

SEPARACION DE PODERES Y ESTADO DE DERECHO

FRANCISCO OCTAVIO ZUÑIGA URBINA
Universidad La República

I. EL PRINCIPIO-DOGMA DE LA SEPARACION DE PODERES

El principio-dogma de la separación de poderes constituye una nota de identidad del Estado de Derecho, que surge en el contexto de la modernidad como una forma jurídico-política de Estado racional¹ opuesta al Estado-Poder (Weber). Sobre este punto nos recuerda García-Pelayo: "la racionalidad tiene carácter técnico, cuando los órganos y los actos están calculados para lograr una unidad de acción; tiene carácter axiológico cuando se calculan para realizar un valor. Al igual que en otros aspectos, el Estado liberal no hace más que llevar a sus últimas consecuencias el proceso ya iniciado en el absolutismo. En efecto, éste había comenzado el proceso de racionalización de la organización estatal, y que se manifiesta ante todo en la ordenación burocrática; pero, por un lado, había dejado pervivir factores irracionales, y, por otro, el proceso racional no había llegado a la cúspide del Estado, ya que el rey lo era "por la gracia de Dios" e iban adheridas a él una serie de representaciones irracionales. La Constitución liberal llevará a su límite esta tendencia hacia la racionalización"².

En este contexto la separación (división) de poderes es cualitativa, racional y funcional, si se contraponen a la división vertical de poderes propia del feudalismo, "que comenzando con el rey y siguiendo la cadena

¹ WEBER, Max: *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva* (trab. J. MEDINA E. y otros) F.C.E., 2ª ed. 1964. 7ª reimp., México D.F., 1984. Págs. 172-174-226-227.

² GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial S.A., Madrid. 1984 Pág. 154.

feudal se extiende a través de sus vasallos y subvasallos, cada uno ejerciendo su señorío sobre determinadas tierras y personas, sin que el superior pueda intervenir en la esfera del inferior más que dentro de los límites prefijados en el pacto feudo-vasallático y, de otro lado, por una división horizontal, puesto que el poder del reino, en su nivel superior, estaba distribuido entre el rey y los grandes vasallos a *capite tenentes*³. En la Constitución estamental, en la que el orden político es concebido como un *corpus mysticum* del que el rey es *caput* y el conjunto de estamentos, los miembros o *regnum*, el poder se dividía, de un lado, entre el *rex* y el *regnum*⁴. El centro de estas concepciones premodernas de la separación de poderes no era la libertad abstracta individual, sino la *libertas* concreta, es decir, "el status privativo o *privilegium* de cada estamento y de sus miembros": una cosa era la *libertas* eclesiástica y, en consecuencia, la de los clérigos y otra cosa era la *libertas* nobiliaria y la de los nobles, y otra cosa la de las ciudades y la de sus ciudadanos. Es decir, mi libertad no era originaria ni igual a la de cualquier otro, sino que dependía de la *libertas* del estamento o colectivo al que pertenecía⁵. Recordemos que H. S. Maine que plantea esta evolución como el paso del "status" al "contrato" (*Ancient Law*).

Se ha considerado como una forma de separación de poderes la tesis del *status mixtus* (gobierno mixto) que arranca de los aportes de Platón, Aristóteles y Polibio; recepcionada por la escolástica; fórmula que postula un sistema de gobierno con componentes monárquicos, aristocráticos y democráticos⁶.

Sin embargo, el principio-dogma de la separación de poderes, en un sentido cronológico y conceptual se aproxima a la idea del *balance of powers*, del equilibrio o de la "balanza de poderes" desarrollada al hilo de las polémicas inglesas del siglo XVII, como una forma de división del ejercicio del poder donde la perspectiva orgánica subyacente a las formas de división anteriores y que presuponen, como se ha dicho, la idea organicista de un *corpus mysticum* político o civil, cede ante la perspectiva

³ GARCIA-PELAYO, Manuel: *La División de Poderes y su control Jurisdiccional*. En *Revista de Derecho Político* Nº 18-19. UMEM, Madrid, 1983. Pág. 7.

⁴ GARCIA-PELAYO, Manuel: *La Constitución Estamental*. En *Revista de Estudios Políticos* Nº 44 F.E.P. Madrid, 1949. Pág. 105 y ss.

⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel: *La División de Poderes...* Ob. cit. Pág. 8.

⁶ BOBBIO, Norberto: *Teoría de las formas de Gobierno* FCF, México D.F. 1983.

mecanicista -más típica del mundo moderno- el tratar al problema no desde el punto de vista de los miembros articulados en un organismo, sino desde el punto de vista de las relaciones de fuerzas"⁷.

Montesquieu en su célebre obra "Del Espíritu de las Leyes" Libro XI, Cap. VI, describe el "sistema racional" inglés tal como lo interpretaba: "En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado" (...) "De los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo"⁸. De manera que, a cada función del Estado ("poder" legislativo, ejecutivo y judicial) se corresponde un titular distinto (poderes) y en el marco de separación estos poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos, todo ordenado para la concreción de una idea de libertad, esto es, "no depender de otra cosa que no sea la ley". "La libertad, por ende, -escribe F. Neumann- consiste en hacer aquello que no está prohibido por una ley promulgada por un gobierno que practica la separación de los poderes; donde la ley la sanciona un cuerpo legislativo, la administra un ejecutivo separado y sólo una magistratura independiente la aplica a los ciudadanos"⁹.

Por cierto el material histórico que empleó Montesquieu "era inadecuado o estaba erróneamente interpretado", pero ello no importa, puesto que el principio-dogma de la separación de poderes constituye "una abstracción del pasado, un ideal del presente al tiempo que un programa para el futuro" (L. Ranke); vale decir, una teoría nueva y con "vocación de validez universal" ajustada a las condiciones históricas" y a los deseos de la burguesía en ascenso"¹⁰. La formulación teórica de Montesquieu se

⁷ GARCIA-PELAYO, Manuel: *La División de Poderes...* Ob. cit. Pág. 8.

⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Barón de: *Del Espíritu de las Leyes* (Trad. N. Estévez), Edit. Porrúa S.A. México D.F., 1985. Pág. 104-106.

⁹ NEUMANN, Franz: *El Estado Democrático y el Estado Autoritario*. Compilación de la H. Marcuse, Edit. Paidós S.A.I.C.F., Buenos Aires, 1971. Pág. 130.

¹⁰ LUCAS VERDU, Pablo: *Curso de Derecho Político* (Tomo II), 3^o Ed. 1981, 2^a

asienta en una racionalidad técnica y axiológica, que asigna a cada función ("poder") un órgano adecuado en la realidad histórica "imperante" (el modelo inglés). Tal formulación de la separación de poderes proporciona un modelo de validez universal "pero al que no llega partiendo deductivamente de un principio, sino elaborando los datos obtenidos de la observación empírica de la constitución inglesa de su tiempo interpretados y sistematizados de acuerdo con los métodos de la *Regulae Philosophandi* de Newton, es decir, concibiendo el funcionamiento de los poderes estatales como una relación de fuerzas que produce una resultante"¹¹.

La resultante es la libertad individual; "sabido -nos recuerda García-Pelayo- es el pensamiento de Montesquieu es este punto: el valor político supremo es la libertad, el mayor enemigo de la libertad es el poder, ya que todo poder tiende a su abuso, pero como el poder sólo puede ser detenido por el poder en distintos órganos. De aquí que aplicando, como antes hemos dicho, los principios de la mecánica de Newton conciba al orden político no como una ordenación monocéntrica, tal como sucedía en la monarquía absoluta, sino pluricéntrico, no resulta de la operación de unas sustancias, sino de unas relaciones entre fuerzas que generan un estado de equilibrio, lo que trasladado al campo político se expresa diciendo que los poderes actúan y se relacionan entre sí por la doble facultad del *statuer*, es decir, de ordenar por sí mismo y de corregir lo ordenado por otro, y por la facultad de *empêcher*, o sea, del derecho de anular una resolución tomada por otro"¹².

El principio-dogma de la separación de poderes se incorporó a toda la tradición política liberal, al constitucionalismo y al concepto de Estado de Derecho. La Constitución de Virginia de 1778, la Constitución norteamericana de 1788, la Constitución francesa de 1791, la Constitución española de 1812, entre otras, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 elevan a paradigma de racionalidad la prescripción: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución".

A la concepción trinitaria de Montesquieu, el jurista Benjamín Constant introduce en 1815 un cuarto poder o *pouvoir neutre*, poder armónico o "moderador" que regula el funcionamiento de los restantes poderes "sin

reimp. 1986, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1986. Pág. 136.

¹¹ GARCIA-PELAYO, Manuel: *La División de los Poderes...* Ob. cit. Pág. 9.

¹² GARCIA-PELAYO, Manuel: Ob. cit. Pág. 9.

que se crucen entre sí, conservando cada cual en su lugar"¹³. El poder neutro, "moderador" que lo ejerce el monarca en la estructura de Constant (el contexto es la Francia de la Restauración), es el antecedente del actual sistema de justicia constitucional que resuelve los conflictos entre órganos constitucionales como conflictos de competencia.

En el contexto del Estado Social, de los fenómenos de crecimiento y complejidad estatal, el principio-dogma de la separación de poderes ha perdido vigencia, "no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes funciones y poderes, de un mismo Estado constituyesen compartimentos aislados, totalmente incommunicables entre sí". Al contrario, -nos dice Elías Díaz- no se trata propiamente de una rígida separación, sino, más bien, de una distribución o división de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas"¹⁴. En este orden de ideas, con claridad Loewenstein escribe: "Lo que en realidad significa la así llamada "separación de poderes", no es ni más ni menos que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones -el problema técnico de la división del trabajo- y que por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados de estas funciones que son realizadas por diferentes órganos; la libertad es el telón ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que conscientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales a diferentes órganos del Estado"¹⁵.

II. EL PRINCIPIO DE LA "SEPARACION DE PODERES" EN EL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO

Determinar el significado del concepto de "Estado de Derecho" es una tarea ardua, puesto que constituye una categoría jurídico-política utilizada

¹³ GARCIA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Ob. cit. Pág. 156.

¹⁴ DIAZ GARCIA, Elías: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática* 8ª Ed., 4ª reimp., Edit. Taurus S.A., Madrid, 1985. Pág. 33.

¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución* (Trad. A. Gallego A.) Edit. Arid S.A., 2ª Ed. 1976, 3ª reimp. 1983, Barcelona, 1983. Pág. 55.

desde diversas posiciones teóricas e ideológicas¹⁶. Con todo, Lucas Verdú propone la fórmula siguiente: "cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la autoridad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho"¹⁷. Este concepto de Estado de Derecho adquiere plena comprensión en sus notas de identidad, a saber:

- a) Imperio de la Ley: ley entendida como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo, judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.

De esta suerte, el principio de la separación de poderes constituye una nota de identidad básica del Estado de Derecho, y al mismo tiempo es la fórmula para designar esta realidad jurídico-política en la cultura francesa. Efectivamente, la investigación histórico-filosófica lleva al resultado de modificar la opinión común de que con la expresión o "rotulo" de Estado de Derecho se podría identificar la entera tradición del pensamiento liberal europeo y norteamericano. El origen y carácter del Estado de Derecho son plenamente germánicos. (I. Kant, J. G. Fichte, W. Humboldt, C. Th. Welcker, R. V. Mohl, bajo la expresión lingüística RECHTSSTAAT, constitutiva de la "historia interna" del concepto, en la cual sus principios de identidad son "desustancializados" por el positivismo de tal modo que los convirtió en fórmula huera, aplicable a toda clase de Estado. En su historia externa el concepto de Estado de Derecho¹⁸ es designado bajo la expresión inglesa *RULE OF LAW* o bajo la expresión francesa *SEPARATION DES POUVOIRS*. En este punto resulta claro que

¹⁶ BARATTA, Alessandro: *El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*. En Revista Sistema Nº 17-18, Madrid, 1977. Pág. 11 y ss.

¹⁷ LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*. Ob. cit. Pág. 237.

¹⁸ DÍAZ GARCÍA, E.: *Estado de Derecho y...* Ob. cit. Pág. 31. También LUCAS VERDÚ, Pablo. Ob. cit., pág. 238-239.

las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y las teorías iluministas francesas del Estado y la *Rule of Law* inglesa se explican principalmente por la diversa concepción de la soberanía imperante en estos países durante el liberalismo clásico.

En Francia, la soberanía pertenece al pueblo. Por esto Gneist consideró totalmente contrapuesta a la ideología alemana del Estado de Derecho, la concepción francesa de la ley como expresión de la soberanía popular, instrumento, además, de garantía de la libertad individual entendida como autonomía (es menester observar que Kant está al respecto más próximo de los franceses que de ser precursor de la ideología alemana del Estado de Derecho)¹⁹. Desde este punto de vista, la teoría de la separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del poder legislativo -expresión de la voluntad popular- sobre el ejecutivo y el judicial. Tanto el ejecutivo como el judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y a respetar las leyes. En Inglaterra la soberanía compete conjuntamente a las dos Cámaras y a la Corona. La *Rule of Law*, como expresión de la tradición constitucional inglesa, corresponde principalmente a la idea del límite que el poder de gobernar y de legislar recibe del *Law of the Country*, es decir, del Derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial²⁰.

Sin embargo, el centro de la formulación de Montesquieu es la libertad individual y política, engarzando el principio-dogma de la separación de poderes como elemento básico que define el Estado de Derecho. En palabras de un jurista conservador como Carl Schmitt: "de la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un principio de distribución: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio. Segundo, un principio de organización, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de distribución -libertad del individuo, ilimitada en principio;

¹⁹ PEREZ-LUÑO, Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Edit. Tecnos S.A., 2º Ed. Madrid 1986. Pág. 219 y ss.

²⁰ BARATIA, A.: ob. cit. Pág. 17

facultad del poder del Estado, limitada en principio- encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes (...). Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos a esos "poderes"²¹.

Del doble significado del principio de separación de poderes: nota de identidad del Estado de Derecho y manifestación del Estado de Derecho en la cultura francesa (historia externa); concluimos que la separación de poderes es un principio dogmático institucional. En palabras del jurista Pablo Lucas Verdú: "la separación de poderes es un postulado, un principio dogmático del Estado constitucional liberal, puesto que se considera indispensable para asegurar la libertad de los ciudadanos, en la medida que limita el poder político, atribuyendo a órganos distintos, correspondientes a instituciones diferentes, el ejercicio de cada función estatal, de modo que un individuo, un grupo de individuos, o una asamblea, no pueden, al mismo tiempo, dictar leyes y aplicarlas por la vía administrativa o judicial. Trátase de un principio dogmático, porque se afirma la identidad absoluta entre la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de la libertad (...). "Además, el postulado de la separación de poderes tiene carácter también institucional, en la medida que sirve como esquema distribuidor de las diversas materias del Derecho Constitucional (...)"²². Por cierto, que el principio-dogma de Montesquieu ha sido objeto de críticas y negaciones de diversa filiación teórica e ideológica, a saber: la separación de poderes ataca la indivisibilidad de la soberanía (Rousseau), o bien, rompe la unidad orgánica del Estado o simplemente constituye una teoría antihistórica, posición ideológica en beneficio de la burguesía²³. Sin embargo, las críticas y negaciones aceptables en lo relativo a la carencia de valor científico del principio de separación de poderes en la estructura del Estado contemporáneo; no lo son en cuanto al mantenimiento y funcionalidad jurídico-política del principio.

En el contexto de Estado Social (*Welfare State*) y del Estado de Partidos, el principio de separación de poderes tiene la "función de asegurar la unidad y estabilidad del Estado democrático, ya que sobre la sola con-

21 SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución* (Trad. F. Ayala. Epílogo M. GARCIA-PELAYO), Alianza Editorial S.A. Madrid, 1982, Pág. 130-131

22 LUCAS VERDÚ, P.: Ob. cit. Pág. 133.

23 Críticas tratadas acertadamente por los juristas M. GARCIA-PELAYO y P. LUCAS VERDÚ, por lo que no nos detenemos en las líneas argumentales.

currencia de partidos y organizaciones de intereses no puede haber más que un pluralismo desordenado y desintegrado sobre el que es imposible fundamentar orden estable alguno. Tiene la función de contribuir a la racionalidad del Estado democrático introduciendo factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales y de obligar a los grupos políticamente dominantes a adaptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, objetivando, así, el ejercicio del poder, lo que unido a la crítica de la oposición en el seno del Parlamento, pone límites a su ejercicio arbitrario por parte del Gobierno o de los partidos mayoritarios²⁴.

El crecimiento y complejidad de la realidad estatal, involucra redimensionar permanentemente el Estado regulador, administrador y empresario en su "difícil" relación con la sociedad civil. Precisamente, la regla de oro de que a todo acrecentamiento de la esfera del poder estatal debe acompañar un vigorizamiento de los mecanismos de control (Vanossi), tiene aplicación sólo en una democracia organizada jurídica y políticamente bajo la forma del Estado de Derecho, que en cuanto concepto-realidad ha demostrado poseer gran adaptabilidad y perfectibilidad, demostrada en la superación del Estado liberal por el Estado social. Ello refuerza la idea de que el concepto Estado de Derecho (y sus principios básicos o notas de identidad) surgen como concepto "temporalmente condicionado, abierto a influencias y confluencias" de concepciones cambiantes del Estado y de la Constitución, y sus variadas posibilidades de concreción (J. J. Gomes Canotilho). El Estado de Derecho no debe concebirse como un sistema tipo, con valor propio, posición que conduce a un conjunto de "artificios técnico-jurídicos", vieja idea del Estado de Derecho formal, lo que involucra una apertura exorbitada o reconocer la equivocidad de éste²⁵.

De consiguiente, el Estado de Derecho no es un concepto puramente jurídico, tiene "entidad jurídico-política" (Vanossi), tiene un contenido axiológico variable en sus diversas manifestaciones espacio-temporales: *RECHTSSTAAT*, *Rule of Law* o *Separation des Pouvoirs*, que en la actualidad deben tender a generar los recaudos organizativos del poder para el logro de más libertad.

²⁴ GARCIA-PELAYO, M.: *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Ed. S.A., 2º Ed. 1º reimp., Madrid, 1987, Pág. 61.

²⁵ GOMES CANOTILHO, J.J.: *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, 4º Ed., 3º reimp., Coimbra, 1989. Pág. 278 y ss.