

SOBRE LA SEPARACION DE LOS PODERES DEL ESTADO

SERGIO TUTELEERS R.

“La justicia es la finalidad del gobierno. Es la finalidad de la sociedad civil”.¹ De esta forma definían el propósito del gobierno americano creado por la Convención Federal, Madison, Hamilton y Jay, autores de *The Federalist Papers*. Estos pensadores políticos llegaron a esta definición como resultado de un profundo análisis sobre la tendencia natural del hombre a formar grupos de interés. Madison, en particular, afirmaba que las causas del surgimiento de tales grupos no podían ser eliminadas sin abolir la libertad del hombre, constitutivo esencial de la vida política. Para él, el control de los efectos que resultaban de la acción de los distintos grupos estaba al alcance del poder de los seres humanos.² Las fuerzas políticas vitales en el Estado debían ajustarse a un fino equilibrio a través de las cláusulas de una constitución escrita. Un gobierno orientado de esa manera, aseguraría el interés permanente del país frente a futuras innovaciones radicales.³

Para estos pensadores constituía una meta política de singular importancia asegurar que el ejercicio del poder gubernamental, esencial para la realización de los valores que ellos defendían para la sociedad, fuera controlado, con el fin de que éste no destruyera los valores que se intentaba promover. En defensa de la naciente Constitución Americana, Madison, Hamilton y Jay reconocían el rol del gobierno en la sociedad, pero eran enfáticos en sostener que éste debería ser controlado y tener límites establecidos al ejercicio de su poder. Este principio de restringir la autoridad del gobierno, fijando límites precisos a su poder coercitivo sobre los ciudadanos, encuentra su expresión política en la doctrina de la separación de poderes del Estado, la que desde los tiempos modernos ha ejercido una de las influencias más significativas sobre las estructuras institucionales políticas.⁴

¹ Hamilton, Madison, Jay. “*The Federalist Papers*” Nueva York: New American Library, 1961, p. 324.

² William Seal Carpenter. “The Separation of Powers in the Eighteenth Century”, *American Political Science Review*, XXII (Febrero 1928), p. 32.

³ Carpenter, *op. cit.*, p. 32.

Esta doctrina, de la que encontramos manifestaciones en el mundo antiguo, fue la base de donde evolucionaron los conceptos de las funciones gubernamentales y las teorías sobre gobierno mixto y equilibrado. Su recuperación y difusión a través de los textos medievales permitió que el constitucionalismo inglés encontrara su fundamento y que la doctrina de la separación de poderes emergiera como una formulación alternativa, pero estrechamente vinculada a la correcta articulación de las partes del gobierno. Fue durante el siglo diecisiete en Inglaterra que la doctrina emergió por primera vez como una teoría coherente de gobierno, expresada en forma explícita, y recomendada con fervor como el gran secreto de la libertad y del buen gobierno. En la conmoción de la guerra civil la separación de poderes emergió como una respuesta a la necesidad de una nueva teoría constitucional, cuando un sistema de gobierno basado en una mezcla de reyes, lores y comunes ya no parecía tener vigencia.⁵

Uno de los problemas principales en el enfoque del estudio sobre la doctrina de la separación de poderes es que pocos pensadores políticos en la historia y el desarrollo de ésta han definido exactamente su significado; sus elementos esenciales y su relación con otras ideas. Clarificar este problema será de gran importancia, pues a menudo la discusión acerca de su origen se confunde, debido a que cualquier exponente que se visualice en la historia no puede confrontarse con una definición clara.

Sin embargo, definir la doctrina en su forma pura implicará de todos modos una formulación arbitraria y una orientación particular acerca del problema que podría de alguna manera hacer que cualquier definición fuere parcial. No obstante, como afirma Vile, "al presentar una definición particular, no existe la intención de juzgar su valor, sino que se afirma que ha sido considerada como la formulación más útil para los propósitos que tenemos en mente. Recibe el nombre de 'doctrina pura' simplemente para indicar que representa un conjunto de ideas coherentes e interrelacionadas, sin los factores complejos de teorías relacionadas".⁶

Una doctrina pura de la separación de poderes podría formularse de la siguiente manera: es esencial para el establecimiento y la mantención de la libertad política que el gobierno sea dividido en tres ramas: la legislativa, ejecutiva y judicial. Cada rama del gobierno debe ajustarse al ejercicio de sus propias funciones y no se le debe permitir que interfiera en las funciones de las otras. Asimismo, las personas que componen estas tres agencias de gobierno deben ser distintas y mantenerse separadas; no debe admitirse que una persona sea al mismo

⁴ M. J. C. Vile. "Constitutionalism and the Separation of Powers" Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 1.

⁵ Vile, *op. cit.*, p. 3.

⁶ *Ibid.*, 12.

tiempo miembro de más de una rama. De este modo, cada una de ellas servirá para frenar a las otras y ningún grupo de personas podrá controlar el mecanismo del Estado.

La afirmación anterior es un claro compromiso con una visión de libertad política que tiene como parte esencial el evitar que los poderes gubernamentales permanezcan en las manos de un solo grupo de personas.

El análisis de la doctrina pura nos conduce a cuatro elementos importantes que componen su base esencial. El primero es la afirmación de la división de las agencias de gobierno en tres categorías: legislativa, ejecutiva y judicial. La primera versión de la doctrina se basó, de hecho, en una división doble de las funciones gubernamentales, pero desde mediados del siglo XVIII generalmente ha sido aceptada la división triple como la estructura básica del gobierno constitucional. Por lo tanto, la separación de las agencias es un elemento esencial de una teoría que establece como principio que el gobierno debe ser controlado internamente por la creación de centros autónomos de poder que desarrollarán un interés institucional.

El segundo elemento de la doctrina es la afirmación de que existen tres funciones específicas de gobierno. Afirma una verdad o ley sociológica, que en todas las situaciones de gobierno hay tres funciones que deben ser llevadas a cabo necesariamente, aún cuando todas sean desempeñadas por una misma persona o grupo, o bien exista una división de estas funciones entre dos o más agencias de gobierno. Todos los actos de gobierno, sostiene, pueden ser clasificados como ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas o judiciales. En consecuencia, la teoría recomienda que cada una de las funciones antes descritas debe ser desempeñada por la rama correspondiente de gobierno.

El tercer elemento de la doctrina es lo que podemos describir como la "separación de personas". Esto significa que las tres ramas del gobierno estarán compuestas por grupos separados de personas sin que exista intercambio entre ellas. Es cierto que podemos pensar en que distintas agencias de un gobierno desempeñen diferentes funciones, pero también es cierto que éstas pueden ser desempeñadas por las mismas personas. Por lo tanto, la doctrina pura aquí argumenta que la separación de las agencias y de las funciones no es suficiente. Ellas deben estar distribuidas en manos diferentes si se quiere asegurar la libertad.

El último elemento incluido en la doctrina pura es la idea de que si se observa debidamente cada uno de los elementos incluidos en ella, en relación a las agencias, las funciones y las personas, tendremos que cada parte del gobierno actuará como freno al ejercicio arbitrario del poder por las otras y cada una de las agencias se limitará al ejercicio de su propia función, no pudiendo ejercer ningún control o influencia indebida sobre las otras. Por lo tanto, para la seguridad de la libertad política y contra la tiranía del gobierno existirá un control sobre el ejercicio del

poder del gobierno sobre las personas, por lo que los intentos de una rama de ejercitar un grado indebido de poder estarán destinados a fracasar.

Este es el gran propósito de la doctrina. No obstante, aquí también encontramos una de sus mayores dificultades teóricas, lo que ha significado que durante su evolución la doctrina pura haya sido modificada, combinándola con otras bastante diferentes, produciéndose así un conjunto complejo de ideas acerca de las limitaciones a ser impuestas sobre las autoridades de gobierno. "La doctrina pura", tal como ha sido formulada, involucra lo que se puede llamar un enfoque negativo hacia el control del poder de las agencias de gobierno. La mera existencia, en la "doctrina pura", de varias instancias de decisión autónomas respecto de las funciones específicas de cada agencia, se considera como una restricción suficiente a la concentración de poder. No se necesita nada más. Estas agencias no ejercen un control activo entre sí, porque el hacerlo sería inmiscuirse en la función propia de otra parte del gobierno. Sin embargo, lo que la "doctrina pura" no aclara es cómo debe restringirse una rama del gobierno, o a las personas involucradas en ella, en el caso en que intenten ejercer control sobre otra rama de gobierno que no sea la misma a la cual ellas pertenecen. Este gran problema teórico que significa una insuficiencia del control que la "doctrina pura" puede ejercer sobre las diferentes ramas del gobierno y que podría conducir a un uso arbitrario del poder, ha llevado a la adopción de otras ideas que pueden adecuarse mejor a una doctrina de separación de poderes más apropiada.

La idea más importante que se ha adoptado con respecto a este problema ha sido la mezcla de la doctrina pura con la teoría del gobierno mixto o con su forma posterior, la teoría de pesos y contrapesos.

La consideración principal, desde un punto de vista analítico, es que estas teorías fueron usadas para imponer, dentro de la doctrina de la separación de poderes, la concepción de un conjunto de restricciones positivas sobre el ejercicio del poder. Es decir, que cada rama recibió el poder para ejercer un grado de control directo sobre las otras, autorizándola a desempeñar una parte, sólo limitada, de las funciones de la otra. Lo importante es que este poder para interferir fue sólo limitado, manteniéndose la idea básica de una división de funciones, modificada por el criterio de que cada una de las ramas pudiese ejercitar alguna autoridad en el terreno de las tres funciones.

La mezcla de la doctrina pura de la separación de poderes con la teoría del gobierno mixto produjo una separación parcial de funciones. Esto significó que una función, la legislativa, sería compartida, pero las otras se mantendrían estrictamente separadas. Esto representó un elemento básico del constitucionalismo inglés del siglo XVIII: la teoría de gobierno equilibrado. Por otra parte, la mezcla de la doctrina de la separación de poderes con la teoría de pesos y contrapesos, constituyó la base de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

La historia de la doctrina en este contexto será un elemento esclarecedor para comprender los procesos que siguieron y que culminaron con lo que hoy se conoce como uno de los pilares constitucionales de las sociedades desarrolladas. Ella es el reflejo de la creciente aspiración de los hombres a través de los siglos por un tipo de gobierno en que el ejercicio del poder gubernamental esté controlado, y también es la explicación de cómo esta aspiración básica orientada hacia la limitación del gobierno ha tenido que ser modificada y adaptada por cambios en las circunstancias y necesidades.

El punto de vista moderno de que existen tres funciones de gobierno: legislativa, ejecutiva y judicial, evolucionó lentamente a través de los siglos. Es importante notar que las categorías que hoy son casi universalmente aceptadas como la forma correcta de considerar la estructura de gobierno y su operación, son el resultado del desarrollo lento y gradual de ideas relacionadas con la naturaleza del gobierno.

Tal como se expresara anteriormente, en el mundo antiguo encontramos manifestaciones de la doctrina, dado que los pensadores de la época reflexionaban sobre problemas similares, aún cuando sus respuestas fueran algo diferentes. Es así, como las ideas de los antiguos acerca de la naturaleza de la ley, y sobre los medios para el control del poder en las sociedades civiles, proporcionaron gran parte del material básico al cual se vuelcan los escritores de épocas posteriores en búsqueda de asesoramiento durante las grandes luchas por el control de los mecanismos de estado.

La mayor contribución del pensamiento antiguo en la esfera que nos preocupa fue el énfasis en la autoridad de la ley; en la soberanía de ésta sobre el gobernante, destacándose la necesidad de reglas fijas que gobernarían la vida del estado, dándole estabilidad y asegurando una justicia igualitaria.

Asimismo, es importante destacar la trascendencia asignada por los antiguos teóricos del constitucionalismo a la necesidad de obtener un equilibrio entre las distintas clases de la sociedad, y así recalcar que los distintos intereses de la comunidad, reflejados en los órganos de gobierno, debían desempeñar una parte en el ejercicio de todas las funciones, tanto deliberativas, magisteriales como judiciales. Podemos ver que la teoría característica de los antiguos (griegos y romanos) era la de un gobierno mixto, y no la de la separación de poderes.

Sin embargo, aun cuando la teoría del gobierno mixto no está conectada en forma lógica con la teoría de la separación de poderes, la primera proporcionó ideas que sugirieron la base de la nueva doctrina. Ambas teorías se preocupan de la limitación del poder a través de la institución de frenos internos dentro del gobierno. La terminología de los poderes de gobierno puede aplicarse tanto a los órganos representativos del gobierno mixto como a las agencias divididas por funciones en la separación de poderes. La mezcla triple de monarquía, aristocracia

y democracia en Inglaterra constituye un ejemplo de una teoría general de gobierno limitado, en que el pueblo ejerció un freno sobre el monarca y sobre otras combinaciones de poder impidiendo la dominación por una sola persona o grupo.

En el mundo antiguo, la teoría de gobierno mixto figura principalmente en la obra de Platón, Aristóteles y Polibio. Platón utilizó los ideales que había planteado en *La República*, y, con el propósito de lograr la estabilidad política propició un "estado mixto", en el que él esperaba que se moderara la tendencia oligárquica de la nobleza con la institución democrática de la elección por sufragio, y que se restringiera el mando del "demos" con cualidades tales como la virtud y la sabiduría, que eran consideradas atributos de la aristocracia. Aristóteles aceptó el estado mixto de Platón como la única vía para asegurar un gobierno estable y duradero. Su tesis afirmaba que ya que el estado existía para "la vida buena", aquellos que más contribuían al desarrollo de tal sociedad debían tener mayor participación en ella. Sin embargo, como cada clase contribuía con valores positivos propios, él encontró su solución en una mezcla de oligarquía y democracia, en la cual la clase media desempeñaba el rol de mediatizador entre los ricos y los pobres.⁷ Aristóteles tipificó a aquellos que participaban en el gobierno como el elemento que delibera acerca de los asuntos públicos; a aquellos preocupados de las magistraturas; y, finalmente a aquellos que ejercían el poder judicial.⁸ Esta clasificación ha llevado a muchos pensadores a considerar que Aristóteles es el padre de la doctrina de la separación de poderes. No obstante, ésta es una concepción errada de su obra, ya que él sólo describía las funciones que necesariamente debería ejercer el cuerpo soberano constituido. Él no enfatizó que las funciones de gobierno fuesen separadas.

Mientras Aristóteles y Platón trataban de lograr la estabilidad a través de la combinación de las fuerzas de las distintas clases dentro de la sociedad. Polibio estimó que la estabilidad se encontraba en la constitución romana en su afirmación del "antagonismo recíproco de los órganos del gobierno". Polibio pensó que los principales órganos políticos del gobierno debían ser representativos de las diferentes clases y, que en la competencia resultante, cada órgano debía actuar como un equilibrio y freno ante los otros.

La importancia de la antigua teoría de gobierno mixto para este tema es su insistencia sobre la necesidad de contar con ramas separadas de gobierno para evitar el dominio arbitrario. Las diversas ramas debían desempeñar una parte en todas las tareas de gobierno, pero su carácter representativo les impedía el uso de su poder de manera per-

⁷ Arthur T. Vanderbilt., "The Doctrine of the Separation of Powers and its Present Day Significance". Lincoln: University of Nebraska Press, 1953, p. 38.

⁸ Pendleton Howard, "Separation of Powers", *Virginia Laws Weekly Data*. com. 10 (1955), p. 42.

judicial para los intereses que representaban. Como se ha señalado, la separación de las agencias es una parte esencial de la doctrina de la separación de poderes. La teoría del gobierno mixto se oponía a la tiranía por medio de la prevención de la concentración del poder en un órgano de estado, y la doctrina de la separación de poderes parte del mismo supuesto. El paso fundamental en el surgimiento de la doctrina de la separación de poderes es la atribución de diferentes funciones a las agencias de gobierno y, a este respecto, la gran dificultad en la transición de una doctrina a otra es que las tres agencias del gobierno mixto: rey, asamblea aristocrática y asamblea popular, no corresponden a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como en la doctrina de la separación de poderes.

La transición de una doctrina a otra demoró en producirse. La transición antigua de gobierno mixto fue transmitida a la Europa medieval, donde Santo Tomás reprodujo en el siglo XIII el concepto aristotélico de gobierno mixto; pero lo hizo de manera muy formal. No fue hasta el siglo XIV que emergió el trabajo de Marsilio de Padua. El fue el primero que negó la teoría de Platón y Aristóteles de que la función de un buen gobierno era inculcar la virtud moral. Marsilio estimó más bien, que las funciones de un gobierno deberían ser de resolver los juicios y sancionar los crímenes, y puesto que creía que la capacidad y la inteligencia del pueblo como un todo era superior a la de cualquiera de sus clases, desestimó la teoría del Estado mixto. No obstante, estableció distinciones entre la función legislativa (que él creía estaba mejor desempeñada por todo el pueblo como una expresión de su voluntad colectiva), y la función de ejecutar la ley, que incluía tareas que llamaremos adjudicativas a la vez que ejecutivas.⁹ Esencialmente, el significado dado por Marsilio describía lo que actualmente se designaría como funciones judiciales: la función de las cortes dirigidas por el gobernante que hacía efectiva la ley. Dos siglos después surge Jean Bodin quien, como Marsilio, desestimaba el valor del gobierno mixto. Bodin concluyó que el poder soberano que determinaba la existencia del Estado constituía una unidad; por lo tanto un gobierno mixto que establecía intrínsecamente una separación no era más que una anarquía. Durante la emergencia del determinismo nacional que marcó el Renacimiento, los escritos de Bodin apoyaban la monarquía, en la que efectivamente existía la unidad que él estimaba como necesaria para el poder soberano. Sin embargo, consideraba que dondequiera que descansara la autoridad última de gobierno, era posible contar con una administración mixta. Bodin sentía que en esta administración era prudente, pero no necesario, tener un senado para asesorar al soberano sobre la promulgación de la ley, y que era esencial tener un aparato judicial separado, aún cuando no independiente. Visualizaba, por lo tanto, la posibilidad de una separación funcional dentro de un marco de poder centralizado.

⁹ Vanderbilt, *op. cit.*, p. 40.

No obstante, mientras Bodin en Francia y Hobbes en Inglaterra estaban ocupados construyendo el marco teórico del Absolutismo, había comenzado un movimiento de protesta en nombre de la libertad individual. Dicho movimiento había alcanzado al propio Bodin, quien rechazó el derecho de su soberano absoluto sobre la propiedad de sus súbditos.

Todos los antimonarquistas asignaban la soberanía última al pueblo, quien, según ellos, otorgaba el poder como gobernante al rey por contrato. El rey estaba sujeto a éste, y era responsable ante el pueblo, que podía resistirlo o deponerlo si contravenía las leyes naturales. Esta teoría fue adelantada por James Harrington, entre otros, quien en 1656 definió al orden ejecutivo "como aquella parte de la ciencia de gobierno que está sujeta al marco y al curso de las cortes o judicaturas".¹⁰ Lo difícil, desde luego, era mantener al gobernante sensible a los súbditos, por lo menos a aquellos que poseían tierras y que por lo tanto tenían poder político. Con este objeto, Harrington propuso la rotación de los cargos, el voto secreto y una combinación de gobierno mixto y separación de funciones. Harrington era seguidor de Marsilio y Bodin en cuanto a que consideraba sólo dos funciones gubernamentales, a saber, la promulgación y la ejecución de la ley; pero reflejaba el desarrollo del sistema de gobierno inglés en cuanto apoyaba las sujeciones y equilibrios del gobierno mixto.

Aún cuando consideraba sólo dos funciones. Harrington veía tres órganos: "el senado que propone, el pueblo que resuelve y el magistrado que ejecuta; con lo cual participa la Aristocracia, la Democracia y la Monarquía".¹¹ A mediados del siglo XVII y al mismo tiempo que Harrington, Marchamont Nedham daba en sus escritos el mismo tratamiento al poder judicial. Nedham propiciaba el gobierno popular y en consecuencia, rechazaba los frenos y equilibrios del gobierno mixto, considerando que ya proporcionaban seguridades suficientes la educación, la rotación de cargos y la separación de funciones legislativas y ejecutivas, incluyendo en éstas a las judiciales. Con respecto a esta separación, advertía que si los legisladores fuesen además los que administraban y dispensaban permanentemente la ley y la justicia, la gente carecía de solución en caso de alguna injusticia, ya que no sería posible apelar contra esa supremacía.

Para resumir la opinión prevaleciente en el siglo XVII acerca de las funciones del gobierno, remitámonos a la obra de John Milton. Según Milton, "en todas las naciones sabias, el poder legislativo y la ejecución de ese poder judicial han sido comúnmente distintos y han estado en diversas manos... Si el Rey sólo está para ejecutar la ley, que efectivamente es la principal función de su cargo, no debe promulgar ni prohibir la promulgación de cualquier ley que haya acordado

¹⁰ Vile, *op. cit.*, p. 29.

¹¹ Vanderbilt, *op. cit.*, p. 41.

el Parlamento, más que otros jueces inferiores que son sus representantes.¹²

Este es, básicamente, un punto de vista jerárquico de las funciones gubernamentales, donde las funciones judiciales generales se dividen en funciones legislativas y ejecutivas. En consecuencia, esta opinión tiende a inhibir el desarrollo de la idea de una división triple, con un poder judicial y un poder ejecutivo junto a un poder legislativo, porque en cierto sentido las funciones judiciales y ejecutiva se derivan del poder judicial fundamental y están subordinadas a él. Tuvo que pasar un siglo desde la Guerra Civil inglesa hasta mediados del siglo XVIII para que la triple división emergiera totalmente y reemplazara a la doble división anterior.

Desde sus primeros tiempos la teoría del gobierno mixto trataba de proporcionar un control sobre el ejercicio del poder arbitrario, equilibrando los poderes de gobierno en una constitución. Pero antes de la intensa actividad política que hemos observado a mediados del siglo XVII, la articulación exacta de los elementos de un sistema de gobierno mixto no había sido explorada. La lucha y hostilidades abiertas entre el Rey y el Parlamento en Inglaterra, aceleró los intentos de los precursores de la teoría para definir las funciones relativas de los elementos de gobierno. El fracaso en la esfera de la política práctica en alcanzar un posible compromiso, tuvo como resultado la creación de las condiciones en las cuales el gobierno mixto parecía irrelevante, y se abrió el camino para la nueva doctrina.

El impacto de esta rivalidad entre el Rey y el Parlamento sobre el pensamiento constitucional se puede observar en la forma en que dos grandes teorías de gobierno, que habrían de actuar y de reaccionar la una sobre la otra durante los dos siglos siguientes, fueron formuladas durante los años de 1640, y se constituyeron rápidamente en influentes escuelas de pensamiento.

La teoría del gobierno mixto, que anteriormente había sido bastante vaga y desarticulada, fue reformulada en la respuesta de Carlos I a las diecinueve proposiciones que el Parlamento de Inglaterra estableció como base para resolver las diferencias que había tenido con él; la respuesta del rey sugirió lo que posteriormente sería la teoría de la constitución equilibrada.

La respuesta, publicada en 1642, algunos meses antes de que efectivamente comenzaran las hostilidades, presentaba una combinación de gobierno mixto y una división de la función de gobierno entre sus partes, de modo que cada una pudiese refrenar el poder de las otras. Al mismo tiempo los partidarios del Parlamento formulaban una teoría de gobierno que daba menos importancia al gobierno mixto, y que dependía fuertemente de una formulación abstracta de los poderes de gobierno y la distribución de estas funciones; en realidad, la base de la teoría de la separación de poderes.

¹² Vile, *ou. cit.*, p. 30.

El punto inicial de una discusión sobre la transición desde la teoría del gobierno mixto hasta la teoría de la separación de poderes podría encontrarse en la obra de Charles Herle, partidario de la causa parlamentaria. En 1642, Herle explicitó las sugerencias dispersas en la literatura anterior de que los tres elementos de la constitución, Rey, Lores y Comunes, tenían un status conjunto.

Para Herle, el status conjunto del Rey, los Lores y los Comunes era que mientras las dos cámaras tenían un status superior al del Rey en cuanto al ejercicio del poder legislativo, y el carácter representativo de la Cámara de los Comunes le daba mayor participación de este poder, era más que nada en la ejecución de las leyes que las cámaras tenían un status conjunto con el Rey. Como vemos, Herle usaba la antigua idea de la fusión de las funciones de gobierno, antes que la de su separación, con el propósito de justificar las acciones del Parlamento contra el Rey. No obstante, el énfasis que le otorgó al status coordinado del Rey, Lores y Comunes, había de reflejarse en el problema, de asegurar que la persona investida del poder ejecutivo no fuese solamente un oficial subordinado sino que tuviera una posición y autonomía propias.

Herle escribía durante los comienzos de la guerra civil, cuando pensaba que se podría encontrar una fórmula que dejara inalterada la posición constitucional básica de la monarquía. El énfasis puesto en el papel ejecutivo del monarca intentaba asegurar que la ley fuese la autoridad suprema; pero con el correr del tiempo, la intransigencia del Rey Carlos I dio lugar a demandas en favor de mayores restricciones para el poder real, y se volvieron más insistentes las exigencias para que el veto real fuese restringido, suspendido o abolido.

Ya estaba bien entendida en Inglaterra la idea de que el Rey debería estar limitado al ejercicio de la función ejecutiva. Sin embargo, durante la época de la Revolución también surgían ideas que demostrarían que no sólo se discutía la doctrina de la supremacía legislativa. Ya no era posible ver los problemas de Inglaterra simplemente como el Rey versus el Parlamento. Las divisiones dentro del Parlamento eran profundas y graves. El uso del poder del Parlamento por parte de un grupo de los partidarios de éste último para amedrentar a otros grupos había demostrado a aquellos que anteriormente sólo veían el poder real como un peligro, que un parlamento podía ser tan tirano como un rey. Los que habían sido los partidarios más vehementes del Parlamento se constituyeron en sus críticos más fuertes.

Todos los elementos de la doctrina pura de la separación de poderes estaban presentes ahora en las mentes de los que habían sido testigos de la lucha entre el Rey y el Parlamento, y que habían llegado a temer la dominación arbitraria de cualquiera de ellos. La idea de dos o tres funciones de gobierno incluyentes, definidos en forma abstracta, era bien conocida; en hombres de muy diferentes puntos de vista, era el deseo de limitar tanto el poder del Rey como el del Parlamento. Todo lo que se necesitaba para la doctrina era la idea de que las agencias del

gobierno deberían ser restringidas, al estar cada una confiada al ejercicio de sus funciones propias.

La primera persona que emprendió un tratamiento amplio de esta idea fue Charles Dallison, quien no sólo tenía en mente una división triple de las funciones, sino que toda su importante obra, *The Royalist Defense*, estuvo dedicada a argumentar que un sistema satisfactorio de gobierno sólo puede resultar otorgando distintas funciones de gobierno en manos separadas para que todos estén restringidos, y sujetos dentro de sus propios límites. Su obra puede ser considerada un intento de combinar la teoría del gobierno mixto, tal como fue formulada en la respuesta de Carlos I a las Diecinueve Propositiones, enfatizando la más abstracta y profunda separación de funciones, en lo que ya habían hecho hincapié los escritores parlamentaristas; representa la exposición tal vez más clara y amplia hecha hasta ese momento de la relación entre la separación de las funciones de gobierno, colocándolas en diferentes manos y equilibrando las partes constituyentes del gobierno. Dallison afirmaba que el Rey debía mantener el poder soberano para gobernar pero no debía tener la autoridad para enjuiciar sus leyes.

The Royalist Defense era una bien construida argumentación en favor de la separación de los poderes, pero no era la doctrina pura como la hemos definido aquí, porque en un aspecto importante adhería a la teoría del gobierno mixto. El Rey retendría, con el consentimiento de las dos cámaras, la autoridad para alterar la ley y promulgar nuevas leyes. El Rey desempeñaría, pues, una parte esencial en el ejercicio de la función legislativa, aún cuando Dallison casi siempre se refería a él como si estuviera afuera, y separado del Parlamento. A este respecto, el libro de Dallison se relaciona estrechamente con la teoría de la constitución equilibrada del siglo XVIII, exceptuando su clara concepción de la independencia de los jueces, que ejercen una función de gobierno bastante distinta, mientras que escritos posteriores fueron bastante menos claro sobre este punto.

En el año de la ejecución de Carlos I, había emergido en Inglaterra, de una forma u otra, la doctrina de la separación de poderes, pero aún estaba estrechamente relacionada con la teoría del gobierno mixto, de la cual no se había separado para tener una vida independiente. Por corto tiempo durante los años del Protectorado logró esta existencia independiente, aun cuando en un ambiente tan enrarecido e irreal que no tenía muchas posibilidades de durar. La ejecución del Rey y la abolición de la Cámara de los Lores destruyeron la base institucional de la teoría de gobierno mixto, y cualquier justificación de la nueva constitución que se formulara para Inglaterra tendría que descansar sobre una base teórica diferente. En 1657, el "Instrumento de Gobierno" instituyó la primera constitución escrita inglesa, y en la defensa oficial de esta constitución, titulada *A True State of the Case of the Commonwealth* (El verdadero Estado del caso de la Mancomunidad de Naciones), encontramos que la doctrina de la separación de poderes se sostiene por sí sola, afirmando ser la única base verdadera para un gobierno constitucional.

Así, treinta años antes de la publicación del segundo Tratado de Locke, la doctrina de la separación de poderes había evolucionado como una respuesta a los problemas de la guerra civil y la Mancomunidad de Naciones, y había alcanzado, tal como fue formulada en el siglo XVII, un alto grado de desarrollo. Pero el Protectorado fracasó y el propio Instrumento de Gobierno había fracasado bastante antes que el fin del Protectorado, siendo reemplazado por una constitución mucho más monárquica, esto es, la Humilde Petición y Asesoría de 1657. Junto con la Restauración, hubo un retorno a la teoría de gobierno mixto como la norma constitucional básica para Inglaterra, pero a partir de entonces la doctrina de la separación de poderes formó parte de la corriente general del pensamiento político inglés. La doctrina pura naturalmente fue rechazada, pero sus puntos principales no fueron olvidados. Tuvieron que ser entrelazados con la Teoría Constitucional, que se transformó en una compleja amalgama de gobierno mixto, supremacía legislativa y separación de poderes. Aún cuando estas ideas podían ser potencialmente contradictorias, un logro entre los años 1660 y 1750 fue que se combinaran, constituyendo una teoría ampliamente aceptada de gobierno inglés: la teoría de la constitución equilibrada. Esta teoría predominó en Inglaterra durante el siglo XVIII y formó la base para las opiniones que Montesquieu formulara en su capítulo referente a la constitución inglesa, en *Del Espíritu de las Leyes*.

Uno de los primeros pensadores que proporcionó un puente importante entre las ideas de la guerra civil y el Protectorado y la teoría de la constitución equilibrada del siglo XVIII fue el Reverendo George Lawson. Este estimaba que la constitución apropiada para Inglaterra era una donde no se dividieran los poderes entre el Rey, los Lores y los Comunes, sino más bien una en la cual "la majestad personal estuviera primero en el Rey, Lores y Comunes junto con toda la asamblea como un solo cuerpo".¹³ Aquí Lawson enfatizó que el poder legislativo estaba sostenido conjuntamente por las tres partes del gobierno, y describió esto como el signo del estado libre. La principal contribución de Lawson a la transición hacia una concepción moderna de gobierno se encuentra en la relación entre gobierno mixto y la separación de poderes; el próximo paso en el desarrollo hacia la teoría de la constitución equilibrada fue la reconciliación de la supremacía legislativa con la idea de la separación de poderes. Este paso fue dado por John Locke.

En el debate acerca del origen de la doctrina de la separación de poderes ha predominado la discusión acerca de si la fundó Locke o Montesquieu. Es claro, sin embargo, que ninguno de estos grandes pensadores puede reclamar para sí el ser la fuente de la doctrina, aún cuando al incorporarla de una u otra manera dentro de sus obras, dejaran tras ella el gran peso de su influencia, dándole, por lo tanto, un lugar en la teoría política que, de otro modo, tal vez no hubiera tenido. Parte de la dificultad de apreciar la importancia de los elementos de la doc-

¹³ Ibid., p. 57.

trina de la separación de poderes en la obra de Locke es que no se ha dado importancia cabal al pensamiento anterior sobre este tema. Peter Laslett, en su edición crítica sobre los dos tratados, estima que no existe doctrina de separación de poderes en Locke. Cree que la aceptación por parte de Locke de la participación real en el proceso legislativo; su omisión de la función judicial en su análisis; y su dependencia del concepto de confianza para el funcionamiento adecuado del poder gubernamental, en cierto modo, demuestra que Locke no tenía en mente la teoría de la separación de poderes.¹⁴ Es cierto que Locke no sostuvo la "doctrina pura" de la separación de poderes, pero la combinó con otros elementos de su teoría que la modifican considerablemente. Sin embargo, si estudiamos nuevamente el segundo Tratado teniendo en mente la idea de Lawson y de otros, se verá más claramente el papel de los elementos en la doctrina, todo lo cual se encuentra en la obra de Locke, porque se sugiere que la idea detrás de la doctrina es parte esencial de su pensamiento.

Una de las características principales de la teoría de Locke es la interrelación de los poderes del gobierno. Los capítulos cruciales que constituyen la parte central del Segundo Tratado discuten este problema. Está claro que en el centro de lo que Locke quiere expresar se encuentra el establecimiento de diferentes categorías de autoridad y funciones gubernamentales. Se preocupa por establecer el control popular general del gobierno y de ponerlo bajo el imperio de la ley. Al mismo tiempo, reconoce que los asuntos diarios de gobierno no pueden ser tratados eficientemente por el pueblo o sus representantes. La exigencia de que las reglas se atengan a las leyes establecidas conocidas y de que esas leyes deriven su autoridad del consentimiento del pueblo, lleva inevitablemente a la antigua división de funciones, la concepción de las leyes y su ejecución. Locke encontró el origen de la autoridad legislativa y ejecutiva en los poderes que tenía el hombre en el estado natural. De éstos, el primero era que el hombre podía hacer cualquier cosa que le pareciera bien para su subsistencia y la de los demás, dentro de los límites de las leyes naturales. Este era el origen del poder legislativo. El segundo poder que tenía el hombre en el estado natural era el de sancionar los crímenes cometidos contra la ley natural. Este era el origen del poder ejecutivo. No obstante, la incapacidad del hombre para ejercer efectivamente estos derechos llevó al establecimiento de la sociedad civil, ya que el estado natural era deficiente en ciertos aspectos cruciales. No existían leyes fijas, conocidas y establecidas; no existía un juez conocido e indiferente con la autoridad para determinar cuáles eran las diferencias de acuerdo a la ley establecida; y no existía el poder como para observar y apoyar la sentencia cuando resultara correcta, y para aplicarla debidamente. Esta división triple entre la legislación, el juicio y su aplicación es, en su concepción, semejante a la

¹⁴ W. B. Gwyn. *The Meaning of the Separation of Powers*: New Orleans, Tulane University, 1965, p. 70.

desarrollada por el Reverendo Lawson, pero en su mayor parte, en los primeros capítulos del Segundo Tratado, Locke se mantiene fiel a la división doble más antigua de funciones y autoridad. Por lo tanto, según Locke, cuando los inconvenientes del estado natural conducen a una sociedad civil, se establecen los poderes legislativo y ejecutivo; el legislativo, cuando los hombres ceden el poder de hacer lo que ellos creen conveniente para su preservación, para ser reglamentados en cambio por las leyes de la sociedad; el ejecutivo, al dejar de lado el hombre su poder de sancionar a otros con el objeto de crear un poder que ponga en vigor las leyes.¹⁵ Locke considera también que la función principal del estado es esencialmente judicial; la función del poder legislativo es administrar la justicia, y por lo tanto, el estado es el juez que falta en el estado natural, o sea que, como pensadores anteriores, Locke tiene una visión errada de la función judicial. Enfatiza la necesidad de contar con jueces independientes e imparciales, y se observa claramente la diferencia que establece entre pronunciar un juicio y aplicarlo; pero cuando más adelante hace una afirmación totalmente incluyente acerca de los poderes de gobierno, no establece un poder judicial separado, o más bien, no divide la puesta en vigor de la ley entre dos poderes independientes.

La modificación más importante que introduce Locke a la concepción de funciones de gobierno es un intento de dividir el poder ejecutivo de un modo diferente, eso es, tomar en cuenta la distinta naturaleza de las responsabilidades internas y externas del gobierno.

En este sentido, Locke destacó el "Poder Federativo" al cual podemos llamar natural, porque es aquel que responde al poder que todo hombre tenía en forma natural antes de entrar a la sociedad. El "Poder Federativo" contiene el poder de la guerra y de la paz, las Ligas y las Alianzas y todas las transacciones con todas aquellas personas y comunidades fuera de la Mancomunidad de las Naciones".¹⁶ Locke estableció claramente que la distinción entre la verdadera autoridad ejecutiva y aquella parte de ésta que él denomina federativa, es solamente funcional, porque él insistió que aun cuando "éstas sean realmente diferentes en sí mismas, difícilmente podrían ser separadas y entregadas, al mismo tiempo, en las manos de distintas personas".¹⁷

La razón de esta distinción, que aparentemente no tiene sentido, se debe a que Locke escribía en un momento en que se estaba estableciendo la supremacía de lo legislativo sobre el gobierno. El Rey debía gobernar de acuerdo a la ley. Sin embargo, Locke, al igual que otros, se dio cuenta que el control de los asuntos internos presentaba problemas muy diferentes de aquellos de los asuntos externos. El punto sobre el cual insistía Locke era que en los asuntos externos el gobierno

¹⁵ John Locke, "An Essay Concerning the True Original Extent of Civil Society", *Social Contract*, Locke, Hume, Rousseau, London: Oxford University Press, 1947, p. 74.

¹⁶ Locke, *op. cit.*, p. 86.

¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

no ejecuta, no pone en vigor las leyes; desarrolla una función bastante diferente, que no es posible someter al control previo, como en los asuntos domésticos. Estas son distintas funciones en manos del ejecutivo, el cual obtiene su nombre de una de sus funciones principales: aquella de "ejecutar" para que, como dice Locke "las dos funciones estén siempre casi unidas"¹⁸ pero debe ser enfatizado de que son funciones muy distintas.

Hasta aquí, el énfasis ha sido puesto en la división de la función del gobierno. Locke argumenta que los poderes legislativo y ejecutivo deben permanecer en distintas manos en pro de la eficiencia, sobre la base de la división del trabajo. También argumenta que los poderes legislativo y ejecutivo deben otorgarse a personas distintas si se pretende preservar la libertad. El es enfático con respecto a este último punto. Hace de esta idea el punto central del rechazo hacia la monarquía absoluta, ya que bajo ese sistema no existe una garantía de libertad para nadie, por cuanto supone que el monarca absoluto tiene todo el poder, tanto legislativo como ejecutivo. La naturaleza misma del gobierno limitado requería que estas dos funciones y autoridades no estuvieran en las manos de un solo hombre. Tampoco era seguro entregar ambos poderes a un representante legislativo. Debe existir un poder ejecutivo separado, porque, como Locke insistía con frecuencia, el legislativo debe preocuparse de promulgar reglas generales y no dedicarse a sesionar constantemente, para evitar que éste asuma el poder de gobernar a través de "decretos arbitrarios improvisados". Locke desconfía tanto de los reyes como de los legisladores, lo que le impedía ver con buenos ojos que el poder se concentrara en las manos de cualquiera de estos dos poderes. Por este motivo, tanto por eficiencia como por conveniencia, concluyó que los poderes legislativo y ejecutivo debían estar en manos distintas. Difícilmente podría encontrarse una afirmación más clara que ésta sobre la esencia de la doctrina de la separación de poderes.¹⁹

Sin embargo, la principal objeción para visualizar a Locke como proponente de la doctrina, aun de forma modificada, es su declaración enfática sobre la supremacía legislativa. Locke pensaba que puede existir un poder supremo, que es el legislativo, al cual todo el resto está y debe estar subordinado. En este sentido, la completa subordinación de una agencia de gobierno a otra es inconsistente con la doctrina. De hecho, para Locke significó un enorme esfuerzo dejar en claro que ninguna agencia es superior a otra; que las dos ramas principales del gobierno, la legislativa y la ejecutiva, tienen un status autónomo.

Cuando Locke insistía en la supremacía del poder legislativo, estaba destacando claramente dos puntos diferentes. Primero, que la función legislativa es anterior a la ejecutiva, y que ésta última debe ser ejercida de acuerdo con las reglas que resulten del ejercicio de la primera. Esta es una parte esencial de la teoría democrática; la supremacía

¹⁸ Ibid., p. 86.

¹⁹ Ibid., p. 85.

de la ley es ciertamente parte de la doctrina de la separación de poderes. Segundo, lo que Locke pensaba es que existe un claro sentido en el cual la rama ejecutiva debe estar subordinada a la legislativa, ya que para poder impartir leyes a otro, se debe ser superior a él. Nuevamente, esto es perfectamente consistente con la doctrina; el ejecutivo no debe hacer las leyes, él debe ejecutar las órdenes del legislativo. Supremacía legislativa, según Locke, no quiere decir que el ejecutivo es sólo un funcionario que debe estar completamente subordinado al legislativo en el ejercicio de sus propias funciones. Por el contrario, el poder del legislativo está en sí mismo limitado al ejercicio de sus propias funciones.²⁰

Por otra parte, Locke destacó el elemento autónomo independiente en la posición del ejecutivo. A pesar de haber dado relativamente poca importancia al gobierno mixto, Locke, con la monarquía restaurada en mente, adjudicó una parte del ejercicio de la función legislativa al rey, y es aquí cuando Locke usa la rama ejecutiva desde una posición de subordinación a un status en coordinación con las partes representativas del gobierno.²¹

La teoría de Gobierno de Locke, por lo tanto, incluye los elementos esenciales de la doctrina de la separación de poderes, pero no es la doctrina pura. El legislativo, en su sentido más amplio, incluía a la persona que tenía el único poder ejecutivo. Pero esto no significaba, sin embargo, que hubiera una fusión de poderes en el sistema. La división básica de la función era clara. El rey no podía legislar, sino sólo consentir en la legislación. El Parlamento supervisaba la ejecución de la ley, pero no podía él mismo ejecutar. Esta es la base de la teoría de la constitución equilibrada; una teoría que podemos denominar como una separación parcial de funciones, ya que hay una participación de la autoridad legislativa, al mismo tiempo que se mantiene una división fundamental de funciones entre el ejecutivo y el legislativo.

Tenemos en Locke, entonces, algunos de los principales elementos de la teoría del gobierno equilibrado: la participación de la autoridad legislativa y la división de las funciones de gobierno. Una gran diferencia entre Locke y los pensadores del siglo XVIII, tanto en Inglaterra como después en los Estados Unidos, fue su descuido de la función judicial. Locke no atribuía una función judicial autónoma a la Cámara de los Loes. Si agregamos a esta dimensión, un mayor énfasis en el gobierno mixto que el que le había dado Locke, la teoría de la constitución equilibrada está casi completa; pero este mayor énfasis sobre el gobierno mixto en la teoría del siglo XVIII es importante, porque es verdadero que la doctrina de la separación de poderes tiene una influencia mucho más clara en el trabajo de Locke que la que se ve en los escritos de comienzos del siglo XVIII en Inglaterra.

La división de funciones de gobierno, relativamente clara que se había desarrollado a fines del siglo XVII, se hizo confusa a medida que

²⁰ Ibid., p. 88.

²¹ Vile, *op. cit.*, p. 65.

se imponía la teoría de la constitución equilibrada en el siglo XVIII. El énfasis sobre las funciones legislativas y ejecutivas que encontramos en el trabajo de Locke y de sus predecesores estaba estrechamente relacionado con la necesidad existente en el siglo XVII de fijar límites sobre el poder real, y en un grado menor, sobre el poder del Parlamento. Sin embargo, con el afianzamiento de la Monarquía inglesa en 1701, luego del acuerdo que siguió a la Revolución, surgió una situación completamente nueva. La teoría política dominante era conservadora: consistía en una preocupación por mantener el equilibrio perfecto, que se creía había sido alcanzado dentro del sistema de gobierno.

En la primera mitad del siglo XVIII, la teoría del gobierno mixto se prestigió nuevamente. Pero ya no era la teoría no diferenciada de gobierno mixto que había precedido a la guerra civil. Las ideas de la doctrina de separación de poderes se aplicaron a la teoría del gobierno mixto, resultando en la teoría de pesos y contrapesos, muy diferente a la teoría anterior del gobierno mixto, porque ésta sólo intentaba lograr la participación de las ramas de gobierno en el ejercicio de sus funciones. En la nueva doctrina, cada rama participaría en el poder legislativo supremo, pero cada una de ellas debía tener un fundamento de sus funciones propias, lo que les daba independencia y al mismo tiempo el poder para modificar en forma positiva las actitudes de las otras ramas de gobierno.

Uno de los escritores que defendió, durante este período en Inglaterra, el concepto de la constitución equilibrada contra el sistema ministerial corrupto de Robert Walpole, fue Henry Bolingbroke. Conocía a Montesquieu y no hay duda que este último obtuvo mucho de su conocimiento sobre la separación de poderes de Bolingbroke y sus obras.

Para Bolingbroke, el equilibrio de las instituciones que desempeñaban las diversas funciones de gobierno, especialmente las legislativas y ejecutivas, era de vital importancia para preservar la libertad en una monarquía limitada.²² Insistió en que la independencia de las partes de gobierno era perfectamente compatible con su dependencia mutua. Cada una de las partes del gobierno tiene el poder para ejercer cierto control sobre las otras y todas son, por lo tanto, mutuamente dependientes. El hecho de que no puedan ni deban ser independientes no constituye un prerequisite de interdependencias.

A mediados del siglo XVIII en Inglaterra, tenemos la amalgama del gobierno mixto, la supremacía legislativa y la separación de poderes. Aunque jugaban un papel secundario las ideas de la separación eran esenciales para la teoría. En ella está contenida la división de las funciones de gobierno entre las distintas agencias, pero ni las funciones ni las agencias cumplen con las exigencias de la doctrina pura de la separación de poderes, y en una función vital la autoridad es compartida, no dividida. No obstante, es importante la separación de poderes,

²² Ibid., p. 75.

al exigir por lo menos una separación parcial entre las agencias de gobierno.

Desde el punto de vista del desarrollo de la teoría pura de separación de poderes, la primera mitad del siglo XVIII representa un retroceso en las posiciones alcanzadas por la guerra civil inglesa y por la obra de John Locke. La teoría había sido asimilada, pero se mantenía subordinada a la teoría más antigua del gobierno mixto, y la actitud de los ingleses hacia la constitución habría de permanecer durante largo tiempo igual. De las dos doctrinas, la de la separación de poderes, representaba el pensamiento del futuro: la de gobierno mixto, el pensamiento del pasado. La ascendencia de la doctrina de la separación de poderes en América y en Europa sería consecuencia de la obra de Montesquieu y del surgimiento de nuevas ideas revolucionarias que acabaron con las presunciones que fundamentaban la teoría del gobierno mixto.²³

No cabe duda que el nombre que más se asocia con la doctrina de la separación de poderes es el de Montesquieu. Sin embargo, se sabe que él no inventó la doctrina, y que mucho de lo que él dijo en su libro *Del Espíritu de las Leyes*, fue resultado de la influencia de los escritores ingleses y de John Locke. Sin embargo, Montesquieu contribuyó con nuevas ideas a la doctrina, especialmente aquella referente al sistema judicial, y asimismo dio a la doctrina una posición más importante que la que le dieron escritores anteriores.

Del Espíritu de las Leyes se publicó en 1748, en un período de gran cambio y desarrollo político. Todas las ideas que se habían gestado durante las luchas de la guerra civil en Inglaterra, pero que eran prematuras y poco realistas para esa sociedad específica, pudieron ahora encontrar un lugar para desarrollarse en las colonias británicas de Norteamérica y en Francia.

Uno de los principales objetivos de la teoría política de Montesquieu consistía en descubrir los principios constitucionales que mejor promovieran la libertad política. Con este propósito, él miraba hacia la Constitución inglesa, la cual él estimaba era la única que establecía la libertad como su objetivo principal.

En su famoso capítulo 6, Libro XI, *Del Espíritu de las Leyes*, encontramos la cita: "hay en cada Estado tres clases de poder: el poder legislativo; el ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil".²⁴

Esta es una clara reafirmación de la división de funciones de gobierno de Locke, exceptuando al poder ejecutivo referente a los asuntos externos, al que Montesquieu no llama "Poder Federativo". Sin embargo, por un momento en este capítulo él continúa refiriéndose al Ejecutivo como el responsable de todos los asuntos internos, tanto gubernamenta-

²³ Ibid., pp. 74, 75.

²⁴ Barón de Montesquieu, *"Del Espíritu de las Leyes"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, pág. 151.

les como judiciales. En este sentido él adopta la clásica división doble de poderes del siglo XVIII y anterior. No obstante, casi de inmediato, redefine sus términos y afirma que el poder ejecutivo sólo abarcará las funciones de los magistrados cuando "dispone de la guerra y de la paz, cuando recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones".²⁵ Parece aquí conferir al poder ejecutivo sólo el poder sobre los asuntos externos, pero lo que él quiere expresar con "establecer la seguridad" resulta algo confuso ya que no está claro si esta aseveración tiene una connotación interna. Asimismo, Montesquieu afirma que denominará al tercer poder por el cual el magistrado "castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares"... , "llamaremos a éste poder judicial".²⁶

Este es uno de los aspectos más importantes del tratamiento que Montesquieu confiere a las funciones de gobierno, por cuanto completa la transición de funciones judiciales que antiguamente competían al Ejecutivo hacia la judicatura con un rol distinto del de hacer efectiva la ley, la que en definitiva se transforma en la nueva función del Ejecutivo.

Montesquieu pondrá al mismo nivel este poder de juzgar, con los otros dos poderes de gobierno, y esto producirá la división triple de funciones de gobierno, la cual caracterizará el pensamiento político moderno. Lo más importante en relación a este tema es que Montesquieu separará el poder de juzgar de la parte aristocrática del legislativo y lo investirá en las cortes ordinarias, no obstante, conservará la dimensión de la nobleza al interior del poder legislativo en calidad de corte de apelaciones. Sin embargo, Montesquieu aún no otorga a las cortes la posición que éstas asumirán posteriormente en el pensamiento político norteamericano; o sea, no le confiere al poder judicial el mismo status que a los poderes legislativos y ejecutivo. El visualiza a estas últimas dos agencias como entidades permanentes, las cuales deberán representar fuerzas sociales reales, a la monarquía, la nobleza y el pueblo. La judicatura, no obstante, no debe ser anexada a ninguna clase en particular, y de esta manera no se transformará en fuerza social alguna, representando a todos y a ninguno. El Poder Judicial, en ese entendido, debe ser totalmente independiente de los intereses del Estado.

Además, Montesquieu fue bastante enérgico al afirmar que los jueces deben ser doctos en las leyes, a fin que éstos puedan actuar por la letra y no conforme a su propia opinión. También destacó la importancia de los procedimientos judiciales como una protección para el individuo; a su juicio, se requerían largas investigaciones y muchas formalidades antes de que un hombre fuera declarado culpable.

La relevancia que otorga Montesquieu a la independencia del poder judicial, la importancia de contar con habilidades y jueces doctos, y la necesidad de procedimientos formales en el desarrollo de la justicia,

²⁵ Ibid., p. 151.

²⁶ Ibid., p. 151.

tendrá un gran impacto sobre el desenvolvimiento de la doctrina de la separación de poderes.

Según podemos observar, Montesquieu formuló la división triple de gobierno de una manera moderna. La rama legislativa del gobierno está para elaborar la ley; la ejecutiva, para hacerla efectiva; y el poder judicial es el anuncio de lo que es la ley a través de la solución de disputas. Las tres funciones comprenden todos los poderes de gobierno y pueden ser claramente diferenciadas una de la otra. Cada acto de gobierno puede ser colocado en alguna de estas categorías. Pero para demostrar que Montesquieu tenía una "teoría de separación de poderes", debemos ir más allá y demostrar que él sostenía que cada función debía ser ejercida por la agencia apropiada, además que estimaba que el personal de las tres ramas no debía ser el mismo. Se verá claramente que no sostenía la doctrina pura de separación de poderes, porque la combinaba con ideas de gobierno mixto y pesos y contrapesos; sin embargo, también está claro que él aboga para que cada agencia desempeñe sus propios deberes. Fue bastante explícito en esto: "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 ejecutivo. 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, ejerciera 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".²⁷

Como podemos apreciar, Montesquieu concebía que las diversas funciones de gobierno debían ser confiadas a las distintas agencias de éste, las que serían en gran parte independientes unas de otras en el ejercicio de sus respectivas funciones. No obstante, dada la atribución de distintas funciones para agencias diferentes, siempre surge el problema de las personas. ¿Deben las personas destacadas en cada agencia de gobierno ser absolutamente diferentes o debiera lograrse algún grado de interrelación?

En este punto, Montesquieu no es muy claro. Cuando escribía sobre la monarquía no veía una separación en la práctica de las funciones legislativa y ejecutiva, razón por la cual no analizaba la función de las personas; sin embargo, se preocupaba del hecho que los ministros reales ejercieran también como jueces. Existe, argumenta, "un tipo de contraste entre el consejo de un príncipe y su corte por judicatura".²⁸ El primero requiere de cierta pasión en la conducción de sus asuntos por unos po-

²⁷ *Ibid.*, pp. 151 y 152.

²⁸ *Ibid.*, p. 79.

cos hombres que se identifican con éstos, en cambio, la corte demanda cierta frialdad y una medida de indiferencia de parte de los jueces.

El problema de las personas integrantes de las ramas legislativa y ejecutiva, también fue tratado en forma muy superficial por Montesquieu. El autor no prestó mayor atención a otros funcionarios que no fueran los ministros del Rey, lo cual excluía cualquier discusión acerca de la posibilidad de que otras personas desempeñaran el rol de legisladores.

En consecuencia, Montesquieu no profundizó en torno al problema del desempeño de una misma persona para diferentes agencias de gobierno, y ciertamente no emitió una prohibición general. Pero el espíritu de sus postulados se aclara cuando surge un interrogante sobre el ejercicio del poder real, por cuanto, a su juicio, las agencias de gobierno no debieran estar bajo el control de una sola persona o de un grupo de personas si ha de preservarse la libertad.

Habiendo demostrado que todos los elementos de la doctrina de la separación de los poderes pueden encontrarse en la obra de Montesquieu, no está suficientemente claro que podamos definirlo como un "protagonista" de la "doctrina pura". Afirmamos esto, ya que Montesquieu fue más lejos y agregó a la concepción de la separación de poderes, la idea de pesos y contrapesos entre el poder ejecutivo y el legislativo, tomada en gran parte de la teoría del gobierno mixto. No se apoyó en el concepto de frenos negativos al ejercicio del poder, o en el de frenos dependientes de la mera existencia de agencias potencialmente antagónicas, encargadas de diferentes funciones de gobierno; abogó en cambio en favor de frenos positivos, estableciendo poderes de control sobre las otras ramas y al interior de cada una de ellas.

Algo que debe destacarse respecto de la teoría de frenos y equilibrios de Montesquieu, es que ella no involucra ni la judicatura ni el poder de juzgar. No se otorga a la judicatura poder alguno sobre las otras ramas; su independencia es absoluta porque no está sujeta a control por las otras ramas, excepto que el poder legislativo podría asumir roles atingentes a la corte suprema a fin de revisar el fallo de la ley. En otras palabras, siendo las cortes la única voz que se pronuncia sobre la ley y que no representan a ninguna fuerza o al Estado, éstas no son percibidas como un freno y tampoco es necesario revisarlas.²⁹

No obstante, la relación entre las ramas ejecutiva y legislativa realmente demuestra la característica de la idea de los frenos y equilibrios tal cual lo planteara Montesquieu. El funcionario ejecutivo debería tener injerencia en el poder legislativo mediante el uso del veto sobre la legislación, aunque no debiera tener el poder para entrar específicamente a legislar. El ejecutivo debería tener las atribuciones para convocar y fijar la duración del cuerpo legislativo. De esta manera podría defender su autoridad, y así asegurar que el poder legislativo no se torne

²⁹ El poder judicial como está visto acá por Montesquieu será analizado en profundidad por Hamilton en "The Federalist ist Paper" N° 78, donde dará al poder judicial una connotación e importancia un poco diferentes.

despótico. El legislativo no debería tener el derecho de interferir con el ejecutivo, aunque debiera tener el derecho a examinar cómo las leyes han sido ejecutadas.

Cualquiera sea el resultado de este examen, el legislativo no debería estar habilitado para juzgar a la persona que ejecuta las leyes. Sin embargo, los consejeros ejecutivos pueden ser sancionados si su asesoría es poco acertada; para servir este propósito, el poder de procesar quedaría en el legislativo; la cámara baja presenta la acusación y la cámara alta juzga. He aquí entonces, la forma constitucional de gobierno expuesta por Montesquieu. Debido a que el legislativo está compuesto de dos partes, se frenan la una a la otra a través del privilegio mutuo del rechazo. Ambas son moderadas por el ejecutivo, así como el ejecutivo es moderado por el legislativo.

Al diseñar su sistema político, Montesquieu estaba consciente del poder de una constitución para moldear el carácter del Estado. No obstante, también conocía el factor sociológico de tener a las partes esenciales del Estado como representantes de los diferentes intereses de la sociedad. En esta forma, adaptó la teoría del gobierno mixto a las raíces de un sistema de poderes divididos, con el objeto que los intereses de las distintas clases sociales aseguraran que un hombre o un grupo de hombres no obtuviera poder arbitrario. Esto no significa que se descartaba la teoría de la separación de poderes; esta se mantiene como el fundamento de la constitución de la libertad, pero ciertos poderes específicos y limitados fueron atribuidos al ejecutivo para el control del legislativo y al legislativo para el control de los miembros subordinados del ejecutivo. Estos mecanismos de control no constituían una fusión de poderes, sino que establecían vínculos entre las ramas de gobierno, restringida cada una al ejercicio de sus funciones apropiadas.

Montesquieu veía claramente una amplia separación de funciones entre las distintas agencias de gobierno, con una separación de personas, a la cual se agregaba la necesidad de un conjunto de frenos positivos al ejercicio del poder permitido a cada una de las dos permanentes y más importantes agencias del gobierno, a fin de impedir que éstas abusaran del poder confiado a ellas.

Lo que Montesquieu agregó al pensamiento inglés del siglo xvii y principios del siglo xviii —acerca de la separación de poderes— fue un manejo más moderno de las funciones de gobierno. Fue uno de los primeros autores en usar la palabra "ejecutivo" en un sentido moderno, en yuxtaposición con las funciones legislativa y judicial. Destacó la importancia de la función judicial y la calidad de esta función respecto a las otras funciones de gobierno.

Montesquieu también hizo notar que no obstante el hecho que la función legislativa es anterior al resto —en el sentido que las funciones ejecutiva y judicial se preocupan de hacer efectiva la ley—, era necesario que esta rama fuera limitada en su poder de interferir con los actos de la rama ejecutiva, pues de otro modo la función legislativa tendría el poder arbitrario.

En general, lo que hizo Montesquieu fue hacer uso de la concepción de un gobierno mixto, pero sin permitir que ésta dominara su pensamiento como había sucedido con los autores de la constitución equilibrada en Inglaterra. Articuló los elementos de la constitución de tal forma que permitió vislumbrar una clara separación entre las ramas legislativa y ejecutiva. Había recorrido un largo camino hacia la transformación de la teoría del gobierno mixto, partiendo de su posición en torno a una doctrina en su derecho propio hasta un conjunto de pesos y contrapesos en el sistema de agencias separadas sobre la base funcional. El resultado de esta transformación significaría un nuevo cauce para la doctrina de separación de poderes, lo que posteriormente le permitirá a ésta emerger como una teoría autónoma de gobierno. Esta teoría se desarrollaría de un modo muy diferente en Inglaterra, en América y en el continente europeo, transformándose en el criterio universal de un gobierno constitucional.³⁰

En Inglaterra, Montesquieu influyó en el informe de Blackstone sobre la Constitución de Inglaterra. Blackstone abogaba por la separación de poderes en dos formas: la primera, la separación de poderes en órganos legislativos, ejecutivos y judiciales; y la segunda, en una forma más comúnmente asociada con su nombre, entre los Comunes, los Lores y la Corona. Parece haber considerado dos funciones de gobierno: legislativa y ejecutiva, mientras que los órganos de gobierno podían dividirse en dos clasificaciones triples. La razón que argumentaba Blackstone para apoyar la separación de poderes en ambas formas, se basaba en la idea de la especialización y de la eficiencia por un lado, y en la idea de la protección de la libertad por otro. La primera encontraría su fundamento en la importancia de una labor separada de las distintas funciones de gobierno para el mejor desempeño de sus propios deberes. La segunda se fundaba en la idea que la división de poderes entre los Comunes, los Lores y la Corona —con un freno de control que interactuara entre unos y otros—, preservaría la libertad popular y la forma antigua del gobierno inglés.

Sin embargo, Blackstone no era un exponente doctrinario de una teoría dogmática de separación de poderes. Reconocía en forma bastante clara la supremacía del parlamento y la existencia de combinaciones tales como el poder parlamentario de procesar y juzgar a los ministros, el poder ejecutivo para convocar, prorrogar, disolver, y vetar el parlamento, la posición de la Corona como "fuente de justicia", y la función judicial de la Cámara de los Lores.³¹

Lo que proponía Blackstone era conciliar la doctrina de la separación de poderes con el concepto dominante de la constitución equilibrada a un grado aún mayor que el alcanzado anteriormente. Elaboró una interpretación inglesa del pensamiento de Montesquieu y dio una

³⁰ Vile, *op. cit.*, p. 97.

³¹ Malcolm P. Sharp, "The Classical American Doctrine of the Separation of Powers" *The University of Chicago Law Review*. 2 (abril 1935), p. 393.

nueva dirección a aquellos aspectos del pensamiento inglés que habrían de jugar un rol importante en el desarrollo constitucional americano.³² En este sentido, vale la pena señalar que la idea de la separación parcial de personas y funciones, que, según su concepción, constituía la base de la constitución equilibrada, sería luego adoptada por Madison, —con un cambio de énfasis—, para explicar la naturaleza de la Constitución Federal de los Estados Unidos. En su visión del poder judicial como un cuerpo, hasta cierto punto separado de los poderes legislativo y ejecutivo —y compuesto por un grupo de hombres designados, pero no destituibles al antojo de la Corona—, y cuya responsabilidad era preservar la libertad pública— también encontramos la base para la posición del poder judicial en la constitución de los Estados Unidos.³³

En efecto, Montesquieu y Blackstone fueron gran autoridad para los padres de la constitución de los Estados Unidos. Sus enseñanzas fueron puestas en práctica y complementadas por la causa de la experiencia política bajo un gobierno colonial y la de un estado joven.

Sin embargo, las enseñanzas de Montesquieu y la separación de poderes, fueron interpretadas por algunos con un rigor y dogmatismo muy lejos de la intención del autor, y fue necesario que James Madison defendiera en Norteamérica la constitución federal del ataque basado en que sus provisiones contravenían la teoría en varios aspectos particulares. En *The Federalist* N° 47, Madison argumentaba que la advertencia de Montesquieu estaba dirigida hacia la acumulación o monopolio de poderes en un departamento de gobierno; jamás quiso expresar que los departamentos no debían estar conectados con, o ejercer ningún control sobre, los actos de unos y otros. En otras palabras, la doctrina debía ser aplicada en forma flexible y no en forma rígida. La forma más efectiva de salvaguardar la doctrina era dar a cada departamento la fuerza necesaria para resistir las interferencias de los otros.³⁴ Según Madison, lo que Montesquieu quería expresar era que “donde todo el poder de un departamento es ejercido por las mismas manos que poseen todo el poder de otro departamento, los principios fundamentales de una constitución libre se ven debilitados”.³⁵ Advirtió además que “a no ser que estos departamentos estén de tal forma conectados y combinados como para ejercer cada uno un control constitucional sobre los otros, el grado de separación requerido, esencial para un gobierno libre, en la práctica nunca podrá ser debidamente mantenido”.³⁶

El pueblo norteamericano, después de un período de experimentación en las colonias, había llegado a una nueva formulación de la doctrina del constitucionalismo, la cual se remonta a las teorías de los siglos XVII y XVIII en Inglaterra. Habían hecho uso de ideas provenientes del pensamiento inglés y de su experiencia bajo el gobierno inglés; no obs-

³² Vile, *op. cit.*, p. 105.

³³ *Ibid.*, p. 104.

³⁴ Howard, *op. cit.*, p. 44.

³⁵ Hamilton, Madison, Jay, *op. cit.*, pp. 302-303.

³⁶ *Ibid.*, p. 308.

tante, se trataba de una nueva formulación, con un énfasis muy diferente al de la teoría de la constitución equilibrada que había sido el punto de partida hacia un nuevo mundo de independencia. La Convención Federal había retornado, en gran parte, a los puntos de vista de comienzos del siglo XVIII sobre la construcción adecuada de una constitución, con ese cambio vital de énfasis que las condiciones norteamericanas imponían a los redactores de la carta fundamental. Existía un nuevo cuerpo de doctrina constitucional que justificaba el sistema de poderes separados, sostenido por los mecanismos de pesos y contrapesos incorporados a esta carta.

Como hemos podido apreciar en el curso de esta presentación, la doctrina pura de la separación de poderes, como teoría de gobierno, no ha logrado proporcionar una base adecuada para un sistema político efectivo y estable. Ha debido ser combinada con otras ideas, entre ellas, la teoría de gobierno mixto, la idea de equilibrio y el concepto de los pesos y contrapesos, y así conformar las complejas teorías constitucionales que constituyen la base del sistema político moderno. No obstante, habiéndose efectuado todas las modificaciones pertinentes, las ideas esenciales de la doctrina se mantienen como un ingrediente vital al pensamiento político en práctica hoy en día, que por sobre todo es una de las mayores garantías que el sistema democrático ofrece a los hombres para defenderse de un gobierno arbitrario y, por lo tanto, poder vivir en libertad.