libertad política de los ciudadanos. El mismo Montesquieu, una vez que presenta su división y separación de poderes lo explicita:

> *La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada del otro. Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del judicial. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares (Montesquieu, 2004:107-108).*

Entonces el temor de Montesquieu no es otro que la posibilidad de que el poder se reúna en una sola persona o en un solo cuerpo y en consecuencia se pervierta. Él es enfático en la necesidad de que estos tres poderes estén en manos distintas y separadas como garantía de la libertad política.

El pensamiento de Montesquieu influirá a los revolucionarios franceses que señalarán, en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1879 que *una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.*

Pero, al otro lado del Atlántico, los revolucionarios norteamericanos desarrollarán un desplazamiento de la teoría de la división de poderes a una lógica de frenos y contra-pesos que se denominará la doctrina del *check and balances*.

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

c) La doctrina del *Check and balances*

El modelo del *check and balances* se elabora como reacción ante el aumento del despotismo parlamentario y los excesos mayoritarios que, a juicio de la coalición dominante en la Convención de Filadelfia de 1787, habían supuestamente creado la doctrina de separación de poderes adoptada por los estados americanos desde 1776, bajo la influencia de Montesquieu.

Las primeras cartas constitucionales (*charters*) de las trece colonias americanas fueron cautas en establecer con precisión las funciones de cada órgano de poder. Lo hicieron buscando fortalecer a las asambleas legislativas frente al ejecutivo, debido a que la experiencia les llevó a generar un sistema de frenos que evite la acumulación del poder por parte del ejecutivo. Es ésta la idea o noción central de la doctrina del *check and balances*: generar un efectivo juego de pesos y contra pesos.

Sobre la base del concepto republicano clásico de constitución mixta, el modelo de *check and balances* se propuso como remedio para evitar la usurpación de funciones por parte de un órgano respecto de otro. James Madison, principal defensor y expositor del nuevo sistema, señaló que la única forma de hacer efectiva la separación de poderes es brindar a cada autoridad una jurisdicción parcial sobre las funciones de las otras, de modo tal que cada una de ellas tenga no sólo los “medios” sino también los “motivos” para evitar el abuso y la concentración de poder (Madison, el Federalista XLVIII, en Hamilton, Madison y Jay, 2004).

La forma (y medio) para evitar la usurpación de funciones entre un órgano de poder y otro, consistió en otorgar a cada una de estos órganos un poder de veto cuya utilidad no es otra que la de frenar y controlar a los otros órganos. En este sentido, los llamados “federalistas” plantearon la creación de órgano ejecutivo independiente pero capaz de oponerse a la sanción de una ley, asimismo, la creación de un Senado de composición reducida que, bajo el modelo federal pueda representar en forma igualitaria a los estados, y sin cuyo acuerdo resultara imposible aprobar cambios de legislación. Finalmente, la creación de un órgano judicial independiente, capaz de declarar nulas las leyes que fueran consideradas contrarias a la Constitución. Si bien la Constitución noretamericana de 1787 no reconoció este poder de control de constitrucionalidad, dicho poder se hallaba en el debate de los federalistas, como puede verse en el escrito de Hamilton en el Federalista LXXVIII (Hamilton, Madison y Jay, 2004).

Pero no solo lo anterior, el juego de tiempos en la doctrina del *check and balances* es más que interesante. Un presidente electo cada cuatro años; Diputados renovados cada dos años. Senadores que durarían seis años en el cargo, pero se renovarían en forma parcial en razón de un tercio cada dos años.

La fórmula de la doctrina del *check and balances* buscaba que las cabezas de los órganos ejecutivo y legislativo respondieran a intereses distintos, incluso previendo los potenciales cambios de preferencias del electorado en el tiempo. Dicho de otro modo, el modelo del *check and balances* no solo otorgaría a los distintos órganos de poder

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

una capacidad de veto simétrico en materia de legislación, sino también generaría las condiciones de incentivos necesarios para ejercerla cuando se den casos de conflicto de intereses, que además eran los más frecuentes, según lo advierten los autores del Federalista (Hamilton, Madison y Jay, 2004)

c.1) Argumentos a favor y argumentos en contra de la doctrina del *check and balances*.

Los argumentos a favor son claramente los expuestos por los federalistas (Hamilton, Madison y Jay, 2004).

El que podríamos llamar el argumento *principal* radica en que la única forma efectiva de evitar el monopolio del poder consiste en requerir el acuerdo de varios agentes en juego. La actividad política, en este caso, se plasma en una lucha de intereses diversos, y en consecuencia, para la toma de decisiones y los posibles cambios de legislación se precisa de una acuerdo que el sistema formal –de las normas jurídicas– posibilita, aunque lógicamente se pierda la celeridad de la toma de decisiones.

Si bien la elección popular de representantes, como lo demanda el modelo republicano, provee de un control externo *prima facie* para prevenir el abuso de poder, dicho control para los federalistas es insuficiente, pues ambos órganos de poder (ejecutivo y legislativo) se encuentran en igualdad como representantes del pueblo. Entonces, son necesarias “precauciones auxiliares” (Madison en el Federalista LI, en Hamilton, Madison y Jay, 2004) como son los controles internos o endógenos al sistema de decisiones, que induzcan a los representantes a llevar a cabo controles sobre sí mismos. Entonces, el modelo de *check and balances* es un diseño de organización de los órganos de poder que si bien eleva los costos de adoptar decisiones, tiene el beneficio de hacerlas más representativas, además de generar condiciones mínimas de afectación negativa de los derechos e intereses de las minorías o de los grupos excluidos de la coalición decisoria.

Otros argumentos a favor de la doctrina del *check and balances* son aquellos que refieren a la adopción de políticas moderadas, dado que actores con posiciones extremas están obligados a negociar entre sí y llegar a un compromiso para tomar una decisión. Asimismo, se hace más creíbles y estables las decisiones adoptadas, pues son el resultado de negociaciones y acuerdos complejos. Finalmente, este modelo de frenos y contra pesos provee a los ciudadanos de mayor información sobre de las políticas públicas, dado que el modelo precisa de un amplio y complejo debate, el mismo que es público y a la vez funciona como un mecanismo de rendición de cuentas.

Para autores como Arend Lijphart (2006) los beneficios de la doctrina del *check and balances* radica en que induce a que se desarrollen relaciones cooperativas entre gobierno y oposición, generando una democracia plural y competitiva. Para Lijphart (2006), las posibilidades de generar consensos son más amplias en gobiernos constituidos bajo el modelo de frenos y contrapesos que en los gobiernos de democracias de mayorías.

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

Pero así como hay argumentos a favor, los hay también en contra. La principal crítica tiene que ver con la posibilidad de estancamiento y ralentización extrema del gobierno, pues si los actores no llegan a acuerdos, el gobierno será una apología al *status quo*, y en consecuencia no podrá gobernar, no se podrán aprobar las leyes necesarias, ni llevar a cabo un plan de políticas públicas coordinadas.

El consenso puede ser un ideal muy caro, y en consecuencia el modelo de los *checks and balances* puede terminar dotando a las minorías de un poder que genere frustración a las mayorías, y en consecuencia, con el tiempo, la crítica al sistema y la salida por la fuerza.

3. La doctrina de separación de poderes en el Estado Constitucional de Derecho

Hay un hito en la comprensión del Estado de Derecho. Nos referimos a la Segunda Guerra Mundial. Las Constituciones de postguerra se caracterizan por ser constituciones rígidas y con un órgano de control de constitucionalidad. Este proceso de constitucionalización del orden jurídico ha llevado al replanteamiento de algunas certezas que eran obvias y lógicas en el positivismo decimonónico.

Como lo señala Josep Aguiló:

> *La expresión «constitucionalización del orden jurídico», en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en paises europeos y lationoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros dias y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica (Aguiló en DOXA, 2007:666).*

Las Constituciones de postguerra no pueden concebir una soberanía popular *tout court*, pues las Constituciones son límites al ejercicio del poder, es decir que, si bien la democracia supone un gobierno del pueblo, no puede concebirse como un gobierno sin límites, sino como uno que se desarrolla bajo la Constitución y las leyes.

En palabras de Ferrajoli:

> *[C]ualquier concepción de la soberanía como potestas legibus soluta está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional sino con la idea misma de democracia, que se ha revelado histórica y lógicamente incompatible con la existencia de poderes soberanos o absolutos, incluida la omnipotencia de la mayoría del pueblo o de sus representantes.Precisamente para salvar esta contradicción y para garantizar la democracia, se desarrolló el constitucionalismo del siglo veinte tras las experiencias de los fascismos que,*

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

> *mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero, y destruido la democracia después. De aquí el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que en varias ocasiones he denominado la "esfera de lo no decidible (que y que no)" —lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado el "coto vedado"— sustraída a la potestad de cualquier mayoría. (Ferrajoli en Ferrajoli, Moreso, Atienza, 2013:84-85).*

Entonces, hablar hoy de división de poderes carece del sentido que históricamente se asigno a este concepto. La presencia de constituciones rígidas con extensos catálogos de derechos fundamentales nos lleva hoy a concebir la existencia de órganos de poder con competencias y controles mutuos destinados a la protección de las personas y sus derechos fundamentales. Son los derechos fundamentales límites sustanciales, no solo a la democracia de mayorías, sino al ejercicio legítimo del poder público, a través de los órganos de poder constitucionalmente establecidos.

En este nuevo paradigma de Estado Constitucional Democrático de Derecho, los derechos fundamentales se encuentran incorporados al ordenamiento constitucional, y dado que las Constituciones son rígidas, estos derechos están supraordenados respecto a toda la legislación infra-constitucional. Es decir, la Constitución no sólo determina que es el pueblo el que debe elegir a sus gobernantes, a través de alguna de las fórmulas que garanticen las decisiones de las mayorías, sino que a la vez establecen límites a las decisiones de las mayorías, lo que Ferrajoli denomina, ut supra, *límites y vínculos que establezcan la "esfera de lo no decidible (que y que no)"*. Estos límites no son otros que los derechos fundamentales en forma de vínculos y límites a la producción jurídica, a la administración y a la función jurisdiccional.

El nuevo paradigma del Estado Constitucional Democrático de Derecho asigna una finalidad doble al principio de la división de poderes, por un lado, debe llevar a la ordenación, disciplina y modulación del poder, pues el ejercicio del poder solo puede concebirse en los márgenes de la Constitución; y por el otro, debe ser dinámico, funcional y flexible, de modo tal que sea eficaz y eficiente para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales (Corvalán, 2016).

La división de poderes, en los márgenes del Estado Constitucional Democrático de Derecho entonces es resignificado del siguiente modo:

1) Funciones de Gobierno, que incluyen la función legislativa y la dirección política y administrativa, es decir lo que generalmente se conoce como órgano legislativo y órgano ejecutivo;

2) Funciones de garantía, que incluyen las funciones judiciales y las funciones de control, es decir el llamado órgano judicial, pero además el control de constitucionalidad a cargo de un tribunal constitucional o de una corte constitucional, distinta a la jurisdicción ordinaria que estaría a cargo del órgano judicial.

SEPARACIÓN DE PODERES, CHECKS AND BALANCES Y LAS NUEVAS FORMAS DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
ISSN 2413 - 2810, VOLUMEN 11, Nro. 17 - Julio - Diciembre 2022 • Pág. 37 - 52

Entonces, la actual concepción de la separación y división de poderes plantea una distinción fuerte entre funciones de gobierno –que se configuran en el espacio de la política, es decir de los actores políticos que participan en elecciones regulares mediante partidos políticos u organizaciones afines– y en las funciones de garantía, cuyo espacio es la jurisdicción y el control de constitucionalidad.

Por lo mencionado, el nuevo paradigma del Estado Constitucional Democrático de Derecho concibe la "división de poderes", sobre una combinación de variables de tipo políticas y de tipo jurídicas, en particular garantistas.

Queda claro que las funciones de gobierno tienen aún, debido a la naturaleza política a la que pertenecen, un fundamento en la democracia de mayorías, pues son representación de la población, sin embargo las garantías de la administración de justicia y el control de constitucionalidad, son inalterables, por vía de principio, pues ni siquiera la democracia de mayorías podría imponerse frente al sistema garantista de derechos de la Constitución.

En este contexto, la nueva manera de significar la división de poderes no puede ser únicamente la de frenar al poder en la tutela de las libertades públicas (que era la idea liberal de la separación de poderes y también la idea de la doctrina del *check and balances*), sino que su finalidad dentro de los márgenes de las constituciones de postguerra es la de potenciar y concretar los derechos sociales en un marco de flexibilidad.

4. Conclusiones

El presente ensayo se ha propuesto describir, apelando al rigor de fuentes primarias y secundarias, el desarrollo de la teoría de la división y separación de poderes, sus tránsitos históricos, las preocupaciones norteamericanas plasmadas en la llamada doctrina del *check and balances*, y su explicitación contemporánea en los márgenes del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

La importancia de esta teoría es central no solo para el constitucionalismo contemporáneo, sino para la ciencia política. Una buena parte de las crisis de gobernabilidad, las crisis de gobierno, que vemos en la actualidad en los países latinoamericanos tienen mucho que ver con la manera en la que se implementa esta teoría.

Si bien, no ha sido la intención de este ensayo llevar a cabo una evaluación de esta puesta en práctica de la teoría, consideramos que la posibilidad de comprender los orígenes y la naturaleza de la división y separación de poderes puede colaborar a elaborar una crítica sobre la manera en la que actualmente se plasma la misma, no solo en las normas de las constituciones latinoamericanas sino en la puesta en práctica del juego político.

Toda crítica precisa partir de una idea rectora, de un paralelo ideal desde el cual se juzga la realidad siempre imperfecta. La crítica, desde nuestro punto de vista no es

JAVIER TAPIA GUTIÉRREZ
ISSN 2413 - 2810, Volumen 11, Nro. 17
Julio - Diciembre, 2022

posible de otra manera, pues no se trata de cambiar la teoría para adecuarla a la realidad sino de intervenir en la realidad para cambiarla en base a una idea rectora racional. La intención de este ensayo fue la de reconstruir la manera en la cual se crea y construye este ideal de la división y separación de poderes, que hoy es llamado "principio de separación de poderes" y se encuentra en las bases de todo gobierno y de toda democracia constitucional.

5. Referencias

Aristóteles. 2017. Ética Eudemia. Madrid: Alianza.

Bobbio, N. 2001. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Año académico 1975-1976. México: FCE

Clavero, B. 2007. El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional. Madrid: Trotta.

Corvalán, J. 2016. Estado constitucional y división de poderes. Buenos Aires: Astrea.

DOXA, 2007. Cuadernos de filosofía del Derecho. Alicante: Ediciones de la Universidad de Alicante.

Ferrajoli, L. 2021. Iura Paria. Los fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Moreso, Atienza, 2013. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. México: Fontamara.

Hamilton, A.; Madison, J.; Jay, J. 2004. El Federalista. México: FCE.

Harrington, J. 2013. La República de Oceana y un sistema de política. Madrid: CEPC.

Hobbes, T. 2007. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. México: FCE

Lijphart, A. 2006. Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países. Barcelona: Ed. Ariel.

Locke, J. 2008. Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Madrid: Alianza.

Montesquieu. 2004. Del espíritu de las leyes. Madrid: Tecnos.