

ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PAPEL DE
LOS JUECES EN LOS MODELOS DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO:
RULE OF LAW; DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE;
ESTADO LEGALISTA FRANCÉS Y EL RECHTSSTAAT ALEMÁN.

JOSÉ LEONARDO GUIO ESPITIA

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
UNIVERSIDAD DE KONSTANZ
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ
2010

ANALISIS HISTÓRICO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PAPEL DE
LOS JUECES EN LOS MODELOS DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO:
RULE OF LAW; DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE;
ESTADO LEGALISTA FRANCÉS Y EL RECHTSSTAAT ALEMÁN.

JOSÉ LEONARDO GUIO ESPITIA
Tesis de grado para optar al título de
Magister en Derecho Público

JHEISON TORRES
Tutor de Tesis

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
UNIVERSIDAD DE CONSTANZ
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ
2010

Nota de Aceptación

Presidente de Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, Junio 10 de 2010

*A mi esposa Lorena y a mi hija Sofía
por todo su amor y paciencia*

A mis padres, hermano y familiares

*A mis Profesores Julio Ramírez Villate,
y Álvaro Echeverry Uruburu
por sembrar en mí el amor por los
ideales que persigue el Derecho Público.*

*A mi tutor, Dr. Jheison Torres
y Compañeros de la maestría
por su asistencia y apoyo.*

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	7
1. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA TEORIA DE SEPARACION DE PODERES.....	13
1.1 Concepto de la División de Funciones en el Mundo Antiguo.....	13
1.2 Desarrollo del Concepto de División de Funciones y Separación de Poderes en la Edad Media.....	16
1.2.1 Teoría del Estado Mixto.....	19
1.2.2 La Guerra Civil en Inglaterra y el atisbo de la Teoría de la Separación de Poderes.....	22
1.2.3 La Teoría de la Constitución Equilibrada.....	26
2. LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO.....	32
2.1 Modelo Liberal Ingles –The Rule of Law.....	35
2.1.1 Marco Histórico.....	36
• Teoría del Estado Mixto en Inglaterra.....	36
• Una Primera Versión de la Teoría de la Separación de Poderes.....	38
• La Teoría de la Constitución Equilibrada en Inglaterra.....	41
• La Implementación del Sistema Parlamentario en Inglaterra.....	44
2.1.2 Sistema de Gobierno Actual.	45
2.1.3 Actual Distribución de Poderes.....	46
2.1.3.1 La Corona.....	46
2.1.3.2 El Gabinete.....	50
2.1.3.3 El Parlamento.....	54
2.1.3.4 El Sistema Judicial en el Common Law Británico.....	57
2.1.4 Grafico del Modelo de la Separación De Poderes.	62
2.2 Estados Unidos de Norte América.	65

2.2.1 Marco Histórico.....	66
• Constitución de Pensilvania 1776.....	69
• Constitución de Nueva York 1777.....	72
• Constitución de Vermont 1777.....	74
• Constitución de Massachussets 1780.....	76
• Convención Federal de Filadelfia 1787.....	82
2.2.2 Actual Distribución de los Poderes.....	90
2.3 ESTADO LEGALISTA FRANCÉS.....	99
2.3.1 Marco Histórico.....	101
2.3.1.1 Contexto.....	101
2.3.1.2 Desarrollo Constitucional.....	103
• La Constitución de 1791.....	108
• Régimen Asambleísta y Constitución 1793.....	110
• Acta Constitucional 1793.....	112
• Constitución del año III – 1795.....	114
• Constituciones Napoleónicas: Constitución del Imperio.....	116
• La Constitución del año VIII.....	116
• Constitución del año X 1802 y la Constitución del año XII (1804).....	117
• Constitución de 1814 – La Restauración.....	118
• Constitución de 1830.....	120
• La Segunda República. La Revolución de 1848.....	121
• Constitucionalismo del II Imperio (1852).....	123
• La Tercera República.....	123
2.3.2 Distribución del Poder Imperante en el Estado Legalista Francés.....	124
2.3.3 Modelo de la Separación de Poderes en el Estado Legalista Francés 1791 a 1795.....	126
2.4 DEL RECHTSSTAAT O DEL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN DE 1871.....	128
2.4.1 Marco Histórico.....	131
• La Revolución de 1848.....	133
• Unificación Alemana: 1871.....	134
2.4.2 Características del Rechtsstaat en el Imperio Alemán de 1871.....	136

•	Rechtsstaat o Estado de la Razón.....	136
•	La Perspectiva Legalista.....	140
•	De la Cameralistica o Derecho Administrativo Alemán.....	145
2.4.3	Distribución del Poder Imperante en el Reichsstaat – Imperio Alemán 1871.....	148
•	La Separación de Poderes Antes de 1871.....	150
•	La Constitución del Imperio Alemán de 1871.....	153
CONCLUSIÓN.....		165
BIBLIOGRAFIA.....		177

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Competencias del Rey	42
Tabla 2: Competencias del primer ministro y el gabinete	46
Tabla 3: Competencias del Parlamento	49
Tabla 4: Constitución de Pensylvania 1776	63
Tabla 5: Constitución de Nueva York 1777	65
Tabla 6: Constitución de Vermont 1777	67
Tabla 7: Constitución de Massachussets 1780	72
Tabla 8: Acta Constitucional 1793	105
Tabla 9: Constitución del Año VIII (1799)	110
Tabla 10: Constitución alemana 1867	140
Tabla 11: Constitución alemana 1871	145
Tabla 12: Constitución de 1871	147
Tabla 13: Constitución República de Weimar	154

INTRODUCCIÓN

La transición del Modelo de Estado Liberal de Derecho al Modelo del Estado Social de Derecho surgida en el escenario de la segunda post-guerra mundial, mediante la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, ha constituido un punto de inflexión en el Constitucionalismo y en la Teoría del Estado de los Sistemas Democráticos Contemporáneos.

La garantía exclusiva de los derechos de libertad típica de los Estados de Derecho Liberal: no hacer, no limitar, no prohibir, no intervenir, es superada por una nueva ontología del ideario político – estatal que ahora persigue garantizar un plexo de derechos sociales que constituyen presupuestos necesarios para el ejercicio material de la democracia.¹

El Estado Social de Derecho comporta una condición garantista del sistema jurídico que supera el concepto de limitación del poder político basado en la guarda al principio de legalidad, característico del Estado Liberal de Derecho; bajo la nueva axiología del Estado Social de Derecho el sistema jurídico obedece a unos principios, valores y garantías que elevados al orden Constitucional del Estado irradian y condicionan el ejercicio del Poder Político y la Producción del derecho Estatal a la consecución de unas garantías, en clave de Derechos, que materializan un ideario objetivo de Justicia Social.

Este Estado Social del Constitucionalismo comporta una serie de exigencias y responsabilidades sociales en cabeza de los órganos de derecho público que son titulares del poder legislativo, ejecutivo y judicial; así las cosas, el ejercicio de los poderes Estatales necesariamente configura una interpretación y materialización dinámica y constante de los axiomas, valores y principios que se demandan en la Constitución Política como bases legitimadoras de una democracia social.

Es claro que en el marco del Estado Social de Derecho la Rama Judicial ha ganado un protagonismo especial en cuanto a que en los Tribunales Constitucionales reposa el control de la constitucionalidad formal y sustancial del Derecho Estatal, descollando la función de Legislador Negativo acotada por Hans Kelsen², en el marco de las teorías de regularización del Derecho que enmarcaban el Estado Liberal del siglo XIX.

Los Jueces Constitucionales tienen a cargo la interpretación normativa de más alto grado en el Sistema Jurídico Constitucional del Estado Social de Derecho, su encargo como órganos guardianes de la Constitución los erige como un centro de poder que establece el alcance, sentido y demandas del entramado de valores, principios, derechos, garantías y exigencias que un sistema

¹ Para ahondar en este punto ver: FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: Una Discusión sobre Derecho y Democracia, Ed. Trotta, 2006. MARTÍNEZ, Mauricio. La Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

² KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Ed. Instituto de Jurídicas, Buenos Aires, 1999.

jurídico cargado de una moral – social demanda de las Instituciones, de la Democracia y de los Ciudadanos.

En tal sentido, los Tribunales Constitucionales han desarrollado un modelo de intervención jurídico – político que es expresado mediante las sentencias proferidas en el marco de la acción de inconstitucionalidad, control previo de constitucionalidad y las proferidas en desarrollo de la acción de tutela, en las cuales, se establecen precedentes judiciales con los mismos efectos vinculantes que una ley ordinaria comporta para la judicatura o se establecen mandatos dirigidos al poder Legislativo o Ejecutivo del Estado en atención a la conjura de situaciones particulares que deben intervenir por imperioso mandato de la Constitución.³

Así mismo, existen sentencias de tipo manipulativo o de constitucionalidad condicionada en las que el Tribunal Constitucional declara la exequibilidad condicionada de una norma a una interpretación y sentido normativo que explícitamente establece el juez y que se convierte en condición de su validez, lo cual, deviene en la creación de reglas y sub-reglas de derecho en sede jurisprudencial en un claro despliegue de creación del Derecho Estatal.

Este modelo de intervención no es ajeno a nuestro Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional Colombiana lo ha implementado en desarrollo del papel que le corresponde en el Marco del Modelo de Estado adoptado mediante la Constitución Política de 1991.

La Corte Constitucional Colombiana ha implementado el modelo de intervención jurídico-política mediante conocidas y múltiples sentencias en la que ha establecido el precedente judicial, a judicializado asuntos de política pública a cargo del legislativo y ejecutivo y ha declarado la validez de leyes condicionadas a un sentido establecido por el Alto Tribunal.⁴

Ahora bien, el nuevo papel de los jueces en el Estado Social de Derecho ha estado preñado de tensiones y fuertes arremetidas desde los poderes ejecutivo y legislativo en virtud del “atentado” que el derecho creado en sede judicial significa para los principios de la democracia, la separación de poderes, la seguridad jurídica y la estabilidad fiscal del Estado Colombiano.⁵

Las críticas han sido múltiples y desde distintos sectores académicos, sociales, gremiales y políticos del país, sin embargo, uno de principal interés es el relacionado con la usurpación de la esfera legislativa atribuida al Congreso de la República en virtud del principio de la Soberanía Popular, consustancial, a los órganos de representación popular como el Senado, Cámara de

³ LÓPEZ, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Ed. Legis, Bogotá - Universidad de los Andes, 2007.

⁴ Para acceder a un compendio de las jurisprudencias emanadas en el modelo de intervención de la Corte Constitucional Colombiana, consultar CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas Constitucionales, Ed. Legis, Bogotá, 2007.

⁵ Ibid., Con relación al impacto económico de Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Representantes y Presidencia de la República; en tal sentido la Corte Constitucional estaría trastocando o derogando los principios democráticos en los que se funda el Estado y que son salvaguardados celosamente por el principio estructural de la Teoría de la Separación de Poderes.

Para los contradictores del Tribunal Constitucional la expansión del espectro de las sentencias judiciales al plano de la función legislativa que deviene con la exequibilidad condicionada de las leyes, el establecimiento por vía jurisprudencial de precedentes judiciales y la judicialización de políticas públicas, que implican asignación de recursos, transgreden el principio de la Teoría de la Separación de Poderes, que como garantía constitucional nuclear del liberalismo político, evita la concentración del poder político y la usurpación del poder soberano apostado en los órganos de representación popular.

En esta problemática se desarrolla el objetivo de la presente investigación; ¿Es la participación de los Jueces en la Creación del Derecho Estatal una fractura del Principio de la Teoría de la Separación de Poderes en la que se fundan los Estados Liberales de Derecho? o ¿Es la Separación de Poderes una teoría estática inflexible que no admite modulaciones de acuerdo a los principios y finalidades que persigue cada Modelo de Estado?

Como se ha mencionado ésta teoría constituye un elemento estructural para la salvaguarda de los principios fundamentales en los que se erige el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho; pero por sobre todo, es una garantía del primer orden político – constitucional en la que se en-criptan los valores democráticos que dan fuerza legitimadora al accionar del Estado en su conjunto.

La Teoría de la Separación de Poderes ha pervivido en la teoría política que dio origen a los Estados Democráticos de Derecho durante los siglos XVII, XVIII, XIX, XX y XXI; la imperiosa necesidad de separar el poder de legislar, de ejecutar y de juzgar para evitar que la voluntad de un individuo o de un grupo se imponga sobre todo un conglomerado social, así mismo, evitar que la injusticia que comporta el que la ley, el castigo y la autoridad provengan de una sola mano es el gran cometido que cumple ésta teoría como principio racionalizador del poder político.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de la Teoría de la Separación de Poderes ha sido el centro de álgidos debates, en el marco del alcance dado a los Tribunales Constitucionales en lo que se refiere a la creación del Derecho Estatal en sede Judicial, considero de vital importancia analizar el concepto, naturaleza, historia y alcances de éste principio estructural del Estado de Derecho y su relación con la función judicial.

El análisis propuesto se hará en sede del Estado Liberal de Derecho y no del Estado Social de Derecho, no obstante el debate se ha exacerbado a todo nivel en el segundo de éstos dos modelos. La anterior delimitación del estudio en sede del Estado Liberal de Derecho obedece a varias razones a saber:

- i. Desde un punto de vista cronológico e histórico es claro que es en el seno del Estado Liberal de Derecho en el que se estructura una Teoría de la Separación de Poderes como principio racionalizador del Poder Político, así mismo, es claro que es desde el andamiaje teórico - político del Estado Liberal de Derecho desde donde se proyecta el actual Estado Social de Derecho generando ello la necesidad de agotar en primera instancia el estudio del modelo liberal.
- ii. Ofrece cierto grado de imparcialidad analizar el alcance de ésta Teoría en el Estado Liberal de Derecho en la medida en que una crítica recurrente en contra del Estado Social de Derecho es el eclipse de la ideología socialista sobre la teoría del Estado Liberal en su versión más pura, con lo cual, muchos puntos del debate sobre el Estado Social de Derecho quedan reducidos a complejas confrontaciones ideológicas, así las cosas, el Estado Liberal de Derecho es un terreno neutral desde el que se pueden analizar y despejar varias dudas en relación a la teoría a analizar.
- iii. Por la proximidad genética existente entre el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho el evaluar estructuras en el plano del primero de ellos puede arrojar conclusiones que despejan o evitan la generación de polémicas innecesarias en el segundo, así las cosas, si por ejemplo, del análisis del papel de los jueces en el marco de la Teoría de la Separación de Poderes del Estado Liberal de Derecho se desprende que los jueces participan en la creación del Derecho Estatal el debate generado con ocasión de la aparente fractura de esta teoría por cuenta del modelo de intervención de los Tribunales Constitucionales propios del Estado Social de Derecho perderá fundamento.
- iv. En razón a la extensión de la investigación y la rigurosidad de la misma considero prudente dar un primer paso en el Modelo del Estado Liberal de Derecho.

La problemática que aborda la presente tesis se adelantará mediante los elementos de una investigación descriptiva que desde la ingeniería constitucional de las principales vertientes del Estado Liberal de Derecho surgidas en el Siglo XVII, XVIII y XIX, como lo son: el Rule of Law Inglés, la Democracia Constitucional Estadounidense, el Estado Legalista Francés y el Estado de Derecho Alemán (Reichsstaat), constituyen un espectro de análisis solvente para concluir si es la Teoría de la Separación de Poderes un principio que inequívocamente impide la participación del Poder Judicial en la Creación del Derecho Estatal.

Así las cosas, el tema objeto de estudio se abordará en un primer capítulo introductorio denominado “Fundamentos Históricos de la Teoría de Separación de Poderes”, en el cual haré una aproximación a las fuentes históricas y conceptuales que dieron origen a ésta teoría política, autores como Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Francisco de Padua, Locke y por

supuesto el connotado Montesquieu harán parte de ésta contextualización del tema estudiado.

Agotado lo anterior, en un segundo capítulo, daré inicio al análisis de la Teoría de la Separación de Poderes en cada una de las Vertientes o Modelos del Estado Liberal de Derecho seleccionados, en su orden: Rule of Law, la Democracia Constitucional Estadounidense, Estado Legalista Francés y Estado de Derecho Alemán – Reichsstaat; análisis que se enfocará en determinar el papel que la Judicatura adopta en cuanto a la creación del Derecho Estatal en cada una de las vertientes del Estado de Liberal de Derecho objeto de análisis.

El análisis del modelo de Separación de Poderes de cada una de las vertientes del Estado Liberal de Derecho seleccionadas se desarrollará mediante un marco histórico, una descripción de la distribución del poder dominante que caracterizó cada vertiente y un gráfico final en el que se mide el nivel de participación de los jueces en la producción del derecho para cada uno de los modelos analizados.

En este sentido la Tesis pasa por un importante componente histórico en el que se definen los perfiles políticos y constitucionales que forjan los modelos de distribución del poder o de la Teoría de la Separación de Poderes que imperó o aún impera en el Estado de Derecho Inglés, el Norte Americano, el Estado Legalista Francés y el Reichsstaat Alemán.

Ahora bien, en relación a la Teoría de la Separación de Poderes surgen temas que despiertan interés en el escenario de los Estados Democrático Liberales y Estados Democrático Constitucionales contemporáneos, como lo son los procesos de globalización y unificación continental (Unión Europea), la extraterritorialidad de la ley penal (Corte Penal Internacional) y nuevas tendencias de la separación de poderes que sugieren superar la tri-división clásica atribuida a Montesquieu y distribuir el poder en cinco o más ramas del poder público, entre muchos otros temas.⁶ No obstante, teniendo en cuenta que éstos escapan del estricto problema a intervenir en el presente trabajo debo limitarme a registrarlos como nuevas perspectivas de investigación en relación a este principio fundacional del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho.⁷

Realizada esta breve introducción espero que mediante el presente trabajo de investigación se logre ahondar en cuanto al alcance de la Teoría de la Separación de Poderes en el Estado Liberal de Derecho y en especial sobre el papel que la judicatura tiene en el universo de la creación del Derecho Estatal.

⁷ AKERMAN, Bruce. La Nueva División de Poderes, Fondo de Cultura Económica, Edición en Inglés, México, 2000.

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA TEORIA DE SEPARACION DE PODERES

En el presente título expondré de una manera organizada y cronológica los orígenes remotos de la teoría de la separación de poderes que es objeto de análisis del presente trabajo, no sin antes advertir que no es suficiente un ejercicio o esfuerzo de organización histórica como el que me propongo hacer para poder condensar la profundidad y a-temporalidad con la que el pensamiento político ha abordado el tema de la división de funciones y de la distribución del poder al interior del Estado, no obstante, se pueden esbozar algunas etapas que describen la evolución que ésta teoría tuvo en el mundo antiguo y medieval. La estructura que desarrollaré se agotará en un análisis de los principales pensadores del mundo antiguo que trataron el tema como Aristóteles y Platón; en seguida propuestas como las de Marsilio de Padua y Santo Tomás de Aquino que desde el mundo medieval del siglo XVI aún retumban y finalizaré con la concreción de las teorías del estado mixto y la constitución equilibrada que surgieron en la Inglaterra del siglo XVII y que se convirtieron en el material ideológico del liberalismo político que alimentó las revoluciones de Estados Unidos y Francia, principalmente.

1.1 Concepto de la División de Funciones en el Mundo Antiguo.

El nacimiento de una concepción sobre la separación de poderes o mejor sobre la división de funciones puede rastrearse desde la Antigua Grecia, ya que el papel de los ciudadanos frente a distintas circunstancias de la comunidad política siempre fue objeto de análisis para los filósofos de la edad antigua.

La mayor contribución de los pensadores de la Antigüedad, al campo que nos ocupa, fue el hincapié que hicieron en la primacía del derecho sobre los gobernantes. Esta postura subraya la necesidad de articular ordenamientos jurídicos duraderos que regularan el funcionamiento del Estado, le ofrecieran estabilidad y aseguraran el mantenimiento de la justicia para los iguales, en este sentido ya afirmaba Aristóteles para la época: “quien disponga que opera la ley, dispondrá de este modo que impere únicamente Dios y la razón; quien disponga que impere la voluntad de un hombre, añadirá la naturaleza de la bestia ” o “la ley debe ser soberana en todos los asuntos, y los magistrados y ciudadanos sólo deben determinar los detalles”⁸

El concepto de supremacía de la ley es, sin duda alguna, el arquetipo estructural que ya desde la edad antigua permitía asignar facultades y poderes a determinados grupos sociales para que una vez expedidas sean interpretadas y aplicadas en los casos particulares, ahora bien, en cuanto a la legitimidad de la ley en sí se tejían importantes construcciones teóricas que pasaban, incluso, por el reconocimiento del concepto de la soberanía popular.⁹

⁸ ARISTÓTELES. La Política, Libro IV, Ed. Orbis, Barcelona, 1985. p. 10.

⁹ Ibid., Libro III:Capítulo VI.

Platón¹⁰ también desarrolla un especial apego al concepto de Ley como eje del cuerpo político. Ante la imposibilidad de implantar un Estado ideal fundado en el conocimiento y la razón como base de las relaciones sociales y soporte del poder político encarnado en un Rey Filósofo, como lo había imaginado en su obra "La República", Platón se ve obligado en su reformulación teórica a servirse de la Ley como elemento racionalizador de la sociedad y del poder político del Estado. Platón en su obra "El Político y las Leyes" reconoce en la Ley el hilo conductor mediante el cual el ciudadano, la sociedad y quien ostente el poder político puede encontrar la virtud necesaria para ordenar el caos y alcanzar el bien común como fin último y esencial del Estado.¹¹

La concepción clara que los Antiguos tenían de la Ley como factor de poder de carácter general permitió desarrollar una teoría de distribución de funciones alrededor de los actos de ejecución de la ley al plano de los asuntos particulares, ésta distribución de tareas tenía una concepción más funcionalista y de cohesión política o equilibrio social que de control recíproco entre distintas fuerzas sociales o políticas.

Partiendo del reconocimiento de la ley como factor de regulación del Estado Aristóteles divide la ciencia política en dos partes; la ciencia legislativa que es competencia de los legisladores y la ciencia política en sí que estaría conformada por acción y deliberación en el diseño de políticas concretas, es decir, en la aplicación del precepto general al caso concreto.¹²

Más que establecer una división de poderes Aristóteles¹³ propone una división de funciones encaminada a vincular a las distintas clases sociales en las diversas capas de la actividad política del Estado, se podría pensar que bajo un claro concepto de la cohesión social como fundamento de cualquier régimen político, Aristóteles planteaba una participación multi - social en los tres escenarios funcionales en los que su concepción del poder se expresaba: en el elemento deliberativo, el elemento de las magistraturas y el elemento judicial.

Aristóteles definía la existencia de tres poderes para cada especie de gobierno que correspondían a grupos sociales diferentes: "El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial"¹⁴, sugiriendo que la asamblea general este compuesta por el cuerpo de ciudadanos si se está en frente de un Estado Democrático; en cuanto al cuerpo de magistrados o poder ejecutivo serán ilustrados, ricos u hombres libres en razón al gobierno que se erija (Aristocracia,

¹⁰ PLATÓN. La República, Ed. Akal S.A., Madrid, 2008.

¹¹ SABINE, George H. Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, México 2006. p. 83.

¹² PLATÓN. La Ética de Platón, trad. Ana Isabel Stellino, Ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, UNAM, 2000.

¹³ ARISTÓTELES. La Política, Capítulo X, Principios Generales a los Tres Gobiernos, Capítulo XI, p. 195. Teoría de los tres poderes en cada especie de gobierno: poder legislativo, p. 199. Capítulo XII, del Poder Ejecutivo, p. 202, y Capítulo XIII, del Poder Judicial, Ed. Orbis, Barcelona, 1985. p.207.

¹⁴ Ibid., Libro Sexto, Capítulo XI.

Plutocracia o Democracia), por último, en cuanto al Poder Judicial éste se compondrá de parte o de la totalidad del cuerpo ciudadano.

Si se observa la Constitución de Atenas, de la cual se atribuye la autoría a Aristóteles, es claro que “el principio rector de la Constitución Ateniense es la participación directa de todos los ciudadanos en todas las funciones del Estado”¹⁵ es claro incluso que los componentes de acción política descritos por el autor como parte de la función legislativa, esto es el elemento deliberativo, las magistraturas y el judicial¹⁶, pueden ser desempeñados simultáneamente por varias clases sociales, lo que lógicamente descarta una concepción de contrapesos en el planteamiento analizado. “Así Aristóteles afirma lo siguiente: <<A menudo recaen sobre las mismas personas las tareas de servir en el ejército y labrar los campos >> y, más concretamente, <<las mismas personas, por ejemplo, pueden hacer de soldados, de campesinos y de artesanos; y estas mismas personas pueden pertenecer tanto aun consejo de deliberación como a un tribunal judicial>>”¹⁷

Es claro que la principal preocupación de los Antiguos era lograr conciliar la participación de la sociedad en los asuntos públicos en busca de un equilibrio que permitiese el tranquilo devenir histórico. En este sentido se puede aseverar, como lo hace el autor citado M.J. C VILE, que el modelo constitucional Ateniense se plantea en términos del Estado Mixto¹⁸ y no de la Separación de Poderes. De hecho a Platón se le atribuye la autoría de la teoría del Estado Mixto, germen de la Teoría de la Separación de Poderes, en cuanto éste filósofo planteó la necesidad de conciliar las virtudes del sistema político Monárquico y Democrático, a lo cual, llegó reflexionando sobre las debilidades de la Monarquía extrema Ateniense y Persa y del libertinaje corrosivo de la Democracia Ateniense; Platón afirmó que la Democracia no debía abandonar el principio de un gobierno sabio y vigoroso y que

¹⁵ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 24.

¹⁶ De conformidad con lo expuesto en la obra de Aristóteles – La Política se podría resumir el Elemento Deliberativo como la Asamblea general de ciudadanos o de ilustres que toman las decisiones políticas que trascienden toda la sociedad, decidir la paz, la guerra, los tratados y definir las leyes; su conformación y forma de organización dependerá del sistema político adoptado, oligarquía, tiranía o democracia; a su vez Las Magistraturas se concretan en funciones específicas asignadas a ciertos ciudadanos o grupo de ciudadanos de conformidad con aptitudes individuales o grupales, lo cierto es que éstas representan un importante rol social y político en la medida en que se confía en ellas la ejecución de ciertos asuntos públicos. El Elemento Judicial se concreta en una función de ejecución de la ley en las ocho circunstancias específicamente definidas por Aristóteles: tribunal para entender en las cuentas y gastos públicos; tribunal para conocer en los atentados contra la constitución; tribunal para entender en las demandas de indemnización; tribunal para que ha de conocer las causas civiles; tribunales para las causas de homicidio; tribunal para los extranjeros y el tribunal para el homicidio involuntario.

¹⁷ VILE, Op. cit., p. 25.

¹⁸ Ibid., Citando al autor, se podría decir que “Desde sus comienzos, la teoría del Estado Mixto se proponía establecer controles al ejercicio del poder arbitrario equilibrando los <<poderes del Estado>> en el marco de una constitución”; por lo que la Teoría del Estado Mixto se muestra como un esquema constitucional que buscó la armonización de los poderes que habían colisionado en la Revolución Inglesa, el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, en tal sentido ésta teoría busca la distribución del poder en un arreglo constitucional que permita la participación de los sectores críticos de la sociedad en la vida política y así evitar la imposición de una fuerza sobre las otras.

la Monarquía no debía abandonar el principio democrático de la libertad y de la participación de las masas en el poder.

Se puede aseverar que la separación de funciones en el mundo Antiguo se refleja en dos campos básicos; la división de funciones en cuanto a la participación en los asuntos públicos y la división de roles que en determinadas circunstancias los grupos sociales diferenciados debían adoptar.

La primera hacía referencia al nivel de participación e incidencia que determinados grupos tenían en la interpretación legislativa o en la ejecución de las leyes, por ejemplo la participación de los artesanos, soldados o nobles en estos procesos políticos generados alrededor de la creación y aplicación de las leyes; y la segunda hace referencia a la asignación funcional de oficios o talentos que se confiaban a castas sociales y que se consideraban vitales para la vida en sociedad; por ejemplo: los ciudadanos que conformarían los ejércitos o administrarían las despensas en caso de guerra con otra ciudad o pueblo.

La distribución de funciones y roles en el mundo antiguo hace parte del amplio y florido concepto de la vida política que se construyó en la Antigüedad, el cual, sirve como material genético para instituciones que como la separación de poderes aún rigen la vida Estatal contemporánea.

Establecida la ley como elemento estructural y superior en la sociedad antigua es claro que bajo la lógica Platónica y Aristotélica se empiezan a deslindar funciones en torno a ésta, su elaboración y ejecución, sin que se pueda aún plantear una teoría de la separación de poderes, ya se observaba para la época la necesidad de dejar en los hombres virtuosos y en los hombres públicos los designios de la *polis* que se trazaba mediante los contenidos y desarrollos de las leyes.

Esbozados las ideas principales que desde el Mundo Antiguo cimentaron el nacimiento de la Teoría de la Separación de Poderes procederé a analizar las principales vertientes que en esta materia se encuentran en la Edad Media.

1.2 Desarrollo del Concepto de División de Funciones y Separación de Poderes en la Edad Media.

Ya en la Edad Media el concepto de la distribución de funciones y la posterior consolidación de la doctrina de la Separación de Poderes se puede extraer de varios hechos históricos principalmente desarrollados en Inglaterra y de varias publicaciones de estadistas y filósofos que estudiaron el fenómeno de la legitimidad del poder y el ejercicio moderado de éste, sin embargo, construir una línea continua sobre este proceso de consolidación es algo difícil, de hecho, autores coinciden en que rastrear los estadios de evolución en cuanto al manejo y distribución del poder es algo confuso. No obstante podríamos definir la evolución de la doctrina estudiada en los siguientes estadios desarrollados entre el siglo XVI, XVII y XVIII, i) Doctrina del Estado Mixto, ii) Doctrina de la Constitución Equilibrada y iii) Doctrina de la Separación de Poderes que se retomarán brevemente en los marcos históricos de los modelos de Estado a analizar.

En un primer estadio de la edad Media predominó el Estado Absoluto de fundamentos teocráticos que fue transformándose a causa de la ola expansionista

que dominó a Europa en los siglos XVI – XVII, así mismo, la transformación económica apalancada por la burguesía sentaba las bases de un nuevo modelo de interacción entre los Estados y los Ciudadanos.

En un primer momento las funciones del Estado en torno a la creación, interpretación y aplicación de la ley confluían en un proceso o ritual de carácter judicial basándose en la ley dictada por Dios. La intervención humana en la legislación, pues, se concebía como una interpretación de las leyes, como una aclaración de éstas, pero no como un acto de creación de normas. La legislación, de hecho, era parte de los procedimientos judiciales. Las leyes se consideraban como traslaciones de la ley de Dios a las costumbres de la comunidad, y las acciones del Rey cuando interpretaba la ley en los consejos se consideraban como actos de clarificación y no de creación.

Así pues, en un principio bajo la concepción del Estado Teocrático solo podía existir una función del Estado – la función judicial -, y todos los actos de gobierno se justificaban, en cierto modo, como aspectos de la aplicación e interpretación de las leyes.

“No queremos decir con esto que en la época medieval o a comienzos de la era moderna existiera una división de la función judicial equivalente a la noción actual de esta función. Se trataba, más bien, de una concepción del Estado que englobaba todo el conjunto de actos realizados por éste, reconociendo al mismo tiempo que había diferentes procedimientos que aplicar.”¹⁹

De tal manera que en el periodo feudal la concepción funcional del Estado fue monolítica ya que su principal intervención social se concretaba en la administración de justicia, sin que existiera una diferencia clara entre función legislativa y función judicial, de hecho en el seno de los procesos judiciales se podían aclarar las leyes o crear nuevas pero este fenómeno para la época se entendía natural a la función de juzgar o aplicar la ley de Dios a los casos particulares. Tan solo que para este siglo ya se vislumbra la concepción de la división de funciones en el entendido de que la función de juzgar implicaba necesariamente la función de ejecutar las sentencias.

Socavada la etapa del feudalismo por la parición de la burguesía, el auge de los adelantos científicos, la aparición de la agricultura a gran escala, la ola política expansionista del siglo XVII en Europa, surge, alrededor de la creciente necesidad de defender la soberanía de ataques imperialistas y ante la incompatibilidad del modelo político del Rey Feudal de cara a las nuevas demandas originadas en las nuevas relaciones socio-económicas de este siglo, la aparición del Modelo de Estado Territorial el cual trae grandes transformaciones en el aparato Estatal.

Ante la presión bélica en el ambiente internacional Europeo del siglo XVI los Estados se ven en la necesidad de superar la concepción monolítica – judicialista del Estado Feudal y son obligados a fortalecer el aparato de Gobierno alrededor del Rey, la creación de grandes ejércitos para la defensa de los territorios, la creación de los cuerpos diplomáticos en el marco del naciente *ius publicum*

¹⁹ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 26.

europaeum, la aparición de estructuras burocráticas encargadas de equilibrar las finanzas públicas y de establecer y recaudar nuevos impuestos para sostener a la nueva burocracia y al aparato de defensa junto con el naciente pensamiento racionalista producto de la lógica científica; son transformaciones que terminan consolidando la aparición de amplios y crecientes poderes ejecutivos en cabeza del Gobierno.

“Con el Estado absoluto (...) El ejecutivo no sólo se refuerza para cumplir sus nuevas obligaciones, sino que se reorganiza internamente de manera racional y en distintos oficios, siendo necesaria para desempeñarlos una adecuada preparación y una específica competencia (...) De esta manera, en el quinientos tiene lugar una profunda revolución de la administración y aparece la figura del moderno funcionario, que es el verdadero instrumento del absolutismo”.²⁰

Con la aparición del Estado Territorial también deviene un proceso de centralización del poder político que implica el ejercicio cada vez mas frecuente del poder legislativo en cabeza del Rey, lo cual, rompe con la tradición feudal de desconcentración del poder político en pequeñas corporaciones estamentales que administraban justicia y se regían por sus propias leyes.

El conflicto generado por la centralización de poderes ejecutivos y legislativos en cabeza del Rey del Estado Territorial frente a las históricas autonomías de las corporaciones feudales, fue objeto de estudio de los tratadistas de la teoría de la soberanía, que como Bodino, terminaron por aceptar que aunque el monopolio de la ley pertenecía al Rey a los particulares pertenece la costumbre, lo cual, dio paso al reconocimiento de la autoridad legislativa en cabeza del monarca en concomitancia con el reconocimiento del *common law* como derecho autónomo costumbrista aplicado por los jueces de las comunidades autónomas.

En este sentido para la edad media el Rey ejercía su poder político en dos ámbitos, por un lado le corresponde el *gubernaculum* o actos de gobierno, los cuales, desarrolla sin ninguna limitación mediante la expedición de leyes y ordenanzas en relación a la dirección de los ejércitos y la dirección del aparato burocrático encargado de la hacienda pública; el otro ámbito del poder político del Rey fue la *juriditio*, sobre la cual, no tenía disposición absoluta en la medida en que el Rey no era fuente de justicia ésta pertenecía a Dios bajo la Teoría establecida por el Papado, lo cual, convertía al Rey en vicario de Dios sobre la tierra limitándolo a seguir las doctrinas teológicas para ejercicio de ésta función.

La racionalización de la conciencia social surgida con ocasión de los adelantos científicos propios del periodo renacentista del Siglo XVII apareja un proceso de secularización progresivo en las instituciones políticas de la Edad Media que trasciende en la transformación de la noción de la distribución de funciones del Estado Territorial, que hasta ese momento eran concebidas en el *gubernaculum* y la *juriditio*, y en un plano más profundo llegarían a cuestionar la legitimidad del poder político del Estado Monárquico en su conjunto.

Un efecto importante del Renacimiento y la Secularización del Estado es el reaparición de la teoría Platónica y Aristotélica del Estado Mixto en plena Edad

²⁰ MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad, Ed. Trota, Madrid, 1998. p. 32.

Media, la creciente complejización de los intereses sociales ocasionada por la aparición de una clase burguesa bien definida y la incapacidad del Monarca de mantenerse como centro orgánico de la sociedad y del Estado frente a otros núcleos de poder en la nueva sociedad económica, obligó al Estado Absolutista a transformar la lógica de distribución del poder político dando cabida a una nueva concepción del poder en la que se busca un equilibrio de las nuevas fuerzas sociales al interior del Estado.

La consolidación de un escenario social en el cual confluyen diversos actores cada vez más organizados alrededor de núcleos económicos representados por la nobleza - burguesa o la aristocracia nobiliaria y la cada vez mayor dependencia financiera del Estado frente a estos grupos sociales hizo que el constitucionalismo de la Edad Media resolviera el divorcio entre el Rey y la sociedad mediante la inclusión de ésta última en el aparato Estatal; esto fue posible mediante la implementación de la teoría mixta del poder político en la que a pesar de ser el Rey el que concentra importantes facultades la sociedad incide en éstas mediante la toma de porciones del poder legislativo que equilibran en cierta manera la distribución del poder político.

Una vez contextualizado el proceso de transición del Estado Feudal al Estado Absolutista Territorial pasará a explicar los distintos estadios de distribución del poder que se adoptaron en el siglo XVI y XVII: La Teoría Mixta del Estado, el surgimiento de la Teoría de la Constitución Equilibrada y el Surgimiento de la Teoría de la Separación de Poderes en el Siglo XVII; los cuales representan la cadena de evolución en la racionalización del poder político que ha servido de base a los Estados de Derecho Contemporáneos.

1.2.1 Teoría del Estado Mixto:

No es posible explicar la reedición para la Edad Media de la teoría del Estado mixto, que había sido construida por Platón y Aristóteles en el periodo clásico, sin traer a colación a Bodino, Francisco de Padua y Santo Tomás de Aquino en calidad de restauradores teóricos que hicieron posible rescatar la teoría del estado mixto como fundamento de las relaciones del poder para el Estado Absolutista Territorial del Siglo XVI y parte del XVII.

La Teoría del Estado Mixto supone la distribución del poder político entre la aristocracia, los comunes y el rey, en la cual, se alcanza a avizorar la distinción de una función legislativa y una función ejecutiva como expresión del poder político Estatal, no obstante, es claro que en el marco de esta Teoría no se atribuía la función ejecutiva o legislativa a uno de los elementos del Estado de manera exclusiva – la aristocracia, los comunes o el rey -, por el contrario el ejercicio de éstas funciones era desarrollado en conjunto por éstos estamentos, como en el caso del *King in Parliamanent*.

El Estado Mixto se podría resumir así: “Evidentemente, la teoría del Estado mixto es muy diferente de la doctrina de la separación de poderes, si bien estas dos ideas han estado estrechamente relacionadas durante gran parte de su historia. La teoría del estado mixto es, con gran diferencia, la mas antigua de las dos – es tan antigua, de hecho, como la propia teoría política -, y no dejó de influir en el pensamiento político de los estudiosos ingleses hasta bien entrado el siglo XIX.

(...) la teoría del estado mixto tiene como tema central la combinación de la monarquía, la aristocracia y de la democracia (...).²¹

En esta teoría el componente democrático aparecía en el poder legislativo en cabeza de la cámara de los comunes pero limitado por un esquema bicameral en donde ésta compartía su función con una cámara alta de naturaleza aristocrática, a demás de tener que lidiar con un monarca con importantes facultades legislativas. Sin embargo, no se debe confundir la teoría del estado mixto con la teoría de la separación de poderes, pues a pesar de tener en común el concepto de separación de agencias en las funciones estatales, la teoría del estado mixto no correspondía a una división clara de las funciones del estado en legislativa, ejecutiva y judicial; el estado mixto era en palabras sencillas una manera de atemperar los brotes revolucionarios en Inglaterra y mantener disimuladamente a la monarquía en el mapa político ingles.

Al Estado Mixto en las Monarquías Absolutistas de Europa e Inglaterra subyace un concepto crucial para la transformación de la teoría del poder Medieval, este concepto es la idea de la soberanía popular expuesta por Bodino, Francisco de Padua y Santo Tomás.

“La doctrina de la soberanía popular, que hunde sus raíces en lo más profundo del periodo medieval, proporcionó un estímulo para la clarificación progresiva de la idea de función legislativa – esto es, la función de delinear esas leyes a las que el gobernante se vería sujeto-. La teoría de la soberanía que anunció Bodín ayudó a definir el poder por el que se estaba luchando. Al reaccionar contra la concepción medieval del Rey como juez que interpretaba unas leyes inmutables, - una visión que seguía vigente en la Francia del siglo XVI al menos entre los juristas-, Bodín afirmó que el monarca tenía autoridad para dar nuevas leyes a su pueblo, y que ésta era la primera y principal característica de la soberanía. Todo esto sentó las bases para la pugna que se produjo en el siglo XVII por dominar el poder legislativo”²².

Bodino en su obra “Los Seis Libros de la República 1576” justifica el ejercicio de la autoridad real como el resultado de un acuerdo o pacto efectuado por los núcleos familiares que componen el cuerpo de la sociedad, en virtud del cual, se ha concedido al monarca el ejercicio del poder político sin restricción alguna. En este sentido Bodino concibe un nivel de mando político absoluto o infinito en cabeza del rey y un mando legal ejercido por los magistrados que se encuentra sometido a las leyes y al soberano, este último, es fundado en su condición de magistrado o en virtud del cargo y no basados en su condición personal como es el caso de la autoridad ejercida por el Rey.

La teoría del poder expuesta por Bodino permite distinguir una función legislativa en cabeza del Rey y una función ejecutiva en cabeza de los magistrados y trae consigo el germen de la soberanía popular que sirve de argumento a la participación de la aristocracia y la burguesía en la función legislativa del Estado Absolutista.

²¹ MATTEUCCI, O.P. Cit. p. 37.

²² VILE, M.J.C. O.P. Cit. p. 28.

Santo Tomás de Aquino y Marsilio de Padua, retomando el concepto de soberanía popular planteado por Bodino, van más allá y además de escindir la función legislativa de la ejecutiva conciben como depositarios de la soberanía al pueblo mismo: “La obra de Marsilio de Padua en el siglo XIV ilustra perfectamente el lazo existente entre la aparición del concepto de función legislativa y ejecutiva y el final de la visión medieval sobre la naturaleza de las leyes. Algo antes, Santo Tomás de Aquino había utilizado la distinción, delineada por Aristóteles y Cicerón, entre las dos funciones del gobernante, la de establecer las leyes y la de administrar la comunidad política; pero Marsilio fue mucho más allá al radicar el poder legislativo claramente en el pueblo, rechazando la idea de que las leyes positivas debieran someterse a una ley superior. Esto dotaba al poder legislativo de capacidad real para crear leyes, unas leyes concebidas como mandatos de autoridad legisladora. En palabras de Marsilio, (la causa eficiente, primaria y adecuada de la ley es el pueblo (...)) que ordena o determina que algo se haga o se deje de hacer en lo que concierne a los actos civiles humanos, so pena de un daño o castigo temporal) (...).”²³.

En cuanto a Santo Tomás de Aquino, se puede afirmar que el aporte fundamental de su teoría reside en caracterizar a la ley como un producto de la voluntad general y no de la voluntad individual, se llega a este planteamiento en el marco de una construcción filosófica en la cual la ley es producto de la razón y como tal debe propender por el bien general.

En este orden de ideas es a través del concepto de la soberanía popular, expuesto por Bodino, Marsilio de Padua²⁴ y Santo Tomás²⁵, que se retoma en el siglo XVI la necesidad de equilibrar o moderar el poder político ejercido por el rey a través de la concesión de partes del poder legislativo que se otorgan a la aristocracia y a representantes de los ciudadanos comunes en el Estado Monárquico Inglés.

La participación de éstos sectores al interior del sistema político monárquico partía de la necesidad de moderar el poder sugiriendo la implementación de un sistema de contrapesos sociales que podrían entenderse como el germen de la teoría de la separación de poderes que se concebiría aproximadamente en el siglo posterior – siglo XVII, ahora bien, otro avance importante en esta teoría es la clarificación intelectual y práctica de una función legislativa y una ejecutiva que el Estado Mixto ofrecía, superando así de manera clara la visión monolítica, en clave judicial, del poder político que había regido al Estado Feudal.

Lo que se puede considerar importante de la teoría del Estado Mixto, para el caso que nos ocupa, es la idea de <<división de agencias>> que surgió como mecanismo para la materialización del control recíproco de los agentes de poder de la época, El Monarca – Los Lores y Los Comunes, la cual, sin ser asimilable a la división de funciones en ejecutivo, legislativo y judicial, si constituye un antecedente trascendental en lo que se refiere a la división de funciones estatales y a la idea de control recíproco al interior del Estado. En este sentido es claro que

²³ Ibid 2007. p. 30.

²⁴ DE PADUA, Marsilio. El Defensor de la Paz, Madrid, Ed. Tecnos, 1324.

²⁵ Ver Comentario a la Política de Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Maestro del Orden, Ed. Cincel, Madrid, 1985.

el Estado Mixto constituye aquel sistema de gobierno en el que la Monarquía, Los Lores y los Comunes compartieron el poder estatal.

Históricamente hablando la teoría del Estado Mixto surge en la Inglaterra del Siglo XVI, expuesta, quizá en su mejor conceptualización sistemática, en el ***Answer to the Nineteen Propositions***, redactado por Carlos I de Inglaterra, en un intento desesperado por contener las fuerzas revolucionarias que amenazaban la estabilidad del Gobierno Monárquico en el siglo XVII.

La concepción del Estado Mixto empezó a mostrarse insuficiente frente a los conflictos sociales y políticos que alimentaron la Guerra Civil Inglesa y fueron fugazmente remplazados por la caída de la Monarquía y la Disolución de la Cámara de los Lores en el periodo denominado como el Protectorado (1648 Oliver Cromwel), posterior a la Guerra Civil. En este periodo se inoculó el principio de separación de poderes en el sentido de entender que el poder legislativo debía ser ejercido por el pueblo a través de sus representantes, dando paso a asignar las funciones ejecutivas a otros órganos del Estado, lo que claramente constituiría una división de poderes binaria y armonizada con los principios revolucionarios.

1.2.2 La Guerra Civil en Inglaterra y el atisbo de la Teoría de la Separación de Poderes:

Históricamente hablando, la ejecución de Carlos I y la disolución de la Cámara de los Lores en el marco de la Guerra Civil Inglesa de 1642 constituye el fin de la Teoría del Estado Mixto; roto el equilibrio y traicionada la confianza otorgada por Los Comunes al Monarca se desatan las hostilidades que hacen necesaria la reformulación del sistema político en la Inglaterra del siglo XVII.

Es en la incesante búsqueda de una nueva teoría política en donde se desata un proceso de reingeniería constitucional que sobre los fundamentos del Estado Mixto llega a formular, en el Periodo del Protectorado y vertida en el *Instrument of Governament de 1653*, el modelo más cercano a la Teoría de la Separación de Poderes. No obstante la importante evolución de éste periodo revolucionario, en cuanto se definen los rasgos fundamentales de la Teoría de la Separación de Poderes, lo cierto es, que los insumos teóricos de esta evolución venían formulándose con anterioridad pero de una manera desarticulada, así mismo, aún las ideas no eran lo suficientemente contundentes en el periodo de la revolución como para conceptualizar la Teoría de la Separación de Poderes de forma totalmente autosuficiente frente a principios del Estado Mixto.

En cuanto a los esfuerzos teóricos que antecedieron la Guerra Civil y que sirvieron de cimiento a la construcción de la Teoría de la Separación de Poderes que emergió en la etapa del Protectorado, es necesario mencionar a Charles Herle quien cerca al año de 1642 afirmaba que la interacción de El Rey, los Lores y los Comunes debía basarse en un proceso de coordinación²⁶ en el ejercicio del poder político. Bajo el concepto de coordinación de los poderes del Estado que Herle exponía subyacía una clara distinción entre el acto de legislar, que corresponde al Parlamento, y la ejecución de las leyes que se sugería

²⁶ HERLE, Charles. A Fuller Answer to a Tractise Written by Dr Ferne, Londres, 1642, Answer to Dr. Fernes Reply. Londres, 1642.

como competencia exclusiva del Monarca: “Herle también fue uno de los primeros en detectar el problema básico de todas las teorías que propugnan el reparto de funciones entre distintas agencias: si el cuerpo legislativo queda limitado a la tarea de promulgar leyes, ¿Que garantía puede tener de que sus mandatos se cumplen adecuadamente?”²⁷.

Por ésta misma línea de pensamiento, previa a la guerra civil, encontramos a Philip Hunton que en 1643 planteó, a través de su obra *Treatise of Monarchy, Londres 1643*, una distinción entre el modelo político del Estado Mixto y la Monarquía Mixta, de la cual, se sirvió para asignar al Rey, en exclusiva, la función ejecutiva del Estado. Lo anterior es de gran significancia en la medida en que desde la diezmada Teoría del Estado Mixto no se había logrado dimensionar con claridad la justificación política a través de la cual se podría asignar esta función por separado al Rey, lo cual, reporta un avance en cuanto a la conceptualización de la Teoría de la Separación de Poderes, esto es la separación de agencias o de funciones desde una perspectiva abstracta y orgánica del Estado que sugería Hunton con su Teoría de la Monarquía Mixta.

Hunton llega a esta conclusión pues observa que el verdadero concepto de Estado Mixto es aquel, en el cual, la más alta autoridad del Estado reside por igual en los tres elementos del mismo; los Lores, los Comunes y el Rey; no obstante al ser esto imposible en la práctica política se hace necesario crear una variante al concepto puro del Estado Mixto que es definido por el autor como la Monarquía Mixta. Mediante éste nuevo concepto se busca un equilibrio *parcial* otorgándole al Monarca el ejercicio de la función ejecutiva de las leyes y cierto poder de veto sobre la legislación; podríamos decir que la Monarquía Mixta busca la estabilidad del sistema político alterando levemente el equilibrio ideal pero impracticable confiando exclusivamente en el Monarca la función Ejecutiva y otorgándole participación en la legislación a través del poder de veto limitado. No obstante el empoderamiento del Monarca, el ejercicio del poder Ejecutivo del Rey estaba sometido a las leyes que emanaban del Parlamento conservando éste la suprema autoridad del Estado.

Lo planteado por Hunton comporta un avance teórico significativo en el sentido en que su propuesta lleva consigo un claro mensaje de separación y asignación exclusiva de ciertas funciones del Estado a ciertos órganos y decididamente separa la función legislativa de la ejecutiva.

Los planteamientos de Herle y Hunton permitieron que en el periodo de la Guerra Civil se argumentara la supremacía de la Ley o del Parlamento sobre la base de la reducción del papel del Monarca al plano Ejecutivo de los contenidos legales, lo que a la postre sirvió de instrumento para alimentar la revolución, pero también para fijar las primeras estructuras de la Teoría de la Separación de Poderes.

Sin embargo, una expresión de la Teoría de la Separación de Poderes con alcance sistemático es expuesta, por vez primera, en la obra *The Royalists Defence* publicada por Charles Dallison en 1648, en su teoría este autor supera el planteamiento de división de agencias en función legislativa y ejecutiva hasta

²⁷ VILE, M.J.C. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 44.

ahora alcanzada por Herle y Hunton; Dallison llega a exponer la existencia de tres funciones Estatales a saber: legislativa, ejecutiva y judicial, y además plantea claramente la necesidad de asignar dichas funciones en distintas manos como garantía efectiva para mantener los poderes realmente separados. Según el autor, el rey debía retener el “poder soberano de gobernar, pero sin la autoridad de juzgar según la ley. Los jueces del reino declaran porqué Ley gobierna el rey, y así tanto el rey como el pueblo se rigen por una ley conocida. Tampoco debía tener el parlamento la capacidad de interpretar las leyes en causas individuales, ya que ni sus características eran las más adecuadas, ni había sido concebido para ello. Esos asuntos son cometido de los jueces del reino. La función del Parlamento era únicamente crear nuevas leyes, mientras que el rey era, para Dallison, nuestro Gobernante Supremo único”.²⁸

El Planteamiento de equilibrar los poderes con base en una separación de funciones orgánicas y exclusivas en materia legislativa, ejecutiva y judicial tomo un alto grado de aceptación en el periodo revolucionario no solo como reacción política en contra del Monarca, también fue usada en contra de las concentraciones excesivas del poder legislativo experimentadas con la instalación del Parlamento Largo que sesionó en Inglaterra de manera continua de 1640 a 1649.

Los avances teóricos que rompieron el cascaron de la Teoría del Estado Mixto y dieron paso a una conceptualización de los aspectos básicos de la Teoría de la Separación de Poderes se materializaron, en clave constitucional, en la que es la primera y única constitución escrita de corte republicano de la Gran Bretaña – el *Instrument of Governament de 1653* de Oliver Cromwell -. “La constitución de Cromwell consagró, al menos en el papel, la separación de personas y funciones. La autoridad legislativa suprema recaía en un Lord Protector y en el pueblo representado por el Parlamento; aunque esto parece evocar la antigua teoría del Estado Mixto en relación con la función legislativa, la nueva Constitución limitaba el papel del Protector en el proceso legislativo a un poder de veto suspensivo con una duración de veinte días. (...) Así pues, la función legislativa quedaba formal y enteramente en manos del Parlamento. No obstante, se daba al Protector la capacidad de aprobar decretos en los períodos entre sesiones parlamentarias, lo que le daba en la práctica la posibilidad de gobernar sin el consentimiento previo del Parlamento.”²⁹

En cuanto a la función judicial, si bien en la teoría política de Dallison ésta se había erigido como una función independiente, en el *Instrument of Governament* no se establece una rama que orgánicamente se ocupe de administrar justicia y se asigna esta función al Ejecutivo, en un primer momento a través de la “Cámara Estrellada”, y luego a través de un Consejo de Estado.

Los avances más significativos del periodo revolucionario en cuanto a la Teoría de la Separación de Poderes se concretan en la distinción clara de la función legislativa y ejecutiva y su asignación a agencias independientes del Estado, de igual forma, el concebir la división de estas funciones como fórmula para moderar y equilibrar el ejercicio del poder político es un cambio en el modelo de

²⁸ Ibid. p. 47– 48.

²⁹ Ibid. p. 52 y 53.

pensamiento político que rompió el paradigma del Estado Mixto que había regido el funcionamiento del Estado Absolutista en el siglo XVI y parte del XVII.

Así mismo, la concepción de una función judicial orgánicamente distinta de la función Legislativa y Ejecutiva, así ésta solo hubiese tenido lugar en las teorías políticas de autores como Dallison en *The Royalists Defence* 1648, es un avance fundamental que permitiría con posterioridad erigir desde el plano constitucional una función judicial autónoma.

Aunque la teoría política imperante en el periodo de la guerra civil inglesa 1642 – 1651 era la Teoría de la Separación de Poderes y la supremacía política del Parlamento como depositario de la soberanía nacional, lo cierto es que el poder Ejecutivo, representado por el Lord Protector, termino concentrando importantes funciones políticas frente a un Parlamento constantemente disuelto e inestable, así las cosas, el Ejecutivo termino concentrando importantes poderes bajo un aparente ropaje de legalidad auspiciado por un debilitado Parlamento.

No obstante, los importantes avances en materia constitucional ofrecidos en el periodo de la Guerra Civil Inglesa, la concentración excesiva de poderes en el Ejecutivo – Lord Protector; que convenientemente fue justificada en la inestabilidad del Parlamento y a causa del estallido de las guerras de colonización en contra de Irlanda y Escocia cuyos propósitos eran la unificación política del Reino: dichos excesos terminaron socavando el proyecto Republicano y evocando la necesidad de retomar el rumbo de las tradiciones políticas expresadas en la Teoría del Estado Mixto que ofrecían tranquilidad y confianza en los Ingleses.

Pero el abandono del proyecto Republicano no significo la retoma de las viejas instituciones del Estado Mixto a plenitud, éstas sufrieron modificaciones y fueron reformuladas en la teoría que constituye el germen del Parlamentarismo Británico, nace así, la Teoría de la Constitución Equilibrada que se encargaría de extrapolar lo mejor del Estado Mixto y de la Teoría Pura de la Separación de Poderes expuesta en la Guerra Civil.

1.2.3 La Teoría de la Constitución Equilibrada:

En el periodo de la restauración Inglesa (1660) se encuentra el último eslabón de la cadena histórica Teoría del Estado Mixto, Teoría de la Separación de Poderes y Teoría de la Constitución Equilibrada; ésta última surge ante la insuficiencia política de la Teoría del Estado Mixto para afrontar las nuevas realidades económicas y sociales de la revolución mercantil del Siglo XVI y ante los excesos de poder que protagonizó el Lord Protector y el Parlamento Inglés en el periodo del Protectorado, muy a pesar de los avances teóricos que en este periodo se dieron para con la Teoría de la Separación de Poderes.

La Teoría de la Constitución Equilibrada se muestra como una visión ecléctica entre los insumos teóricos de la Teoría del Estado Mixto y la Separación del Poderes; ante la confusión de poderes que representó el Estado Mixto y ante la incapacidad de una teoría abstracta como la de la separación de poderes de impedir los excesos en el periodo del Protectorado, surge la necesidad de rescatar las bondades de una y otra para restaurar la estabilidad política en la convulsionada Inglaterra del siglo XVII.

El periodo de la Restauración Inglesa es un momento de inflexión constitucional en el que la Monarquía retoma su significación política gracias a la evocación de la Teoría del Estado Mixto como expresión de equilibrio y estabilidad muy anhelados para ese entonces, así mismo, en la conciencia política la Teoría de la Separación de Poderes se ofrecía como una formula de organización funcional necesaria para garantizar una efectiva moderación del poder político más allá de los pactos políticos entre caballeros.

Sin duda, la principal bondad de la Teoría del Estado Mixto es la filosofía de equilibrio en el ejercicio del poder político que se hacia patente mediante la participación de la monarquía, la aristocracia y los comunes en el aparato Estatal, así mismo, la primera versión de la Teoría de la Separación de Poderes esbozada en el periodo del Protectorado traía consigo la idea de separar las funciones del Estado como fundamento esencial de un gobierno limitado, consolidando así, un concepto funcional del poder ejecutivo, legislativo y judicial de mayor claridad frente a lo planteado en el Estado Mixto.

En la Teoría de la Constitución Equilibrada se logra deslindar claramente la función legislativa que es encargada al Parlamento, la función Ejecutiva confiada al Monarca y una función Judicial entendida en clave o como derivación de la función Ejecutiva pero estratégicamente encargada al Parlamento en cabeza de la Cámara de los Lores que en este sentido se constituía en el máximo Tribunal de Justicia.

Un primer esbozo de la Teoría de la Constitución Equilibrada se encuentra en el ***Answer to the Nineteen Propositions*** que Carlos I de Inglaterra presentó al Parlamento como acuerdo político que buscaba evitar que se desataran las hostilidades que conducirían a la Guerra Civil en 1642. En este documento Carlos I reconocía como principal función de la Monarquía la tarea de ejecutar las leyes promulgadas por el Parlamento y reconocía como límite a esta función ejecutiva las leyes preestablecidas por el órgano legislativo. No obstante, en la propuesta de Carlos I el Monarca tendría participación en la función Legislativa mediante el poder de vetar la entrada en vigencia de algunas leyes, lo cual, era inaceptable para la mayoría de la Cámara de los Comunes en el escenario previo a las hostilidades de la Guerra Civil.

De igual forma, la idea principal de la Constitución equilibrada se encuentra en el planteamiento efectuado por Herle en su obra ***Fuller Answer to a Treatise Written by Dr Ferne*** de 1642, en la cual afirmaba que el Rey, los Lores y los Comunes, debían estar coordinados en una relación funcional en la que se partía de la superioridad política de las Cámaras sobre el Rey.

La tesis de la Constitución Equilibrada tomo fuerza en 1660 a través de la labor desempeñada al interior de Parlamento por sus defensores, que como Philip Hunton, elaboraron descripciones detalladas de las funciones que corresponderían al Rey en su calidad de executor de la ley; como por ejemplo dirigir los ejércitos, declarar la guerra, conservar la paz etc...; y que se constituyeron, con el paso del tiempo, en la base fundamental para erigir una teoría de la división del poder en ejecutivo, legislativo y judicial.

Los defensores de la Teoría de la Constitución Equilibrada se sirvieron de los mismos planteamientos que usaron los revolucionarios en la Guerra Civil, así por ejemplo, la obra de Charles Dallison *The Royalists Defence* publicada en 1648, constituyó parte de la base teórica sobre la cual se desarrollaría el modelo de la Constitución Equilibrada para el Estado Inglés. : “(...) Para este autor el rey debía retener el poder soberano de gobernar, pero sin la autoridad de juzgar según la ley. Los jueces del reino declaran por qué ley gobierna el rey, y así tanto el rey como el pueblo se rigen por una ley conocida. Tampoco debía tener el parlamento la capacidad de interpretar las leyes en causas individuales, ya que ni sus características eran las más adecuadas, ni había sido concebido para ello. Estos asuntos son cometido de los jueces del Reino. La función del Parlamento era únicamente crear nuevas leyes, mientras que el rey era, para Dallison, nuestro Gobernante Supremo y único.”³⁰

Sin embargo, es con la aparición de Locke cuando se logra establecer una teoría clara de interrelación de los poderes del Estado, esta visión de articulación de los poderes tiene un impacto profundo en la teoría constitucional Inglesa e incluso llega a ser el pilar fundamental en el cual se fundamenta la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica adoptada en la convención de Filadelfia de 1787.

Locke en su obra “Segundo Tratado del Gobierno Civil 1690” empieza por formular una división de poderes binaria, lo que se podría entender como un retroceso dado que para la época del protectorado y de la restauración la teoría ya había planteado una división tripartita del poder, en este sentido es claro que “Locke no añadió un poder judicial independiente de los poderes legislativo y ejecutivo – o, para expresarlo con mayor propiedad, no dividió las funciones encargadas de imponer la ley en dos poderes independientes entre sí, como lo había hecho Lawson. (...) Al igual que Marsilio abogaba por atribuir el poder legislativo y el ejecutivo a diferentes instancias en aras de la eficiencia, basándose en el principio de división del trabajo.”³¹

No obstante, ante la aparente simpleza inicial con la que Locke concebía el poder – concepción binaria en Legislativo y Ejecutivo – Locke resolvió el nudo gordiano que a la fecha había hecho impracticable la Teoría del Estado Mixto y la Teoría de la Separación de Poderes.

Locke planteaba la necesidad de equilibrar y coordinar el ejercicio de éstas dos funciones para evitar la concentración de poder o en cabeza del Parlamento o en cabeza del Monarca, para lo cual, estableció límites al ejercicio de una y otra desde una perspectiva funcionalista. En cuanto a la función ejecutiva Locke afirma que ésta se encuentra funcionalmente subordinada al poder Legislativo en la medida en que legislar es un acto previo que condiciona los actos de ejecución: “En primer lugar, la función legislativa es previa a la ejecutiva, y esta última debe ejercerse de acuerdo con las normas que resultan del ejercicio de la primera. Evidentemente este es un aspecto esencial de la teoría de la separación de poderes. En segundo lugar, Locke se refería a que en cierto sentido, la rama

³⁰ VILE, O.P.Cit, p. 50, 51 y 52.

³¹ Ibid. p. 66 - 68.

ejecutiva esta necesariamente subordinada a la legislativa:<<dado que si una instancia puede dictar leyes a otra, debe ser superior a ésta>>³² .

No obstante, el Ejecutivo no debía funcionar como un mero chico de los recados, por el contrario el Poder Legislativo tenía límites fundamentales frente al poder Ejecutivo, los cuales, se concretaban en la prohibición de gobernar mediante decretos particulares, circunstanciales o arbitrarios; luego al legislativo le correspondía dictar normas generales y abstractas que reconocieran derechos en base de justicia para los ciudadanos.

La limitación del legislativo a la expedición de mandatos generales e impersonales abre un espectro importante para el ejercicio del Poder Ejecutivo ejercido por el Monarca mediante actos de Gobierno y, con posterioridad, posibilitaría el ejercicio del poder ejecutivo a los Jueces en términos de una administración de justicia, puesto que, ante leyes generales se requieren robustos poderes ejecutivos que hagan de las leyes una realidad particular en los habitantes del Estado.

Además de haber logrado coordinar el ejercicio del poder legislativo con el poder ejecutivo sobre la base del establecimiento de límites sistemáticos y conceptuales a cada uno de ellos, Locke cierra su teoría otorgando participación al poder Ejecutivo en la función legislativa dada la desventaja natural y funcional del Monarca frente al Parlamento, por tal razón, Locke le otorga al Ejecutivo el poder de veto sancionatorio sobre la legislación.

La articulación del Parlamento y el Ejecutivo para el desarrollo de la función legislativa fue logrado a través del poder de veto o sanción, el cual, no solo equilibra las funciones de dos instituciones hechas antagónicas por las ideas de la revolución; dicha articulación o coordinación del Legislativo y Ejecutivo, Parlamento y Monarca, creaban un sentido de unión al interior del Estado que se reflejaría en el ejercicio de autoridad y en la estabilidad política del sistema.

En cuanto al Ejecutivo Locke no solo se limitó a dotarlo del poder de veto, además, planteó la necesidad de que el Monarca tuviese dentro de sus facultades una prerrogativa que le permitiera atender circunstancias excepcionales, incluso, contrariando los límites impuestos a él por las leyes emitidas por el Parlamento. Al respecto explicaba el autor con relación a dichas facultades refiriéndose al Monarca: “el poder de actuar de acuerdo con su criterio en aras del bien público, sin ajustarse a las leyes y, en ocasiones, incluso contraviniéndolas.>>³³

En conclusión el aporte fundamental de Locke en relación a la construcción de la Teoría de la Constitución Equilibrada podría definirse en términos de la armonización de los poderes Ejecutivo y Legislativo que, históricamente antagónicos, se mostraban como el talón Aquiles para la implementación de un gobierno equilibrado, de tal manera que éste autor definió los contornos de la Teoría de la Constitución Equilibrada que se podrían describir en la siguiente formula: “El rey no puede legislar, sino únicamente sancionar la legislación que se le propone. El Parlamento supervisa la puesta en ejecución de las leyes, pero no debe aplicarlas, Esta es la base de la teoría de la Constitución Equilibrada, una

³² Ibid., p. 66 - 68.

³³ LOCKE, John. Segundo Tratado del Gobierno Civil, Cap. I, Ed. Alianza 2000, 1690. Bogotá.

teoría que podemos denominar como de separación *parcial* de funciones, ya que la función legislativa se comparte hasta cierto punto, pero al mismo tiempo se da una división fundamental de funciones entre el cuerpo ejecutivo y el legislativo”³⁴

En este breve análisis de la evolución de la teoría de la separación de poderes no puede faltar el aporte fundamental que Montesquieu hizo para hacer de ésta un verdadero paradigma de los Estados liberales modernos; En el *Espíritu de las Leyes* el autor logra integrar la teoría a la estructura política y legal de los distintos modelos de estado analizados en su obra, en este sentido, el primer gran aporte es dotar a la separación de poderes de tal prestigio político que ésta paso de ser una idea abandonada a las coyunturas políticas para convertirse en un supra – concepto que transversal a los distintos modelos de Estado permitió organizar he interpretar la distribución del poder político de manera coherente con los principios, fines y naturaleza de cada uno de los modelos políticos analizados en el *Espíritu de las Leyes*.

Montesquieu logra depurar una confusión teórica que había atormentado a los pensadores que fundaron la teoría de la constitución equilibrada y que impidió la concepción de una función judicial independiente en el siglo XVII, este nudo se presentó en la concepción que del poder ejecutivo era reinante para le época pues para la mayoría de teóricos la función ejecutiva comprendía tanto la actividad de gobernar ejercida por el monarca y la actividad judicial que comprendía la resolución de conflictos entre los particulares. Haciendo parte la función judicial del concepto del poder ejecutivo la solución sistémica obligada era la de asignar dicha función al Parlamento puesto que era más confiable para desarrollar esta delicada tarea un cuerpo colegiado en donde la sociedad tenía alguna representación que un Monarca que podría aprovechar dicha oportunidad para reasumir sus funciones legislativas mediante la interpretación de las normas a aplicar al caso concreto. Así por ejemplo, en la teoría de la Constitución Equilibrada, en concordancia con lo expuesto por Jhon Toland³⁵, la función judicial se materializa mediante la interposición de recursos de apelación que se agotaban ante la cámara de los Lores y no ante el Monarca.

Sin embargo, la asignación de las funciones judiciales en cabeza del Parlamento que se había hecho en la Teoría de la Constitución Equilibrada, basada en la idea de coordinación de los poderes de Herle, no era satisfactoria, se convirtió tal vez en la única salida a la encrucijada que representaba definir la función judicial como una expresión del poder ejecutivo que dificultaba su asignación en cualquiera de los las dos funciones ya bien definidas para el siglo XVII, el poder legislativo y el poder ejecutivo.

En tal sentido, el aporte crucial de Montesquieu a la evolución de la teoría de la separación de poderes es el haber logrado rescatar la función judicial de su inclusión dentro del concepto de poder ejecutivo, entendido en términos de actos de gobierno, atribuidos principalmente al Monarca. No obstante, la función judicial es en esencia una actividad ejecutiva de los contenidos legales los límites ya impuestos al legislativo por Locke en el sentido de prohibir que éste intervenga con su actividad legislativa en asuntos particulares y los límites impuestos al Monarca

³⁴ VILE, O.P. Cit. p. 74.

³⁵ TOLAND, John. *The Art of Governing by Partys*, Londres, 1701. p. 31.

en el sentido de prohibir que este se convierta en juez de las leyes a las cuales también esta sometido justificaron, en la obra de Montesquieu, la formulación de un poder judicial con identidad independiente frente a la función legislativa y la función ejecutiva entendida en términos actos de gobierno.

“En cualquier caso, la innovación más significativa reside en este tratamiento del <<poder de juzgar>>: Montesquieu coloca esta *puissance de juger* al mismo nivel analítico que las otras dos funciones estatales, y establece así firmemente la trinidad de legislativo, ejecutivo y judicial, que más tarde a de caracterizar el pensamiento político moderno. (...) No obstante, Montesquieu todavía no atribuía a los tribunales la posición que pronto alcanzarían en el pensamiento de los teóricos americanos; así, el autor francés no reconocía a la *rama* judicial en estatus exactamente equivalente al de las ramas legislativa y ejecutiva, aunque opinaba claramente que debía ser independiente de las otras dos.”³⁶

Para Montesquieu la actividad del juez debía estar limitada por los estrictos contenidos legales: “Hay otros dos aspectos de la actitud de Montesquieu hacia el poder judicial que merecen especial atención. En primer lugar, su insistencia en que los jueces de las repúblicas debían atenerse a la literalidad de las leyes tuvo gran influencia en las concepciones posteriores de la función judicial. (...) Montesquieu afirmaba con insistencia que, si se permitía a los jueces actuar con discrecionalidad, el pueblo queda expuesto al peligro de que las opiniones personales de los jueces influyeran en las leyes haciéndolas ambiguas, lo que haría que la gente viviera en sociedad sin conocer exactamente la naturaleza de sus obligaciones. Así los jueces debían limitarse a ser <<la boca que pronuncia las palabras del derecho, meros seres pasivos, incapaces de moderar ni su fuerza ni su rigor>>”.³⁷

Estas ideas de Montesquieu frente a la división de poderes como una forma eficiente de controlar el poder son el germen de un salto hacia otro paradigma del constitucionalismo contemporáneo, el sistema de frenos y contrapesos, que fundamenta actualmente el diseño y la ingeniería constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica y que explicaremos en su oportunidad.

Como es sabido las teorías que rodearon la idea de limitar el poder en el siglo XVII y XVIII que nacieron en Inglaterra expandiéndose hacia Norte América y Europa son atizadas por una causa que las moviliza fugazmente en la historia, el concepto de las libertades individuales se constituían, y se constituyen hoy en día, en la finalidad última que persigue cualquier modelo de separación de poderes.

El papel de Obras como el Contrato Social de Rousseau y de las obras que hacen parte de todo el bloque que conformó el liberalismo político es, sin duda, el insumo ideológico que permitió una evolución en la distribución del poder del calado y la transcendencia como la ocurrida en el siglo XVII y XVIII, más aún cuando se llegaron a formular tesis políticas con gran elocuencia y claridad meridiana que reivindicaban como única fuente del poder político a la soberanía popular.

³⁶ VILE, M.J.V. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 98 y 99.

³⁷ Ibid. p. 101.

Una vez efectuada ésta aproximación histórica sobre el concepto y evolución de la separación de poderes como institución diseñada para limitar el poder Estatal en el escenario de la teoría liberal que acompañó las revoluciones de los siglos XVII y XVIII en la Europa Occidental, me concentraré en el siguiente título en hacer una descripción de los cuatro modelos políticos estándar que hacen parte de liberalismo político, a saber el Rule of Law Inglés, El Reichstaat Alemán, y el El Estado de Derecho Legalista Francés; para observar en panorámica y plantear una disertación que nos permita comprender a que modelo de limitación y de separación de poderes obedece cada uno de ellos.

El objetivo del análisis de los Modelos de Estado es lograr dimensionar que tipo de participación tienen los jueces en la creación del Derecho, para lo cual, se efectuará un análisis que permita esbozar desde la ingeniería constitucional cual es la lógica de articulación y participación de las tres ramas del poder público en la producción legislativa.

LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO

Como se ha explicado la órbita de análisis de los distintos modelos de Separación de Poderes y en especial de la participación de los jueces en la producción del Derecho será el Estado de Derecho en sus vertientes: Rule of Law, Democracia Constitucional Estadounidense, Estado Legalista Frances y el Rechtsstaat Alemán; al ser éstos variantes emblemáticas del Estado de Derecho que reportan diferencias significativas desde su ingeniería constitucional.

El concepto de Estado de Derecho no es del todo claro pero una aproximación analítica nos lleva a afirmar que: “El estado de Derecho no es sólo un estado de legalidad formal sino aquel estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El estado de derecho es, por tanto, una expresión de legitimidad política”.³⁸

En relación al concepto del Estado de Derecho “Kant, en la Metafísica de las Costumbres, afirma << la única constitución política deseable es aquella en que la ley domina por sí misma y no depende de ninguna persona>>. Como es sabido, para Kant el Estado es <<la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas>>(....) De esta forma para Kant la finalidad del Estado será garantizar a cada uno su libertad mediante leyes de carácter general que lo limitan.”³⁹

La acepción Estado de Derecho tiene su origen en Alemania, a comienzos del siglo XIX. En este sentido suele citarse a Robert Von Mohl aunque existen otros autores que han acuñado el término. Para este autor el Estado de Derecho incorpora unas exigencias dogmáticas en el siguiente orden: “a) Necesidad de una organización y regulación de la actividad estatal guiada por principios racionales (Estado de razón); b) puesta al servicio de los individuos que lo integran; c) Siendo sus principales tareas la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad; d) mediante leyes emanadas de los representantes de la voluntad general.”⁴⁰

En este sentido, el ámbito de análisis del presente trabajo se circunscribe al Estado de Derecho entendido éste como un modelo de organización política fundado en el respeto de la autonomía individual, regido por normas de contenido general que conforman un sistema coherente de Derecho, el cual, constituye fundamento y límite al ejercicio de los poderes públicos que han sido organizados

³⁸ DE CARRARAS. El Estado de Derecho como Sistema, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. p. 13.

³⁹ DE ASÍS, Rafael. Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho, Universidad de Jaén, Madrid, 1999. p. 35.

⁴⁰ Ibid., p. 36.

en un sistema de división de poderes como garantía para las libertades individuales.

La separación de poderes es pues un elemento estructural del Estado de Derecho que sirve de cortapisa a pretensiones dictatoriales que desde el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo intenten, sin límites distintos a los de su pudor o a la cosmovisión de un líder o grupo político, concentrar la totalidad del poder Estatal.

No obstante, en el debate constitucional contemporáneo se vislumbran nuevas amenazas contra el principio de la separación de los poderes distintas a aquel líder político que desde el ejecutivo manipula al parlamento en una estrategia dictatorial para hacerse con la totalidad del poder, esta vez, al parecer la amenaza a la separación de poderes sobreviene en el papel que asume el Poder Judicial en cuanto a la creación del Derecho Estatal.

La participación de los jueces en la creación del derecho se ha potenciado con el establecimiento de los Tribunales Constitucionales en el marco del Modelo del Estado Social de Derecho, la naturaleza garantista de este modelo ha elevado al rango constitucional derechos sociales que como mandatos prestacionales a cargo del Estado y presupuestos necesarios del sistema democrático son desarrollados en sede judicial con alcance vinculante frente al legislativo y al ejecutivo.⁴¹

El desarrollo de los derechos fundamentales y de los derechos sociales en la órbita de la interpretación constitucional a cargo de los jueces ha sido también patente en el Estado Social de Derecho Colombiano con la creación de la Corte Constitucional en 1991, existe un proceso de transformación en relación al alcance vinculante de la jurisprudencia y los fallos de la Corte que en materia derechos fundamentales y derechos sociales hoy la erigen como una verdadera norma jurídica vinculante para el Congreso y la Presidencia de la República.⁴²

No obstante lo anterior, y como se demostrará en la presente investigación, desde el mismo Estado de Derecho, previo al Estado Social de Derecho, es explicable la participación de los jueces en la creación del Derecho y es patente que la Teoría de la Separación de Poderes no es un principio rígido que confine a los jueces a ser la boca de legislador o a ser unos seres inanimados a los que solo les corresponde la estricta ejecución de la ley como lo afirmaría Montesquieu; en cambio la separación de poderes es un principio dinámico que responde a los axiomas políticos y filosóficos que fundamentan cada una de las vertientes del Estado de Derecho.

Como lo evidenciaremos en cada uno de los tipos de Estado de Derecho analizados el modelo de separación de poderes que les es propio tiene una versión distinta del alcance y participación de la judicatura en la actividad legislativa del Estado; como se mostrará el Rule of Law o Estado de Derecho Inglés y la Democracia Constitucional Estadounidense aplican un modelo de

⁴¹ Para ahondar en este tema ver: FERRAJOLI, Luigi. Garantismo en el Modelo del Estado Social de Derecho, Ed. Trota, Madrid, 2006.

⁴² Para ahondar en las nuevas competencias de la Corte Constitucional, ver a LÓPEZ, Diego Eduardo, El derecho de los Jueces, Ed. Legis - Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.

amplia participación judicial en la creación del Derecho, en contraste, con el Estado Legalista Francés y el Estado de Derecho Alemán o Reichsstaat que tienden a aplicar un modelo de separación de poderes restrictivo en cuanto a la participación de los jueces en la producción del derecho Estatal.

Es así como, la participación de los jueces en la producción del derecho Estatal no es un fenómeno exclusivo del Estado Social de Derecho y tampoco implica una transgresión a la Teoría de la Separación de Poderes como institución fundamental de los sistemas democráticos liberales, por el contrario, es un fenómeno que acompaña al Estado de Derecho y obedece al modelo de distribución de los poderes que determinen los principios que fundan cada vertiente del Estado de Derecho.

Con el fin de contextualizar en debida forma cada uno de los Estados a analizar y con el fin de explicar los distintos factores históricos, políticos y jurídicos que inciden en las distintas forjas de la separación de poderes de cada uno de ellos, he estructurado el análisis de cada modelo de Estado con un marco histórico, una descripción de la distribución de poderes actual y un gráfico final en donde se mide el nivel de participación de los tres poderes en la producción del Derecho Estatal.

Con el anterior esquema de análisis espero ofrecer una investigación descriptiva solvente que comprenda los factores más importantes que han incidido en el modelo de distribución del poder en cada vertiente del Estado de Derecho y en especial en la concepción que del poder Judicial se haya esculpido en cada uno de ellos.

1.1. MODELO LIBERAL INGLÉS – EL RULE OF LAW

El Rule Of Law o Estado de Derecho Inglés representa un ícono en el derecho público no solo por ser génesis del liberalismo político, también lo es, por su particular ingeniería constitucional reflejo de la compleja concepción que del poder político y del Estado se ha forjado en esta nación.

El Rule of Law o Imperio del Derecho es un principio constitucional que fue acuñado por los jueces del *common law* en la edad media y que ha trascendido en todo un Modelo de Estado en el que el Derecho y la Razón dominan a instituciones políticas tradicionales como el Rey, el Parlamento y la Judicatura. El Constitucionalismo Inglés se ha construido sobre la base de declaraciones de derechos y principios rectores esculpidos a lo largo de siglos de intervención judicial y devenires históricos que, aunque dispersos en el tiempo, conforman un cuerpo teórico y jurídico en el que el Derecho y la Soberanía del Parlamento son pilares fundamentales del sistema político.

Como veremos, en Inglaterra la distribución del poder Estatal ha oscilado históricamente entre el Rey, el Parlamento y los Jueces siendo el poder legislativo el centro de fuertes pugnas entre los tres estamentos de la escena política, de la cual, ha salido victorioso el Parlamento como depositario de la soberanía popular. La Ingeniería Constitucional del Rule of Law da vida al sistema de gobierno de la Monarquía Parlamentaria, en la que el Rey, Lores, Jueces y Comunes se articulan para el ejercicio del poder político enmarcado por el respeto a los principios del Derecho Constitucional Inglés que declara a las libertades civiles y a los derechos políticos como piedra angular del Estado de Derecho.

La separación de los poderes en el Rule of Law ha sido igualmente consecuencia de un lento proceso histórico que tuvo su origen en el Estado Mixto estamental, evolucionó hacia una teoría de Constitución Equilibrada en la que se escindían conceptualmente el poder ejecutivo y legislativo y culminó con el establecimiento del régimen parlamentario de gobierno en el que el control del poder legislativo reside principalmente en el Parlamento con una importante participación de los jueces del common law.

Aunque no existe un sistema de control judicial a la legislación a manera de tribunal constitucional, el Rule of Law obedece a un modelo de separación de poderes en el que los jueces, como padres del constitucionalismo y del Estado, tienen una importante labor en la creación del Derecho Estatal. El sistema de la *stares decisis* o sistema de precedentes judiciales sobre el cual se construye el derecho Inglés conlleva una importante facultad de creación de normas jurídicas de alcance general en sede judicial, de hecho, los principios y derechos que conforman el constitucionalismo y las reglas del Derecho que rigen el Estado Inglés han tenido origen en los fallos judiciales. Lo mismo ocurre en desarrollo de la interpretación de la legislación delegada a la Corona o al Gabinete por el Parlamento en cuanto los jueces del Rule of Law establecen si ésta se mantuvo dentro de los términos y condiciones de la delegación, lo cual, comporta importantes facultades en cuanto a la creación del Derecho se refiere.

Como se podrá establecer a lo largo del presente capítulo el modelo de separación de poderes del Rule of Law viene acompañado de un contexto histórico particular

que hace parte de su esencia y desde el cual se explica el esquema de distribución del poder político en el que actualmente el Primer Ministro, como extensión del Parlamento, ha tomado un papel crucial en la dirección del Estado y en donde los Jueces participan en una franja de dominio parcial de la producción del Derecho.

En desarrollo del presente análisis podremos evidenciar como desde el Estado de Derecho, específicamente en el Inglés, se construyen modelos de separación de poderes en el que los jueces colaboran en la producción de un derecho estatal acorde a los principios y derechos fundacionales del Gobierno, lo cual, evidencia que la teoría de la separación de poderes es un principio dinámico que obedece a distintas connotaciones histórico – políticas sin que por esta razón deje de ser una garantía efectiva para la moderación del poder político.

Veamos a continuación el contexto histórico, político y el diseño constitucional que distribuye los poderes públicos en el Rule of Law

1.1.1. Marco Histórico: El desarrollo histórico del constitucionalismo Inglés es una fuente primaria en donde se evidencian los sobresaltos sociales y los procesos políticos que dieron origen a las instituciones estructurales del Estado Liberal de Derecho.

La Teoría de la Separación de Poderes, como institución fundamental de los Estados de Derecho, encuentra su principal desarrollo teórico en el marco de los acontecimientos políticos que rodearon la transición entre el régimen absolutista y el régimen parlamentario en la Inglaterra de los Siglos XVI, XVII y XVIII. Como se ha descrito brevemente en el anterior capítulo las transformaciones entre Teoría del Estado Mixto, Teoría de la Constitución Equilibrada y la Formulación Pura de la Separación de Poderes tienen su origen en el Constitucionalismo Inglés y han sido ya objeto de análisis.

En este sentido y con el objeto de no retomar hechos históricos del constitucionalismo inglés que fueron ya tratados en el análisis de los antecedentes históricos de la separación de poderes, el presente marco histórico se enfocará en describir los acontecimientos y principales obras que en el modelo inglés afianzaron la aparición tanto del estado mixto, la constitución equilibrada y la separación de poderes. Así las cosas, el presente marco ofrecerá datos más específicos en relación a las corrientes de pensamiento que auspiciaron el surgimiento de estas teorías en la Inglaterra del Siglo XVI y XVII.

- **Teoría del Estado Mixto en Inglaterra:**

Como se había mencionado, en la Teoría del Estado Mixto confluyen en el accionar legislativo o ejecutivo del Estado los comunes, la aristocracia y el rey en el marco de una fórmula que pretendía equilibrar el sistema político y moderar el ejercicio del poder.

Aunque la Teoría propendía por equilibrar y moderar el poder desde el interior del sistema político las disputas por la principal función del Estado – la legislativa – no se hicieron esperar.

Por ejemplo, un factor determinante que inclinaba la balanza del poder político hacia el parlamento es el *Common Law*, puesto que las funciones judiciales asignadas al Parlamento como **High Court of Parliamen** y el establecimiento de precedentes judiciales en el marco del arraigado *Common Law* sirvieron de base para el ejercicio de una importante función legislativa en cabeza del parlamento que se convirtió en la cortapisa a la figura del rey. Tanto fue así que en el periodo de los Tudor y los Estuardo y con la llegada al trono de Carlos I llegaron a sus límites las tensiones por el dominio del poder y en especial la tolerancia de la aristocracia frente al poder parlamentario acuñado en su función judicial y creadora del derecho, ésta circunstancia desató la guerra civil de 1642.

Así mismo, aparecían teorías radicales que como las de Coke⁴³ en “*Fourt Instituto*” apuntaban a establecer la primacía del *Common Law* y los jueces sobre el Parlamento y el Statute Law, lo cual, fue base conceptual posterior para el proceso de independencia judicial y establecimiento del precedente en el sistema jurídico Ingles; no obstante para la época estos planteamientos fueron sobrepasados por la idea de soberanía parlamentaria que se instalaría en el periodo del protectorado de Cromwel.⁴⁴

Sir Edward Coke (1552 – 1634) presidente del *Common Pleas* es un personaje protagónico en la historia constitucional inglesa y para la teoría política que cimenta, aún hoy en día, a los Estados liberales modernos; toda vez que mediante sus fallos⁴⁵ y obras construyo toda una teoría constitucional en la cual planteó la defensa de los derechos de los ingleses, vertidos en el derecho consuetudinario con base en las restricciones a las prerrogativas regias e incluso declaro la ilegalidad de los arrestos efectuados por la Alta Comisión. Afirmaba Coke: “que, con las ordenanzas, el rey no puede violar una ley, ya que las ordenanzas no se encuentran entre las fuentes del derecho inglés, este cometido le corresponde al Parlamento a través de un estatuto, dado que solo él tiene el poder legislativo (...)”⁴⁶. Incluso llega a afirmar Coke, en el proceso contra Bohan, que los jueces del *Common law* tienen el derecho de controlar los actos del Parlamento para determinar, sobre la base del derecho inglés, si los estatutos son nulos, este es un claro antecedente del control constitucional sobre los actos del legislativo.

Es claro que existieron tensiones entre el Parlamento, el Rey e incluso los jueces del *Common law* por el dominio del poder legislativo y por la inclinación a frenar el poder ejercido por los restantes elementos del Estado Mixto de alguno de ellos, de tal manera que la implementación de la Teoría no fue del todo pacífica y las discrepancias dieron lugar incluso a la Guerra Civil.

⁴³ Para ahondar en el estudio de estas teorías ver: MAITLAND, Frederic William. *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1912.

⁴⁴ GARCIA COTARELO, Juan. Los Fundamentos Socio Políticos de la Jurisdicción Constitucional, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1991.

⁴⁵ MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad, Ed. Trota, Madrid, 1998. p. 41.

⁴⁶ Ibid., p. 90.

Como concreciones de la teoría del estado mixto en la Inglaterra del siglo XIII se puede citar la Carta Magna aceptada por el Rey Juan sin tierra en 1215 en respuesta a las profundas dificultades sociales y políticas que lo agobiaban y que lo obligaron a suscribir acuerdos con la clase noble de la época; este importante documento constitucional estampaba la institución del debido proceso en las acciones judiciales, una normalización de la jurisprudencia, la inclusión de límites al poder monárquico encargados al parlamento, la separación de la iglesia del estado y establecía condiciones mínimas de seguridad para los artesanos y campesinos de la península. Para el caso que nos ocupa es importante resaltar que la Carta Magna incorporó la idea de distribución del poder entre monarquía, aristocracia y la democracia; así como, la constitucionalización del concepto de limitación del poder.

En este sentido también se pueden citar como ejemplos de concreción de la teoría del estado mixto los esfuerzos de distintos estadistas de la época en la construcción de listas de funciones o listas de soberanía en las que se buscaba organizar y efectivizar la acción articulada del Monarca y el Parlamento que demandaba esta teoría; por ejemplo La teoría del Papado que buscaba la limitación y distribución de funciones en razón al tipo de origen del poder - divino o humano, de la cual, surgen los tribunales eclesiásticos; Bodín exponía una lista de nueve poderes del Estado en Six Liveres; Jhon Miltón en Ekonolastes de 1649 hacia lo propio.

Otras instituciones de éste periodo que hacen parte de la distribución de poderes legislativos y ejecutivos entre monarquía, aristocracia y comunes son la Star Chamber o Cámara Estrellada (1529) con funciones judiciales en materia constitucional y penal y la High Commission – Alta Comisión con jurisdicción en materia eclesiástica.

De igual forma, la fórmula del *King in Parliament*, mediante la cual, ciertas decisiones políticas solo podían ser tomadas por el rey de manera conjunta y concertada con el Parlamento es una institución a resaltar en este periodo. Adicionalmente el Parlamento ejercía la función judicial mediante el sistema bicameral y tenía el poder de expedir ciertas leyes de manera exclusiva, a su vez, el rey ejercía el poder de representación internacional, así como, ciertas prerrogativas reales.

- **Una Primera Versión de la Teoría de la Separación de Poderes.**

Como se ha explicado la primera formulación de la Teoría de la Separación de Poderes tuvo lugar en el periodo del Protectorado, entre 1642 y 1659, este periodo político es producto de la Guerra Civil emprendida por Oliver Cromwell en contra del Rey Carlos I de Inglaterra.

Las hostilidades se originaron tanto con Jacobo I, pero en especial con Carlos I, cuando estos pretendieron imponer una doctrina política que menoscababa y atentaba contra el cada vez más consolidado poder parlamentario; originada en Escocia con William Barclay – *De regno et regali potestate* (1600); la teoría del derecho divino, estandarte de Carlos I, otorgaba al rey el estatus de imagen viviente de Dios lo que traía como consecuencia la superioridad del rey sobre la

ley parlamentaria en contraposición franca con los principios de distribución de funciones legislativas entre rey, aristocracia y democracia que dominaba la teoría política del estado mixto del siglo XVII y que había sido el fundamento que había permitido al Parlamento expedir leyes generales y a los jueces fallar con base en *el common law* y no con base en los decretos reales.

“Entre 1603 y 1640 tenemos un doble orden de tensiones; (...) Tenemos un conflicto entre la prerrogativa y la *jurisdictio*, puesto que la monarquía interpreta de modo cada vez más extensivo la primera, mientras el parlamento, que cada vez se siente el representante de la nación, comienza a discutir los *arcana imperi* y a controlar la política del soberano. Luego tenemos un conflicto en el ámbito de la *jurisdictio*; ya sea para definir la relación entre la nueva legislación y el *common law* ya sea para decidir a quién pertenece este nuevo poder legislativo. (...) El conflicto tiene dos vertientes distintas: una entre los tribunales y el rey, otra entre el Parlamento y el rey.”⁴⁷

El choque de teorías constitucionales entre el estado mixto y la teoría del derecho divino impuesta por Carlos I es patente en los planteamientos ya expuestos por Coke, en el entendido que, como el lo expresaba, para los jueces y parlamentarios de la época la ley debía ser expedida por el parlamento con fundamento y en armonía con el *common law*, por lo cual, las ordenanzas regias no podrían sobre pasar este sistema de decisiones políticas; en contraste, la teoría del derecho divino, impuesta por Carlos I, pretendía sobre poner la prerrogativa regia explicando que el estado mixto consistía precisamente en el equilibrio y participación que la Monarquía debía tener en la función legislativa de cara al Parlamento, sin embargo, este último planteamiento se veía como una simple formalidad puesto que el Rey pretendía acaparar el poder político.

Las tensiones a causa del expansionismo de Carlos I se pueden ver documentadas en las reacciones parlamentarias como la *Petition of right* de 1610, la protesta de los comunes en defensa de su Cámara y el *impeachment* impulsado por Francis Bacon, “en 1621; la nueva y mas famosa *Petition of right* de 1628 de Coke y Selden y, en fin, las tres resoluciones votadas por los Comunes en desafío a la disolución del Parlamento ordenado por Carlos I en 1629”⁴⁸; todas las anteriores fueron la antesala de la revolución de 1648 que dio paso a la etapa constitucional del protectorado liderado por Cromwell.

Desencadenada la Guerra civil y subvertido el régimen de hegemonía Monárquica con la decapitación de Carlos I en manos de Oliver Cromwell, surge el régimen del Protectorado que permitió afianzar la figura del Parlamento y la construcción de teorías que como las de Henry Ireton, en *Puritanism and Liberty* Londres 1950, George Lawson y Sadler en *An Examination of the political Part of Mr Hobbs his Leviatan* Londres 1657 y Charles Dallison con *The Royalists Defence* enmarcaron un concepto próximo a la teoría de la separación de poderes actual.

Aunque en el periodo del Protectorado el Parlamento fue disuelto en cuatro oportunidades, en 1653, 1654 y en 1656, y el *Instrument of Government* de 1653, documento que constituye la primera constitución escrita de Inglaterra, fue

⁴⁷ MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad, Ed. Trota, Madrid, 1998. p. 84.

⁴⁸ Ibid., p. 86.

redactado por un consejo de oficiales al mando de Cromwel, el sentido de la supremacía parlamentaria permaneció presente en este periodo de tiempo y esto sumado al fortalecimiento de la función ejecutiva del estado en cabeza de los militares permitió soterradamente la elaboración de teorías más depuradas de la separación de poderes que vencieron la confusión que caracterizó a la teoría depuesta del estado mixto.

En este periodo no solo se abordó la conceptualización de los poderes ejecutivo y legislativo como funciones independientes ejercidas por órganos diferenciados, la función jurisdiccional fue objeto de desarrollos teóricos importantes, que aunque no se verían reflejados en el establecimiento de un órgano judicial independiente, si se presentan como importantes antecedentes de un poder judicial diferenciado: “En aquella época se estaba produciendo un animado debate sobre la posición de los jueces y los poderes judiciales de las dos cámaras parlamentarias (especialmente esta última cuestión). En este contexto, Henry Ireton afirmaba en 1647 que – los dos grandes poderes de este reino se dividen entre la cámara de los Lores y la de los Comunes, y a mi modo de ver es el caso que el poder judicial reside principalmente en la de los Lores (...) y el poder legislativo principalmente en la de los Comunes.-. Un panfleto publicado en 1564 reclamaba que el Parlamento se abstuviera de ejercer el poder jurisdiccional del que se habían dotado sus miembros y comités para juzgar causas particulares en las que intervengan personas o propiedades, y la publicación *Hamble petition and advice*, fechada en 1657, establecía límites al ejercicio del poder judicial por parte de la otra Cámara. No cabe duda de que el problema del poder judicial inquietaba el ánimo de la población (....) En 1649 John Salder se basaba en el ejemplo de los writs para desarrollar una división tripartita de las funciones del Estado que las repartía en las categorías de original, judicial y ejecutiva – Tal vez no pueda conceder, pero desde luego no puede negar el poder original a los Comunes, el Judicial a los Lores y el Ejecutivo al Rey”⁴⁹.

De igual manera, Sadler y Lawson hacían en 1657 empleo de una terminología más explícita de la teoría de la separación de poderes al referirse en, *Examination of Political Part of Mr Hobbs his Leviathan*, a una función legislativa, judicial y ejecutiva del Estado, haciendo la salvedad en el sentido en el que el concepto ejecutivo para la época encerraba la función de emitir sentencias y poner las en ejecución, lo cual, aleja esta concepción de la actual, sin embargo, para la época constituyo la formula más elaborada de la Separación de Poderes. Charles Dallison en su obra titulada *The Royalists Defence* hacia lo propio.

Es claro entonces que en el Protectorado se elaboro una conceptualización teórica y práctica de la función Legislativa a cargo de la Cámara de los Comunes y una función Ejecutiva a cargo del Lord Protector, en cuanto a la función judicial se produjeron agudos debates y avances teóricos en cuanto a su relevancia como poder independiente pero ésta siguió en manos de la Cámara de los Lores y de los jueces del *Common Law*.

Como se puede observar estaba ya establecida en la teoría política del periodo revolucionario Ingles la Teoría de la Separación de Poderes en su versión

⁴⁹ VILE, M.J.V. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 34.

tripartita, declarando la especialización de funciones con un sentido de limitación del poder al interior del Estado mismo, afirmaría Dallison en este periodo: "Mientras la supremacía, el poder para juzgar según la ley y la autoridad para crear nuevas leyes estén en distintas manos, se mantendrá la ley que conocemos; pero si se une ésta desaparecerá de inmediato, dando paso a la arbitrariedad y la tiranía"⁵⁰

Por último, como resultado de las ideas revolucionarias, se habían abolido para la época instituciones medievales como la Cámara Estrellada que en su naturaleza de tribunal de prerrogativa regia transgredía las libertades otorgadas por el *Common Law* a los ingleses; se había establecido el *impeachment* como fórmula de sumisión de los ministros del rey al Parlamento; mediante las *Nineteen Propositions* de 1642 se "solicita una completa sumisión del rey y del Consejo ante el Parlamento, ante quien prestarán juramento; los asuntos importantes del reino no se debatirán en Consejo, sino en Parlamento, e incluso los que se dejen al rey y al Consejo han de ser sometidos de cuanto en cuando a la aprobación del parlamentaria."⁵¹

- **La Teoría de la Constitución Equilibrada en Inglaterra.**

Como se explicó en el título de los antecedentes históricos de la Separación de Poderes la Teoría de la Constitución Equilibrada surge como una fórmula política que concilia algunas concepciones aristocráticas del poder acuñadas en el Estado Mixto del Siglo XVI y el concepto funcional del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial que se había acuñado en el Periodo del Protectorado gracias a la primacía del Parlamento justificada desde la soberanía nacional y a la naturaleza Ejecutiva asignada al Lord Protector.

En el periodo de la restauración el constitucionalismo inglés buscó restablecer el equilibrio de las instituciones tradicionales: la monarquía, la aristocracia y los comunes que se había perdido en el periodo del protectorado, los ingleses habían entendido que la autoridad del rey y el parlamento eran imprescindibles para la estabilidad política y para el afianzamiento internacional de Inglaterra.

Este periodo político se caracteriza por el rechazo al absolutismo militar, civil o monárquico; la sociedad inglesa demandaba un sistema constitucional equilibrado y armónico que permitiera la estabilidad política, por lo cual, y teniendo en cuenta que ya para la época habían experimentado el despotismo de los reyes y en parte el de los militares con Lord Protector, los ingleses y sus representantes buscaron la reconciliación con la figura del rey.

El rey empezó a recuperar importantes poderes como el control del ejército mediante la *Militia Act* (1662), el liderazgo de la política internacional, la designación del consejo privado de la corona compuesto por 15 doctos de su confianza y 15 de la opinión pública y la facultad - deber de llamar cada tres años a elecciones; así mismo, se reafirmaron garantías para las libertades de los ingleses como el habeas corpus mediante el Habeas Corpus Act de 1679.

⁵⁰ DALLISON, Charles. *The Royalists Defence*, 1648. p. 126.

⁵¹ GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Ciencias Sociales Alianza Editorial, Madrid, 1991. p. 264.

No obstante, la figura del Monarca se insertaba nuevamente en el escenario político con importantes facultades deviene una nueva revolución, esta vez, a causa de sectarismos religiosos entre católicos y anglicanos, esta revolución fue llamada la Revolución Gloriosa y tiene especial significación para el tema que nos ocupa en la medida en que como resultado de ésta claudica Carlos II y toma posesión de la Corona Guillermo III de Orange quien suscribe un trascendental acuerdo con el parlamento en materia de distribución del poder político en Inglaterra.

A raíz de la inminente llegada de un rey católico como sucesor del envejecido Carlos II en Inglaterra, Jacobo II hermano de Carlos II, quien había demostrado su concepción arbitraria del poder en las colonias norte-americanas; el partido anglicano Tory con mayorías parlamentarias da inicio a una campaña de hostigamiento en contra de Carlos II y Jacobo II que pasa por cuestionamientos a las facultades regias como el derecho que el rey tenía de convocar el parlamento, la legitimación de la monarquía y el derecho a la revolución, lo cual, termina con el desembarco Guillermo III en la península declarado rey de Inglaterra y el destierro de Jacobo II a Francia.

Es así como, el intento progresivo por retomar la concentración de poderes en cabeza de la corona y en especial el enfrentamiento de Jacobo II con el parlamento por intentar restablecer la religión católica en Inglaterra, dio paso a la denominada revolución gloriosa. En esta revolución el parlamento obligó a abdicar a Jacobo II en 1688 quien se exilió en Francia y fue remplazado por el Estatúder Holandés Guillermo III; esta transición de gobierno fue posible gracias a la suscripción del Bill of Rights o Carta de Derechos que fue impuesta por el Parlamento a Guillermo III el 13 de febrero de 1689 y que constituye el establecimiento de la teoría de la Constitución Equilibrada.

En el Bill of Rights se consagran dos principios fundamentales del modelo político equilibrado del poder que aún perduran en el parlamentarismo inglés, el rule of law o estado de derecho y la soberanía del parlamento, lo cual implica la articulación del Monarca, la cámara de los Comunes y la cámara de los Lores en el ejercicio del poder ejecutivo, legislativo y judicial respectivamente.⁵²

En esta teoría de la constitución equilibrada, vertida en el Bill of Rights, el monarca entrega importantes funciones que ejercía en desarrollo de la prerrogativa real y que habían sido retomadas por Jacobo II, dentro de las más importantes concesiones de la monarquía tenemos: “La primera y más relevante era la de acatar las leyes aprobadas por el parlamento, con la expresa prohibición de suspender o dispensar su aplicación. (...) así como imponer impuestos sin consentimiento del parlamento (...). El consentimiento del parlamento se consideraba necesario también para reclutar o mantener un ejército dentro de las fronteras del reino en tiempos de paz. Este importante documento reconocía, así mismo, el derecho de los súbditos a elevar peticiones al rey, así como, el de portar armas para su defensa. El Bill disponía, además, que las elecciones del

⁵² VARELA SUANZES, Joaquín. El Constitucionalismo Británico entre Dos Revoluciones 1668 y 1789, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público en Historia Constitucional, Madrid, 2009. p. 2.

Parlamento debían ser libres, que la libertad de expresión dentro del parlamento no podía ser controlada por ningún tribunal que no fuese el propio parlamento, que no se debían exigir finanzas exageradas ni imponerse multas excesivas, ni aplicarse castigos crueles o desacostumbrados, que los jurados debían elegirse convenientemente, y en fin, que las multas y confiscaciones de la propiedad, para ser legales, deberían ordenarse mediante sentencia judicial”.⁵³

Otras leyes posteriores desarrollaron y profundizaron el control del parlamento sobre el monarca, la Muntiny Act que controlaba el poder de la corona sobre los ejércitos y la obligaba a acudir al parlamento anualmente para renovar su poder de mando, la Toleration Act que establecía la libertad de cultos a excepción del catolicismo, la Triennial Act de 1694 en virtud de la cual se obligaba al rey a convocar elecciones parlamentarias cada tres años, la Civil List Act mediante la cual el parlamento debía fijar anualmente los empréstitos a favor de la corona y la Ley de Establecimiento, mediante la cual, se reglamentaba el ejercicio del impeachment instrumento que permitía exigir la responsabilidad penal del gabinete. Así mismo, el “*Act of settlement* (1701) con el cual termina la fase constituyente de la gloriosa revolución: además de regular la sucesión, establecía la inamovilidad de los jueces, *quamdiu se bene gesserint* (y para revocarlos se necesitaba la conformidad del parlamento), y además obligaba a la corona a despachar los asuntos de Estado en el Consejo Privado, mientras que quien recibía dinero del rey no podía sentarse en la Cámara de los Comunes”⁵⁴

En este sistema equilibrado y de conformidad con la Carta de Derechos el rey tenía participación en la función legislativa y asumía un papel de director político del Estado, la intervención del monarca se basaba en el gran poder residual que le asistía dado que la Bill of Rights establecía prohibiciones específicas dejando en blanco un conjunto de acciones de carácter ejecutivo y legislativo que bajo los principios de la Constitución Equilibrada podían ser asumidos por el Rey.

A su vez, el parlamento aprobaba las leyes y controlaba la ejecución encargada al rey mediante el ejercicio del Impeachment, el cual, era formulado por la cámara de los comunes en contra del gabinete real y nunca contra la figura del rey. De igual forma, el Parlamento encontraba sus límites en el carácter general, impersonal y abstracto de sus actos, de acuerdo a lo planteado por Locke no le estaba permitido definir los asuntos mediante leyes generales e impersonales por cuanto le estaba vedado resolver los asuntos de carácter particular que pasaban a ser competencia de los jueces. Otro límite al Legislativo es el poder de veto que el rey tenía sobre la legislación emanada del parlamento.

Así las cosas, mediante la Carta de Derechos la Constitución Británica garantizaba su propia conservación mediante un doble equilibrio: de poder y de interés (balance of power and balance of interest). En virtud del primero, el abuso o exceso de uno de los tres poderes que ejercían la función legislativa era contrarrestado por los otros dos.

Mediante el "equilibrio de interés", que daba eficacia al "equilibrio de poder", las facultades de la Corona, de los Lores y de los Comunes estaban dispuestas de

⁵³ Ibid. p. 3.

⁵⁴ MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad, Ed. Trota, Madrid, 1998. p. 144.

modo tal que si uno de ellos se extralimitase, los otros dos se unirían en interés común para resistirlo.

Sin embargo, el gran vencedor de la Gloriosa revolución es el Parlamento “(...) vencedor en sus pretensiones en el ámbito de la tasación y de la legislación, y aumentó sus posibilidades de controlar al ejecutivo, dejado en manos del rey, de modo que la monarquía estuviera al servicio de la nación y no se hallara en condiciones de actuar contra sus intereses fundamentales”.⁵⁵ De igual forma, los jueces del *common law* y los cimientos de la autonomía judicial resultan fortalecidos mediante las garantías consignadas en el *Act of settlement* (1701), a través de la cual se establecía la inamovilidad de los jueces por cuenta del rey.

- **La Implementación del Sistema Parlamentario en Inglaterra.**

Con posterioridad al establecimiento de la teoría de la constitución equilibrada en el Reinado de Guillermo II, vertida en la Declaración de Derechos de 1689, viene un proceso lento de parlamentarización del sistema político inglés. Los insumos teóricos de esta transformación siguen siendo las concepciones medievales y modernas del gobierno equilibrado, parte del estado mixto, la teoría de la separación de poderes, el principio de los frenos y contrapesos y la recientemente elaborada teoría de la constitución equilibrada.

Históricamente se da inicio a la Monarquía Parlamentaria con el reinado de Ana I quien sucedió a Guillermo III en 1702; este proceso de parlamentarización se puede definir como: “la progresiva disminución de los poderes regio y su transferencia a otros órganos constitucionales, en particular a un Gabinete cada vez más responsable ante el parlamento o, con más exactitud todavía, a un primer ministro cada vez más dependiente de la confianza de los comunes. Pero esta merma del poder regio no se produjo a través de las leyes aprobadas por el Parlamento (*statute law*) sino mediante la interpretación jurisprudencial de la prerrogativa (esto es del, *Common Law*) y, sobre todo, a través de las convenciones constitucionales, verdaderas protagonistas de una <<revolución invisible>> que transformó profundamente el acuerdo constitucional de 1688”⁵⁶

Actualmente, el sistema político inglés se desenvuelve bajo la figura de la monarquía parlamentaria la cual acuña buena parte de las tradiciones socio-económicas e institucionales de la edad media vigorizadas por el refinamiento de la teoría de los pesos y contrapesos que se convirtió en el estandarte que estableció las bases de permanencia y la orientación de la dogmática constitucional del Reino Unido.

Esta etapa del desarrollo inglés que se extiende hasta nuestros días, tiene algunas características que permiten conjugar valores y tradiciones del desarrollo político inglés con figuras modernas de representación política. Así pues, nos encontramos con un sistema parlamentario que se coexiste con la figura del rey.

Hoy en día “El Reino Unido es una monarquía parlamentaria en el que el rey o monarca ejerce la función de jefe de Estado bajo el control del poder legislativo

⁵⁵ Ibid. p. 144.

⁵⁶ VARELA SUANZES O.P. Cit. p. 12.

(Parlamento) y del poder ejecutivo (Gobierno). Las normas y decisiones emanadas de las distintas Cámaras parlamentarias regulan no solo el funcionamiento del Estado sino también la actuación, funciones y poderes del monarca [...] la toma efectiva de decisiones se mantiene en el Gobierno y en las distintas cámaras, que en una monarquía parlamentaria son considerados los depositarios de la soberanía popular⁵⁷”

Teniendo en cuenta que el sistema de gobierno en Inglaterra es actualmente el de la de la monarquía parlamentaria en el siguiente título se explicará su esquema de organización y distribución del poder político, en especial el papel que los jueces tienen en la creación del derecho para encontrar las estructuras e instituciones fundamentales que conforman el modelo de estado del Rule of Law analizado en este aparte.

1.1.2. Sistema de Gobierno Actual: La monarquía parlamentaria llega al escenario político inglés como consecuencia de la crisis que el modelo político de la constitución equilibrada hizo en el periodo de la revolución industrial, aunque la nueva teoría recoge buena parte de la dogmática de su antecesora tuvo que evolucionar dadas las demandas generadas por la vertiginosa industrialización del siglo XIX. La teoría de la constitución equilibrada y su concepción de moderación del poder basado en las limitaciones a la prerrogativa real se hicieron anticuadas y discordantes con la cada vez más compleja interacción social, económica y política; de hecho los comunes como nueva clase industrial dominante demandaban más control político y capacidad de decisión administrativa en el Estado lo que reñía con el equilibrio del poder entre lores, comunes y el rey.

Se podría decir que la tensión fundamental que generó la transformación de la teoría política inglesa en el contexto de la revolución industrial fue la cada vez más injustificada influencia política de la aristocracia, con sus intereses propios, en un mundo regido y apalancado por los barones industriales que veían solo en la cámara de los comunes la fiel representación de sus mayoritarios intereses.

Como resultado de lo anterior la evolución constitucional hacia el parlamentarismo tiene como bases fundamentales: “a) el reconocimiento del poder jurídico – político a los nuevos poderes sociales, ampliando cada vez más el sufragio. b) Por la estructura de la política inglesa con arreglo a los intereses de los grupos relevantes: primero, *laissez faire*; más tarde, medidas de política social; después intervencionismo y; finalmente, economía socializada”.⁵⁸

Es así como, se presenta un proceso de ampliación de las bases electorales que permitió la representación de diversos intereses sociales y económicos en el poder legislativo dando paso ello a la superación de la hegemonía aristocrática que hasta entonces era representada en la Cámara de los Lores y la Corona. Estas reformas electorales acaecieron mediante la reforma de 1867 que extiende el sufragio a la pequeña burguesía, la reforma de 1884 que extiende el sufragio a las cabezas de

⁵⁷ ALVARADO, Catherine. El parlamento Ingles, Trabajo de Investigación Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, versión online en <http://www.scribd.com/doc/2268151/Derecho-Constitucional-I-El-Parlamento-Ingles?page=4>, p. 10.

⁵⁸ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid 1984. p.274.

familia; la reforma de 1918 que establece el sufragio masculino y de las mujeres mayores de 30 años y la reforma de 1948 que procede a abolir los últimos restos de representación corporativa; las anteriores redundaron en el fortalecimiento de la legitimidad política de la cámara de los comunes sobre el poder aristocrático de la cámara de los lores en el escenario constitucional Ingles.

La supremacía del parlamento, sustentada en las bases políticas electorales dadas por las reformas a la cámara de los comunes, trajo consigo el traslado del Gabinete del dominio del rey al dominio político del parlamento, lo cual constituyó la ruptura de la teoría de la constitución equilibrada en la medida en que el rey fue relegado a encarnar el simbolismo político de la unidad nacional y la representación internacional, así mismo, las competencias de la cámara de los lores fueron limitadas a través de la Parliamentary Act de 1911 y la Parliamentary Act 1949 a un poder de veto suspensivo por el lapso de un año sobre la legislación aprobada por la cámara de los comunes.

Se podría decir a manera de conclusión general que el proceso de parlamentarización del sistema constitucional ingles tiene como base sociológica el traslado del protagonismo social y económico de la aristocracia terrateniente a la burguesía industrial lo que genera una resonancia, a manera de tsunami, en las estructuras del poder por cuanto se traslada la dirección administrativa y política que bajo la teoría de la Constitución Equilibrada pertenecía al rey sometido por el Parlamento en virtud del Bill of Rights al nuevo Gabinete representado por el Primer Ministro que es elegido y controlado de manera directa por las mayorías parlamentarias y los partidos políticos.

Una vez analizados los aspectos generales de la transición de la Constitución Equilibrada a la Monarquía Parlamentaria en la teoría política inglesa procederé a analizar los aspectos específicos de la ingeniería constitucional vigente que me permitirán establecer en la actualidad el modelo de separación de poderes que impera en el constitucionalismo inglés contemporáneo, análisis que se hará focalizando la capacidad de producción legislativa de órganos constitucionales distintos al parlamento y en especial la capacidad de creación de derecho en cabeza de los jueces del *common law*.

1.1.3. Actual Distribución de Poderes:

1.1.3.1. La Corona: Una primera aproximación a este concepto nos muestra como el término es entendido por los ingleses como sinónimo de rey. No obstante se construye un concepto general de Corona, en el cual, desde la perspectiva jurídico – política, éste comprende la idea integral de Estado en su conjunto organizacional, de igual manera, se entiende el mismo término, desde una perspectiva técnico – jurídica, como la institución constitucional particular que representa un poder público de varios que integran el escenario constitucional ingles.

Históricamente la Corona ha pasado de ser una corporación basada en la relación política subordinante rey – súbdito, desarrollada en el derecho canónico del siglo XVII, a ser en la actualidad una corporación que parte del concepto de rey como *truster* o fiduciario del pueblo esto como consecuencia histórica y constitucional del triunfo del parlamento sobre el rey.

La actual concepción del rey como fiduciario del pueblo es importante en la medida en que muestra la pervivencia, a través de la adaptación, de las instituciones estamentales del siglo XVII en el constitucionalismo inglés contemporáneo; ahora bien, de ésta aceptación y adaptación del andamiaje institucional medieval se desprende que la corona constituya hoy en día un emblema político de unidad nacional y escenario natural para la representación internacional del sistema político británico.

Existe un atributo de unidad política que se le atribuye a la Corona en la ingeniería constitucional Británica: “De este modo, la Corona aparece en el Derecho inglés como el vínculo de los tres poderes capitales. Tal es el sentido de que al ejecutivo se le llama rey en Consejo; al legislativo, rey en parlamento, al judicial, rey en su tribunal (King in his Court). Representa, pues, la unidad de los poderes jurídico – políticos británicos”.⁵⁹

Algunos teóricos ingleses como Hatschet descartan la posibilidad de implantar en la dogmática constitucional inglesa el concepto jurídico – político de Estado Continental Europeo, entendido este como entidad abstracta de derecho público sujeto a obligaciones; en cambio afirman que el Estado es un sujeto político pasivo que encarna su personalidad jurídica en la Corona. Lo anterior evidencia el complejo concepto que de la Corona se tiene en el constitucionalismo inglés pero que aún bajo esta circunstancia deja ver con cierta lucidez a la Corona como una corporación de índole constitucional que ensambla y une las distintas instituciones que componen al Estado bien sea Parlamento, Gabinete o Jueces principalmente; adicionalmente, desde esta concepción se erige la compresión de la Corona como mediador político neutral que en defensa de los intereses nacionales atempera las relaciones políticas al interior del estado y sus instituciones.

Es así como, el concepto de Corona es afiliado por varios constitucionalistas ingleses a un sentimiento emocional del pueblo inglés, puesto que, a pesar de su reducida autoridad política y capacidad de decisión en la mayoría de áreas del ámbito político la Corona se ha convertido en “un símbolo que representa la expresión visible de la comunidad política, no ya inglesa, sino británica, es decir, comprendiendo los Dominios de Ultramar”⁶⁰

La Corona como parte integrante del ejecutivo desarrolla su papel bajo un esquema constitucional de naturaleza estamental característico de Inglaterra, esto es palpable en la medida en que el poder de la Corona no se deriva de una concepción teórica y abstracta de Estado, como sucede con la figura del Presidente en el Estado Continental, su poder se fundamenta desde la tradición histórica y jurídica que con el *common law* categorizó la función ejecutiva en la institución de la prerrogativa regia⁶¹; esta última representa el vehículo técnico – constitucional con el cual el Rey ejerce sus funciones ejecutivas.

Las prerrogativas reales que el Rey ejerce como parte integrante de la Corona han sufrido un proceso de racionalización en el derecho constitucional que ha traído consigo la contracción de su espectro de decisión individual, así mismo, se ha

⁵⁹ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid, 1984. p.293.

⁶⁰ Ibid., p. 295.

⁶¹ DICEY. The Law of the Constitution, Londres, 1950, Edit Grait Administrative Law, p 424 por prerrogativa se entiende: “El residuo de la autoridad discrecional o arbitraria que en un tiempo dado está jurídicamente en manos de la Corona”; “Los poderes remanentes en el rey después de las revoluciones y sujetos a los estatutos que el parlamento ha aprobado en virtud de su supremacía”.

trasladado la dirección de importantes asuntos políticos y económicos al Primer Ministro y el Gabinete, no obstante, como se verá, en algunos casos los actos administrativos pasan o son emitidos desde la autoridad del rey o en su nombre como expresión de un elevado sentido del formalismo y la cohesión constitucional.

Por otra parte, la participación que el rey tiene en los asuntos ejecutivos de la Corona no le acarrea ninguna responsabilidad política o judicial en correspondencia con su neutralidad constitucional y con la concepción, más formal que sustancial, de sus poderes ejecutivos; en tal sentido desde el *common law* se ha restringido el papel ejecutivo del rey pero también se le ha dotado de cierta inmunidad o irresponsabilidad: "Así, pues, muchos de los actos gubernamentales y administrativos son actos de la Corona, realizados en nombre del rey y adscritos a él en virtud de que es el titular originario de la competencia. Pero es un principio de *common law* que el rey no puede hacer el mal, no puede realizar entuerto. (...) Por otra parte, es principio correlativo del *common law* que el rey no puede autorizar a un ministro o funcionario para realizar un entuerto. En consecuencia, si alguien, actuando en nombre de la Corona, comete un acto ilegal, lo es por su propia responsabilidad, sin que pueda encubrirle la autorización o mandato del rey."⁶²

Los poderes del rey además de ser fundamentados en la figura de la prerrogativa regia, originada en el mundo judicial del *common law*, también pueden ser derivados del derecho parlamentario o derecho estatutario, actualmente existen leyes emitidas por el parlamento en donde se delegan funciones ejecutivas al rey, las cuales, ejerce mayoritariamente a través del primer ministro.

Aunque las funciones del rey son de naturaleza principalmente ejecutiva las desarrolla en ámbitos legislativos, judiciales y puramente ejecutivos, pues como se ha visto en el proceso de evolución histórica de la separación de poderes la monarquía parlamentaria posee entre otros genes el de la teoría de la constitución equilibrada, el cual, se proyecta sobre la necesidad de articular y coordinar a las tres instancias constitucionales (los Lores, Comunes y el Rey) para un efectivo ejercicio del poder político. Lo anterior trae aparejada la imposibilidad de separar y asignar de manera exclusiva las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales al dominio de uno u otro órgano constitucional, no obstante es posible identificar núcleos de competencia exclusiva en el orden legislativo, ejecutivo o judicial es evidente que los órganos constitucionales intervienen correlativamente y en diferente grado en las tres funciones estatales.

Por tal razón, se describirán las funciones asignadas al rey como de naturaleza principalmente ejecutiva relacionándolas en algunos casos con los ámbitos legislativos y judiciales sin que lo anterior signifique necesariamente una confusión de los poderes públicos.

La presente tabla se elabora con fundamento en la clasificación que el tratadista Manuel García Pelayo hace sobre las funciones del rey en el sistema político parlamentario, la cual se puede consultar en su obra: Derecho Constitucional Comparado - Editorial Ciencias Sociales Alianza Editorial pag 298.

⁶² GARCIA PELAYO. OP. Cit . p. 295.

Tabla 1: Competencias del Rey

COMPETENCIAS DEL REY	
FUNDAMENTADAS EN LA PRERROGATIVA REGIA Y EL DERECHO ESTATUTARIO	
EN EL ORDEN LEGISLATIVO	Reúne el Parlamento: Con la salvedad de que de no mediar convocatoria real, el Parlamento se reunirá cada tres años; pero una convención constitucional, reforzada por el hecho de que varias leyes capitales sólo se aprueban para una vigencia anual, obliga a convocarlo todos los años.
	Los acuerdos de las Cámaras precisan de la sanción real para convertirse en leyes; sanción que no ha sido negada desde 1707(...) Por consiguiente, es convención constitucional que el rey carece de veto.
	Con el consejo del Primer Ministro disuelve el Parlamento, al que ha de convocar de nuevo dentro de un plazo de tres meses.
	Puede nombrar pares, con lo que tiene la posibilidad de asegurarse por este camino una mayoría en la Cámara Alta; más esta facultad ha perdido significación política, dada la escasa relevancia de la Cámara de los Lores.
	Legisla para ciertas colonias por Cartas - Patentes y Órdenes en Consejo.
EN EL ORDEN JUDICIAL	Es origen de toda jurisdicción: puede detener un proceso (facultad que ejerce el fiscal general), ejerce el derecho de gracia y concede ciertas apelaciones.
EN EL ORDEN EJECUTIVO	Es comandante de las fuerzas armadas, nombra sus oficiales y confirma las sentencias de los tribunales marciales.
	Es fuente de honor y merced, confiriendo títulos, honores y dignidades.
	Tiene a su cargo los llamados genéricamente "actos de Estado", es decir, aquellos que se refieren a las relaciones exteriores, como las relaciones diplomáticas, la declaración de la guerra y conclusión de la paz, el reconocimiento internacional, el régimen de territorios ocupados, los tratados (con reserva de los derechos del Parlamento), etc.
	Le corresponde cuidar la paz y seguridad del reino, recibiendo, si así se precisa, poderes especiales para ello.
OTROS PODERES Y FACULTADES	Gobernador de la Iglesia establecida; nombra las dignidades eclesiásticas superiores, sanciona los cánones y autoriza su promulgación.

	Es vínculo, símbolo y emblema inmutable de la Common wealth, que sin la Corona quedaría disuelta en la comunidad internacional.
	Es <i>pares pantrie</i> , es decir, guardián de los seres indefensos, como niños, lunáticos, idiotas, mujeres, etc.
	Y, en fin, entre las funciones no ya del rey, sino de la familia real, está la de ser espejo de las familias. En este sentido, la familia real inglesa ha adaptado su modo de vivir al estrato social que en cada momento estaba en primer plano en la sociedad británica.

Como se ha explicado, el rey ejerce la mayoría de sus funciones a través y con la aquiescencia del primer ministro, lo que le resta autonomía y capacidad en el mundo político, no obstante, hay autores que como Jennings⁶³ ven en el rey una supra instancia para la defensa del sistema constitucional que podría verse amenazado por circunstancias políticas que tiendan a subvertir el sistema político, en tal situación el rey podría intervenir omitiendo su sanción real a las leyes, impulsando la dimisión del Premier en el Parlamento o disolviendo el parlamento con el apoyo del Primer Ministro.

“En consecuencia, si el rey en sí mismo carece de poder, puede, en cambio, ejercer una enorme influencia derivada de sus condiciones personales, de las del primer ministro y de la extensión e intensidad de su experiencia. Si tratásemos de expresar esta situación en términos más próximos a una formulación jurídica, diríamos que carece de *potestas*, pero que posee *autoritas*: (...)”⁶⁴

1.1.3.2. El Gabinete: Las raíces históricas de ésta institución se pueden encontrar en la medieval institución de la *Star Chamber* o Cámara Estrellada creada en 1487 como instancia jurisdiccional en materia penal y constitucional; otro antecedente es la *High Commission* o Alta Comisión instituida en 1493 como autoridad jurisdiccional en materia eclesiástica ambas entidades ligadas al modelo político del estado mixto estamental en el que el monarca concentraba gran cantidad de los poderes públicos.

Así mismo, el *Privy Council* o Concejo Privado constituye el antecedente más reciente del gabinete y hoy coexisten, tanto Concejo Privado como Gabinete, en el escenario político inglés. El Concejo Privado ha venido perdiendo progresivamente incidencia en las decisiones gubernamentales hasta el punto en que, hoy en día, es un órgano cuya función principal es la de dotar de formalidad las decisiones deliberadas y emitidas por el gabinete mediante actos de publicidad como las *Orders in Council*, *Royal Proclamations* etc...

La relación del Concejo Privado y el Gabinete se puede resumir así: “Las funciones del Consejo Privado son distintas de las del Gabinete. El Primero es un cuerpo que da aprobación formal a ciertos actos del Gobierno; el último, es deliberante.”⁶⁵. En este sentido es claro que los miembros del gabinete son miembros del Consejo Privado

⁶³ JENNINGS. The British Constitution, Cambrige. 1941.

⁶⁴ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid, 1984. p.295.

⁶⁵ Ibid. p.303.

pero el primero es convocado por el Primer Ministro y el segundo por el *Clerk* del Consejo.

El Gabinete es una institución emblemática del derecho constitucional inglés que ha trascendido fronteras y se ha alojado en los sistemas constitucionales continentales; el Gabinete es el líder político natural del sistema parlamentario en la medida en que representa el poder de las mayorías parlamentarias que lo designan.

El Gabinete es un cuerpo restringido de ministros que representan las carteras críticas para el Estado Inglés, por lo cual, es necesario escindir el concepto de ministerios que encierra el conjunto de directores de departamentos administrativos en general con el de Gabinete que se muestra como un grupo élite que comparte, con el Primer Ministro, la conducción de los designios de la Península.

En este sentido los ministerios no se muestran como una unidad política que delibere o decida en conjunto, es decir, los ministerios desempeñan funciones legales o convencionales que no implican necesariamente una articulación o conjunción uniforme de sus funciones de manera sistemática, luego los ministerios se muestran como unidades administrativas más o menos aisladas que encuentran su punto de convergencia y unidad en el Gabinete y/o en el Primer Ministro a manera de rectores y jefes de la política estatal.

Los ministros pueden provenir de la Cámara de los Comunes o de la Cámara de los Lores estando regulados los índices de participación por la *Ministers of the Crown Act de 1937*; actualmente la mayoría de los ministros provienen de la Cámara de los Comunes siendo residual la participación de los Lores en este nivel del poder ejecutivo.

“El Gabinete se compone de los ministros principales de su Majestad. La cualidad de principal depende en parte de precedentes y en parte de las necesidades de cada momento, que hacen pasar ciertos ministerios o ciertas personas a primer plano.

La composición del Gabinete manifiesta, pues, la flexibilidad y el realismo característico de la constitución inglesa. El número de sus miembros se ha acrecido considerablemente con el tiempo, y actualmente, en circunstancias normales, son entre quince y veinte, lo que hace que se subdivide en comités.”⁶⁶

En cuanto a la designación de los ministros y del Gabinete se puede decir lo siguiente: “Los ministros son nombrados y destituidos por el rey, de acuerdo con la propuesta del Premier; de manera que, como dice Finer, el rey nombra, pero no escoge; acepta la dimisión, pero no determina el motivo de ella. Por consiguiente la composición del ministerio está exclusivamente en manos del Primer Ministro, limitado solamente por las normas de su partido y por la personalidad francamente ministeriable de algunos de sus correligionarios, que no obstante, es a veces ignorada por el primer ministro.”⁶⁷

La responsabilidad del Gabinete es pieza fundamental del modelo de separación de poderes del sistema parlamentario inglés; es preciso partir de la realidad política particular de la cual surge la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento. En Inglaterra el sistema electoral y constitucional (Westminster) se basa en el modo de dominio total que un partido político tiene del poder estatal, así las cosas, el partido

⁶⁶ GARCIA PELAYO, OP. Cit, p. 303.

⁶⁷ GARCIA PELAYO OP. Cit , p. 303.

ganador en las elecciones domina el Parlamento y designa el Gabinete lo que implica el dominio del aparato legislativo y ejecutivo del partido ganador en un periodo de gobierno determinado. En la democracia del Westminster se parte de un principio fundamental que trasciende todo el sistema constitucional y político esta regla es el que un partido político solo necesita de una elección para ejercer un dominio total del poder político, por tal razón, en las elecciones los ciudadanos ingleses votan por una única fórmula (candidato a Diputado y candidato a Primer Ministro) entre varias opciones que el partido político presenta, así las cosas, cuando se ejerce el derecho al voto con éste se apoya a un candidato al Parlamento que representa y se adhiere a un candidato a Primer Ministro del partido para el cual se milita, de tal manera, que el voto del primero es sumado al segundo.⁶⁸

Este mecanismo electoral pasa por el riguroso y estructurado sistema de disciplina partidista inglés en el cual los miembros tanto de la oposición al gobierno como los pertenecientes a él encuentran un rígido código ético que los vincula drásticamente e indefectiblemente a las posiciones o directrices que emanen al interior del partido al que pertenecen. Así las cosas, el Gabinete tiene garantizadas las mayorías parlamentarias necesarias para el dominio total del poder político en la medida en que el Partido ganador en las elecciones domina el parlamento, define el gabinete y establece un riguroso código disciplinario para que ninguno de sus miembros vote en un sentido distinto al definido por el Partido Político respectivo.

En este sentido, la responsabilidad del Gabinete ante el Parlamento se desprende en primera medida del régimen disciplinario de los partidos políticos, igualmente, del sistema electoral británico que posibilita la rápida y avasalladora acción de mayorías parlamentarias, que bajo la disciplina partidista, pueden negar el voto de confianza a un ministro o desatar la moción de censura en contra de un miembro del gabinete o del mismo Primer Ministro. La moción de censura del Parlamento hacia el Gabinete tiene como antecedente medieval la figura del *impeachment* mediante la cual nació la responsabilidad política y penal de los funcionarios de la corona y cuyo último rastro se remonta a 1806 (*Impeachment* en contra de Henry Dundas).

Como explica el profesor Pelayo: “La esencia del gobierno responsable radica, según la teoría tradicional, en la consideración del gabinete como una especie de comité del Parlamento (bien que teniendo aquel la posibilidad de disolución de éste), situación asegurada en cuanto que el Gabinete en su totalidad o un ministro individual se verán obligados a dimitir cuando su política o gestión no sea aceptada por el Parlamento; los métodos para hacer efectiva esta responsabilidad eran y son la negativa a una propuesta del Gobierno, el voto de censura o la desaprobación de la petición de un voto de confianza.”⁶⁹

En consecuencia los Ministros, el Gabinete o el Primer Ministro pueden ser objeto de distintas formas de control político que parten de la responsabilidad individual de éstos ante el Parlamento, esencialmente frente a la Cámara de los Comunes, mediante la negativa a una propuesta política, pasando por la negativa del voto de confianza requerido para ostentar la calidad de ministro y culminado con el voto de censura que constituye una acción o juicio político en busca de la dimisión del ministro o miembro del gabinete cuestionado.

⁶⁸ AKERMAN, Bruce. La nueva División de Poderes, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

⁶⁹ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid, 1984. p.306.

Sin embargo, no hay que olvidar que dado el sistema democrático del Westminster el Gabinete asegura amplias mayorías parlamentarias bajo la estructura del estatuto o disciplina de los partidos, más aún, los Ministros, miembros del Gabinete y el Premier suelen ser los jefes políticos naturales de los diputados que conforman la Cámara Baja del Parlamento, la cual, tiene a cargo el desarrollo de la moción de censura; lo anterior hace de ésta un mecanismo de control político algo excepcional en la práctica.

Ahora bien, dado el caso en el que el Gabinete pierda una moción de censura en el Parlamento esto no significa *per se* su dimisión es posible que el Primer Ministro ante tal circunstancia crítica aconseje al Rey la disolución de la Cámara y la convocatoria a nuevas elecciones superando así el control del parlamento (democracia representativa) y pasando al juicio electoral (democracia plebiscitaria) en cuyo caso puede ser confirmado o derrotado el partido político dominante.

En cuanto al Primer Ministro es claro que éste constituye la unidad del Gabinete y del Gobierno, generalmente es el presidente del partido político dominante, “es la clave del arco del Gabinete. Es el centro de su formación, el centro de su vida y el centro de su muerte”⁷⁰ su dimisión significa la dimisión de todo el Gabinete. Su estatus es “casi comparable con el del Presidente de los Estados Unidos”.⁷¹

Jurídicamente hablando el Primer Ministro no constituye una institución autónoma formalmente desempeña el cargo de Primer Lord de la Tesorería y este cargo es su vínculo legal con el Gabinete. En cuanto a sus funciones la presentaremos en el siguiente cuadro junto con las funciones generales del Gabinete, las cuales han sido tomadas casi literalmente de la obra del Profesor Pelayo “Derecho Constitucional Comparado; Manuel García Pelayo; Editorial Ciencias Sociales Alianza Editorial”.

Tabla 2: Competencias del primer ministro y el gabinete

COMPETENCIAS DEL PRIMER MINISTRO Y DEL GABINETE	
FUNDAMENTADAS EN LA PRERROGATIVA REGIA - EL DERECHO ESTATUTARIO - LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES	
EL PRIMER MINISTRO	Como hemos visto, el <i>Premier</i> nombra a los ministros, y en el seno de ellos designa los que han de componer el Gabinete, al tiempo que su dimisión significa la del Gabinete. (...)
	Es la vía principal y ordinaria de comunicación con la Corona, de manera que los informes sobre las reuniones del Gabinete son hechos por el primer ministro sin que tenga obligación de mostrárselos previamente sus colegas, y en caso de graves problemas o de crisis nacionales, el rey consulta antes que a nadie al primer ministro.
	Es el leader del Parlamento, es decir, tiene en sus manos el orden del día, y con ello la dirección de los trabajos parlamentarios; tiene la misión y el deber de explicar ante el Parlamento los asuntos de política general o aquellos que, aun perteneciendo aun departamento, se consideran

⁷⁰ LASKI. Parliamentary Government in England, Edit. An International Journal, Londres, 1948. p.248.

⁷¹ DICEY. The Law of the Constitution, Editorial Graind Administrative Law, Londres, 1950. p. 9.

	como muy importantes en la situación del momento.
	Aconseja al rey la disolución de la Cámara.
	Tiene autoridad sobre los miembros de la mayoría, acrecida por su calidad de jefe de partido, de manera que puede utilizar a los demás miembros y a la organización del partido contra los colegas rebeldes.
EL GABINETE	El Gabinete responde a las necesidades de la concentración, dirección y responsabilidad del Poder.
	Su misión es ante todo Gobernar, es decir, decidir no sólo sobre las líneas generales de la legislación y de la política exterior e interior, sino también sobre todas las cuestiones particulares que en un momento dado adquieren interés político nacional.
	Desarrolla la legislación delegada por el Parlamento que por cuestiones de apremio de tiempo, del carácter técnico de algunas materias, para el aprovechamiento de su experiencia y la existencia de urgencias manifiestas, es confiada al Gabinete con la condición de la aprobación o anulación posterior por el órgano cedente.
	Coordina la acción de los departamentos entre sí y de la del conjunto de ministerios ante el Parlamento.

1.1.3.3. El Parlamento: Desde el punto jurídico - formal el Parlamento está compuesto por el Rey, los Lores y la Cámara de los Comunes; lo anterior teniendo en cuenta los orígenes medievales de la institución y los poderes que el Rey y los Lores concentraban frente a la elaboración de la legislación y la administración de justicia. (King in his Court y King of the Parlements).

La soberanía del Parlamento en principio es absoluta teniendo en cuenta que en Inglaterra existe un sistema constitucional flexible que le permite al Parlamento expedir normas del nivel ordinario y de naturaleza constitucional, de igual forma, no existe un sistema de control de constitucionalidad, a manera de Tribunal Constitucional, que evalúe la capacidad de reforma constitucional del Parlamento. Lo anterior parte del hecho obvio de que en Gran Bretaña no existe constitución escrita o formalmente expedida su derecho constitucional se construye del entramado de declaraciones de derechos del periodo de la revolución, de los actos o regulaciones constitucionales expedidos por el parlamento y de los precedentes judiciales de ésta índole.

La soberanía absoluta del Parlamento es también justificable en la medida en que sus disposiciones tienen superioridad jerárquica frente a los fallos judiciales o precedentes judiciales del *Common Law* y frente a cualquier forma de creación de derecho.

Sin embargo, en la ingeniería constitucional y en el sistema político inglés dicha soberanía es compartida en primera instancia con el Gabinete y, en asuntos de trascendencia política, directamente con el electorado lo que hace de esta soberanía absoluta un aspecto histórico – formal que proviene de la teoría política del estado

mixto en el que los Lores, el Rey y los Comunes confluían para la toma de decisiones estatales.

Las transformaciones de la teoría política, de la economía, de la visión teológica de las comunidades etc...; han generado cambios importantes en la distribución del poder entre las cámaras, el gabinete y el rey de tal forma que hoy en día existe una “Desviación de Poder hacia el Gabinete”⁷² y un empoderamiento de la Cámara de los Comunes con fundamento en la ampliación del sistema democrático.

Como consecuencia de lo anterior las instituciones que seden buena parte de su poder de injerencia política son la cámara de los Lores como se explicará y el Rey como se puede deducir de lo enunciado en el título anterior.

Por tal razón, en la teoría política inglesa se ha desglosado del concepto de “soberanía total” un nivel de soberanía legal que pertenece al Parlamento y un nivel supremo de soberanía que reside en el pueblo inglés y que opera cuando el Rey, por concejo del Gabinete, disuelve el Parlamento para ir a consultas sobre temas específicos con el electorado en un ejercicio claro de democracia plebiscitaria.

En cuanto al dominio que el Gabinete tiene sobre el poder del Parlamento es preciso referirnos nuevamente a la disciplina de los Partidos en Inglaterra y al número escaso de partidos políticos con vocación de poder en la península (el partido Conservador, el Partido Laborista Inglés y el Partido Social Demócrata), en este sentido, el sistema electoral que permite la instalación de un partido dominante en el Parlamento y la designación del Gabinete como extensión gubernamental del mismo; así como, la existencia de un sistema de sanciones rígido para castigar el transfuguismo político, traen consigo aparejado el traslado legítimo de funciones legislativas desde el Parlamento hacia el Gabinete. Lo anterior es explicado, en primer lugar, desde la práctica política pues se puede observar de manifiesto la efectividad que la disciplina y jerarquía partidistas genera en los siempre fáciles y casi seguros consensos que tienen las iniciativas del Gabinete en la Cámara de los Comunes; de igual forma; el empoderamiento del Gabinete frente al Parlamento pasa por la ingeniería constitucional inglesa en instituciones como la legislación delegada o el orden del día que constitucional y legalmente se presentan como importantes competencias en materia legislativa en cabeza del Gabinete. Si a lo anterior sumamos la existencia de escasos tres partidos que dominan el escenario político en Inglaterra podemos inferir que el Estado funda sus opciones democráticas en grandes y fortalecidos partidos que, cuando se dé la oportunidad, tomaran el poder mayoritariamente tanto de la Cámara de los Comunes como del Gabinete para implementar sus políticas en un escenario de relativa estabilidad política.

Para concluir el análisis del poder del Gabinete sobre el Parlamento se debe anotar que el Gabinete puede en determinadas circunstancias aconsejar al Rey la disolución del Parlamento en las condiciones ya explicadas, lo cual, sin duda es una potestad que apoya la afirmación hecha.

Ahora bien, en cuanto a la distribución de la soberanía en las Cámaras es preciso decir que existe una importante concentración de ésta en la Cámara de los Comunes en detrimento del poder de la Cámara de los Lores, lo anterior, se traduce en el monopolio que los Comunes tienen en la expedición de legislación de carácter

⁷² GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid, 1984. p.310.

financiero y presupuestal; en el hecho de que sobre la legislación ordinaria general los Lores tienen tan solo un poder de veto suspensivo de un año al cabo del cual entran en vigencia las leyes vetadas y de la facultad exclusiva de los Comunes en cuanto al voto de confianza para la permanencia del Gabinete y a la moción de censura que constituyen importantes mecanismos de control para con el Gobierno.

Como se explicará en el cuadro que sigue tomando casi literalmente las explicaciones dadas por el Profesor Pelayo en su obra: “Derecho Constitucional Comparado; Manuel García Pelayo; Editorial Ciencias Sociales Alianza Editorial”, las funciones legislativas más importantes se encuentran en cabeza de la Cámara de los Comunes y las de menor calado en la Cámara de los Lores lo que no implica subestimar el papel de ésta última pues como se verá, si bien no puede ejercer muchas acciones legislativas formalmente hablando si se convierte en una instancia asesora y promotora de muchos de los proyectos de ley que cursan por iniciativa del Gabinete o de los Comunes:

Tabla 3: Competencias del Parlamento

COMPETENCIAS DEL PARLAMENTO	
FUNDAMENTADAS EN LA PRERROGATIVA REGIA - EL DERECHO ESTATUTARIO – LAS CONVENCIONES CONSTITUCIONALES	
CÁMARA DE LOS COMUNES (ELECCIÓN POPULAR)	Compuesta por 600 miembros elegidos por sufragio universal sin ningún criterio discriminatorio y de manera directa, secreta, por distritos y mayoritario.
	En cuanto a las legislativas: a) Tiene el monopolio sobre toda legislación de carácter financiero, incluido el presupuesto. b) Sus proyectos legislativos de alcance general (<i>publics bills</i>) están sujetos al veto de un año por la Cámara de los Lores. c) Para la restante legislación (<i>private Bills</i> y prolongación del Parlamento) tiene las mismas facultades que la Cámara de los Lores en el sentido en que requiere de su aprobación para la expedición de las mismas.
	En cuanto a la fiscalización del Gobierno somete a responsabilidad al gabinete en los diversos aspectos de su actividad, de modo que la negativa de su confianza obliga al Gobierno a dimitir o a disolver el Parlamento.
CÁMARA DE LOS LORES (Designados por el Rey o por Títulos Nobiliarios)	Compuesta por 800 pares así: Pares Espirituales designados por las iglesias asentadas en Inglaterra. Pares Temporales que es conformada por nobles acreditados del Reino Unido y Siete Lores Jueces.
	Como tribunal de apelación, constituye la suprema instancia en materia civil y criminal.
	En materia criminal pueden también actuar en primera y única instancia en los dos casos siguientes: para las personas acusadas por los comunes de “altos delitos” y “transgresiones” (...) y para los Pares acusados de traición y felonía.
	En cuanto a la Fiscalización Gubernamental es restringida pues aunque los actos de gobierno están sujetos a explicación y debate ante ella la pérdida de confianza de ésta no obliga al Gobierno a dimitir.
	En materia legislativa ante la Cámara de los Lores puede iniciarse cualquier proyecto de ley que no tenga carácter fiscal y tiene iniciativa legislativa y capacidad de expedición, con la posterior aprobación de los

	Comunes, en cuanto a regulaciones de carácter local o privado para ciertas personas naturales o corporaciones (Bills)
--	---

De las competencias hasta aquí descritas se observa como el poder ejecutivo esta distribuido en el Rey y el Gabinete con todos los Ministerios; concentrando importantes funciones, que pasan por la aplicación de la ley, el ejercicio de la autoridad administrativa hasta la dirección política del Estado en cabeza del Gabinete órgano ejecutivo por excelencia en el sistema constitucional Ingles. Así las cosas, en materia ejecutiva el rey termina desempeñando una función de conclave para dotar de la legitimidad constitucional requerida las decisiones del Gabinete, de igual forma, el monarca es símbolo de la unidad nacional y representa al Reino Unido en el concierto internacional.

En cuanto al poder legislativo este es compartido por el Gabinete y El Parlamento de manera bastante particular en el sistema político de la monarquía parlamentaria; como se pudo observar por las competencias constitucionalmente asignadas al Gabinete, como la legislación delegada y el orden del día, así como, el sistema político basado en el dominio de mayorías representadas por la misma composición del Gabinete este órgano se convierte en un importante actor de producción legislativa.

Es la Cámara de los Comunes o Cámara Baja el principal cuerpo colegiado en materia legislativa del Parlamento, el monopolio sobre la legislación fiscal y presupuestal y las facultades legislativas que comparte con la Cámara de los Lores para la promulgación de leyes generales o territoriales permiten esta categorización. En cuanto a la Cámara de los Lores además de las escasas funciones legislativas ya explicadas cumple un importante papel como cuerpo asesor en los trámites legislativos adelantados en la Cámara de los Comunes.

En cuanto a las funciones judiciales encargadas a la Cámara de los Lores es un elemento particular de la monarquía parlamentaria teniendo en cuenta que se trata de facultades jurisdiccionales en materia penal y civil, en contraste, con las conocidas del sistema estatal continental en el que se le asignan similares funciones a comisiones de acusaciones parlamentarias encargadas de enjuiciar a altos dignatarios del estado.

Ahora bien, en el siguiente titulo analizaremos brevemente el funcionamiento del poder judicial en el estado Británico para comprender la capacidad que los jueces tienen frenen a la creación del derecho.

1.1.3.4. El Sistema Judicial en el Common Law Británico: El sistema judicial en Inglaterra obedece a la naturaleza misma del Common Law y de la Rule of Law, la estructura de la rama judicial y el sistema de fuentes del derecho en el que los jueces basan sus sentencias ha sido producto de las construcciones teóricas que encuentran sus antecedentes históricos en periodos anteriores a la edad media.

Actualmente existen dos instancias o niveles judiciales que teóricos como René David y Camille Jauffret – Spinosi describen en términos de Justicia Alta y Justicia Baja, en la primera se encuentran las altas cortes y en la segunda jueces y organismos cuasi – judiciales.

En cuanto a las Cortes Superiores es preciso decir que en ellas se origina el precedente judicial que vincula a las cortes inferiores, “A la cabeza encontramos a la *Supreme Courte of Judicature* (Suprema Corte de la Judicatura); creada por los

Judicature Acts de 1873 y 1875 y cuya estructura fue modificada por el *Administration of Justice Act* de 1970 y por el *Courts Act* de 1971.

La *Supreme Court of Judicature* está integrada por tres cuerpos: la *High Court of Justice* (Suprema Corte de Justicia), la *Crown Court* (Corte de la Corona) y la *Court of Appeal* (Corte de Apelación).

La *High Court of Justice* se fracciona en tres divisiones (*divisions*): *Queen s* (Banco de la Reina), *Chancery* (Cancillería) y *Family* (Familia). La distribución de los asuntos entre las tres divisiones es funcional, ya que por ley cualquiera de ellas es competente para conocer de cualquier asunto que se ventile ante la *High Court of Justice*, aunque se entiende que cada división está integrada por jueces especializados en las diferentes reglas de procedimiento.

El tribunal de *Queen s Bench* se divide a su vez en: *Admiralty Court* (Corte del Almirantazgo) y *Commercial Court* (Corte de Comercio). *Chancery*, por su lado, está compuesta por la *Campanies Court* (Tribunal de Sociedades) y la *Bankruptcy Court* (Tribunal de Quiebras).

La *Crown Court* es competente en materia penal, en ella, al lado de los jueces se encuentra el jurado, para los casos en que el acusado se declara no culpable.

Finalmente, la *Court of Appeal* es tribunal de la *Supreme Court of Judicature*, que conoce exclusivamente en segunda instancia. Contra sus decisiones se puede intentar un recurso ante la Cámara de los Lores. Este recurso es de carácter excepcional, y para interponerlo es necesario contar con la autorización del tribunal inferior, que en caso de ser negada se puede solicitar al Comité de Apelaciones de la propia Cámara.⁷³

En cuanto a las Cortes Inferiores es preciso decir que éstas se ocupan en primera instancia de múltiples materias: civil, penal, mercantil, jueces de paz y administrativo principalmente; obedecen a distribuciones territoriales y de conformidad al tamaño e importancia de ciertas ciudades y condados del Reino Unido. Como aspecto particular de las Cortes inferiores se deben destacar los Tribunales Administrativos que son creados por el Parlamento y están llamados a dirimir los conflictos entre los particulares y entidades estatales, llama la atención que sean catalogados como organismos cuasi – judiciales y el hecho de que en Inglaterra no existe una distinción entre derecho público y privado como se explicará más adelante.

En asuntos de materia civil se encuentra en este nivel a las *Conty Courts* (Cortes del Condado) las cuales conocen de asuntos cuya cuantía sea inferior a cinco mil libras, sus decisiones son apelables ante *Court of Appeal*. En materia penal a cargo de las infracciones menores se encuentran los *Magistrates* o Magistrados que fungen en calidad de Jueces de Paz como ciudadanos no remunerados al servicio del Estado, para lo cual les es asignado un abogado titulado como apoyo en su gestión; en las ciudades grandes como Londres son remplazados en la actualidad por Magistrados remunerados. Las decisiones de los Magistrados son recurridas ante la *Crown Court* o la *Queen Bench*.

⁷³ MORINEU, Marta. Una introducción al Common Law, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 29, 30.

En cuanto a los Tribunales Administrativos estos son creados por el Parlamento quien les ha delegado funciones claramente judiciales, son numerosos pues su creación obedece a necesidades de intervención Estatal en áreas de la vida social consideradas emblemáticas como la propiedad agrícola, transporte público, el catastro, los impuestos, política migratoria, propiedad industrial etc...; se denominan tribunales administrativos pues regularmente dirimen conflictos entre particulares y entidades estatales pero también se encuentran algunos tribunales administrativos con jurisdicción en asuntos particulares por considerar que el área en la que se circunscribe el problema es de interés público como el caso de los arrendamientos.

En cuanto a la capacidad formal que los jueces del Common Law tienen para la creación de derecho es necesario resaltar el significado que en tal sentido tiene la figura del *stares decisis* o regla del precedente judicial. A través de ella se comprende la vinculación obligatoria de los precedentes judiciales que al ser emitidos por Tribunales Superiores deben ser incorporados en el abanico de las normas aplicadas por un juez de inferior jerarquía que desarrolle un caso fácticamente comparable. Los precedentes jurisprudenciales constituyen verdaderas normas, reglas o sub reglas del derecho que no solo resuelven un problema de practicidad y eficacia en la aplicación del derecho, también se encargan de imprimir coherencia al sistema judicial y político, guardan reglas, sub reglas o conceptos jurídicos que dan cimiento y estructura a principios constitucionales, que de no contar con un plexo jurisprudencial que los reivindique ante las amenazas políticas hubiesen podido ser el punto de quiebre para el modelo político liberal.

En tal sentido la jurisprudencia o el *case – law* constituye una fuente de derecho en el sistema político inglés que hunde su raíces en el nacimiento mismo del Derecho Común, el cual, fue formalmente institucionalizado con las reformas emprendidas por Guillermo I y Eduardo I (1272 – 1307) y que tenían como propósito principal la concreción de la unidad del Reino con base en la estabilización de las costumbres y la administración de justicia.

Otra importante fuente del derecho Ingles es el *statute law* o derecho legislado, actualmente el derecho parlamentario es superior al derecho desarrollado por los jueces desde el Common Law; esta jerarquización se debe al reconocimiento constitucional de la superioridad del parlamento inglés en el escenario político del protectorado y la revolución gloriosa, de hecho la declaratoria de la soberanía absoluta del parlamento hace parte del *Instrument of Government* de 1653 siempre bajo el paradigma de la representación que encarna esta corporación del pueblo inglés. No obstante lo anterior, y como se verá más adelante de las mismas declaraciones y documentos constitucionales se desprenden también limitaciones del Parlamento como antecedente del control de constitucionalidad de las leyes.

En tal sentido el *statute law*, compuesto por las leyes emanadas directamente del Parlamento, de la Corona o del Gabinete, en el caso de la legislación delegada, deben ser aplicadas de manera preeminente frente a la jurisprudencia por los jueces del reino.

En cuanto a la costumbre como fuente de derecho tenemos que esta puede referirse a la costumbre general, la costumbre mercantil y a la costumbre local, no siendo objeto del presente trabajo ahondar en ellas por ahora basta con afirmar que su efecto como fuente del derecho es escasa en la medida en que está siendo absorbida por el *statute law* o por la jurisprudencia que la va formalizando en la medida en que la costumbre se acredita como tal ante el Parlamento o los Jueces. Por último, en cuanto a la doctrina

en el sistema del Common Law existen libros antiguos que se entienden o comprenden como fuentes del derecho, son obras que han sido base fundamental para la construcción del derecho inglés y que hacen parte, se podría afirmar, de la definición misma de ciertas instituciones legales, judiciales o políticas, hora bien, existen otros libros “recientes” que pueden ser tomados como fuente indicativa del derecho por los abogados que construyen sus alegatos con base en ellos.

De igual forma, el Derecho Comunitario hace parte del abanico de fuentes del derecho aplicadas por los jueces en Inglaterra entendido este como un sistema jurídico supranacional en el contexto Europeo.

La perspectiva sobre la cual se establecen y dimensionan las fuentes del Derecho en el Rule of Law evidencia una concepción de la soberanía y de la teoría política Británica en la cual se presupone el Gobierno Limitado y el Derecho entendido como Common Law. “La forma y el tipo de razonamiento del *common law* siempre han sido importantes para entender el *rule of law*, pues ya Dicey, en una de sus famosas definiciones, escribía que una de sus características era que los principios generales de la Constitución Inglesa eran resultado de decisiones judiciales sobre los derechos de las personas particulares en los diversos litigios, mientras que en las constituciones continentales era al contrario, de arriba hacia abajo”.⁷⁴

He aquí el valor de la jurisprudencia como guardián y promotor de los principios jurídicos y políticos que hacen parte de la órbita constitucional inglesa, así como, el valor de la concepción pluralista del derecho que encierra el *Common Law* y sus distintas fuentes como las enunciadas anteriormente.

De ahí que se pueda afirmar que el Rule of Law es un estado judicialista que ve en la judicatura un mecanismo de defensa y desarrollo de los principios que inspiran el orden constitucional lo que implica la intervención de los jueces en la creación de normas jurídicas entendidas como precedentes judiciales, ahora bien, es claro que los precedentes judiciales se encuentran en un nivel inferior al *statute law* o derecho parlamentario sin que en la práctica este hecho se convierta en el cataclismo del precedente judicial dado que muchas materias por regular escapan del alcance de la legislación parlamentaria y terminan siendo reguladas por quien interpreta la ley y resuelve el caso particular. Ahora bien, en cuanto a la soberanía parlamentaria consagrada con la Gloriosa Revolución (1688) es claro para muchos autores como Dicey⁷⁵ que tal “aparece como un concepto más bien jurídico que no coincide con nuestra soberanía política: soberanía sólo en el momento de hacer la ley escrita, ni siquiera en la de aplicarla, pues entonces queda enteramente en manos de los jueces”⁷⁶, lo cual reafirma la vigencia y fuerza que el *Common Law* tiene frente al derecho legislado en la práctica judicial.

Ahora bien, el poder de intervención de los Tribunales Superiores en la creación del derecho Británico no implica el establecimiento de un sistema judicial para el control constitucional de la leyes equivalente al establecido en varios Estados de Derecho continentales, como Alemania, Italia, España, Norte América, entre otros.

⁷⁴ PEREIRA MENEUT, Carlos Antonio. Rule of Law o Estado de Derecho, Ed. Mariscal Pons, Madrid, 2008. p. 43.

⁷⁶ Ibid., p. 55.

La inexistencia de una *judicial review* como la Norteamericana en el Estado Británico es explicada por Hubert Pope⁷⁷ en la medida en que: “(...) siendo el Parlamento en Inglaterra al mismo tiempo cuerpo legislativo y tribunal supremo no podía reconocer ninguna ley fundamental superior a sus decisiones. La razón de que se convirtiera en tal se debió a que previamente era el tribunal supremo (*the highest court*). Es decir el Parlamento era supremo no en virtud de su soberanía legislativa, sino de su supremacía judicial, a partir de la cual (no podía existir tribunal alguno que pudiera cuestionar o controlar los actos de ambas Cámaras, en tanto incongruentes o contradictorios con una ley fundamental (...)). No había ningún tribunal con poder para interpretar una presunta ley fundamental (*common law*, *Carta Magna*, o *Derecho Natural*) de forma opuesta a la interpretación dada por el Tribunal Supremo del Parlamento”⁷⁸

En su argumento Hubert Pope establece la autonomía judicial absoluta como un paradigma necesario para la construcción de un sistema de control judicial a las leyes, en este sentido la ingeniería constitucional debe distribuir la función judicial y la legislativa en órganos independientes para posibilitar la existencia de un control constitucional a las leyes emitidas por el Parlamento, lo cual, al no preverse en Gran Bretaña imposibilita su existencia.

No obstante lo anterior existen antecedentes importantes sobre las limitaciones del poder Parlamentario y del alcance del *Statute Law* frente a los derechos y principios que rigen el orden constitucional Inglés: “(...) en los dos más importantes ensayos de Constituciones escritas que se dieron en la Revolución Inglesa – el *Agreement of the People*, de 1648, y el *Instrument of Government* de 1653, en donde se plantea por primera vez la limitación constitucional del poder legislativo, ya en la lógica del sometimiento del legislador a la voluntad soberana del pueblo o la nación expresada en una ley fundamental. Los artículos 6 y 9 del primer texto son explícitos al respecto, si bien no se prevé ningún tipo de control de constitucionalidad: (Sexto. Ningún cuerpo representativo podrá en modo alguno vulnerar o secuestrar los fundamentos de este Pacto (...)). Noveno, Las leyes, ordenanzas, estatutos y las cláusulas de cualquier ley, ordenanza o estatuto, contrarias a las libertades aquí consagradas (...) deberán ser rechazadas y anuladas”⁷⁹. En lo que se denomina redacción definitiva de dicho documento, los términos son claros y de gran interés (Ningún Parlamento tendrá poder para alterar o suprimir parte alguna del Pacto (...)) Si prevaleciendo de su autoridad un Parlamento intentara destruir el Pacto, todo diputado que no manifieste su disconformidad incurrirá en la pena prevista para la alta traición y se procederá en consecuencia (...) todas las leyes presentes o futuras contrarias a cualquiera de las partes de este Pacto son nulas”⁸⁰

La declaración citada y extraída de dos de los documentos fundacionales del sistema parlamentario inglés es de capital importancia para reconstruir lo que podría ser la génesis de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, ahora bien, algunos autores reconocen en los fallos del Juez inglés Sir Edward Coke – en el caso del Dr Bonhans en 1610 – antecedentes que provenientes del *common law*

⁷⁷ POPE, Hubert. The fundamental Law and the power of the Courts, en Harvard Law Review, Vol. XXVII, 1913. p. 45-50.

⁷⁸ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 41.

⁷⁹ RAWSON GARDINER, Samuel. The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625-1660, Ed. Oxford University Press, 1979. p. 369-370.

⁸⁰ ACOSTA SANCHEZ, Op. cit., p. 39.

establecerían límites constitucionales al parlamento, lo cual, tiene un doble significado pues constituiría el control judicial a las leyes con origen judicialista.

En tal fallo desatado por la apelación que el Dr Bonhasn presentaría contra una decisión tomada por *Royal College of Physiicians* que lo excluía del ejercicio de la profesión y lo privaba de la libertad, el Juez Coke concedió la apelación argumentando: “(...) Que la jurisdicción del Real Colegio de Médicos no se extendía al caso; que si la ley había atribuido al Colegio tal potestad la misma debía ser considerada nula”.⁸¹ Para algunos autores las intervenciones del Juez Coke en la que derogaba leyes parlamentarias sobre la base de su trasgresión a derechos constitucionalmente establecidos constituyen un verdadero precedente del control de constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, para otros autores como Battaglini y Pollock dicho antecedente no es tal en la medida en que los fallos del juez Coke obedecían al contexto específico de la pugna del Parlamento con la casa de los Estuardos que había posicionado al monarca como centro de la legislación, en tal sentido Coke no planteaba una tesis de limitación al poder parlamentario en sus fallos atacaba específicamente el nuevo absolutismo regio impuesto por los Estuardo en Inglaterra.

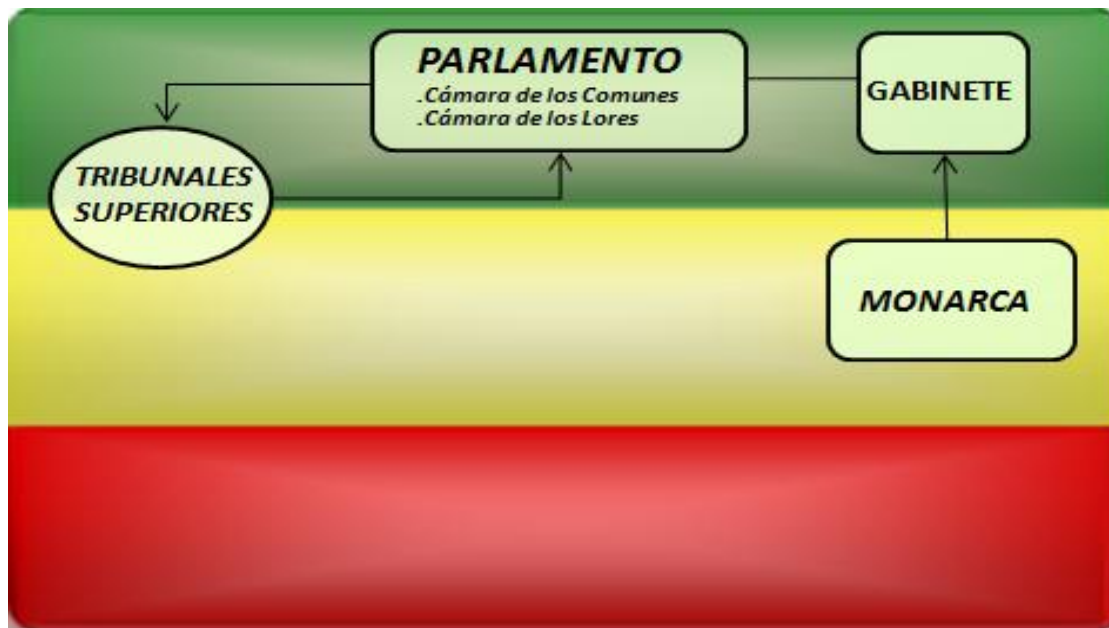
“Así la concepción de Coke a la altura de 1610 debe entenderse como respuesta al nuevo absolutismo regio y a favor de lo que más tarde impondría la revolución, la soberanía del parlamento. Su ataque a la ley, utilizando como arma el *common law*, se dirigía contra la antigua concepción del rey legislando a través del Parlamento, ya inaceptable”.⁸²

En conclusión es claro que en el sistema parlamentario inglés, dadas las condiciones históricas de la construcción del derecho basado en el *Common Law* y la actual teoría política dominante del *Rule of Law* los jueces tienen un espectro amplio en la creación del derecho.

⁸¹ OLIVETTI RASSON, Nino. La dinámica costituzionale degli Stati Uniti d' America, CEDAM, Padua, 1984. p. 26.

⁸² ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 39.

1.1.4. Grafico del Modelo de la Separación De Poderes.



Franja de Dominio en la Producción Legislativa.

Tiene pleno dominio del poder Legislativo el Gabinete y el Parlamento dado el sistema electoral que permite el dominio total de un partido político tanto en el poder ejecutivo y como en el legislativo, de tal manera que el Gabinete ejerce con amplitud y efectividad su iniciativa legislativa ante la Cámara de los Comunes en la que reposan mayorías filiales al Gabinete, de igual forma, las facultades de legislación delegada que tiene el Gabinete hacen que este compartiendo con el parlamento la franja de dominio en la producción legislativa. Por supuesto dicho dominio tiene como limitaciones los derechos constitucionalmente reconocidos en el Estado Británico.



Franja de Dominio Parcial en la Producción Legislativa.

Los Jueces se ubican en un punto intermedio entre la franja parcial de producción legislativa y la franja total de producción legislativa en la medida en que desde el sistema jurídico del *Common Law* y en particular desde la institución de la *stares decisis* los jueces tiene facultades para la creación de derecho sobreponiéndose a esta la legislación parlamentaria.

El Monarca se ubica en la franja de producción parcial atendiendo la iniciativa legislativa que le es reconocida – a través del Gabinete- y la posibilidad de regular algunos asuntos de interés local.



Franja de Abstención Total en Producción Legislativa.

1.2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

El análisis del Estado de Derecho Norte Americano nos permitirá conocer otra modalidad de organización del poder político en la que se ha estimado una importante participación de los jueces en la producción del Derecho Estatal.

No obstante Estados Unidos heredo importantes instituciones jurídico - políticas Inglesas como el *common law* y la teoría del gobierno equilibrado desarrolladas en el Estado Mixto y la Teoría de la Constitución Equilibrada, lo cierto es, que el constitucionalismo Norte Americano marco importantes diferencias en cuanto a la concepción de la soberanía, la democracia, la constitución y la distribución de los poderes públicos en el Estado de Derecho.

Mientras en la Europa del siglo XVIII la organización de los Estados apuntaba hacia la Monarquía Constitucional en Norteamérica se sentaban las bases de una nueva República en la que la ingeniería del poder reflejaba un especial sentido pragmático y una visión perspicaz de las relaciones de dominación que subyacen en el seno de cualquier institución política.

La ideología independentista con la que se forjaron las constituciones del periodo colonial y la aún vigente Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 erigió el Sistema Político en amplias bases democráticas reconociendo al pueblo llano de los Estados Unidos como el titular del poder político, lo cual, a diferencia de un sistema político restringido a la órbita de las relaciones entre la aristocracia, la burguesía y el monarca como el de la Constitución Equilibrada de Inglaterra, hizo traslúcida la amenaza que implican las mayorías políticas sectarias para las libertades de todo tipo incluyendo las libertades de las minorías que en una democracia constituyen un principio fundamental para el buen funcionamiento de todo gobierno.

Frente a la paradoja política que encierra el reconocer que el corazón del Estado – la soberanía popular y la democracia – pueden ser origen de la ruina del sistema político si en el seno de éste no se protegen tanto las libertades de las mayorías como la de las minorías; el constitucionalismo estadounidense respondió con el antídoto de la supremacía de la constitución como expresión del acto democrático fundacional del Estado, la cual, se convierte en una garantía contra mayoritaria en defensa de la libertad como columna vertebral del Estado y en el marco jurídico superior bajo el cual todos los poderes públicos desarrollan sus funciones y encuentran su límite.

Con el supuesto de la Constitución como Ley Fundamental del Estado es incorporado en Norteamérica un sistema de separación de poderes fundado en frenos y contrapesos que apunta a limitar el ejercicio del poder legislativo en la medida en que es en éste en donde afloran las pasiones sectarias que en desarrollo de la mecánica del poder constituyen una amenaza para las libertades y el acuerdo democrático fundacional plasmado en la Constitución; en este sentido es manifiesto en el constitucionalismo estadounidense la desconfianza que despierta el poder legislativo y la necesidad de limitarlo a través de los contrapesos.

Es así como, dentro del modelo de los frenos y contra pesos que caracterizan la distribución del poder en Norte América se dota al poder Ejecutivo y al Poder Judicial de importantes facultades de intervención en la función legislativa, las cuales se justifican en la medida en que éstas apuntan a garantizar la integridad de los principios consagrados en la Constitución Política frente a los ataques desmesurados que bajo el ropaje de la legitimidad democrática puedan orquestarse desde el Poder Legislativo.

De igual forma, la defensa de la Constitución es crucial para el Estado Norte Americano en la medida en que allí se consigan los acuerdos estructurales que dan origen y permanencia a la Unión de los Estados Americanos, en tal sentido cobra una doble justificación el que poderes públicos distintos al legislativo tengan facultades suficientes para garantizar que el complejo de órbitas de competencias asignadas tanto a los Estados Federados como a la Federación se respeten y se mantengan vigentes, so pena de exponerse a la desintegración .

En este orden de ideas la Democracia Constitucional que encarna esta versión del Estado de Derecho Estadounidense constituye un referente importante para comprender una versión de la Teoría de la Separación de Poderes distinta a la de otros modelos de Estado de Derecho, de igual forma, evidencia que ésta Teoría no necesariamente impide la participación de los jueces en la producción legislativa, por el contrario, se observa como dadas las características democráticas en las que se funda este Estado es requerida la intervención de los jueces para que sobre la base de la revisión de las leyes y del Common Law incidan en el derecho estatal con miras a salvaguardar la Constitución en calidad de Ley Fundamental.

Para comprender los escenarios específicos en las que se ha formulado esta distribución de los poderes analizaremos el contexto histórico en el que desde la teoría del estado mixto y la constitución equilibrada se combinaron materiales ideológicos ara los estadistas americanos, así mismo, veremos como actualmente los jueces tienen ingerencia en la producción del derecho de acuerdo al diseño institucional que se estableció con la Constitución de Filadelfia de 1787 que rige hoy en día a los Estados Unidos de Norte America.

1.2.1. Marco Histórico: Las fricciones entre las instancias políticas coloniales representadas por el Parlamento de la Colonia y las instancias políticas Inglesas que eran representadas por un Gobernador nombrado directamente por la Corona y un Consejo Asesor designado con influencia de ésta entre colonos cercanos al monarca inglés, se hicieron evidentes desde 1642 en Massachussets lo que indica que aunque los impuestos fueron el punto de fractura política en 1775 previamente existían una serie de inconformidades dadas por la colisión entre el Gobernador y los Parlamentos Americanos: “A partir de 1642 se dio una pugna constante entre el Gobernador y sus asistentes, por un lado, y los diputados que demandaban que se limitara el poder del que estas autoridades gozaban durante periodos de suspensión de las actividades parlamentarias(...) Los diputados solicitaban supervisar a los magistrados y participar en sus actividades, y se oponían

frontalmente a que hubiera un <<consejo permanente>> autónomo e independiente de la tutela del Parlamento”⁸³.

Este tipo de conflictos se presentaban en las distintas colonias en donde la expansión de competencias de los Gobernadores socavaban el derecho continental que se había fundado en las prerrogativas otorgadas a los colonos por las Cartas Regias, de igual forma, era latente la incomodidad por la falta de ingerencia que los Parlamentos locales tenían en los asuntos de alto interés regional. Todo lo anterior terminó originando nichos importantes para la consolidación de una ideología y teoría independista que serviría de justificación en el gran escenario revolucionario acaecido en 1775.

De fondo a las tensiones expuestas subyace la fractura política ocasionada por el trasplante que de la teoría de la constitución equilibrada, vigente para la época en Inglaterra, se había efectuado a la organización colonial americana imponiendo una distribución del poder entre estamentos como la monarquía, la aristocracia y los comunes que era totalmente ajena a la estructura social americana. “<<A medida que la relación de los colonos con Inglaterra se fue deteriorando, la teoría del estado mixto tal y como se aplicaba en la metrópoli empezó a ser objeto de críticas. Sus detractores alegaban, primero, que la corrupción había deformado la Constitución de tal manera que ya no representaba una estructura verdaderamente equilibrada sino una tiranía disfrazada, y al cabo terminaron por rechazarla totalmente por no ser aplicable a un país en el que no había cabida para la monarquía ni la aristocracia hereditarias>>⁸⁴”. Paine con su obra *Common Sense* en 1776 abriría contundentemente el rechazo contra la teoría de la constitución equilibrada en la que se fundaba la organización política impuesta a las colonias por Inglaterra antes de la revolución y la que, además, al lado de la teoría pura de la separación de poderes, se convertirán en núcleos de debate constitucional para las distintas colonias que buscaban sus propios modelos de organización del poder como estados independientes.

Con lo anterior se abonaba el terreno para el escenario revolucionario que los colonos desatarían en 1775, el cual, más allá de originarse en un asunto de connotación económica o tributaria giraba en torno a la legitimidad y dominio del parlamento inglés sobre las colonias organizadas con base en un derecho propio cuyo origen eran las prerrogativas, privilegios y los derechos a los colonos reconocidos a través de las Cartas Reales.

El detonante del conflicto con la península fue la expedición de la *Stamp Act*, con la cual el Parlamento Inglés impone el impuesto al papel sellado, de igual forma, se establecen impuestos aduaneros a los productos de la Nueva Inglaterra, ante lo cual, los representantes de las colonias reaccionaron y se organizan en la Convención de Nueva York del año 1775, en la que se aprueban varias *Resolutions* mediante las cuales se oponen al establecimiento de los mencionados

⁸³ VILE, M.J.V. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 139.

⁸⁴ FORCE, Peter. C.F. Sullivan to Meshech Ware, 11 de diciembre de 1775, *American Archives*, Ed. Washington, 1843. serie IV, vol. 241 – 3 y *To the People of North America on the Different Tupes of Government*, vol. V, p. 180– 3.

impuestos sin romper, en principio, con la relación de dominación política hacia la Corona Inglesa.

La problemática gira en torno a la competencia que tiene el Parlamento Ingles para expedir impuestos en la nueva Inglaterra, en la medida en que ésta competencia ha sido entregada a los Parlamentos locales por disposición de las franquicias dispuestas en las Cartas Reales que el Rey de Inglaterra expedía con destino a establecer un orden jurídico especial para las colonias.

Como reacción a la decisión del Parlamento Inglés las trece colonias dan paso a un bloqueo económico mediante el cual buscan generar la presión suficiente para lograr rescatar la autonomía de sus parlamentos en materia tributaria, incluso, llegan a establecer un sistema de sanciones para aquellas colonias que rompieran el bloque de oposición que pasaban desde el cuestionamiento público hasta el confinamiento económico de aquellas disidentes.

Como consecuencia del bloqueo económico se desatan las hostilidades militares con Inglaterra que traen como consecuencia la declaratoria de independencia en el segundo congreso continental del 02 de julio de 1776, para el 4 de julio es aprobada la *Declaration of Independence* que se convierte en un punto de inflexión crucial para el Constitucionalismo en la medida en que fundó las bases ius – políticas del Gobierno Americano en el derecho natural, el racionalismo y parte en el liberalismo político, desligándose así, de las instituciones inglesas que como el *Common Law* y la *Carta de Derechos* eran vistas como instrumentos de viejo orden de dominación de la aristocracia inglesa.

A partir de la Declaratoria de Independencia del 4 de julio de 1776 y hasta la Convención de Filadelfia de 1787 se desata un frenesí constitucional en el que se construyen los modelos políticos de los distintos estados independientes, Pensilvania, Massachussets, Arizona, Virginia, Nueva York, entre otros, los cuales oscilan entre la adopción de un modelo puro o radical de separación de poderes y el establecimiento del argumento central de la Teoría de la Constitución Equilibrada que imperante en Inglaterra declaraba la adopción de la teoría de la separación de poderes pero morigerada con un sistema de pesos y contra pesos.

Tras las distintas opciones de organización política disponibles en el periodo de las constituciones coloniales germinaba una tensión ideológica entre los sectores conservadores que propendían por transformaciones leves o adaptaciones sutiles a la mecánica dada por teoría inglesa de la constitución equilibrada, con lo cual, aseguraban su confluencia en distintos órganos del poder en oposición a sectores democráticos radicales que optaban por una implementación radical de la teoría de la separación de poderes potenciando el principio de soberanía popular que redundaría en la superioridad política del órgano legislativo: “El auténtico desacuerdo entre conservadores y radicales se desencadenó en relación con el modo de organizar concretamente la división de poderes. Los conservadores apuntaban a una democracia <<equilibrada>>, en la cual el sistema bicameral y el poder de veto de las leyes dado al gobernador (primero elegido por el cuerpo legislativo y luego elegido por el pueblo) constituyera un equilibrio de órganos en el cual ninguno pudiera superar al otro: en el fondo había una pesimista desconfianza en el hombre, al que el poder puede volver malvado. Los demócratas, por el contrario, apuntaban a una democracia <<populista>>, basada en la voluntad de la

mayoría, en la que el poder preeminente debía corresponder a la única asamblea, expresión directa de las soberanía popular: la voluntad del pueblo era, desde la visión ilustrada, buena”⁸⁵.

Un análisis general de los distintos ejercicios constitucionales de este periodo nos permitirá acercarnos y comprender la dinámica y la fluctuación de estas dos visiones de organización del poder, la conservadora y la demócrata, que bajo su incompatibilidad aparente desato un debate constitucional de alto nivel intelectual y pragmático que terminó cerniendo los insumos para la adopción posterior de un sistema de organización de poderes de carácter ecléctico que se impuso en la Convención de Filadelfia de 1785 en donde se acuño la separación de poderes morigerada por un sistema de pesos y contrapesos que refleja el equilibrio de los poderes públicos en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América.

A continuación se analizarán las constituciones más importantes del periodo comprendido entre la Declaratoria de Independencia de 1775 y la Convención Federal de 1787, lo cual, nos permitirá seguir el proceso de implantación de la teoría de la separación de poderes como estandarte del liberalismo político y el sistema de los pesos y contra pesos como decantación de la concepciones conservadores del constitucionalismo inglés en Norte América.

- **Constitución de Pensilvania 1776:** El proceso revolucionario en Pensilvania tuvo bases radicales sin parangón en otro Estado revolucionario, si bien existieron Estados que adoptaron la teoría de la separación de poderes en una versión más o menos radical, fue Pensilvania la que inauguro las tesis de superioridad y soberanía absoluta del Parlamento acuñadas por Oliver Cromwel en la Guerra Civil Inglesa de 1642.

Las teorías radicales surgieron en principio como reacción a cualquier vestigio del estado mixto u organización política basada en un sistema constitucional equilibrado de corte aristocrático como el impuesto por los Ingleses en la etapa de dominación y de fondo se alimentó de las mismas bases teóricas y filosóficas en las que se apoyó Cromwel en el periodo del Protectorado.

“Las doctrinas que postulaban los revolucionarios radicales de Pensilvania eran muy próximas a las aparecidas durante la guerra civil inglesa, el rechazo hacia la preservación de cualquier vestigio de la Constitución Mixta o Equilibrada fue mayor aquí que en ningún otro Estado. El ataque de Paine contra el sistema político inglés fue acogido en Filadelfia con especial entusiasmo y los comentaristas locales acogieron de buena gana las ideas que se habían asociado en el pasado en Inglaterra con la democracia extrema.”⁸⁶

⁸⁵ MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad, Ed. Trotta, Madrid, 1998. p. 166.

⁸⁶ VILE, M.J.V. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. p. 152.

Varios comentarios y artículos dirigidos a la asamblea constituyente iban en tal sentido, representantes como Demophilus se apoyaba en el *Historial Essay on The Englis Constitution*⁸⁷ para sugerir un diseño constitucional que tuviese en cuenta únicamente la teoría pura de la separación de poderes; de igual forma surge con claridad el principio de representación o delegación popular como un aspecto fundamental para construir la superioridad del poder legislativo en Pensilvania el cual “ya había aparecido en *The True State of the Commonwealth* en 1654, y resurgió en la Pensilvania revolucionaria en 1776.

Incluso se encuentran en la Pensylvania colonial posiciones democráticas extremas muy ligadas a los planteamientos de soberanía popular de corte rousseoniano en donde se proponía el ejercicio del poder legislativo mediante un gobierno de asamblea que haría del gobernador y de los jueces brazos ejecutivos del cuerpo legislativo.

Así pues, existía un rechazo generalizado a la implantación de un sistema de pesos y contra pesos que recordaba las viejas instituciones de dominación inglesa originadas en el Estado Mixto y la Constitución Equilibrada: “Tal vez el rechazo más claro del sistema de estado mixto y de frenos y contrapesos esté contenido en un artículo titulado *The Interest of America*, publicado en el *Pennsylvania Packet* del 1 de julio de 1776. El autor de este artículo afirmaba que el sistema de gobierno que se adoptara debía ser *nuevo*, sin incurrir en las mezclas corruptas de los sistemas anteriores”⁸⁸

Es así como, la Constitución de Pensilvania de 1776 se funda principalmente en la adopción exclusiva de la teoría de la separación de poderes abandonando cualquier posición ecléctica que implique su reinterpretación o conciliación con otras teorías como la de los pesos y contra pesos; en tal sentido la distribución del poder en esta constitución se describe a continuación.

Tabla 4: Constitución de Pensilvania 1776

CONSTITUCIÓN DE PENNSYLVANIA - 1776	
ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES	
PODER EJECUTIVO COLECTIVO COMPUESTO POR UN CONSEJO SUPREMO	El ejecutivo es ejercido por el Consejo Ejecutivo Supremo compuesto por 13 miembros designados por elección popular directa de los ciudadanos, tan solo el Presidente y el Vicepresidente del Consejo son elegidos entre los miembros de Consejo por votación de éste y la Asamblea.
	El Consejo Supremo del Ejecutivo se encarga de poner en marcha por sus propios medios las normas de carácter general emitidas por la Asamblea.

⁸⁷ The Pennsylvania Evening Post. 16 de julio, 1776, p. 36-37.

⁸⁸ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 154.

PODER LEGISLATIVO	Compuesto por un Parlamento Unicameral elegido de manera directa por los ciudadanos para periodos de un año.
	Su competencia consistía en la expedición de leyes de contenido y alcance general.
PODER JUDICIAL	Los jueces eran designados por el Poder Legislativo para periodos de siete años removibles de sus cargos en cualquier tiempo por su nominador.
	Con Tribunales en Filadelfia y en cada condado culminado por un Tribunal Supremo, elegido por el legislativo por siete años, cuyos miembros podían ser removidos de sus cargos en todo momento. ⁸⁹
	Tenían la función de ejecutar la ley en los conflictos particulares sin ninguna prerrogativa o poder discrecional de revisión de sus contenidos o control sobre el Parlamento.
CONSEJO DE CENSORES	Elegido por los ciudadanos cada siete años tenía por objeto revisar y juzgar el acatamiento de los poderes públicos a los límites impuestos por la Constitución, en tal sentido podía declarar la responsabilidad del Gobierno por extralimitarse. Además tenía la facultad de iniciar “censurar, promover <i>impeachements</i> , y recomendar a la asamblea legislativa la abrogación de las leyes que considerase contrarias a los principios fundamentales de la constitución (...) el Consejo, en fin, intervenía en el <<amending process>> - procedimiento de enmienda de la Constitución” ⁹⁰
	Era el único facultado para convocar a una convención con destino a emendar la constitución.

Es importante resaltar del proceso constitucionalista de Pensilvania su connotación democrática al establecer el voto cuasi universal que constituye una constante en procesos de consolidación política de otros estados revolucionarios en Norte América.

Adicionalmente es importante subrayar la importancia fundamental que tiene el establecimiento del Consejo de Censores como el primer sistema de control orgánico constitucional para el control de las leyes de carácter democrático en Norte América que junto con las cláusulas de intangibilidad constitucional que se incorporaron en la Constitución de Pensilvania de 1776 constituyo el punto de partida que permitió el desarrollo de la posterior teoría del *judicial review*.

El Consejo de Censores “era un órgano<<propulsor de la revisión constitucional investido, además, de la función del control de la conformidad de la ley a la

⁸⁹ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 80.

⁹⁰ Ibid., p. 81.

constitución>>⁹¹. Planteaba por primera vez de forma explícita la cuestión de la interpretación de la constitucionalidad de las leyes y de la reforma constitucional, dos problemas cruciales ignorados hasta entonces en otras constituciones estatales⁹².

- **Constitución de Nueva York 1777:** La Constitución de Nueva York de 1777 se puede catalogar como fruto del ala ideológica conservadora, mantuvo restricciones para acceso al sufragio popular basadas en las condiciones económicas de los habitantes superpuestas en un esquema electoral complejo con fundamento en un sistema de representación para los 14 Condados que componían el Estado.

“Con la constitución de Nueva York, aprobada en abril de 1777, comenzó la reacción contra el rechazo total del concepto de frenos y contra pesos, un movimiento que continuó hasta que la Constitución Federal institucionalizó una combinación nueva y genuinamente americana de separación de poderes, por un lado, y frenos y contrapesos por el otro. (...)”

La constitución aprobada en Nueva York en 1777 se alejaba decididamente de los extremismos de las anteriores Constituciones estatales, y avanzaba hacia un cierto reconocimiento de la necesidad de establecer frenos y contrapesos.⁹³

Algunos autores atribuyen la preeminencia de la ideología conservadora a la juventud e inexperiencia de los líderes políticos de la época y redactores de la constitución, al parecer los jóvenes políticos John Jay, Robert R. Livingston y Morris Gouverneur, padres de la Constitución, no tuvieron la madurez necesaria para romper el paradigma del modelo de constitución equilibrada y estado mixto planteado durante el periodo de dominación de Inglaterra en las Colonias, sin embargo, el ejercicio constitucional en Nueva York demostraría con creces su importancia puesto que la adopción de un efectivo sistema de pesos y contra pesos encaminado a limitar al poder legislativo sería el referente para el diseño constitucional que hasta nuestros días rige a los Estado Unidos de Norte América.

La conservadora distribución de poderes en este ejercicio constitucional que paso por la adopción de un sistema de pesos y contra pesos cuya génesis se encuentra en las antigua teoría del estado mixto y en la en boga, para la época de su expedición, teoría de la constitución equilibrada de la Inglaterra del Siglo XVIII, es como se describe a continuación:

Tabla 5: Constitución de Nueva York 1777

CONSTITUCIÓN DE NUEVA YORK – 1777
ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES COMPATIBILIZADA CON UN SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS

⁹¹ OLIVETTI, Nino. La dinamica costituzionale degli Stati Uniti de America, CEDAM, 1984. p. 37 y 38.

⁹² ACOSTA SÁNCHEZ, O.P. Cit. p. 81.

⁹³ VILE, M.J.C. O.P. Cit. p. 149.

PODER EJECUTIVO	El Gobernador es nombrado por sufragio popular entre los económicamente habilitados para periodos de tres años. El gobernador ejerce plena autoridad sobre las fuerzas armadas y debe velar por la seguridad del Estado y ejerce el poder de otorgar indultos. Ejerce un poder de veto limitado superable por los votos de las dos terceras partes de cada una de las Cámaras. Ejerce el poder un poder de veto en materia constitucional mediante la facultad de convocar al Consejo de Revisión de las Leyes compuesto por el Gobernador de Estado, por los Jueces del Tribunal Supremo y su Presidente con el propósito de objetar ante las Cámaras Legislativas proyectos de ley que puedan atentar contra el orden constitucional.
LEGISLATIVO	Es bicameral compuesto por una Asamblea (en representación de los condados) y un Senado (nombrado entre los económicamente habilitados) encargados de presentar los proyectos de ley ante el Gobernador. Entre las dos Cámaras existe un veto negativo en la medida en que para expedir formalmente un proyecto de ley ésta debe ser aprobada por las dos Cámaras. Tienen la posibilidad de sancionar una ley que haya sido objetada por el Consejo de Revisión si es aprobada por las dos Cámaras pese a las observaciones presentadas. Inferioridad de poder en la Cámara Baja – Asamblea dado que su ejercicio solo se extendía a un año mientras que el del Senado era de cuatro años.
JUDICIAL	Los jueces eran designados por el Poder Legislativo para periodos de siete años removibles de sus cargos en cualquier tiempo por su nominador. Con Tribunales en Nueva York Filadelfia y en cada condado culminado por un Tribunal Supremo Tenían la función de ejecutar la ley en los conflictos particulares sin ninguna prerrogativa o poder discrecional de revisión de sus contenidos o control sobre el Parlamento.

En la constitución Neoyorkina se observa el dominio de las ideologías conservadoras en el establecimiento de instituciones o mecanismos como: i. Barreras a los órganos democráticos abiertos como la imposición del senado o cámara alta de cohorte burgués sobre la asamblea o cámara baja consistente en la diferencia en los periodos de elección y en el número de representantes de una y otra; ii. La instauración del poder de veto parcial en cabeza del Gobernador como manifestación de la teoría de frenos y contra pesos basada en el modelo equilibrado de constitución inglesa del siglo XVIII y La elección del Gobernador por bases sociales reducidas que eran habilitadas por su condición económica para ejercer el derecho de elección; así mismo, la adopción del Consejo de Revisión de las Leyes como organismo cuasi-judicial es un indicador importante de la adopción del sistema de pesos y contrapesos en la base

teórica de la separación de poderes con tono conservador en el colonialismo americano.

La aparición del consejo de revisión de las leyes en la orgánica constitucional de la constitución de Nueva York denota la idea generalizada de controlar al legislativo y atribuir a la constitución cualidades normativas supra legales que son la base de la futura *Judicial Review* Norte Americana,.

Sin duda la participación del Tribunal Supremo de Justicia de Nueva York en el Consejo de Revisión de las Leyes, a diferencia de lo acontecido con la Constitución de Pensilvania, reivindica el papel de los jueces en el esquema de la separación de poderes y de la teoría de los frenos y contrapesos que impregna a ésta constitución otorgándoles importante participación en la producción legislativa así sea mediante un poder de veto en sentido negativo y limitado.

- **Constitución de Vermont 1777:** El estado de Vermont estableció un sistema de distribución del poder muy similar al planteado en la Constitución de Pensilvania de 1776, las bases teóricas fueron las mismas, la adopción radical de la teoría de separación de poderes como única fórmula capaz de canalizar las fuerzas democráticas imperantes en un sistema político que haga culto a la preeminencia de la soberanía popular. En este sentido se debe hacer referencia a la apertura democrática de este sistema constitucional pues establecía el sufragio universal masculino.

No obstante lo anterior, como característica diferenciadora, tanto en las causas del proceso independentista como en el diseño constitucional de Vermont, tenemos que el proceso de teorización hacia el ala democrática radical que buscaba una rígida separación de poderes fue alimentado por los conflictos que esta provincia tenía con Nueva York y Nuevo Hampshire dado que estas últimas se disputaban la adhesión de Vermont a sus estados.

Nueva York representaba una doble amenaza para el proceso revolucionario de Vermont puesto que además de sus intenciones de absorción política sus pretensiones eran interpretadas como un esquema de dominación aristocrática de corte inglés por los revolucionarios de Vermont, dado que constitucionalmente Nueva York estaba impregnada de la teoría de los frenos y contra pesos que era repudiada para la época por representar las viejas instituciones inglesas y subestimar la capacidad soberana de los pueblos.

Este hecho particular termino por afianzar la adopción de la teoría pura de separación de poderes – ligada a los demócratas - con cercanías importantes a los conceptos de soberanía popular expuestos por Rousseau y que habían sido traducidos por los teóricos tanto de Pensilvania como de Vermont en clave de una preeminencia del poder legislativo proyectada desde la versión radical de la teoría pura de la separación de poderes.

“De este modo, podemos encontrar en las opiniones expresadas por los defensores de la Constitución de Vermont los conceptos de separación de poderes y delegación del poder popular típicos del siglo XVII, como oposición a la idea del estado equilibrado propia del Siglo XVIII. Thomas Young, que fue quien propuso al pueblo de Vermont tomar la Constitución de Pensylvania como modelo, escribió que el pueblo era el <<supremo poder constituyente>> , e Ira Allen – el <<fundador de Vermont – expuso sucintamente el principio de una división binaria de los poderes delegados”⁹⁴

La constitución de Vermont de 1777 distribuyó los poderes y funciones estatales como se muestra en el siguiente cuadro:

Tabla 6: Constitución de Vermont 1777

CONSTITUCIÓN DE VERMONT – 1777	
ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES	
PODER EJECUTIVO COLECTIVO COMPUESTO POR UN GOBERNADOR ELECTO POPULARMENTE Y UN CONSEJO SUPREMO	El ejecutivo es ejercido por <u>un Gobernador electo por sufragio popular</u> y un Consejo Ejecutivo Supremo compuesto por 13 miembros designados también por elección popular directa de los ciudadanos
	El Gobernador y el Consejo Supremo del Ejecutivo se encarga de poner en marcha por sus propios medios las normas de carácter general emitidas por la Asamblea.
PODER LEGISLATIVO	Compuesto por un Parlamento Unicameral elegido de manera directa por los ciudadanos para periodos de un año.
	Su competencia consistía en la expedición de leyes de contenido y alcance general.
PODER JUDICIAL	Los jueces eran designados por el Poder Legislativo para periodos de siete años removibles de sus cargos en cualquier tiempo por su nominador.
	Tenían la función de ejecutar la ley en los conflictos particulares sin ninguna prerrogativa o poder discrecional de revisión de sus contenidos o control sobre el Parlamento.
CONSEJO DE CENSORES	Elegido por los ciudadanos cada siete años tenía por objeto revisar y juzgar el acatamiento de los poderes públicos a los límites impuestos por la Constitución, en tal sentido podía declarar la responsabilidad del Gobierno por extralimitarse.

⁹⁴ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Editorial Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. p. 157.

	Era el único facultado para convocar a una convención con destino a emendar la constitución.
--	--

Es clara la adopción de la teoría de la separación de poderes como expresión de las corrientes democráticas radicales que veían en esta fórmula de organización política la única salida coherente con el predominio del poder ciudadano soberano.

- **Constitución de Massachussets 1780:** Massachussets estableció hasta una etapa tardía del período constitucionalista colonial un sistema político directamente ligado con el esquema colonial impuesto por Inglaterra antes de la declaratoria de Independencia. Así la distribución del poder vigente de 1775 a 1779 era similar al diseño establecido en la Carga Real de 1691 expedida por la Corona Inglesa para esta comarca; “la Cámara de Representantes elegía a un Consejo de veintiocho miembros que constituía el cuerpo ejecutivo, la cámara Alta del cuerpo legislativo y el Tribunal Supremo del Estado. Esta concentración de poder se agravaba por la costumbre de otorgar cargos de confianza a los miembros del cuerpo legislativo, uno de los cuales llegó a ocupar seis puestos simultáneamente”.⁹⁵ No obstante, las reformas constitucionales acaecidas en esta colonia fueron vitales en la adopción del sistema de pesos y contrapesos que caracteriza el sistema constitucional Norte Americano.

La designación de todos los miembros de los poderes públicos a cargo de la Cámara de Representantes, en donde se imponían los intereses y representantes de la Corona, así como, la posibilidad de que un ciudadano desempeñara varios cargos indistintamente de su naturaleza ejecutiva, legislativa o judicial, denotaban un abandono del concepto estricto de separación de poderes que no solo demandaba la separación de agencias del Estado sino además exigía la distinción de personas en el ejercicio de los poderes públicos.

De hecho la designación de miembros de la judicatura en el Consejo Provincial y la designación del Vicegobernador Thomas Hutchinson como presidente del Tribunal Supremo de Justicia exacerbó los ánimos de varios sectores que con fundamento en la evidente degradación del sistema político y en especial en el desconocimiento llano de los principios de la separación de poderes en la Massachussets de 1762, apalancaron una reforma constitucional que daría paso a la adopción de un la teoría de la división de poderes con un sistema de frenos y contra pesos.

No obstante el debate no fue pacífico, las ambivalencias teóricas se hicieron ver en un plano con los conservadores que buscaban rescatar de la articulación de poderes un sistema de control político erigido en los pesos y contra pesos, y del otro, los demócratas que veían en la estricta separación de poderes la única opción posible para establecer un sistema auténtico y democrático.

⁹⁵ NEVINS. The American States During and After the Revolution, 1775 – 1789, Nueva York, 1924. p. 176.

Por la órbita conservadora, ligada a los frenos y contrapesos, podemos citar los siguientes planteamientos: “Otis comenzó a destacar la importancia de la separación de poderes⁹⁶, escribiendo textos apasionados sobre la necesidad de llegar a un equilibrio adecuado entre los poderes ejecutivo y legislativo. Apoyándose en Locke y Vattel, Otis describía estos poderes como dos <<perpetuos controles y balanzas mutuas>>. Con una terminología más propia del siglo XVII que del XVIII, este autor afirmaba que tanto el cuerpo legislativo supremo como el ejecutivo supremo tenían un poder limitado, si el ejecutivo supremo incurría en falta, el poder legislativo supremo lo debía <<denunciar>>en el Parlamento. Si el cuerpo legislativo incurría en falta, el ejecutivo supremo lo denunciaría ante los tribunales del rey. Otis fue uno de los primeros norteamericanos que solicitaron lo que hoy denominamos control <<control judicial de Constitucionalidad (judicial review), al reivindicar que, si las leyes promulgadas por el Parlamento eran contrarias a la equidad natural, fueran invalidadas por los <<tribunales ejecutivos>>⁹⁷ .

De igual forma se pueden encontrar artículos de origen conservador y en defensa de la constitución equilibrada como el siguiente: “Un artículo en defensa del gobierno colonial publicado en el *Boston Evening – Post* y firmado por un tal <<J>> afirmaba que, para Montesquieu, la libertad estaba suficientemente asegurada mediante una separación *parcial* de las personas que componían las distintas agencias. Así se vería perfectamente aceptable que una persona o un grupo reducido de personas, fueran miembros tanto de la rama judicial como de la legislativa; sin embargo, era indispensable que la *mayoría* de los miembros del cuerpo legislativo fuera ajena a la esfera judicial. Asimismo, el articulista afirmaba que, en relación con los poderes legislativo y ejecutivo, Montesquieu sólo había querido decir que <<no deberían estar unidos la *totalidad* del ejecutivo con la *totalidad* de los poderes legislativos”⁹⁸.

En contraste existió una línea del pensamiento que propugnaba por la adopción de los principios más esenciales de la separación de poderes para evitar los vicios que se evidenciaban en el régimen colonial y en el sistema constitucional Inglés: “<<TQ>> que publicó un artículo de respuesta en el *Boston Gazette* llevaba su insistencia en la separación de personas hasta un punto peligrosamente próximo al rechazo del modelo inglés. Aunque <<TQ>> admitía en ocasiones que lo verdaderamente significativo era el *grado* de concentración de los cargos y del poder, su razonamiento iba más encaminado a una separación de personas en la que ningún miembro de la judicatura pudiera pertenecer simultáneamente en el cuerpo legislativo”⁹⁹

El debate contra –revolucionario originado con ocasión de la permanencia de instituciones coloniales y la degradación del poder político que éstas originaban en la Massachussets 1762 dio paso a la elaboración de una nueva constitución en 1780 que genera un verdadero punto de inflexión del periodo colonial y del

⁹⁶ The Rights of the British Colonies Asserted and Proved, Boston, 1764. p. 47.

⁹⁷ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Ed. Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid, 2007. p. 145.

⁹⁸ Ibid., p. 145.

⁹⁹ Ibid., p. 145.

Constitucionalismo Norte Americano en la medida en que el diseño político instaurado en esta nueva constitución sería la antesala al modelo adoptado en la Constitución Federal de los Estados Unidos dada en Filadelfia en el año de 1787.

En la comprensión del proceso de evolución del Constitucionalismo Estadounidense del periodo colonial es importante resaltar el papel que juega la Constitución de Massachussets de 1780 como punto de partida hacia la consolidación de un sistema de Separación de Poderes apuntalado con mecanismos de Frenos y contra Pesos, aunque no sería correcto afirmar que es ésta constitución el factor determinante que inclina la balanza hacia los sectores conservadores en toda Norte América, pues en cada nuevo Estado surgió; con mayor o menor grado; la misma discusión teórica en relación a si la Separación de Poderes por sí sola podía garantizar de manera efectiva el que no se abusara del poder político; si se puede afirmar que es el primer acto Constitucional que abre la posibilidad real de abandonar la tendencia democrática – radical a confiar toda la organización Estatal al exclusivo dominio de la Separación de Poderes y en consecuencia del parlamento.

De tal manera que con la nueva constitución del 80 también es abandonada la comprensión de aquel hombre bueno y virtuoso por naturaleza, que sugerida por Locke y Rousseau había servido de base para legitimar el control absoluto del poder político en el Parlamento y que se había expresado mediante la adopción en exclusiva de la separación radical de poderes; para en cambio dar paso a una comprensión Hobbessiana en donde el hombre ya no es tan virtuoso y dada su tendencia natural a dominar a otros hombres se hace necesario establecer un sistema político en donde los frenos y contra pesos no permitan la tiranía de un individuo o grupo político particular.

Se le atribuye a John Adams el giro teórico que se dio en Massachussets y posteriormente en la Convención de Filadelfia, puesto que, fue un defensor asiduo de la teoría de la constitución equilibrada desde donde se proyectó el sistema de frenos y contrapesos que fue incorporado a la separación de poderes; “ lo que más interesaba a Adams en realidad era el estado mixto, algo evidente en su *Defence of the Constitutions of Government of the United States* escrita entre 1787 y 1788. (...) Adams llegaba a afirmar, incluso, que los Estados Unidos habrían de reconocer algún día la necesidad de tener una monarquía y una aristocracia hereditarias,¹⁰⁰ aunque en otros lugares de su obra negaba haber defendido el concepto de poder hereditario. (...) Es justo reconocer que John Adams, con su persistente defensa de la teoría de la Constitución equilibrada, marcó en gran medida el camino que siguieron los estadounidenses cuando abandonaron la doctrina pura de la separación de poderes. En sus primeras propuestas de Constitución para los diversos Estados, este autor desarrolló las líneas generales de una separación de poderes combinada con el sistema de frenos y contrapesos que serviría de inspiración para solucionar los problemas que habían surgido hasta entonces”¹⁰¹.

La esencia de la teoría política que dominó la constitución del 80 está contenida en una obra que surgió en el condado de Essex cuyo autor es Teophilus Parsons,

¹⁰¹ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Ed. Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid, 2007. p. 146.

quien con tan solo 28 años logró decantar y formular de manera muy clara un sistema equilibrado de separación de los poderes asegurado con controles recíprocos en términos de contra pesos, la obra se titula Essex Result.

“El Autor del Result era un conservador que deseaba restringir el poder estatal, y no abogaba en modo alguno por una democracia ilimitada. Así pues, su propuesta seguía las líneas generales del antiguo sistema pero sólo hasta cierto punto: en primer lugar, el documento enumeraba las tres cualidades imprescindibles para todo sistema de gobierno efectivo – preocupación por los intereses de todos, sabiduría y diligencia - , y luego las relacionaba con la necesidad de combinar elementos democráticos y aristocráticos en el cuerpo legislativo con un poder ejecutivo eficiente. (...) El result identificaba y rechazaba todas las disposiciones que atribuyeran a una rama poderes que no le correspondían, o que permitiera a una persona ejercer autoridad en más de un departamento del Estado, e insistía en la necesidad de una separación rigurosa de poderes. No obstante, el autor de ese documento no consideraba que la separación estricta de funciones atribuidas a personas diferentes fuera una garantía suficiente, por lo que procedía a aplicar la terminología de la constitución equilibrada a este sistema de poderes separados: <<Cada una de las ramas debe ser independiente y, además, estar equilibrada y ser capaz de ejercer controles sobre las otras de manera tal que se evite su dependencia o unión con ellas>>”¹⁰²

La teoría política adoptada en Massachussets constituía una verdadera innovación constitucional en la medida en que extraordinariamente habían sido extirpadas las bases aristocráticas que daban soporte a la teoría de la constitución Equilibrada en la Monarquía Inglesa para rescatar el sistema de frenos y contra pesos como aquel diamante escondido entre las agrestes montañas; cernido el sistema de frenos y contra pesos a este es adherida la teoría de la separación de poderes para concluir en un sistema constitucional en el que se contemplara la defensa recíproca entre los distintos poderes cuando alguno de ellos amenazara la usurpación de las funciones naturalmente asignadas a los otros dos; dicha posibilidad de defensa implica que la poder que amenaza puede ver sacrificada su órbita de competencias “exclusivas” por la interferencia legítima que las otras dos ramas hacen en defensa del equilibrio constitucional. Paradójicamente es la posibilidad de invadir la esfera de otros poderes de donde se desprende la estabilidad de la teoría de separación de éstos, puesto que ninguno tendería usurpar los otros poderes si como consecuencia socava los propios.

La distribución de los Poderes en la Constitución de Massachussets obedece a la siguiente lógica:

Tabla 7: Constitución de Massachussets 1780

CONSTITUCIÓN DE MASSACHUSSETS - 1780
ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES COMPATIBILIZADA CON UN SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS

¹⁰² VILE, M.J.C. O.P. Cit. p. 169.

PODER EJECUTIVO	El Gobernador tiene el título de “Su Excelencia” y es nombrado por sufragio popular para periodos de un año. El Gobernador podrá convocar al Legislativo si las circunstancias así lo ameritan en periodos distintos al constitucionalmente establecido, instala y disuelve al Parlamento en los periodos constitucionalmente establecidos. El gobernador ejerce plena autoridad sobre las fuerzas armadas y debe velar por la seguridad del Estado. Ejerce el poder de otorgar indultos en articulación con el consejo asesor. Ejerce poder de veto parcial en el trámite legislativo en la medida en que puede objetar proyectos de ley que son obligatoriamente remitidos para su sanción pero el Senado y las Cámaras pueden aprobar los proyectos objetados si las dos terceras partes así lo disponen. Existe un Consejo Asesor compuesto por nueve ciudadanos notables que constituye un cuerpo de apoyo para la gestión del Gobierno el cual se encuentra bajo la subordinación del Gobernador.
PODER LEGISLATIVO	Compuesto por un Senado y una Cámara de Representantes de origen popular seleccionados entre los ciudadanos económicamente habilitados para desempeñar la magistratura. Sesiona en un periodo al año por disposición constitucional y puede ser convocado o constituirse en sesión en cualquier momento en que las circunstancias lo exijan. Se denomina Tribunal General de Massachussets. El Tribunal General de Massachussets al ser bicameral ejerce controles internos negativos, es decir, cada cámara tiene poder de veto sobre la otra en cuanto a los proyectos de ley que serán presentados por el Tribunal ante el Gobernador. Las leyes requieren de aprobación o sanción del gobernador para su entrada en vigencia, salvo objeciones que presente al proyecto de ley que deberán ser remitidas por escrito al Senado o a la Cámara de Representantes para su debate. Si las dos terceras partes de la Cámara y el Senado ratifican los contenidos del proyectos éste entrará en vigencia por el solo hecho de la ratificación. El Tribunal General tiene la facultad de designar a la Judicatura encargada de administrar justicia en crímenes, delitos, los motivos, procesos, denuncias, acciones, materias las causas y las cosas que se deriven o sucede dentro de la república, o entre o sobre las personas que habitan o residen, o que se señalan en el mismo; para lo cual tiene plena autoridad y poder. La constitución establece su supremacía mediante una cláusula en la que dispone la necesaria compatibilidad de los actos de Gobierno y del Legislativo con los contenidos de esa Constitución Política. El Senado tiene la competencia de juzgar políticamente a los funcionarios del Estado que sean acusados de mala administración y mala conducta, sus fallos pueden llegar a la destitución he inhabilidad de para ejercer cargos públicos.

	La Cámara de Representantes tiene la iniciativa legislativa exclusiva en materia tributaria y fiscal.
RAMA JUDICIAL	Los Jueces son nombrados por el Tribunal General de Massachussets y se encuentran adscritos al poder ejecutivo, por lo cual, el Gobernador podrá iniciar proceso de remoción de una magistratura cuando incurra en mala conducta. Los jueces de paz serán nombrados por periodos de siete años. La Judicatura podrá ser requerida por el Gobernador, el Legislativo o el Consejo Asesor para que dictamine sobre cuestiones importantes de ley o en ocasiones solemnes. De acuerdo a la Declaración de Derechos de Massachussets se establece la necesidad de interpretación de la ley lo que constituye el reconocimiento implícito de sistema judicial del <i>Common Law</i> y la semilla de la autonomía judicial que será cosechada en la jurisprudencia y matriz del <i>Judicial Review</i>. Los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia son nombrados de manera vitalicia en el ejercicio de sus cargos y solo podrán ser separados si muestran mala conducta.

Así pues, se da paso con el anterior diseño constitucional al concepto de separación parcial de poderes en donde, en mayor o menor grado, los representantes de los distintos poderes deben confluir en la concreción de los actos estatales bien para articularse en su expedición o bien para confrontarse como en el caso del poder de veto limitado que el Gobernador tiene sobre la legislación.

Ahora bien, esta constitución define ya los perfiles del sistema Presidencial Norte Americano puesto que reconoce al Poder Ejecutivo importantes poderes que rompen con la hegemonía del Legislativo planteada en las constituciones de ideología democrática radical como la de Pensilvania de 1776 y la de Vermont de 1777. Dentro de este fortalecimiento del poder ejecutivo se cuentan las facultades de disolver las cámaras y el poder de veto limitado sobre la legislación que solo podría ser derrotado con la ratificación de las dos terceras de una y otra cámara.

Los precursores del modelo primario del Presidencialismo inoculado en la Constitución de Massachussets son John Adams y Teophilus Parsons, entre otros; el primero participó directa he indirectamente en la redacción de varias constituciones con influencia mayor en la de Nueva York de 1776 y la de Massachussets de 1780 una de sus obras capitales es *Thoughts on Goverment* publicado en 1776 en donde hace una crucial defensa de la separación de poderes, el sistema de frenos y contra pesos y la importancia de un poder ejecutivo fuerte; a su vez Teophilus publicó la obra *The Essex Result* en 1778 en la cual expone brillantemente la importancia de los frenos y contra pesos en los términos ya explicados en párrafos anteriores.

En cuanto a los avances en relación con el fortalecimiento de la judicatura en el modelo de separación de poderes Norte Americano podemos decir que un aporte

crucial de esta Constitución es la autonomía judicial estatuida en el artículo 30 de la Declaración de Derechos que la precede: “mediante la afirmación de la autonomía del poder judicial, prohibiendo la injerencia en sus funciones de los poderes legislativo y ejecutivo, y segundo definitivamente, estableciendo un Tribunal Supremo, de miembros vitalicios (que solo por mala conducta y a requerimiento de las Cámaras podrían ser cesado por un Gobernador del Estado), en el Capítulo III de la Constitución”.¹⁰³

De igual forma, el establecimiento de la interpretación judicial de las leyes como elemento indispensable para dar alcance a sus contenidos que fue dispuesto en el artículo 29 de la citada declaración de Derechos: “para la preservación de la vida, la libertad, la propiedad y el honor será indispensable que sea sentada una interpretación de las leyes”¹⁰⁴, constituye la base constitucional del *common law* y del precedente judicial como sistema jurídico que concede importantes espacios de autonomía y participación a los jueces en la creación de reglas y sub-reglas de derecho y por ende en la producción legislativa.

También se le reconoce a esta constitución el desarrollo práctico del concepto de poder constituyente tan importante para dar fuerza normativa superior a la Constitución Política; lo anterior en la medida en que la constitución de Massachussets fue concebida en “una asamblea especial, extraordinaria tanto en su génesis como en su cometido, en tanto elegida por el pueblo y con una única misión (...)”¹⁰⁵ y su articulado fue sometido a “aprobación directa (...) por los *town meetings*, o, asambleas de las ciudades del Estado”¹⁰⁶. La legitimidad democrática del texto constitucional desarrollada en Massachussets será fundamental para estructurar la revisión de constitucionalidad de las leyes en cabeza de los jueces sobre la base el concepto normativo de la Constitución Política.

- **Convención Federal de Filadelfia 1787:**

“Después de la victoria militar de los patriotas americanos el 17 de octubre de 1781, en la histórica batalla de Yorktown, se hicieron visibles graves conflictos que afectaban internamente a los nuevos Estados y que los enfrentaban unos con otros, unas veces por razones de límites y otras, por cuestiones económicas (...) Por otra parte, la difícil situación económica que dejó la guerra produjo un profundo malestar en amplios sectores de la sociedad¹⁰⁷”, que se vio agravado por protestas del campesinado en Massachusetts. Que ya para 1785 generan inestabilidad, razón que lleva a George Washington, quien luego fuera nombrado presidente de la Convención, a reunir a los delgados de Maryland y Virginia para resolver disputas por los espacios de navegación, ocasión que es aprovechada por James Madison para convocar a los representantes de los trece Estados con el propósito de remediar los problemas que aquejan al comercio en la confederación.

¹⁰³ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1998. p. 92.

¹⁰⁴ Ibid., p. 92.

¹⁰⁵ Ibid., p. 87.

¹⁰⁶ Ibid., p. 87.

¹⁰⁷ VILA, Iván. El modelo norteamericano de Constitución, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones de la Universidad Autónoma de México, 2008. p. 183.

La reunión que se presupuestó para septiembre de 1786 en Maryland sólo contó con la participación de cinco de los trece estados, y pese a ser un fracaso sirvió a Alexander Hamilton como escenario para proponer lo que sería la Convención de Filadelfia, espacio en el que el dirigente de manera puntual propuso reformar la Constitución a las nuevas realidades y desafíos que se enfrentaban y que en su momento degeneraban en una crisis en los estados de la unión.

A la Convención asisten entonces doce de los trece estados, siendo Rhode Island única que se separa de la convención bajo la creencia de que su condición de Estado pequeño, en el contexto de las pretensiones federales que se dejaban entrever en la convocatoria de la Convención, sólo le traería inconvenientes y subordinación frente a Estados poderosos como Virginia o Filadelfia.

Así, se da inicio a la Convención de 1787, en cuyo seno tuvieron origen debates álgidos en torno a las ideas federalistas y anti-federalistas, así como, a la reafirmación de la necesidad de separar los poderes del Estado con el ingrediente adicional de considerar un sistema de pesos y contrapesos que garantizara lo que en “el papel” se afirma sobre la distribución de competencias estatales.

Frente al *primer gran tema* del federalismo y la representación fueron presentadas dos propuestas en los albores de la Convención, a saber, el Plan Virginia y el Plan New Jersey. El primero de ellos respaldado por Edmund Randolph, gobernador de Virginia, y seguido por Madison propugnaba por un tránsito hacia un parlamento bicameral cuya conformación se basaría en el principio de participación proporcional de cada Estado, la propuesta, en este sentido, abogaba por el establecimiento de un Estado Federado.

A su vez, en esta misma línea, Randolph propuso que una simple unión federal entre los Estados no sería suficiente para cumplir los objetivos que se habían propuesto al reunirse. Aclaró que se necesitaba “un gobierno nacional consistente con supremacía legislativa, ejecutiva y judicial¹⁰⁸”. Esto causó una gran conmoción en los asistentes; varios vieron en Randolph un deseo de eliminar la soberanía de los Estados y volver a una especie de monarquía mediante la centralización de importantes poderes en cabeza del eventual Estado Federal.

Existía un fuerte sentimiento anti – federalista que se veía representado por los Estados de menor envergadura que se veían amenazados, los cuales, formularon a través del Plan Nueva Jersey una propuesta que buscaba preservar la organización unicameral en la que veían condiciones de representación más equitativas para ellos.

El Plan Nueva Jersey abogaba por un legislativo en el que existiera participación igualitaria para todos con voto nominal por Estado miembro, a modo de una Confederación, propuesta que claramente no simpatizaba en los representantes de Estados de mayor envergadura y población que veían en ésta un trato inequitativo frente a sus características y nivel de incidencia en la vida de la nación.

¹⁰⁸ OLIVEROS, G. Andrés. El Origen del Federalismo Norteamericano, Universidad de Guadalajara, Revista Letras Jurídicas N° 10, México, Primavera del 2010. p. 6.

La fórmula de transacción adoptada al interior de la Convención para zanjar este *primer problema del federalismo y la representación* consistió en otorgarles igualdad de representación a todos los Estados en el Senado (dos senadores por Estado Miembro) con asignación de voto individual por senador y no por Estados; la cámara de Representantes, por el contrario, debía integrarse en proporción al número de habitantes de cada Estado Miembro, lo que aseguraba un trato más equitativo para aquellos Estados de mayor envergadura.¹⁰⁹

El segundo de los grandes temas que fue evidente en desarrollo de la Convención de Filadelfia es el del temor a una tiranía originada en el poder legislativo, cuya razón de ser responde tanto a la experiencias de emancipación en contra del Parlamento Inglés como a la prevención por las pasiones desbordadas que acompañan a un pueblo conciente de su titularidad soberana, estos riesgos eran advertidos por Jhon Adams en *Constitutions of government of the United States of América* de 1786¹¹⁰. Frente a tal situación particular Madison opinaba que “el órgano legislativo extiende por doquier la esfera de su actividad y arrastra todo el poder bajo su torbellino impetuoso” en una carta posterior sostuvo: cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón¹¹¹.

La posición de Madison era compartida en parte por los Padres Fundadores, tanto del ala Federalista como Antifederalista, haciendo de este hecho una característica esencial del pensamiento norteamericano al igual que de sus desarrollos constitucionales. James Wilson, por ejemplo, afirmaba que “si la autoridad legislativa no es restringida, no habrá ni libertad, ni estabilidad, ya que el despotismo legislativo es, de todas las clases de despotismo, el más terrible y el más difícil de ser corregido¹¹²”

Sin duda, el evidente temor que predominaba en la Convención de Filadelfia frente al poder de las asambleas legislativas, explica el porque en la Constitución de los Estados Unidos se adoptó un muy definido y sólido sistema de gobierno presidencialista y un claro sistema de pesos y contra pesos a diferencia de lo que harían algunos Estados en Europa que se inclinaron, como Inglaterra, por un sistema parlamentario.

Queda claro entonces que el proceso Convencional de Filadelfia tuvo como protagonistas iniciales, al dilema por la representación y la naturaleza dominante del poder legislativo que constituía una amenaza para los poderes ejecutivo y judicial. Bajo esta plataforma tanto los debates de la Convención como los desarrollos constitucionales posteriores giraron en torno a establecer una organización Federal que estuviese fundada en la teoría de la separación de

¹⁰⁹ VILA CASADO. Iván. El modelo norteamericano de Constitución, Biblioteca jurídica virtual de Instituciones jurídicas de la UNAM. México, 2008. p. 185.

¹¹⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, José. “El objetivo de esta extensa obra es, precisamente, demostrar la necesidad de adoptar los dos elementos claves de la doctrina de Montesquieu: el Senado y el Ejecutivo Fuerte, para frenar al poder Legislativo, el que animaba la <<amenaza>> democrática” Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la Democracia Constitucional, Ed. Tecnos, 1998. p. 62.

¹¹¹ VILA CASADO. Op. cit. p. 186.

¹¹² Ibid., p. 187.

poderes solo materialmente posible a través en un sistema de frenos y contrapesos que evitaran la usurpación de competencias especialmente provenientes del poder legislativo.

Pese a estas divergencias y como producto de la Convención de Filadelfia es redactada, promocionada y adoptada progresivamente la Constitución de los Estados Unidos de Norte América de 1787, la cual, funda un Estado Federado basado en el principio de la libertad y regido por el Derecho, con un sistema presidencialista de Gobierno en el que se combina una separación formal de poderes con un sistema de pesos y contrapesos que permiten la participación parcial del Presidente y de los Jueces en la función legislativa.

En el intrincado proceso de ratificación de la Constitución por los Estados Miembros aparecen en defensa de sus contenidos una serie de artículos titulados el *Federalista* que bien vale la pena comentar en la medida en que encierran buena parte de los principios que rigen la distribución del poder político que aún rigen el constitucionalismo Estadounidense.

Los artículos redactados por Hamilton, Madison y Jay reunidos después en el *Federalista*, empiezan por reconocer el principio de la soberanía popular en sentido amplio, en este sentido cuando se refieren a la República manifiesta: “podemos conceder ese nombre a un gobierno que derive todo su poder directa o indirectamente del gran cuerpo del pueblo, y que es administrado por personas que detentan sus cargos mientras complacen al pueblo por un período limitado, o mientras observen un comportamiento acorde con el cargo”. También explican que “es esencial para tal gobierno que se derive del gran cuerpo de la sociedad, no de una proporción no considerable, ni de una clase favorecida de ella¹¹³”.

El segundo de los temas de nuestro interés tratado en los escritos del *Federalista* será el concerniente a la separación de poderes, ante la pregunta ¿Qué va a impedir a los gobernantes que traicionen la confianza y usen los poderes del gobierno para promover sus propios intereses a expensas de la sociedad?; los autores del *Federalista* afirman que deben existir cláusulas constitucionales para mantener separadas a las ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial. La definición misma de la tiranía es la concentración de estas funciones o poderes en manos de uno, de pocos o de muchos.

Un tercer tema fundamental es la argumentación que surge en el *Federalista* para justificar la necesidad del Estado Federado y de los amplios poderes del Estado Federal sobre los Estados miembros que había sido un punto de confrontación con los antifederalistas, al respecto afirman que el gobierno debería tener los poderes necesarios para el cumplimiento de los fines que se le han delegado. En sus palabras: “no conferir... un grado de poder acorde con el fin sería violar las reglas más evidentes de la prudencia y de lo correcto, y confiar imprudentemente los grandes intereses de la nación a manos incapacitadas para manejarlos con vigor y éxito¹¹⁴(...) “los políticos sabios serán cautos respecto a poner restricciones al gobierno, mediante normas que no pueden observarse, porque saben que cada

¹¹³ CAREY, George. La Sabiduría del *Federalista*, Revista “Political Science Reviewer”, Universidad de Georgetown, 1984. p. 4.

¹¹⁴ Ibid. p. 4.

infracción a la ley fundamental, aunque sea dictada por la necesidad, daña aquella sacra reverencia que debería mantenerse en el corazón de los gobernadores por la Constitución de un país, y crea un precedente para que otras ramas la usen, en casos donde la misma situación de necesidad no existe en absoluto, o donde sea menos urgente y palpable¹¹⁵”.

También fue analizada en el *Federalista* la naturaleza hegemónica del poder legislativo en una república basada en la separación de poderes, al respecto argumentaban en el artículo No 78 que “una Constitución limitada” –que, en el contexto de un gobierno republicano, significa una en la cual existen ‘limitaciones específicas’ y expresas a la autoridad legislativa– puede mantenerse en la práctica sólo mediante los tribunales de justicia, cuyo deber debe ser declarar nulos todos aquellos actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución’; y al responder a la pregunta de por qué debería recaer esta tarea en el Poder Judicial o en las cortes tal y como fue vinculada en la Constitución, Publius responde: “la tarea propia y peculiar de las cortes es la interpretación de las leyes; la Constitución ‘debe ser considerada por los jueces como la ley fundamental’; y, si hubiera ‘una contraposición irreconciliable entre ‘un’ acto que procede del cuerpo legislativo’ y la ley fundamental, se deberá preferir ‘aquella que tenga la obligación y validez superior’¹¹⁶”.

El principio de representación política también era esgrimido como un límite a las pasiones inmersas en los ejercicios puros de la soberanía popular, señala Madison al respecto: “refinar y ensanchar las opiniones públicas [the public views] haciéndolas pasar por el conducto de un cuerpo elegido de ciudadanos cuya sabiduría pueda discernir mejor el verdadero interés de su país y cuyo patriotismo y amor por la justicia sean los menos susceptibles de sacrificar ese interés a consideraciones efímeras y parciales¹¹⁷”. “En un sistema semejante, prosigue, puede muy bien ocurrir que la voluntad pública [the public voice], formulada por los representantes del pueblo, concuerde más con el bien público que si fuera formulada por el pueblo mismo reunido a ese efecto.” Madison destaca que uno de los fines del sistema enteramente representativo propuesto en el proyecto de constitución es poner a los gobernantes en condiciones de resistir las “pasiones desordenadas” y las “ilusiones efímeras” que pueden apoderarse del pueblo.

Para los autores del *Federalista* la superioridad natural del poder legislativo conllevaba necesariamente a la adopción de un sistema de contrapesos así: el Presidente de la República tiene el derecho a vetar cualquier proyecto de ley que apruebe el Congreso, veto que sólo puede ser superado con la insistencia de las cámaras con una mayoría igual o superior a las dos terceras partes; la elección de los secretarios de Estado, embajadores y de los altos funcionarios de la Unión la realiza el Presidente pero debe ser aprobada por el Senado¹¹⁸. Los jueces debían tener el poder de controlar al cuerpo legislativo, limitando a éste al ejercicio de sus funciones. De este modo, podía evitarse que el cuerpo legislativo adoptara decisiones ajenas a su ámbito dándoles formato de normas legales, una

¹¹⁵ Ibid., p. 14.

¹¹⁶ Ibid., p. 17.

¹¹⁷ MANIN, Bernard. La democracia de los modernos: Los principios del gobierno representativo, Revista Sociedad, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995. p. 2.

¹¹⁸ VILE, M.J.C. O.P. Cit. 188.

cuestión que tantos quebraderos de cabeza había causado a los creadores de las primeras Constituciones. Si el veto del ejecutivo no bastara para contener al cuerpo legislativo dentro de sus límites propios, los tribunales podrían dejar sin efectos todos los actos inconstitucionales.

Sin embargo quien expresa con mayor claridad la importancia de los frenos y contra pesos en el constitucionalismo Norteamericano de 1787 es John Adams quien afirmó:

¿Hay en la historia una constitución más complicada de balanzas que la nuestra? En primer lugar, dieciocho Estados y algunos territorios contrapesan al Gobierno nacional. En segundo lugar, la Cámara de representantes contrapesa al Senado y el Senado contrapesa a la Cámara. En tercer lugar, la autoridad ejecutiva contrapesa, en cierta medida, a la autoridad legislativa. En cuarto lugar, el poder judicial contrapesa a la Cámara, al Senado, al poder ejecutivo y a los gobiernos de los Estados.

En quinto lugar, el senado contrapesa al Presidente en todos los nombramientos para funciones públicas y en todos los tratados... en sexto lugar, el pueblo tiene en sus manos la balanza contra sus propios representantes con las elecciones bienales... en séptimo lugar, las legislaturas de los diferentes Estados contrapesan al Senado por elecciones bienales. En octavo lugar, los electores secundarios contrapesan al pueblo en la elección del Presidente. Hay en ello una complicación sutil de balanzas que, en cuanto yo recuerde, es una invención nuestra propia, y nos es particular"¹¹⁹

Una última idea que se consolidó tanto en el periodo de las Constituciones Coloniales como en el marco de la Convención de Filadelfia, trascendental para objeto de esta investigación, es la idea de la constitución como Ley Fundamental. Esta idea fundada en la concepción de la constitución como contrato social en atención a las teorías de Rousseau y reafirmada por los procesos plebiscitarios de ratificación constitucional ejercidos en el periodo colonial (Massachusetts y Filadelfia) aparejaba la necesidad de proteger su integridad como acuerdo político fundacional, lo cual, a la postre sería una función reivindicada por los jueces comprendiendo a la constitución como norma de normas.

Adams desde su intervención en la Convención de Filadelfia, evocando el diseño político de Massachusetts de 1780, confirmaba la competencia de los jueces para anular leyes que se considerasen inconstitucionales esto en un claro alineamiento con Coke y James Otis "Adams cifraba lo siguiente: (...) debía ser nula y permanecer inaplicada toda ley contraria a los principios fundamentales de la constitución (...) siguiendo con ello la tradición de Coke y Otis, en la que, además, la independencia judicial juega como gajén en el equilibrio constitucional, en tanto poder con más posibilidades de neutralidad que el legislativo y el ejecutivo"¹²⁰

¹¹⁹ Ibid., p. 427.

¹²⁰ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 68.

Con lo anterior se abría el camino para el proceso de consolidación del *judicial review* que aunque no fue consignado explícitamente en la Constitución de Filadelfia fue derivado paulatinamente a través de la actividad interpretativa que desarrollaron los jueces desde el *common law*, específicamente con el fallo de Marbury Vs Madison de 1803, de igual forma, se sustentó la revisión judicial de las leyes sobre el supuesto de que al no ser suficiente el poder de veto limitado del ejecutivo para contener una arremetida desde el legislativo se hacía necesaria la capacidad de defender la constitución desde la judicatura mediante el control de constitucionalidad a las leyes.

El principio sobre el que se mueve el judicial review es el reconocimiento de la constitución como ley fundamental por parte de los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, *la intención del pueblo a la intención de sus agentes*.

Así, el control de constitucionalidad de las leyes se va forjando un camino seguro en el seno del *common law* americano como una condición indispensable a la existencia y legitimidad de un Estado Constitucional, así lo entendía Hamilton uno de sus mayores defensores, quien afirmaba:

“la interpretación de la leyes es tarea propia y peculiar de los tribunales- afirma siguiendo la más pura ortodoxia del common law- (...) una constitución es de hecho una ley fundamental así debe considerarse. Y si ocurriera que entre los dos significados [el de la ley fundamental y el de la ley ordinaria] hay discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella norma que posee fuerza obligatoria y validez superiores, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria. Por lo tanto los tribunales de justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución frente a las usurpaciones legislativas”¹²¹

Esta visión del control de constitucionalidad de las leyes que se planteaba y que se apuntalaba a la idea de los frenos y contrapesos que regirían el modelo de la separación de poderes adoptado para la época en los Estados Unidos fue refrendado en el célebre fallo del juez Jhon Marshall en 1803 (Caso Marbury Vs Madison)¹²², lo anterior para dejar en claro que aunque el control de constitucionalidad de las leyes hizo parte de los planteamientos alrededor de la convención de Filadelfia de 1784 ésta facultad judicial no quedó expresamente establecida en la Constitución de 1787 y fue por vía judicial en 1803 como se incorporó dicho control en cabeza de los jueces de los Estados Unidos. La importancia del fallo radica en reivindicar la competencia de los jueces en cuanto a la defensa de los contenidos de la ley fundamental, al respecto se argumentaba en el fallo: "Si los Tribunales deben respetar la Constitución y ésta es superior a cualquier acto ordinario del Poder Legislativo, la Constitución y no las normas

¹²¹ HAMILTON, Alexander. James Madison, John Jay, El Federalista, Fondo de Cultura Económica, 2001.

legislativas, debe regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser aplicables"¹²³

Otra importante función encargada a la Rama Judicial, como resultado de los debates de la Convención de Filadelfia; en especial al Tribunal Supremo de Justicia; es la armonización del derecho federal con las leyes expedidas por los Estados Federados, así mismo, se asignó la función de resolver las colisiones de competencias entre los Estados Federados al mismo Tribunal.

Ante la volatilidad de las relaciones entre los estados federados la Constitución de Filadelfia establece una Judicatura Federal que se encarga principalmente de administrar justicia en el nivel nacional, resolver los conflictos entre los estados miembros y la conciliación de las leyes federales y las leyes estatales "explica Alexis de Tocqueville que los Constituyentes de Filadelfia decidieron crear una Corte Federal que delimitara con precisión las soberanías de cada una y que resolviera las controversias suscitadas por este tema (...) como se prevía que, en la práctica, podían suscitarse cuestiones relativas a los límites exactos de ese gobierno excepcional, y que hubiera sido peligroso abandonar la solución de tales cuestiones a los tribunales ordinarios instituidos en los diferentes Estados por esos Estados mismos, se creó una alta corte federal, tribunal único, una de cuyas atribuciones fue mantener entre los gobiernos rivales la división de poderes, tal como la constitución la había establecido"¹²⁴. "La nota más sobresaliente del sistema americano, a saber, [es] la ejecución de los principios del federalismo por parte del poder judicial. Un Estado federal es necesariamente un Estado de Derecho por excelencia (...). Durante los primeros años de la República, esta cuestión no tuvo una respuesta clara. A lo largo del pasado siglo, sin embargo, quedó firmemente establecido que corresponde al Tribunal Supremo Federal trazar la línea que separa los poderes de la Nación y los de los Estados. La función del Tribunal es la de llevar a efectos la cláusula de supremacía nacional contenida en la Constitución"¹²⁵

De este modo puede concluirse que tanto en el periodo de la Convención de Filadelfia como en el texto Constitucional nacido de ésta el material teórico predominante que determinó el diseño institucional fue la teoría de la separación poderes, el principio de los frenos y contrapesos y la idea del control de constitucionalidad a las leyes como institución garante por excelencia de la organización política norteamericana contenida en la ley fundamental.

Como se verá a continuación la articulación de éstos principios en la Convención de Filadelfia dio como resultado un modelo de distribución del poder político en el que el ejecutivo tiene importantes funciones administrativas y participa parcialmente en la producción legislativa, así mismo, los jueces ostentan el privilegio de ser guardianes del acuerdo político fundamental acuñado en la constitución mediante la *judicial review*, lo que sumado al sistema judicial basado en el *common law* de corte Inglés les otorga una participación importante en la producción del derecho estatal.

¹²³ GOMEZ, A. Martha. Ensayo "Sistemas Vigentes de control de Constitucionalidad de las Leyes", Cap. III, Constitucionalismo Norteamericano, disponible online en: www.enj.org, p. 5.

¹²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. Democracia en América, Fondo de Cultura Económica, México, 1996. p. 159.

¹²⁵ SCHWARTZ, Bernard. El federalismo Norteamericano actual. Ed. Civitas, Madrid, 1984.

1.2.2. Actual Distribución de los Poderes: El panorama de maduración político - constitucional descrito en trazos generales en el título anterior nos permite organizar las piezas fundamentales que conforman el modelo político Norte Americano y la trascendencia que ésta tiene en la forma de distribuir los poderes públicos. En el siguiente cuadro se exponen las competencias principales del Congreso, el Presidente y los Jueces que fueron desarrolladas en la Constitución de Filadelfia de 1787 :

CONSTITUCIÓN DE FILADELFIA- 1787	
ADOPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES COMPATIBILIZADA CON UN SISTEMA DE PESOS Y CONTRAPESOS	
PODER EJECUTIVO	La institución más importante de los Estados Unidos es el Presidente. En la constitución la distribución de competencias se hizo bajo el principio de división de poderes; pero no se evito que el Congreso interviniera en ciertas funciones ejecutivas, y el ejecutivo, es decir, el Presidente, en ciertas funciones legislativas. De este modo, los poderes presidenciales pueden dividirse en dos clases: a) <i>Ejecutivos:</i> que se despliegan en: -Ejecución de las leyes y mantenimiento del orden; -Dirección de la administración; -Nombramiento y destitución de funcionarios; -Poderes militares (El Presidente es comandante en jefe de las fuerzas armadas de los Estados Unidos) ; -Política exterior (asigna al presidente la misión de recibir embajadores y agentes diplomáticos; al presidente y al senado, el nombramiento de embajadores y el poder de hacer tratados, y al Congreso, la facultad de declarar la guerra); -Derecho de gracia.

b) *Legislativos:* derecho de veto, facultades sobre la reunión de las Cámaras y, prácticamente, iniciativa legislativa a través de los mensajes.

	Los jefes de los departamentos forman el llamado Gabinete, que sirve como cuerpo consultivo del Presidente, si bien tanto la consulta como la toma en consideración del dictamen son potestativos. El presidente puede crear cualquier órgano consultivo con carácter transitorio, facultad de la que constantemente hacen uso.
PODER LEGISLATIVO	. “ Todos los poderes legislativos... estarán confiados a un Congreso de los Estados Unidos, que estará compuesto de un Senado y de una Cámara de Representantes”. El congreso es un órgano funcionalmente legislativo; pero a pesar del principio de la división de poderes, le competen también otras facultades al margen de la legislación ordinaria. Así, pues, podemos distinguir entre poderes legislativos y un grupo de poderes no legislativos. Poderes no Legislativos: Además de la función constituyente y de su intervención en la elección de Presidente y Vicepresidente de la Unión, el congreso tiene una función político-judicial: el <i>impeachment</i> con referencia al Presidente, vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos en caso de “traición, cohecho u otros crímenes o delitos”. La constitución establece dos casos concretos de intervención del Senado en las funciones ejecutivas: el nombramiento de funcionarios y la ratificación de tratados. Corresponde además al congreso la admisión de nuevos Estados en la Federación; la declaración de guerra ; la competencia para adquirir territorios. Poderes Legislativos: La constitución concede al Congreso la facultad para legislar sobre una serie de materias concretamente enumeradas: la política económica, la moralidad de las costumbres, la regulación de las condiciones de trabajo, etc. Poderes fiscales: La constitución autoriza al Congreso para imponer y percibir diversas contribuciones con el fin de pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos. Poderes monetarios y crediticios: Comprende este grupo el de acuñar moneda, determinar su valor y el de las monedas extranjeras; el de levantar empréritos ; el de castigar a los falsificadores de títulos y moneda americana. Regulación del comercio interestatal. El congreso tiene el poder para “regular el comercio con las naciones extranjeras, y de Estado a Estado.
	El Tribunal Supremo se atiende, en general, al principio de <i>stare decisis</i>,

RAMA JUDICIAL	es decir, aplicar los criterios de sus anteriores fallos en los casos que encierran circunstancias sustancialmente iguales; pero se trata de un principio no absoluto, sino general, en el que abundan excepciones. Los tribunales Federales son los del distrito, cuya demarcación puede o no coincidir con los límites de los Estados, según el tamaño de estos. La jurisdicción de los tribunales federales puede tener lugar en razón de materia y en razón de persona: A) En razón de materia comprende los casos de derecho y equidad surgidos en virtud de la constitución, las leyes federales o los tratados. B) Por razón de las partes se extiende a aquellos litigios en los que lo son: a) los diplomáticos extranjeros; b) la federación; c) dos o mas estados antagónicamente; d) un Estado y los ciudadanos de otro Estado; e) ciudadanos de diferentes Estado; f) un Estado o ciudadanos de un Estado, por un lado, y Estados extranjeros por el otro. La distribución de competencias se verifica con arreglo al siguiente esquema: A) El Tribunal Supremo entiende en única estancia de las cuestiones referentes a diplomáticos extranjeros y en aquellas en las que es parte un Estado. El resto de las materias de jurisdicción federal son juzgadas en primera instancia por los Tribunales de distrito. B) De estas últimas, un número limitado de ellas son apelables directamente al Tribunal Supremo; pero la mayoría lo son a los Tribunales de apelación de distrito, los que en algunos casos dictan fallo definitivamente, mientras que en otros sus sentencias son apelables al Tribunal Supremo, cuyo conocimiento puede ser potestativo u obligatorio; finalmente el Tribunal Supremo conoce también en apelación de los fallos¹²⁶ de los Tribunales de los Estados que traten de cuestión federal.
-----------------------------	--

Es claro en este punto que la fuerza ideológica conservadora de estadistas como John Adams acuñada en la constitución de Nueva York de 1777 y en la Constitución de Massachussets de 1780 permeó el modelo de distribución de poderes impreso en la Convención Federal de Filadelfia del año 1787, así las cosas, se materializo la separación parcial de funciones con un sistema de pesos y contrapesos que asegurará la defensa intrínseca del sistema frente a cualquier intento de acaparamiento esperado principalmente del poder legislativo o de otra rama del poder público.

El principio de equilibrio en el ejercicio del poder que acompaña el concepto de los frenos y contra pesos tiene su génesis en la interpretación renovada y audaz que de la teoría del estado Mixto y la Constitución Equilibrada, cernida en Inglaterra entre otros por Charles Dallison en *The Royalists Defence* - 1648 y por Carlos I mediante el *Answer to the Nineteen Propositions* - 1643, hicieron notables

¹²⁶ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Ciencias Sociales- Alianza Editorial, Madrid, 1991.

Estadistas Norte Americanos como Tomas Jefferson¹²⁷, John Adams¹²⁸, Alexander Hamilton, Jhon Jay, James Madison¹²⁹, entre otros, para adaptarlas del contexto aristocrático ingles a los disímiles perfiles de la sociedad y del nuevo Estado Norte Americano.

La adopción de los frenos y contrapesos y de la teoría de la separación de poderes en el Constitucionalismo Norte Americano se efectuó suprimiendo los supuestos aristocráticos que le daban justificación en Inglaterra a la teoría de la constitución equilibrada como expresión de un acuerdo de clases (entre la monarquía, aristocracia y los comunes); para distribuir el poder en cambio entre ejecutivo, legislativo y judicial como funciones públicas naturales al Estado extraídas de la literatura preeminente de Locke, Montesquieu y Rousseau. Es decir, mientras en la Inglaterra del Siglo XVIII la separación de poderes es la solución para la confluencia equilibrada de las capas sociales al interior del Poder Estatal en Norte América la misma teoría se incorporó como un mecanismo constitucional organicista que mediante la institucionalización de las tensiones políticas prefirió un sistema constitucional fundado en el control recíproco de las poderes estatales como el sistema más efectivo para las libertades consignadas en la constitución

Así pues, se llega a la paradoja Jeffersoniana en el sentido en que es necesario la interferencia de los poderes -los pesos y contra pesos - para garantizar la separación nuclear de los mismos: "Jefferson detecto con gran claridad que la aplicación del principio de separación de poderes no bastaba por sí sola para conseguir su objetivo; para ser efectiva, debía complementarse con <<barreras>> interpuestas entre los distintos poderes del estado – unas barreras que, paradójicamente, eran necesarias para aplicar la doctrina aunque en cierto modo vulneraran sus principios"¹³⁰

Claro el génesis y el proceso de adaptación e institucionalización de la teoría de los frenos y contrapesos en las constituciones del periodo colonial y en la Convención Federal de Filadelfia del 87 procederé a esgrimir los aspectos más importantes en los que se funda como teoría política dominante el equilibrio de poderes.

Como un primer aspecto tenemos "*la creación de un nuevo método para la elaboración y aprobación de la Constitución, o invención del poder constituyente*"¹³¹; en tal sentido es de trascendental importancia el proceso de conformación de una asamblea especial y la aprobación directa por los *town meetings*, o asambleas de las Ciudades Estado de los textos constitucionales de Nueva York y Massachussets.

Los dos procedimientos revistieron a las constituciones de una legitimidad democrática expresada en un poder constituyente que trascendió en la categorización de la constitución como la norma superior contentitiva del pacto

¹²⁷ Thomas Jefferson autor de las *Notes on the State of Virginia*, 1780.

¹²⁸ ADAMS, John. *Defence of the Constitutions of Government of the United States*, 1787, Boston, 1865.

¹²⁹ Autores los tres del *Federalista*, 1787.

¹³⁰ VILE, M.J.C. O.P Cit p. 171.

¹³¹ ACOSTA SANCHEZ, O.P.Cit. p. 86.

social. Lo propio ocurre con la ratificación de la Constitución de Filadelfia de 1787 por las Cámaras legislativas de cada Estado miembro elevando la categorización del poder constituyente de la órbita estatal individual a la órbita de la constitución Federal de los Estados Unidos.

El Poder Constituyente se puede explicar como un legado importante de las ideas democrático - radicales que brotaron en la Pensilvania de 1775 en cabeza de estadistas contractualistas como Payne y de la puja entre las clases terratenientes y las bases sociales que veían en la participación del proceso constituyente la única manera de plasmar sus intereses en el la Ley Fundamental.¹³²

Ya para la Convención de Filadelfia la Constitución política como Ley Fundamental del Estado pasa a ser una doble garantía en los Estados Unidos, en primera medida, es una barrera jurídica en contra de eventuales despliegues arbitrarios de mayorías parlamentarias apostadas en el poder legislativo y en segundo plano es una garantía de cohesión del estado Federado en la medida en que se establece la distribución de poderes verticales entre la Federación y los Estados Federados, además de la prevalencia del derecho Federado sobre el Derecho Estatal en algunas materias.

La constitución como expresión del poder constituyente y del pacto social que da la estructura al Estado y consigna los principios en que éste se inspira establece como mecanismo idóneo para defender los principios y ejercer el poder propio del Estado el sistema de pesos y contra pesos.

La incorporación de las cláusulas de supremacía Constitucional en la Ley Fundamental de Massachussets y en la Constitución Federal de Filadelfia es manifestación del proceso de ratificación democrática que consolidó el concepto del poder constituyente, generando así, el escenario teórico y jurídico para el establecimiento del control judicial de las leyes que es a todas luces, después del principio de soberanía popular, es el aporte más significativo de la teoría política de los Estados Unidos.

En una segunda instancia el *Control de Constitucionalidad de las Leyes* es otra pieza fundamental del modelo constitucional analizado, este poder reconocido a la Judicatura Norte Americana no es producto de una cláusula constitucional expresa se erige como derivación de las cláusulas de supremacía constitucional, de la autonomía reconocida a los Jueces por la Constitución Federal, de la predisposición histórica a controlar el cuerpo legislativo mediante el Consejo de Censores y el Consejo de Revisión de las leyes en las Constituciones Coloniales y los desarrollos que desde el *common law* se efectuaron para consolidar el *judicial review* siendo el más conocido el fallo Marbury Vs Madison de 1803.

En el Preámbulo de la Constitución de Massachussets se observa la materialización de las cláusulas de supremacía de la constitución: "El fin de la

¹³² "Por lo que se refiere a la segunda idea central, o sometimiento a la aprobación del pueblo de la obra de la convención, la primera petición llegó de los pobres y audaces colonos del Condado de Bershire, en el oeste. Temían que les fuera impuesta una forma oligárquica de gobierno por los sectores mercantiles y Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la Democracia Constitucional, ACOSTA SÁNCHEZ, José. Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 88.

institución del Estado es asegurar la existencia del cuerpo político (...) formado por una asociación voluntaria de individuos. Es un Pacto social (It is a social compact) por el que el pueblo llega a un acuerdo con cada ciudadano y cada ciudadano con el pueblo¹³³; ésta interpretación rousseoniana es manifestación del plebiscito constituyente llevado a cabo en Massachussets que permito la condensación de la soberanía popular y cuyo efecto es el valor supremo de la constitución de la cual se desprende la revisión judicial como mecanismo de defensa de la voluntad general.

La defensa de la voluntad general contenida en la ley fundamental no es posible sin el reconocimiento de la autonomía judicial la cual se hace explícita mediante el modo de designación de los jueces y sobre todo con las garantías para la permanencia en sus cargos más allá de los avatares políticos, en tal sentido la Constitución de Filadelfia de 1787 estableció: "Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de tribunales inferiores, desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta y en determinadas fechas recibirán por sus servicios una compensación que no será rebajada mientras desempeñen sus cargos"¹³⁴. De igual forma, cláusulas como la del artículo 29 de la Declaración de derechos de Massachussets en donde se establece que toda aplicación de la constitución y la ley deben ir precedidas de la interpretación judicial constituye un elemento clave en la consolidación de la autonomía judicial: "para la preservación de la vida, la libertad, la propiedad y el honor será indispensable que sea sentada una interpretación de las leyes".¹³⁵

Como se ha explicado la *judicial review* es producto de una clara tendencia a controlar la fuerza democrática alojada en el poder legislativo Hobbes y Maquiavelo hacen lo propio para que germine esta desconfianza que se convierte en justificación para la implantación de los frenos y contra pesos como única fórmula para asegurar una real separación de los poderes públicos. Muestra de ello es la creación de órganos constitucionales cuasi judiciales encaminados a controlar el poder legislativo como complemento al poder de veto limitado del Presidente que se observa en la evolución constitucional colonial, el consejo de censores y el consejo de revisión de las leyes de Massachussets y Nueva York son ejemplo de ello.

Y por último, en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, es importante comentar que su desarrollo se deja al universo de *common law* que como en Inglaterra lograría consolidar la participación de los jueces en la producción del derecho, argumentos como los expuestos por Jaimes Otis y aceptados por John Adams: "El dogma de Otis de que toda ley contraria a la constitución es nula"¹³⁶ evocaban los argumentos expuestos en Inglaterra por el Juez Coke para defender el desarrollo y la defensa de los principios constitucionales en cabeza de la judicatura. La consolidación de la revisión judicial de las leyes se da mediante los desarrollos jurisprudenciales que establecen ésta facultad de manera clara en

¹³³ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 59.

¹³⁴ Constitución de los Estados Unidos, Convención de Filadelfia 1787, disponible online en <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm>

¹³⁵ ACOSTA SANCHEZ. Op. cit. p. 92.

¹³⁶ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 65.

cabeza de la judicatura siendo la sentencia más reconocida por la literatura la del caso *Marbury vs. Madison* en 1803.

En un Tercer aspecto tenemos la “*Afirmación del Presidencialismo y Debilitamiento del Legislativo*”¹³⁷ ; con la constitución de Massachussets del 80 se definen los primeros perfiles del Presidencialismo Estadounidense que venía en evolución desde la Constitución de Nueva York del 77 “la elección directa, anual del Gobernador del Estado por el cuerpo electoral; la concentración en su persona de la Presidencia de la República, la jefatura de la armada, el pleno poder para disolver las cámaras y la facultad de veto sobre las leyes, solo superable con el voto contrario de las dos terceras partes de cada cámara”¹³⁸ son vestigios de ello.

La necesidad de dotar de autonomía y capacidad de defensa al ejecutivo es reconocida por John Adams en su obra *Defence of the Constitutions of Government of the United States* escrita en 1787 y hunde sus justificaciones teóricas en Montesquieu “El veto sobre la ley se justifica en Adams por la misma razón que en Montesquieu, a quien sigue, es decir, por el derecho que el Ejecutivo tiene de defenderse del Legislativo: como el poder legislativo es natural y necesariamente soberano y supremo respecto al ejecutivo (...) este debe formar una rama propia, aunque se abaja una forma negativa (con el veto)”¹³⁹.

De tal manera que la limitación al poder legislativo no se agota en el bicameralismo con el que se busca contraponer y conciliar los intereses de la Federación con los de los Estados Federados y se hace necesario el control del poder legislativo estableciendo como contra peso el poder de veto limitado en cabeza del Presidente que será a su vez es complementado por la revisión judicial de las leyes desarrollada por el *Common Law* Norte Americano.

El Fortalecimiento del Poder Ejecutivo es también resultado de la estructura Federal adoptada en la Convención de Filadelfia del 87 puesto que para mantener la unidad de los Estados y el desarrollo de políticas de alcance nacional es necesario el establecimiento de un Poder Ejecutivo con importantes atribuciones administrativas, defensa de la nación e iniciativa legislativa las cuales son esgrimidas contundentemente por los autores de *El Federalista* publicada en 1787 por Alexander Hamilton, John Jay, James Madison.

A manera de conclusión podría decir que la teoría política dominante en Estados Unidos de Norte América es la Democracia Constitucional la cual al fundarse en el principio de soberanía popular estructura como única formula para su desarrollo la separación de poderes con un sistema de frenos y contra pesos sinónimo del equilibrio político necesario en el que la consigna es proteger al sistema de las mayorías legislativas. Los pilares fundamentales son un sistema bicameral, un ejecutivo fuerte para controlar al legislativo y liderar la Unión y unos jueces que se convierten en los guardianes de la constitución.

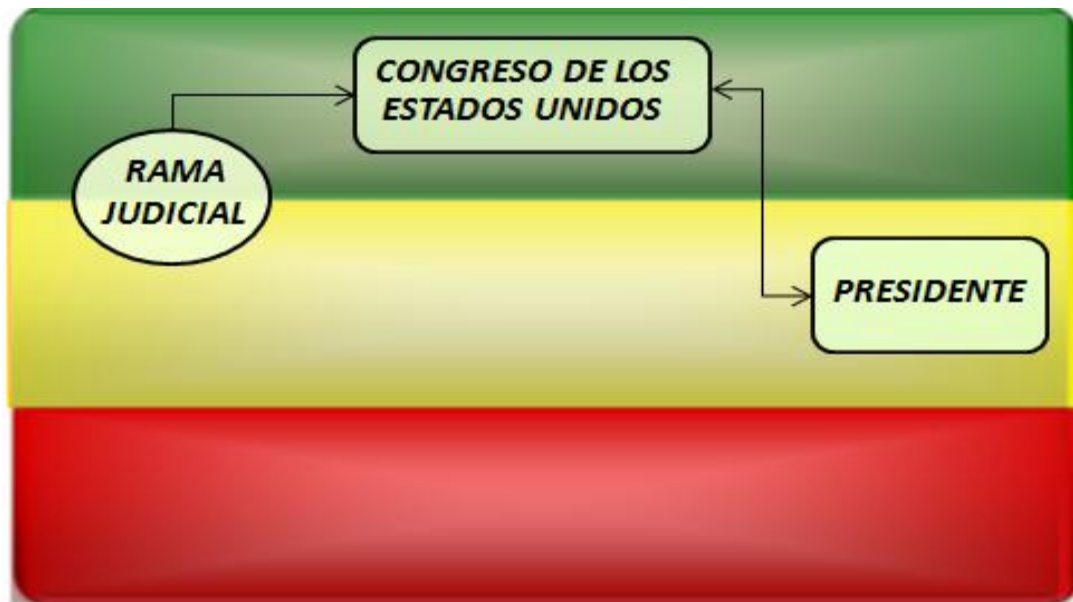
El modelo de separación de poderes que describa la participación de los poderes en la producción del derecho sería como el que se plantea a continuación.

¹³⁷ Ibid., p. 91.

¹³⁸ Ibid., p. 91.

¹³⁹ Ibid., p. 91.

1.2.3. Modelo de Separación de Poderes:



Franja de Dominio en la Producción Legislativa.

Se encuentra el Congreso de los Estados Unidos por su función natural en cuanto a la creación del derecho pese a las limitaciones que la constitución le impone. De igual forma, se ubica en esta franja teniendo en cuenta que constitucionalmente su legislación prima sobre la de los estados Federados aunque ámbitos de regulación que son competencia exclusiva de los Estados Federados, pero en caso de incompatibilidad prima el Legislativo Nacional.



Franja Intermedia de Dominio Parcial y Dominio Total en la Producción Legislativa.

En esta franja se ubica el Poder Judicial de los Estados Unidos de Norte América en la medida en que tiene la facultad de revisar las leyes e inaplicar las que considere contrarias a la constitución, lo que constituye una importante participación en la producción legislativa. De igual forma, el sistema de precedentes judiciales característico del *common law* hace que las

jurisprudencias emitidas por el Tribunal Superior de Justicia sean fuentes vinculantes de derecho para la resolución de casos en los Tribunales Inferiores, lo cual, representa una capacidad de creación de reglas y sub reglas de derecho que aumenta la participación de los jueces en la producción legislativa.



Franja de Dominio Parcial en la Producción Legislativa.

En esta franja ubicamos al Presidente de los Estados Unidos puesto que el análisis de categorización se hace en relación a su estricta participación en la producción legislativa, teniendo en este sentido reconocido el poder de veto limitado y la iniciativa legislativa. Es reconocida la concentración de poder en cabeza del ejecutivo del sistema Presidencialista Estadounidense, sin embargo, teniendo en cuenta que este poder se desarrolla mediante las facultades de dirección, control, intervención y ejecución de índole *administrativa* y no directamente legislativa su dominio en cuanto a esta función es parcial.



Franja de Abstención Total en Producción Legislativa.

1.3. ESTADO LEGALISTA FRANCÉS.

El proceso revolucionario y constitucional Francés tiene especial significancia en el Derecho Público y en especial en lo referente al estudio sobre la organización del poder político, dado que, en su discurrir teórico e histórico se encuentran toda una serie de sobresaltos que le han permitido trasegar por variados sistemas políticos que van de la Monarquía Constitucional al régimen Asambleísta o de Directorio, he incluso, han experimentado los Regímenes Semi Parlamentario y Semi Presidencialista.

Las razones de este mosaico constitucional se atribuyen a múltiples causas, dentro de las cuales están la depuración de distintas teorías como la del Estado Mixto, la Constitución Equilibrada, la Separación de Poderes, y los Frenos y Contrapesos que pasadas de la teoría a la práctica en Inglaterra y en Estados Unidos influenciaron y complejizaron el pensamiento revolucionario francés, así mismo, grandes obras como el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, el Contrato Social de Rousseau, El Federalista de Madison, La Defensa de la Constitución de los Estados Unidos de John Adams y muchas obras más enriquecían y enarbolaban los discursos de los estadistas Franceses.

De igual forma, las crisis económicas y los enfrentamientos bélicos producto del expansionismo de Napoleón Bonaparte suscitaron fracturas sociales que trascendieron el escenario político y constitucional trastocando el sistema asambleísta para reconfigurar el orden de los poderes y dar paso al imperio con el cual se buscaba conquistar la estabilidad.

Es de especial interés para esta investigación el periodo constitucional Francés comprendido entre 1789 y 1795, en especial la Constitución de 1793 por medio de la cual se establece el Régimen Político Asambleísta y la Constitución de 1795 por medio de la cual se establece el Régimen Político del Directorio; no obstante en el presente capítulo se analizarán brevemente las Constituciones de corte Parlamentario, Semi Parlamentario y Semi Presidencialista por considerar que éstas evidencian la influencia de la teoría del estado mixto y los frenos y contrapesos, que adaptados en Inglaterra y Estados Unidos, influenciaron el Constitucionalismo Francés.

Las constituciones Francesas son un referente importante para esta investigación en la medida en que fundadas en el Estado de Derecho aplican un modelo de la separación de poderes que oscila entre la teoría del Estado Mixto expresado a través de la Monarquía Constitucional; la Teoría Pura de la Separación de Poderes expresada a través del Sistema Asambleísta o Democrático Radical y la implantación de la Constitución Equilibrada basada en Frenos y Contrapesos acuñada en el Sistema Semi Parlamentario o Semi Presidencial; de los anteriores sistemas de gobierno ninguno concede participación alguna a los jueces en la producción del Derecho.

El análisis constitucional del presente título abarca las constituciones expedidas o redactadas desde 1789 hasta la Constitución de la Tercer República de 1875, por considerar que en este periodo de tiempo se puede observar la implantación de distintos sistemas de gobierno en los que la organización del poder y en especial

la pugna por hacerse al poder legislativo o por fijarle límites, se circunscribió a las tensiones entre el poder ejecutivo y el parlamento, dejando así, relegada la función judicial a una estricta ejecución de los contenidos legales sin ninguna posibilidad de participación en la producción del Derecho.

Como se podrá evidenciar especialmente en la Constitución de 1793 y en la Constitución de 1795, el principio de la soberanía popular traído por Rousseau a través del *Contrato Social* radicalizó el ambiente revolucionario llevando a la teoría constitucional Francesa de la época a fundar la Teoría del Estado en la aplicación de una teoría extrema de la división de poderes en la que el único ejercicio legítimo del poder soberano residía en la expedición de las leyes en boca de la Asamblea de Representantes del Pueblo, confinando así al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial a ser la boca de la ley emitida o a ser seres inanimados que se limitan a ejecutar estrictamente los contenidos legales como lo planteaba expresamente Montesquieu en el Espíritu de las Leyes.

Ahora bien, es claro, como se verá en los ejercicios constitucionales posteriores a la Constitución de 1795, que el concepto radical de la soberanía popular que había auspiciado el dominio del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo y el Judicial con base en una concepción radical de la teoría de la separación de poderes estaba condenado a fracasar; era impracticable e inconveniente dirigir un Estado basados en la concentración del Poder en una Asamblea de Representantes o incluso mediante el uso de mecanismos de democracia Semi – Directa como en el caso del Gobierno de Directorio. Fue así como el despotismo de las mayorías apostadas en la Omnipotente Asamblea Legislativa no se haría esperar dando al traste con la estabilidad que todo Estado requiere y con la fractura de los principios liberales que decían reivindicar.

Vienen así las variaciones hacia las ideologías conservadoras como el Semi Parlamentarismo o el Semi Presidencialismo basadas en los conceptos del Estado Mixto y la Constitución Equilibrada que son erigidas bajo un nuevo principio de legitimidad política – la soberanía Nacional; la cual, no daba cabida al ejercicio de una acción soberana basada en la simple aglomeración de voluntades individuales que constituyesen mayorías populares legitimadas para la toma de cualquier decisión, con el concepto de soberanía nacional se otorgaba representación y participación a todo un conjunto de estamentos sociales que implicaba el reconocimiento de intereses diversos que no podrían estar a merced de la aritmética democrática; la burguesía, el clero, los trabajadores, los campesinos etc... deberían ser gobernados por una Estado en el que sus representantes encarnen la pluralidad permitiendo su coexistencia en el marco de un Estado equilibrado o moderado.

En el título a desarrollar se realizaran análisis históricos necesarios para contextualizar las dinámicas que moldeaban el modelo de Separación de Poderes imperante en cada ejercicio Constitucional, al final, se extrapolaran las relacionadas con el Estado Legalista Francés materializado en el Gobierno de la Asamblea de 1793 y en el Gobierno del Directorio 1795, para así evidenciar que en las vertientes del Estado de Derecho se forja un modelo de Separación de Poderes en el que a diferencia de Inglaterra y Estados Unidos no se concede ninguna participación a los jueces en la producción del derecho.

1.3.1. Marco Histórico: La evolución del Estado Moderno y de manera especial el desarrollo de los estados constitucionales en donde prima el Derecho, sólo pueden ser explicados a la luz de dos sucesos históricos de gran envergadura. De un lado la Revolución Norteamericana de 1776 (que es objeto de otro capítulo de análisis) y la Revolución Francesa de 1789 como momentos de gran calado en la configuración de la organización social y política, así mismo, por ser dos experiencias únicas e innovadoras cuya influencia aun pervive en la base de los Estados modernos, ya que el Estado de Derecho y el Estado Liberal representan un punto de quiebre entre lo que sería el antiguo régimen y la nueva manera de entender las relaciones entre estado, sociedad y poder político.

De hecho, como destaca Pierre Birnbaum, en un proceso único, la Revolución Francesa hace surgir la nación, da al pueblo un papel de primer plano, y refuerza al Estado, lo institucionaliza, lo diferencia de las periferias, lo autonomiza de la sociedad y de sus principales clases y grupos. La triple reivindicación de la libertad, la igualdad y la fraternidad se afirma y despliega de modo paralelo y entrelazado con la destrucción de los organicismos: órdenes, estamentos, corporaciones, particularismos regionales y locales. Se suscita y logra así la formación de un nuevo sistema que se constituye y funciona a partir y a través de una comunidad y compromiso de los ciudadanos. Estos ven reconocidos y codificados sus derechos y deberes como ciudadanos, pero deben renegar de todas sus lealtades periféricas y entablar relaciones directas con la soberana autoridad del Estado. Francia ejemplifica un caso notable de estatización de la nación, de predominio del aparato político-administrativo, civil y militar del Estado que asegura, de modo incesante simultáneo, su institucionalización, su autonomización, su injerencia y dominio sobre la nación.¹⁴⁰

1.3.1.1. Contexto

El ocaso del siglo XVII significó en la Europa insular el primero de los hechos decisivos en la desaparición de las monarquías absolutas con el triunfo de la Constitución Equilibrada y el equilibrio entre el Parlamento y Corona, como ya se vio en el marco de la Revolución Gloriosa de 1688. Así mismo, el proceso independentista norteamericano, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, representó otro gran hito en la emancipación de las estructuras políticas y en el surgimiento del Derecho y la Constitucionalización como los instrumentos base y garantía del Estado y sus asociados.

En el entorno francés del ocaso del siglo XVII los causes políticos transitaban aún el escenario absolutista, que bajo el dominio soberano del monarca, se muestra incapaz de asumir los diversos cambios sociales y políticos que demandaba la época encarnados en movimientos como el de la Ilustración, el racionalismo, la secularización y las tensiones sociales producto de los privilegios que se otorgaban a la nobleza y al clero, que desembocando en los brotes revolucionarios de finales de siglo, fueron claros ejemplos de la incapacidad del Estado Absolutista por renovar y mantener su estructura, abriendo paso a la consolidación del credo liberal y de la Ilustración.

¹⁴⁰ KAPLAN, Marcos. Revolución Francesa, Estado Nación e Intelectuales, Primavera de 1992, Itam, México, disponible online en: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras28/texto3/sec_1.html

Una comprensión más amplia de los hechos sugiere un acercamiento a la reconstrucción histórica hecha por el Profesor Bernd Marquardt quien propone el estudio de este periodo bajo la lupa de una doble revolución: Industrial e Ilustrada, que alude al agotamiento de las estructuras de los viejos reinos dinásticos y sus modos de producción y pensamiento. El autor dirá entonces, que “el reino dinástico había sido la expresión política de un tipo de civilización específico, la agraria, y con la desaparición de este mundo tradicional en la doble revolución industrial e ilustrada cayó casi automáticamente. El crecimiento de la complejidad por la revolución industrial, no pudo ser asumido por el reducido estado de los Reyes- comandantes y jueces. Igualmente en la era de la secularización, no pareció más plausible la legitimidad divina de los Reyes y surgieron tensiones insolubles con los pilares del constitucionalismo ilustrado, especialmente con la separación de poderes, la soberanía popular y la igualdad interindividual¹⁴¹”

Francia vivió durante el siglo XVIII una serie de desajustes propios de unas estructuras perpetuadas en el poder incapaces de adaptarse a las dinámicas de los tiempos como el desarrollo de la economía con importantes avances en sectores como la industria y el comercio que habían favorecido el protagonismo de la burguesía, cuyo creciente poder económico no se veía correspondido en la función que le era asignada en la sociedad del antiguo régimen. Esta situación comenzó a generar una burguesía como nueva realidad social que cada vez más se hacía reacia a soportar los privilegios de los estamentos superiores y de igual manera a esto habría que añadir la insoportable situación del campesinado francés, sujeto a un sistema de explotación señorial que, lejos de suavizarse a lo largo del siglo XVIII tendía a hacerse aun más fuerte.

Así pues, a partir de una crítica contundente al sistema monárquico-feudal se logró transformar de manera profunda no solo la dimensión política, sino también económica y filosófica, que apoyada en los aportes de pensadores e ideólogos como: Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Adam Smith, David Ricardo, Malthus, John Locke, Hobbes, entre otros, logró dar sustento a la transición hacia el liberalismo que pese a la contundencia de los hechos, se presenta como un proceso que iniciado en la Europa Continental¹⁴² con la Revolución Francesa (1789) es completado hasta entrada el siglo XIX en el marco de la Revolución Industrial, lo anterior en un proceso simultáneo y convergente que da origen a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad capitalista y a un nuevo tipo de Estado: el Estado Liberal-Burgués, en donde, la cada vez más relevante burguesía será el actor protagónico, y cuyo accionar responde al rechazo de los estamentos tradicionales tales como la aristocracia y la iglesia por ser instituciones parasitarias del Estado.

Estamentos que de manera constante eran objeto de conflicto debido a los privilegios dados, que se traducían en tasas e impuestos a las demás capas sociales, eso sin contar con el crecimiento demográfico del Estado que debía

¹⁴¹ MARQUARDT, Bern. Historia Universal del Estado, Tomo III: El Estado de la doble Revolución Ilustrada. La Carreta Histórica, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009. p. 168.

¹⁴² La salvedad hecha sobre “la Europa continental” responde a la claridad sobre el inicio del pensamiento liberal que puede rastrearse en Inglaterra con pensadores como Locke, pero cuya forma transformadora puede rastrearse en la experiencia Francesa.

conjugarse con la crisis económica y la creciente agitación social. Panorama poco alentador que no pudo más que transformarse en revolución, para este omento ya corría la década del ochenta del siglo XVIII.

Pese a la emergencia de esta nueva clase burguesa, la estructura del Estado parecía inmutable, además de caracterizarse por “la tendencia al monopolio del poder político [...], que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional, ni en el plano interno, ya que no admite en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar del poder político¹⁴³”, los privilegios no cesaban, la nobleza y el clero que de manera casi parasitaria se alimentaban de las arcas estatales, negaban hasta la más mínima posibilidad de participación igualitaria del pueblo francés el poder político.

“Políticamente, las cosas eran menos fáciles [...] la limitada igualdad formal de derechos del absolutismo [...] solo significaba que todos los súbditos, sin distinción de estamentos, ni origen estaban desprovistos de derechos frente al soberano, y que la ley de éste tenía validez para todos.”¹⁴⁴ Así progresivamente las necesidades e intereses de la burguesía comenzaron a chocar con una nobleza privilegiada, mantenida por una sociedad estamental, lo que al cabo de tres siglos produciría una serie de revoluciones liberales. La Revolución Inglesa de 1688, la Americana de 1776 y la Francesa de 1789.

1.3.1.2. Desarrollo constitucional

La revolución Francesa dio inicio al nutrido recorrido constitucional cuya característica más significativa es el vaivén entre periodos revolucionarios y concreciones constitucionales. La primera de ellas es la Constitución de 1791, que además de contener una estructura garantista (Declaración de los Derechos del Hombre como preámbulo) contaba con una parte orgánica claramente establecida.

El preludio a la Constitución de 1791

La tensa situación por la que atravesaba Francia en la segunda mitad del XVIII se fue convirtiendo en insostenible, las diferentes alternativas para conciliar intereses resultaban infructuosas, las Asambleas municipales llamadas a discutir la situación sólo consiguieron aumentar la inquina y el odio por los privilegios de clase y el casi nulo papel del pueblo llano en la estructura política francesa enarboló los ánimos, haciendo imperativo el llamado a todos los estamentos sociales.

Ya para 1788 bajo el reinado Luis XVI la situación francesa se hace insostenible, el Rey se ve obligado a convocar a Los Estados Generales, figura asamblearia

¹⁴³ VILA CASADO, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional. Legis Editores, Santa fe de Bogotá, 2007. p. 94.

¹⁴⁴ MADRIÑAN RIVERA. Estado Social de Derecho. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa fe de Bogotá, 1997. p. 30.

que no había sido utilizada por más de un siglo cuyo fin era convocar a representantes del clero, la nobleza y el llamado Tercer Estado.

“Con la convocatoria de los Estados Generales, provocada por la oposición parlamentaria y la resistencia de la Asamblea de Notables en 1787, parecían vencer las corrientes aristocráticas y parlamentarias, pues los Estados desde siempre eran el gran cuerpo a través del cual se constituía la nación francesa¹⁴⁵” A partir de estos encuentros Luis XVI accedió finalmente a celebrar unas elecciones nacionales en 1788. La censura quedó abolida durante la campaña y multitud de escritos que recogían las ideas de la Ilustración circularon por toda Francia. Este proceso permitió que el número de representantes del Tercer estado (el pueblo) en los Estados Generales fuera igual al del primer estado (el clero) y el segundo estado (la nobleza), pero ninguno de los dos llegó a establecer un método de votación.

Preciso es hacer una pausa en la sucesión histórica para recordar al abate Sieyes y sus consideraciones sobre el Tercer Estado como fuerza dinámica de la sociedad que ha sido desdeñada y por tanto reclama su lugar, y de manera especial todas las consideraciones que en el marco de la convocatoria a los Estados Generales se presentaron. Así, la pregunta por la importancia de Pueblo puede ser esclarecida en términos del mismo autor, quien respondía el interrogante en su famoso escrito *¿Qué es el tercer Estado?*:

“¿Qué es el tercer estado? [Todo], porque es una nación completa que desarrolla todas las actividades privadas, que sostiene la sociedad y gran parte de las funciones públicas. Un Todo, obstaculizado y oprimido.

¿Qué ha representado hasta ahora en el orden político? [Nada], porque para ser una nación necesitan tener una ley y una representación común, y no se es verdaderamente libre si no hay libertad para todos, ya que la libertad no puede estar fundada sobre el privilegio.

¿Qué pide el tercer Estado? [Algo], es decir, que sus representantes sean elegidos en su seno y no prestados por la aristocracia, que el número de representantes sea duplicado, que se vote por cabezas y no por Estados¹⁴⁶.

Frente a Sieyes debe decirse que la aparente visión restringida que sugiere de ese Tercer Estado como unidad homogénea, que aparentemente excluye el disenso y no considera de manera alguna las formaciones partidistas, tiene su fundamento en una característica especial del autor, y es que éste dentro del cúmulo del tercer estado podría considerársele parte de la burguesía, capa dominante de la época. De este modo y con todas las contradicciones que de sintetizar al pueblo devienen, lo que único cierto es que el fin práctico que perseguía el abate logró

¹⁴⁵ MATTEUCCI, Nicola. Revolución Democrática y Constitucionalismo en Francia. Ed. Trotta, Madrid, 1998. p. 226.

¹⁴⁶ Ibid., p. 228.

cumplirse, pues la representación del Tercer Estado, por la que tanto abogaba Sieyes, se materializó en el marco de la Asamblea Nacional.

A pesar que los tres estados estaban de acuerdo en que la estabilidad de la nación requería una transformación fundamental de la situación, los antagonismos estamentales imposibilitaron la unidad de acción en los Estados Generales, de esta manera en Versalles el 5 de mayo de 1789, las delegaciones que representaban a los estamentos privilegiados de la sociedad francesa se enfrentaron inmediatamente a la cámara rechazando los nuevos métodos de votación presentados, el objetivo de tales propuestas era conseguir el voto por individuo y no por estamento, con lo que el tercer estado, que disponía del mayor número de representantes por ser el grueso de la población, podría controlar los Estados Generales. Las discusiones relativas a éste procedimiento se prolongaron durante varias semanas, hasta que el grupo dirigido por el conde de Mirabeau y el abate Emmanuel Joseph Sieyès¹⁴⁷ se constituyeron en Asamblea Nacional el 17 de junio. Esta acción que se convertía en un abierto desafío al gobierno monárquico, que había apoyado al clero y la nobleza, fue seguida de la aprobación de una medida que otorgaba únicamente a la Asamblea Nacional el poder de legislar en materia fiscal. Luis XVI se apresuró a privar a la Asamblea de su sala de reuniones como represalia. Ésta respondió realizando el 20 de junio el denominado Juramento del Juego de la Pelota, por el que se comprometía a no disolverse hasta que se hubiera redactado una constitución para Francia.

La Asamblea Nacional, considerándose llamada a fijar la Constitución del reino, a operar la regeneración y mantener los verdaderos principios de la monarquía [declara que] nada puede impedir que continúe sus deliberaciones en cualquier lugar que sea forzada a establecerse y que, asimismo, donde quiera que sus miembros estén reunidos allí está la Asamblea Nacional

Establece que todos los miembros de esta Asamblea prestarán, de inmediato, juramento solemne de nunca separarse y de reunirse donde quiera que las circunstancias lo exijan, hasta tanto no se elabore la Constitución del reino y no se consolide sobre fundamentos sólidos; y que, una vez prestado dicho juramento, todos los miembros, y cada uno en particular, mediante su firma, confirman esta inquebrantable resolución.

En ese momento, las profundas disensiones existentes en los dos estamentos superiores provocaron una ruptura en sus filas, y numerosos representantes del bajo clero y algunos nobles liberales abandonaron sus respectivos estamentos para integrarse en la Asamblea Nacional, tras estas circunstancias el rey se dirigió en persona a la "pretendida Asamblea Nacional" cuyos actos declaró nulos y sostuvo que los tres órdenes debían sesionar por separado. La Asamblea no acató

¹⁴⁷ VILA, Iván. "El abate Sieyes, un eclesiástico que se había hecho elegir diputado del Tercer Estado a pesar de su condición religiosa y que había escrito meses atrás un pequeño folleto titulado ¿Qué es el tercer Estado? Que tenía un virulento ataque a la nobleza y al clero como estamentos privilegiados y una exaltación del Estado llano" Tomado de Fundamentos del derecho constitucional, Legis Editores, Santa fe de Bogotá, 2007. p. 97.

la indicación, significando que la monarquía había sido vencida por la Asamblea, pues el poder legal quedaba virtualmente limitado por el de ésta.

Los revolucionarios fundaron en Versalles una sociedad política a la moda inglesa, popularmente conocido como el Club de los Jacobinos, porque se reunía en el antiguo y deshabitado convento de ese nombre, ante tal circunstancia el rey se vio obligado a ceder ante la continua oposición a los decretos reales y la predisposición al amotinamiento del propio Ejército real. El 27 de junio ordenó a la nobleza y al clero que se unieran a la autoproclamada Asamblea Nacional Constituyente. Luis XVI cedió a las presiones de la reina María Antonieta y del conde de Artois (futuro rey de Francia con el nombre de Carlos X) y dio instrucciones para que varios regimientos extranjeros leales se concentraran en París y Versalles. El pueblo de París respondió con la insurrección ante estos actos de provocación; los disturbios comenzaron el 12 de julio, y las multitudes asaltaron y tomaron La Bastilla que era una prisión real que simbolizaba el despotismo de los Borbones, el 14 de julio.

La burguesía parisina, temerosa de que la muchedumbre de la ciudad aprovechara el derrumbamiento del antiguo sistema de gobierno y recurriera a la acción directa, se apresuró a establecer un gobierno provisional local y organizó una milicia popular, denominada oficialmente Guardia Nacional. El estandarte de los Borbones fue sustituido por la escarapela tricolor (azul, blanca y roja), símbolo de los revolucionarios que pasó a ser la bandera nacional. No tardaron en constituirse en toda Francia gobiernos provisionales locales y unidades de la milicia. El mando de la Guardia Nacional se le entregó al marqués de La Fayette, héroe de la guerra de la Independencia estadounidense. Luis XVI, incapaz de contener la corriente revolucionaria, ordenó a las tropas leales retirarse y legalizó oficialmente las medidas adoptadas por la Asamblea y los diversos gobiernos provisionales de las provincias.

En Francia la Asamblea Nacional Constituyente comenzó su actividad movida por los desórdenes y disturbios que estaban produciéndose en las provincias. El clero y la nobleza renunciaron a sus privilegios en la sesión celebrada durante la noche del 4 de agosto de 1789 y de ésta manera la Asamblea aprobó una legislación por la que quedaba abolido el régimen feudal y señorial y se suprimía el diezmo, aunque se otorgaban compensaciones en ciertos casos, en otras leyes se prohibía la venta de cargos públicos y la exención tributaria de los estamentos privilegiados. Posteriormente la Asamblea Nacional Constituyente se dispuso a comenzar su principal tarea, la redacción de una Constitución. En el preámbulo, denominado Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1791, constitución que será derogada el 21 de septiembre de 1792 en la época en que es abolida la monarquía y declarada la República), los delegados formularon los ideales de la Revolución, sintetizados más tarde en cuatro principios, "*Liberté, Égalité, Fraternité*" ("Libertad, Igualdad, Fraternidad y Solidaridad").

El ambiente en la asamblea constituyente estaba impregnado por las ideas de Rousseau y Montesquieu sus planteamientos fueron engranados en un modelo constitucional sin parangón en Inglaterra y Estados Unidos. El modelo de separación de poderes que dominaba la mente de los constituyentes era aquella separación de poderes absoluta o extrema, la cual, puede explicarse en "la

manera en que los pensadores franceses sobrepusieron el pensamiento de Jean Jacques Rousseau al de Montesquieu, modificado y dando nuevo ímpetu y sentido a la teoría de la separación de poderes¹⁴⁸, así el aforisma con el que Rousseau describía la soberanía popular (voluntad – legislación / fuerza – ejecutar) fue vertido en las funciones estatales ejecutivo, legislativo y judicial descrita por Montesquieu.

La adaptación y compatibilización de estas dos fórmulas trajo como resultado una aparente claridad en cuanto a la preeminencia del poder legislativo sobre el poder ejecutivo y judicial que sería la formula de separación de poderes en la que el legislativo subordinaría todo en el Estado.

No obstante, existieron otras posiciones menos radicales sin que éstas abandonaran el ideario liberal y la hegemonía del poder legislativo, Mably aceptaba el sistema mixto en la medida en que consideraba que la igualdad era un estado inalcanzable y la democracia una apuesta demasiado riesgosa. Mably extrapolaba del estado mixto Inglés y Americano la idea de equilibrio pero desechaba cualquier interferencia monárquica en la función legislativa que aunque debía tener bases populares debían encausarse a través de la representación aceptando en la figura del monarca funciones estrictamente ejecutivas y subordinadas al legislativo sin ningún tipo de frenos o contra pesos, podríamos decir que es una posición semi – conservadora previendo la imposibilidad de materializar el sistema radical.

Una ala de derecha representada por Lally – Tollendal presentó a la asamblea una propuesta ligada al sistema equilibrado de poder con base en contrapesos planteado por Blackstone en Inglaterra y Jhon Adams en Norte América, en esta propuesta el rey tendría la facultad de nombrar al senado para periodos vitalicios con un poder de veto sobre la legislatura para su defensa del legislativo, tendría además el poder de prórroga y disolución del senado, éste último tendría un sistema de *impeachment* en contra del poder ejecutivo.

Como se había comentado la fórmula dominante en la Asamblea Constituyente es aquella que articula a Rousseau y Montesquieu enfatizando el principio de soberanía popular pero de manera articulada con la figura del monarca, el principal representante de esta tesis ante la plenaria es Sieyès quien aboga por la hegemonía de la soberanía popular pero refinada a través de la representación política fundada en la teoría del poder constituyente ya desarrollada en Norte América. Reconoce la pervivencia del monarca con una función exclusivamente ejecutiva y con un veto apenas suspensivo. Esta posición era coherente con sus planteamientos acuñados en su obra *¿Que es el tercer Estado?*. En cuanto a la función judicial la tendencia teórica apuntaba claramente a reconocer su autonomía mediante la elección popular de las magistraturas sin ninguna interferencia en la función legislativa o ejecutiva, de hecho en la constitución de 1791 se estipuló expresamente la prohibición de revisión judicial refiriéndose al judicial review norteamericano.

¹⁴⁸ VILE, M.J.C. O.P. Cit. p. 198.

El primer borrador de la Constitución recibió la aprobación del monarca francés el 14 de julio de 1790. Este documento suprimía la división provincial de Francia y establecía un sistema administrativo cuyas unidades eran los departamentos, que dispondrían de organismos locales elegibles. Se ilegalizaron los títulos hereditarios, se crearon los juicios con jurado en las causas penales y se propuso una modificación fundamental de la legislación francesa. Con respecto a la institución que establecía requisitos de propiedad para acceder al voto, la Constitución disponía que el electorado quedara limitado a las clases alta y media. El nuevo estatuto confería el poder legislativo a la Asamblea Nacional, compuesta por 745 miembros elegidos por un sistema de votación indirecto. Aunque el rey seguía ejerciendo el poder ejecutivo, se le impusieron estrictas limitaciones. Su poder de veto tenía un carácter meramente suspensivo, y era la Asamblea quien tenía el control efectivo de la dirección de la política exterior. El poder judicial sería desempeñado por jueces elegidos por el pueblo e independientes. Se impusieron importantes restricciones al poder de la Iglesia católica mediante una serie de artículos denominados Constitución civil del Clero, el más importante de los cuales suponía la confiscación de los bienes eclesiásticos.

La Constitución de 1791

La constitución de 1791 es la primera constitución escrita en Francia, y establece la monarquía constitucional, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente y faculta a la Asamblea Legislativa para la promulgación de las leyes y la dota de cualidades superiores en relación a las otras ramas del poder público. El ejecutivo recaía en manos del Monarca y se disponía de un poder judicial en manos de tribunales independientes.

Finalmente, el 3 de setiembre de 1791, los constituyentes declararon terminada su misión, “se instituyó [entonces] la monarquía constitucional y el rey paso a ser considerado como un delegado de la nación, sujeto a la soberanía de la ley. Bajo el influjo de Montesquieu se acogió la separación de poderes, correspondiéndole al rey el poder ejecutivo, sin iniciativa legislativa pero con derecho a veto suspensivo. El predominio político se reservó al poder legislativo a través de un órgano unicameral, la Asamblea Legislativa, la que no podía ser disuelta por el rey y a la que se le doto de amplias facultades¹⁴⁹”.

La Constitución de 1791 comenzaba con la abolición total de todos los privilegios, órdenes de nobleza, privilegios feudales y otras ventajas sociales. A continuación proclamaba la soberanía indivisible e inalienable del pueblo, para añadir apresuradamente que la nación sólo podía ejercer sus poderes delegándolos en sus representantes, que eran la Asamblea Nacional, el Rey y una judicatura electa (...) de este modo quedaban estrictamente divididas las ramas legislativas y ejecutiva, aunque a los ministros se les permitía intervenir en la Asamblea y asistir a sus debates. La constitución eleva el poder judicial al mismo nivel que el cuerpo legislativo y ejecutivo¹⁵⁰, aunque negaba a éste cualquier posibilidad de control sobre la legislación en contraste con lo que ocurriera en el desarrollo Norteamericano.

¹⁴⁹ Ibid, p. 100.

¹⁵⁰ Ibid., p. 211.

La constitución es [entonces], todavía monárquica, pero el rey es concebido como delegado de la nación y sujeto a la soberanía de la ley; por consiguiente queda convertido en órgano del Estado, se establece una separación rigurosa de poderes pero con manifiesto predominio del legislativo. Así el rey ni convoca, ni suspende, ni disuelve la Asamblea; tiene veto, pero sólo suspensivo; carece de iniciativa si bien puede invitar al cuerpo legislativo a tomar un objeto en consideración¹⁵¹”

Este primer proceso constitucional francés devela tras de sí, la dificultad que encuentran los asambleístas por separarse del antiguo ordenamiento, pues como bien lo recuerda José Acosta, en el seno de la Asamblea la tradición política contaba con un vacío frente al papel y estructura que debía tener la nueva Constitución, razón por la que se pensó en formas híbridas y contractualistas en las que, más que una ruptura, se diera lugar a un pacto entre el Pueblo y la Monarquía. Frente a este planteamiento, pensadores como Sieyes mostraban su férrea oposición, y abogaban por una comprensión adecuada del texto que sería redactado escindiendo a la Constitución de los visos de negociación y contractualismo que el lastre de la historia política francesa cargaba.

Queda claro entonces que la dificultad de establecer una Constitución como ley fundamental que rompiera con la tradición monárquica es evidente y representa una tarea incompleta en 1791. Sin embargo, a este respecto sobresale una característica del constitucionalismo francés, no sólo de esta etapa sino de todo el siglo XVIII y XIX, a saber, la supremacía de la Ley. Ésta representa en el contexto Francés el verdadero objetivo de las clases dominantes, pues en ella se depositaba el poder de las Monarquías absolutas. De este modo y reconociendo que la ley era expresión propia del legislativo el concebir una constitución en clave de ley superior que limitase al poder legislativo como sucedió en Norte América, resultaba un poco disímil para los constituyentes de 1791. Esto explica en parte la estructura que se adopta, en cuyo caso el poder del monarca pervive pero es diezmado por el del Legislativo y encuentra en el imperio de la Ley su soporte.

Es indispensable acotar que el poder legislativo encontraba sus límites de intervención en la Declaración de los Derechos Hombre y del Ciudadano proclamada en 1789, estos derechos se interpretaban en clave negativa en la medida en que constituían teóricamente un coto vedado al que ni el poder del soberano podría acceder. Es más, autores como Dupont de Nemours aseguraban que “la ley de leyes no sería en Francia la Constitución de 1791, sino la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789¹⁵²”, como realización de los objetivos revolucionarios y supremacía del pueblo y del individuo.

La naciente legitimidad popular que separa al rey de la potestad suprema y soberana es invisible en la medida en que no se fija o se representa en ningún individuo en particular puesto que el soberano pasa a convertirse en una figura abstracta y aforme; este vacío es suplido en la teoría por el concepto de nación como depositaria de la soberanía como figura que vinculaba al pueblo y a la facultad de este para elegir sus designios. Siguiendo a Barthelemy había una

¹⁵¹ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de poderes. Editorial, Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2007. p. 466.

¹⁵² Ibid., p. 149.

persona soberana que era el rey. Era necesario encontrar otra persona soberana que se dirigiera contra él. Entonces los hombres de la revolución han encontrado esta persona soberana en una persona moral: la nación. Han quitado la corona al Rey y la han puesto en la cabeza de la nación¹⁵³.

De este ejercicio constitucional deben resaltarse dos elementos particulares, de un lado el principio de separación de poderes es instituido de forma clara en el articulado constitucional, haciendo diferencia con el proceso norteamericano, pues en Francia la teoría de la separación de poderes se elevó al rango de dogma de la ideología liberal alrededor del cual tributaban las libertades individuales de lo cual se desprende su expreso reconocimiento en la Constitución de 1791; un segundo punto a resaltar es el ley como expresión esencial del ejercicio de la soberanía y máxima representación del poder político lo que concentró los esfuerzos revolucionarios en estructurar un orden en el que se asegurara la función legislativa en cabeza de los representantes de la nación, relegando así, a la Constitución a un plano organicista del Estado con escaso efecto vinculante sobre los poderes públicos y en especial sobre el poder legislativo que se erigía como el poder supremo.

Régimen Asambleísta y Constitución 1793

De origen republicano resuelve la contradicción ente monarquía y soberanía nacional, estableciendo la soberanía popular y la república. Pese a no llegar a promulgarse nunca es un texto de gran interés doctrinal.

Pese a la proclama constitucional de 1791 el ambiente en Francia no mejoraba, la exclusión de millones al derecho a votar (cerca del 85% de la población), la difícil situación económica y la resistencia a aceptar el nuevo orden por parte de Luis XVI, que desencadenó su huida, propiciaron el desarrollo de un nuevo escenario constitucional en el que los extremismos salieron a flote, se da inicio al denominado “Régimen del Terror” que desde 1792 declara la exclusión total de la Monarquía e instituye un Gobierno Revolucionario que concentra la totalidad de los poderes en tres etapas, a saber, “en la primera el conjunto del poder pertenece a la totalidad de la convención, que gobierna a través de comisarios, el tribunal criminal extraordinario, de los Comités comunales y de métodos como la *mise hors la loi*; en la segunda etapa los poderes son ejercidos por los Comités de la Convención, especialmente por el comité de salud pública y el comité de seguridad general, y la tercera, en fin, prácticamente por la dictadura personal de Robespierre¹⁵⁴”. El Comité de Salud Pública, haciendo las veces del gobierno, propugnaba por la guerra y juzgaba a los enemigos de la revolución ejecutando a cientos en la guillotina.

¹⁵³ BARTHELEMY, Duez. *Traite de Droit Constitutionnel*, Edición 2004, disponible online en: www.libreriaolejnik.cl/ventana.php?codig=96249, p. 77.

¹⁵⁴ GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Alianza, Madrid, 1984. p.466.

El gobierno asambleísta aparenta obedecer a un criterio de separación de poderes que termina siendo artificial en la medida en que a pesar de existir la distinción entre legislativo y comités administrativos la verdad es que los poderes llegaron a confundirse, de tal manera que en este periodo: “<<El gobierno propiamente dicho, no es más que el consejo del pueblo.>>¹⁵⁵ La soberanía del pueblo debía salvaguardarse dividiendo los instrumentos de gobierno y manteniéndolos estrechamente limitados para evitar la acumulación de poder; al mismo tiempo, los agentes de gobierno activo debían estar subordinados a la Asamblea Nacional”¹⁵⁶

Sin embargo, en este periodo continúa la actividad teórica - política encaminada a ofrecer la mejor Constitución para el naciente Estado Francés lo que dio como resultado la Constitución de 1793.

En este contexto, aparece la Constitución de junio de 1793 que pese a no regir es quizá la más publicitada de las constituciones francesas por su amplio abanico de derechos. “La Constitución de 1793 ha sido muy publicitada en todo el mundo y se la invoca con mucha frecuencia [...] no tiene equilibrio de poderes, predomina la Asamblea, un órgano legislativo con facultades para expedir decretos de gobierno. Dispone que las leyes deber ser sometidas a referéndum, lo que da lugar a una democracia semi-directa¹⁵⁷”

La de 1793, según Nicola Matteucci, es una constitución que se debate no entre proyectos constitucionales opuestos sino entre los girondinos y jacobinos al interior de la Convención, el debate según este autor responde más a determinar la organización de la administración local, donde la diferencia capital radica en que los jacobinos abogaban por la aprobación de las leyes en el seno de las asambleas departamentales.

A pesar de la diseminación de las ideas de Rousseau en todo el pensamiento político existieron proyectos de constitución previos a la del 93 que buscaban romper con el esquema de gobierno asambleísta, un ejemplo de ello es el proyecto Girondino presentado por Condorcet¹⁵⁸ en el cual se planteaba una interacción entre legislativo, consejo ejecutivo y el pueblo. En este modelo se concedía amplios poderes a la asamblea que además de emitir leyes generales tenía la dirección administrativa de varios asuntos, sin embargo, el consejo ejecutivo sería nombrado por el pueblo y su responsabilidad no era determinada por la asamblea sino por un jurado especializado convocado para sancionar dichas responsabilidades políticas lo cual lo dotaba de una significativa autonomía en un sistema político similar al planteado en la Constitución de Pensilvania de 1777. Por su puesto este proyecto constitucional no paso el juicio de los asambleístas franceses que se orientaba a gobiernos sin equilibrio de poderes ante el concepto radical de soberanía popular y la preeminencia del poder legislativo sobre los demás Poderes que esta ideología comporta.

¹⁵⁵ Le Moniteur Universal, N° 194, reimpreso en París, 1841, vol. 20, p. 114.

¹⁵⁶ VILA, CASADO, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional. Legis Editores. Santa fe de Bogotá. 2007. p. 214.

¹⁵⁷ Ibid., p. 104.

¹⁵⁸ Proponía un sistema de gobierno similar al de Pensilvania de 1776 en el que a pesar de que el ejecutivo disfrutaba de importante autonomía este era responsable por acusación del legislativo ante un jurado nacional de naturaleza popular.

Ya sobre el texto constitucional podemos decir que la constitución [revolucionaria de 1793] no habla de “soberanía de la nación”, sino de “soberanía del pueblo”, y desde el punto de vista orgánico, su carácter democrático se manifiesta en las siguientes notas:

- a. El sufragio es universal y directo, y el mandato de los representantes dura solamente un año, principio genuinamente democrático, pues mientras más corto sea el plazo, tanto menor será la separación de voluntad de los representantes y de los representados.
- b. Las leyes quedan sometidas a la sanción popular.
- c. La iniciativa de reforma constitucional pertenece también al pueblo, y es llevada a cabo por una Asamblea especialmente elegida para ello.
- d. El cuerpo legislativo reúne el conjunto de los poderes legislativos y ejecutivos; sus actos, en el primer aspecto, son leyes y en el segundo lugar son decretos.

En conclusión, “frente a un legislativo poderoso el Gobierno estaba dividido en dos órganos: un ejecutivo superior muy numeroso y una especie de ministerio carente de unidad en doble dependencia del Consejo ejecutivo y del Cuerpo legislativo”¹⁵⁹. Para mayor claridad veamos la distribución del poder que enmarca la Constitución de 1793 en la siguiente tabla

Tabla 8: Acta Constitucional 1793

Acta Constitucional de 1793 Por la que proclama la República única e indivisible soberana del pueblo	
Poder Legislativo	El poder legislativo es uno, único e indivisible. (Art. 39) La Asamblea no puede constituirse sino concurre, por lo menos, la mitad más uno de los diputados. Los diputados no pueden ser vigilados, acusados ni juzgados en ningún tiempo por las opiniones que emitan en el seno del cuerpo legislativo. (Art. 43) Funciones: El cuerpo legislativo expide las leyes y expide decretos.
	El Consejo es el encargado de la dirección y vigilancia de la administración general. No puede obrar sino ejecutando leyes

¹⁵⁹ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid, 1984. p.468.

Consejo Ejecutivo	y decretos del Cuerpo Legislativo. Art. 65 El Consejo es responsable de que no se cumplan las leyes y decretos y de los abusos que no denuncie.
Las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo	El Consejo ejecutivo reside cerca del Cuerpo Legislativo, tiene entrada en este y un lugar separado en el lugar de las sesiones. Art. 75 Es oído siempre que tenga que informar. Art. 76 El cuerpo legislativo lo llama a su seno siempre que lo estime conveniente. Art. 77
De la Justicia Civil	El código de leyes civiles y penales es único para toda la República. Art. 85 Hay jueces de paz electos por los ciudadanos en las circunscripciones determinadas por la ley. Existe: Justicia Criminal Tribunal de Casación
De los Derechos	La Constitución garantiza a todos los franceses igualdad, libertad, seguridad, propiedad, deuda pública, libre ejercicio de culto, instrucción común, negocios públicos, libertad indefinida de la prensa, derechos de petición, derecho de reunión en sociedades populares, y el goce de todos los derechos del hombre. Art. 122

Más sin embargo, la riqueza de este documento, que tiene a bien llamarse Acta Constitucional y no Constitución, radica en la resolución de las contradicciones presentes en la Constitución de 1791 que ésta resuelve en el paso decidido que se dio de la incómoda Monarquía Constitucional al establecimiento de un Estado Democrático Radical que llegó a un sistema de Gobierno Asambleísta. Así, además de superar la contradicción entre monarquía y soberanía que fue resuelta mediante la eliminación de la figura del rey se dirime el conflicto entre igualdad y sufragio censitario, cuya respuesta se encuentra en el sufragio universal, teniendo como excepción el sufragio femenino. Ahora es quizá la única y emblemática contradicción entre concentración del poder y separación de los poderes la que más desvele a la teoría política, pues se transita de Montesquieu a Rousseau al radicalizar el concepto de la soberanía y establecer un poder Legislativo unificado del que aparecen en completa subordinación el cuerpo ejecutivo y el judicial.

Recuerda, así mismo, Acosta que la ambivalencia entre el pleno ejercicio de la soberanía popular que teóricamente se reconoce y la posibilidad de que realmente los titulares de la soberanía participasen en el ejercicio del poder legislativo se hizo practicable mediante el establecimiento de elecciones anuales, el sometimiento de todas las leyes a la aprobación de Asambleas locales (art. 59) y la aprobación directa de la Constitución mediante referéndum. Así, la Constitución Francesa de 1793 superaba a la Norte Americana en cuanto al acento que en Francia se da al ejercicio de la soberanía y la legitimidad política del sistema originada en ésta, lo cual, es fruto indiscutible de la influencia de Rousseau: la intervención facultativa del pueblo en la aprobación de las leyes¹⁶⁰.

No obstante el carácter ampliamente democrático de la Constitución de 1793 ésta nunca entró en vigencia puesto que para la fecha de su promulgación el régimen del terror liderado por el Comité de Salud Pública había desprestigiado el modelo de gobierno asambleísta en la sociedad Francesa, las ejecuciones sistemáticas sin juicios previos y en claro desconocimiento de los principios altruistas que habían inspirado las ideas revolucionarias hicieron fracasar la entrada en rigor de una Constitución que como la de 1793 formalizaba el gobierno asambleísta que tantas vidas cobro en la Guillotina.

Al respecto recuerda Vile: "los Extremismos de la Constitución de 1793 ya no eran aceptables. Una vez más, se había llegado a una situación en la que personas con puntos de vista diferentes habían experimentado por turnos los terribles efectos del poder sin restricciones, unos a manos de monarcas absolutos y otros a manos de los representantes de alguna de las facciones del cuerpo legislativo"¹⁶¹.

Constitución del año III - 1795

Siguiendo la línea cronológica y como la última de las constituciones puramente revolucionarias aparece la Carta del año III o Constitución Directorial como el documento que refleja la derrota y el desborde revolucionario. Con un enfoque mucho más conservador y desconfiado limita los excesos en los órganos particulares del Estado.

"La soberanía ya no reside en la nación (como en 1791) ni en el pueblo (como en 1793), sino en la universalidad de los ciudadanos franceses (art. 2), y la ley queda definida como la voluntad general expresada por la mayoría de los ciudadanos. En el aspecto orgánico establece la más rígida separación de poderes reconocida en la historia de Francia. Por ejemplo el legislativo se fracciona en dos Cámaras; el Consejo de los Quinientos y el Consejo de los Ancianos. El último aprueba o rechaza en bloque lo que ha votado el primero, y ambos son permanentes y se renuevan por tercios todos los años. No hay jefe del Estado, pues el poder ejecutivo está confiado a un Directorio de cinco miembros elegidos por los Consejos. La separación entre ambos poderes es absoluta."¹⁶²

¹⁶⁰ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 151.

¹⁶¹ Ibid., p. 218.

¹⁶² GARCIA PELAYO, O.P. Cit. p.469.

La solución que esta carta establecía para amoligerar el poder de la asamblea consistía en el bicameralismo del consejo de los Quinientos y de los Ancianos con el cual se buscaba crear un control del poder soberano al interior del órgano legislativo.

No obstante este intento de moderar a la asamblea era inocuo en la medida en que la carta constitucional no dotaba de mecanismos idóneos para ello como la iniciativa legislativa, el poder de veto o posibilidad de disolver las cámaras en cabeza del ejecutivo, es más, no ofrecía ningún mecanismo para resolver las controversias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, lo cual, a la postre hizo de esta carta constitucional un caldo de cultivo que promovió, por sus vacíos, los golpes de Estado, tal como ocurrió con Napoleón Bonaparte en el 18 brumario transitando de las constituciones revolucionarias a las del imperio.

Una propuesta que evidentemente no fue aceptada en el escenario previo de este ejercicio constitucional pero que por su novedad merece ser comentada es la que Emmanuel-Joseph Sieyès propone en la Convención ante el dilema de limitar el poder de la asamblea sin acudir a los pesos y contrapesos inaceptables en la atmósfera política francesa de la época, Sieyès hizo el siguiente planteamiento de distribución de los poderes: “Sieyès abogaba, de hecho, por crear cuatro cuerpos representativos electos. Uno de ellos era el Gobierno, que tenía poder para iniciar la legislación y supervisar al ejecutivo. El segundo era el *tribunat*, cuya función sería criticar la acción del Gobierno y proponer al cuerpo legislativo medidas necesarias que éste hubiera pasado por alto. El tercero era el propio cuerpo legislativo, que no tendría poder para iniciar la legislación y únicamente podría pronunciarse sobre los proyectos que le remitieran el Gobierno y el *tribunat*. Por último, Sieyès proponía un jurado constitucional que se ocupara de las denuncias de inconstitucionalidad realizadas contra las acciones del cuerpo legislativo”¹⁶³. Esta propuesta fue por supuesto descartada como ya se comentó pero nos permite vislumbrar una tendencia del constitucionalismo francés, a saber, la resistencia a dotar al poder judicial de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes, toda vez que la tendencia era claramente la de establecer un poder legislativo ilimitado.

De este modo la Constitución de 1795, en el grueso del constitucionalismo liberal, recae en las problemáticas políticas que acompañaron el Periodo del Protectorado de Oliver Cromwell y el planteamiento del Instrumento de Gobierno Ingles de éste periodo, así mismo, tiene importantes similitudes con la Constitución de Pensilvania de 1776 que abogaban por la implementación de una teoría de la separación de poderes radical en la que la concentración ilimitada del poder se encarnaba esta vez en el poder legislativo evidenciando iguales vicios y despropósitos a cuando el poder era monopolio exclusivo del Rey

Ante el inestable ambiente político revolucionario Francés degradado por los excesos del gobierno asambleísta y sin ninguna salida constitucional a la vista Napoleón Bonaparte entra en escena para romper con el esquema revolucionario y desarrollar un gobierno Cesarista usando las bases de la ideología liberal ya fijadas en la conciencia colectiva.

¹⁶³ VILE, M.J.C. Constitucionalismo y Separación de poderes. Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2007. p. 221.

Constituciones Napoleónicas: Constitución del Imperio

Corría el año de 1797 cuando tuvo lugar el primero de los golpes de Estado dado por Napoleón Bonaparte que ya para 1799 se erige en el poder con lo que será denominado como *democracia cesarista*: “el gobierno de un jefe con gran prestigio que logra, mediante la utilización recurrente del plebiscito, que el pueblo le confíe el poder que originariamente le pertenece y que la Constitución formalmente le atribuye¹⁶⁴”

El periodo Napoleónico dio a la luz tres constituciones en las que es clara la intención de mantener el poder personal de Napoleón, que siguiendo la formula de cesarismo democrático vieron la luz pública a través de tres plebiscitos. Todas ellas están bajo el principio enunciado por Sieyes que versa: “*la confianza viene de abajo; la autoridad de arriba*,”. Esto significa orgánicamente que el sistema se basa, además de los plebiscitos, en el sufragio universal, neutralizado por un sistema indirecto en varios grados y por la intervención definitiva de las magistraturas superiores en la designación de los representantes populares¹⁶⁵”

Así mismo, las tres constituciones napoleónicas se caracterizan por configurar un legislativo débil, dividido y carente de iniciativa legislativa dando paso a la concentración del poder legislativo en cabeza del poder Ejecutivo, es decir de Napoleón.

Constituciones Napoleónicas

La Constitución del año VIII

Aprobada en 1799 acaba con la revolución y establece una forma de gobierno que se debió llamar Consulado. Liderada por Napoleón Bonaparte quien sería el primer cónsul y cuyas atribuciones le asemejaban con un dictador, ya que tanto el poder legislativo como el ejecutivo recaían sobre él.

Proclamada por Napoleón la constitución del año VIII ésta considera de manera implícita algunos principios que parecen haberse implantado en el imaginario del pueblo francés, tal es el caso de la soberanía nacional, el régimen representativo y la república, que no siendo expresamente establecidos en la carta constitucional permanecen. En cambio, si aparece un rechazo irrestricto a los principios revolucionarios, hecho que se evidencia con la ausencia de una declaración de derechos ciudadanos.

En lo que refiere a ingeniería institucional el poder ejecutivo como es predecible aparece fortalecido, es más, el gobierno, como es llamado en el texto constitucional está conformado por tres Cónsules de los cuales sobre sale el Primer Cónsul quien concentra importantes funciones ejecutivas, militares y es

¹⁶⁴ Ibid. p. 106.

¹⁶⁵ GARCIA PELAYO, O.P. Cit, 1984. p.470.

suya la iniciativa legislativa. A este ejecutivo fortalecido se contraponía un legislativo fraccionado compuesto por tres órganos: el Consejo de Estado, el Tribunado y el Cuerpo Legislativo, que fueron despojados de la iniciativa legislativa ya que esta competencia es atribuida al Cónsul.

Tanto la constitución del año VIII como las otras dos del periodo napoleónico siguen una tendencia reverencial y Cesarista que busca la pervivencia de Napoleón como centro del Poder.

Tabla 9: Constitución del Año VIII (1799)

Constitución del Año VIII (1799)	
Gobierno	Se cambia el término de poder ejecutivo por el de gobierno, esta tribuido a tres Cónsules cuyo mandato dura 10 años y son indefinidamente reelegibles. Pero el primer cónsul tiene facultad de decisión en asuntos de primer orden (nombra y revoca consejeros, ejerce el poder reglamentario, cuida de la seguridad general y de la ejecución de las leyes, manda el Ejército y dirige la política exterior) Iniciativa legislativa exclusiva del Primer Cónsul.
Poder Legislativo	Un Legislativo débil y fraccionado, se compone de tres órganos. Consejo de Estado: se componía de miembros nombrados y revocados por el Primer Cónsul. El Tribunado: 100 hombres mayores de 25 años, nombrados por el Senado sobre una lista de notables. Cuerpo Legislativo: 300 miembros nombrados por el mismo procedimiento que el Tribunado, pero no reelegibles inmediatamente.
Se establece el sufragio universal escalonado en las listas llamadas de confianza o notabilidad.	

Constitución del año X 1802 y la Constitución del año XII (1804)

El afianzamiento del poder bonapartista es claro en este entramado constitucional que de nuevo aumenta los poderes del gobierno, en esta ocasión se restringe el ejecutivo a un Cónsul, ahora vitalicio, y suprime de manera tajante la oposición que había sido encarnada en el Tribunado.

La Constitución también llamada del Senado Consulto de 1802, tuvo como objetivo el incremento en los poderes de Napoleón y la supresión de toda oposición.

“La Constitución del Año X se caracteriza por un robustecimiento real y formal de las atribuciones del Primer Cónsul, que queda convertido en vitalicio; por un reforzamiento aparente de las facultades del Senado y por una pérdida de las de los restantes Cuerpos. El Consejo de Estado pierde atribuciones políticas y se convierte en una especie de Consejo privado del Primer Cónsul¹⁶⁶.”

La característica más clara de esta carta constitucional es el poder que adquiere la figura de Napoleón como cónsul y la manera en que el sistema político es instrumentalizado por el gobierno mediante la facultad de disolución de los otros órganos, Tribunado y Cuerpo Legislativo, que se le atribuye al Cónsul.

La carta de 1804, también llamada del Senado-Consulto de 1804, va aún más allá al declarar en su artículo 1, que el Gobierno de la República se confiaba a un Emperador, naturalmente en la figura de Napoleón Bonaparte.

“Bajo todo este sistema no había más que una realidad política; el poder omnipotente de Napoleón; cuando le falta alguna competencia, la toma, y de este modo decide frecuentemente por simple decreto lo que no podía ser establecido sino mediante una ley. Todo lo demás: Senado, Cuerpo Legislativo, Tribunado e incluso dinastía, carecía de existencia real¹⁶⁷”

Luego de la promulgación de las cartas constitucionales mencionadas se da la caída del imperio napoleónico por la violación que justamente el emperador hizo del pacto constitucional. Inicia entonces el periodo llamado La Restauración en manos de Luis XVIII quien promulga la carta de 1814 que significó un grave retroceso en la historia constitucional francesa, puesto que en ella se acentuaba el principio monárquico constitucional que negaba la separación de poderes, los derechos fundamentales y la soberanía popular.

Este periodo es interpretado como una reacción ante las ideas liberales radicales que habían degenerado en gobiernos asambleístas despóticos y en dictaduras indeseables que terminaron por socavar la soberanía misma.

Así, se abandona el periodo Napoleónico y se da paso a una nueva Constitución en 1814 que incorporaba los planteamientos de la Monarquía Constitucional Inglesa tan en boga para el siglo XIX.

Constitución de 1814 – La Restauración.

No se trata entonces de una constitución a cabalidad, es mas bien una carta otorgada, en cuyo lugar aparece el Rey como depositario de la soberanía por Derecho divino. No se establece una separación rígida de poderes y se mantiene la división bicameral del legislativo mediante

¹⁶⁶ GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Ed. Alianza, 1984. p.472

¹⁶⁷ Ibid., p. 473.

la Cámara de los Diputados y la de los Pares. De modo evidente el ejecutivo residirá en el rey quien tendrá poder para disolver la Cámara de Diputados.

Caído el Imperio Bonapartista se da inicio a un proceso de Restauración de las instituciones monárquicas que es encabezado por Luis XVIII y se puede interpretar como un periodo de reacción en contra de las ideas revolucionarias que habían ocasionado el caos político en Francia, empezando por el régimen del Terror liderado por Rogespierre culminando en el Régimen Napoleónico que había llevado al pueblo Francés a experimentar la arbitrariedad del despotismo enmascarado en los ropajes de la soberanía nacional o popular.

Este periodo se caracteriza por una fractura de la sociedad Gala que se había parcelado o a favor de las instituciones del Antiguo Régimen Monárquico o a favor de las Ideas Revolucionarias; bajo este escenario la llegada de Luis XVIII al trono, como consecuencia de la derrota militar de Napoleón Bonaparte, se ofrecía como una especie de pacto para la paz en donde sobre las bases de la Monarquía Constitucional se vislumbraba un Gobierno en el que la Aristocracia y los Representantes del Pueblo compartiesen el ejercicio del poder político.

Para Laferriere la “Restauración, que significaba el restablecimiento de la realeza, no podía significar el retorno al antiguo régimen. No se podía suprimir en 1814 los veinticinco años anteriores (...) dos sociedades se enfrentaban: la de los que se habían beneficiado del Antiguo Régimen, y ahora volvían al poder, y la de los que se habían beneficiado de la Revolución y ahora lo perdían¹⁶⁸”

Formalmente la entronización de la teoría del Estado Mixto y la Constitución Equilibrada como bases ideológicas del proceso de Restauración Francesa devienen en la *Charte* o Carta mediante la cual Luis XVIII declara fundada la Monarquía Constitucional y establece una asamblea bicameral con la que muy exigüamente se comparte la función legislativa que era dominada por el Monarca mediante la atribución exclusiva de la iniciativa legislativa.

“En 1814, la *Charte* de Luis XVIII marcó el comienzo de un periodo de estado mixto; esto, que comenzó como un intento de recrear con un talante más liberal la Constitución francesa histórica, acabó por ahondar el terreno para la aparición de un debate sobre la naturaleza y mecanismos de gobierno parlamentario de una altura intelectual muy superior a la del pensamiento político inglés de la época (...) como comentó Chateaubriand la carta venía a ser un tratado de paz entre las dos facciones que dividían a Francia: el *ancien regime* y la Revolución.

La distribución de los poderes en esta carta constitucional está orientada hacia el poder ejecutivo, el rey no aparece como un poder sino más como la fuente de todos ellos.

El parlamento estaba conformado por dos cámaras, la de los pares, nombrados directamente por el rey y la de carácter hereditario, y la de los diputados, elegidos

¹⁶⁸ LAFERRIERE, Julien. Manuel de Droit Constitutionnel. Ed. Paris, 1947. Disponible online en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2835/10.pdf, p. 153-154

por un reducido sector de la población, debido a que el derecho al voto estaba limitado a los ciudadanos ricos... las cámaras eran convocadas por el rey cuando éste a bien lo tenía, quien podía disolverlas a su arbitrio. La iniciativa legislativa estaba reservada en su totalidad al monarca, lo mismo que la facultad del veto absoluto contra todo texto aprobado. A pesar de las limitaciones se fue desarrollando bajo Luis XVIII un incipiente parlamentarismo que su sucesor Carlos X frenó.¹⁶⁹

Se trata de una constitución contrarrevolucionaria, es decir, destinada a negar y combatir al a Revolución en su aspecto político; tiene una cierta nostalgia por las antiguas formas, pero no pretende seriamente la restauración *in toto* del antiguo régimen, sino que por el contrario, se hace cargo de la situación y usa para operar ante ellas las técnicas jurídico-políticas del tiempo y lugar. Fue una constitución de aristócratas y de gran burguesía, y de aquí su liberalismo y su repulsa a la democracia, contraposición que explicó uno de los grandes teóricos de este periodo: B. Constant con Carlos X hay un intento de restaurar de verdad el antiguo régimen, de anular políticamente a la burguesía y de destruir el liberalismo. La Consecuencia fue la Revolución de 1830¹⁷⁰.

Los pensadores más representativos de éste periodo son Royer – Collard, Guizot y Benjamin Constant, de los cuales es importante resaltar sus esfuerzos teóricos por convertir la aparición del Estado Mixto en Francia en lo más parecido al Sistema Parlamentario Inglés, especialmente Benjamin Constant elaboró importantes argumentaciones para que la restauración no fuese una simple evocación del antiguo régimen monárquico, propendía en cambio por que el ejercicio del poder legislativo se basara en unas relaciones de coordinación entre el Parlamento y el Rey sin que ésta función se convirtiese en el botón para la dominación de un poder sobre el otro, una idea muy importante que anticipaba los principios que fundan el sistema parlamentario de gobierno.

Los poderes que el Monarca concentró en este periodo constitucional significaron un verdadero desequilibrio que incluso desconocía lo verdadera naturaleza del Estado Mixto o Gobierno Equilibrado, elaboraciones teóricas como las de Benjamin Constant desnudaron esta realidad que a la postre fracturó nuevamente el sistema político y dio paso un nuevo orden constitucional en 1830, mucho más cercano y fiel a los principios del gobierno parlamentario.

Constitución de 1830

Aunque tiene gran coincidencia con su antecesora, la carta de 1830 reconoce iniciativa legislativa a la Cámara e introduce la responsabilidad de los ministros, el derecho de interpelación y el control de las Cámaras sobre el Gobierno.

El descontento generalizado dio paso a una nueva Constitución, una carta reformada que logro eliminar la contradicción que se gesto entre monarquía tradicional y las restantes estructuras contenidas en las cartas, claro está

¹⁶⁹ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 108.

¹⁷⁰ GARCIA PELAYO, O.P. Cit p.478.

con un ánimo liberal evidente. Esta doctrina se vislumbra en la ausencia de evocaciones a la gracia de Dios o la exaltación de derechos históricos. Se trata entonces de un nuevo entorno social en el que la Constitución aparece como aceptada por el monarca más no otorgada por este, se da el cambio entre el Rey de Francia hacia el Rey de los franceses, máxima que quiere llamar la atención sobre la rescatada soberanía nacional del pueblo francés.

“La constitución que ahora se implanta mantiene todas las partes del anterior edificio constitucional, pero no deja a ninguna exactamente como estaba. Los derechos individuales son ampliados, al tiempo que se establece un programa legislativo destinado a extender el jurado a los delitos políticos y de imprenta, a fijar la responsabilidad de los ministros y de otros agentes, a la organización democrática de la Guardia Nacional, etc. Se limita la potestad reglamentaria del rey, que debe ahora compartir la iniciativa legislativa con las Cámaras, y se amplían las posibilidades jurídicas para la exigencia de la responsabilidad ministerial¹⁷¹”.

Lo que aparece entonces es el Gobierno Parlamentario cuyas características son claras y evidencian la preeminencia del poder legislativo tanto en el imaginario francés como en la realidad político-jurídica. En adelante el rey nombrará sus ministros de entre los parlamentarios, así como el Gobierno hace uso frecuente del derecho de disolución parlamentaria.

La Constitución de 1830 constituía un avance hacia la reconquista del poder legislativo en cabeza de la Asamblea Parlamentaria y la disminución de los poderes en cabeza del Rey que había significado la Carta de 1814 y el proceso de restauración, lo cierto es que la crisis social y económica generalizada en toda Europa y la proliferación de ideas socialistas reivindicatorias de los amplios sectores sociales marginados, encabezadas por las ideas Marxistas formuladas en el Manifiesto Comunista, generaron la fractura de éste sistema constitucional cercano al Parlamentarismo Inglés que se derrumbó en un ambiente enmarcado por las marchas estudiantiles y los asonadas que reclamaban la instauración de la república y el derrocamiento del Gobierno Aristocrático.

La Segunda República. La Revolución de 1848

Como se ha explicado el movimiento revolucionario de 1848 caracterizado por el descontento de la dominante burguesía y el predominio de difíciles condiciones económicas y sociales, que cada vez más tomaba fuerza alrededor de toda Europa, fueron el telón de fondo que vio nacer a la Segunda República sobre los escombros de la Monarquía Constitucional instaurada en 1830.

Las revueltas llevaron a abdicar a Luis Felipe I de Francia dando paso casi de inmediato a la instalación de un gobierno provisional en el que se redactaría la nueva constitución para Francia, esta vez, de cohorte republicano.

“Las decisiones políticas fundamentales de la nueva Constitución son la República democrática y el reconocimiento de derechos y de deberes anteriores y superiores

¹⁷¹ GARCIA PELAYO, O.P. Cit p.479.

a las leyes positivas; toma como principios la libertad, la igualdad y la fraternidad, y como base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público. Así, pues, junto a la tradición revolucionaria individualista entran en consideración instituciones y valores de carácter social, signo del influjo de las ideas socialistas y católicas que habían intervenido en su redacción¹⁷²”.

En lo que concierne a la ingeniería institucional puede decirse que lo que existió fue una “rígida separación de poderes que da origen a un régimen presidencialista sui generis. El pueblo francés delega el poder legislativo a una Asamblea única, y el poder ejecutivo a un Presidente de la República. Ambos se eligen por sufragio universal y directo, y, por consiguiente, ambos son responsables ante el pueblo. La Asamblea dura tres años y tiene carácter permanente, de manera que no es ni convocada, ni suspendida, ni disuelta por el Presidente, y cualquier intento de éste en tales aspectos son considerados como alta traición. Tanto el jefe del Estado como los diputados gozan de iniciativa legislativa¹⁷³”.

Tal y como recuerda Vile, en todas las situaciones revolucionarias de este tipo que se habían dado desde mediado del siglo XVII, cada vez que la Constitución mixta caía en desgracia, surgía la separación de poderes como teoría dominante para llenar el vacío dejado por la teoría rechazada; en 1848 se repitió este mismo esquema, con la diferencia de que en esta ocasión se hizo un intento de combinar el sistema de responsabilidad ministerial con una Constitución que, por lo demás, estaba fundamentada en la más pura doctrina de la separación de poderes¹⁷⁴.

Así las cosas, nuevamente se erigía la teoría de la separación de poderes como fundamento del diseño constitucional Francés, sin duda, las ideas que habían fundamentado el concepto de soberanía popular como las de Rousseau ahora tomaban nuevas connotaciones frente a las crisis económica generalizada en donde se evidenciaba que un gobierno Monárquico no reivindicaría los derechos de las clases mayoritariamente marginadas en la sociedad, este sentido, podría decirse que la idea de la soberanía del pueblo ahora encontraba una justificación práctica en la lucha de clases.

La Constitución de 1848 se vería nuevamente transformada una vez fue electo en la Presidencia de la República el sobrino de Napoleón Bonaparte, Carlos Luis Napoleón Bonaparte, quien mediante maniobras astutas logra dar un golpe de Estado y convocar a un plebiscito en el que funge como defensor del restablecimiento del sufragio universal lo que le garantiza amplias mayorías para hacer un tránsito constitucional hacia el Imperio, lo cual, se da mediante una reforma a la constitución republicana de 1848 que da origen a la Constitución del Imperio de 1852.

Constitucionalismo del II Imperio (1852)

¹⁷² GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Ed. Alianza, 1984. p.481.

¹⁷³ Ibid., p. 481.

¹⁷⁴ VILE, M.J.C. O.P Cit. p. 232.

El llamado segundo imperio es un periodo en la historia francesa que contiene dentro de sí, dos grandes momentos, en primer lugar una etapa autoritaria seguida de un periodo liberal.

La cuota de innovación de esta etapa constitucional está dada por un cesarismo reeditado que mezcla rasgos democráticos y legitimistas. Así lo que se encuentra es un presidente con amplios poderes. García Pelayo recuerda que en cuanto el presidente elegido directamente por el pueblo está dotado de fortísimos poderes, y en cuanto que el pueblo participa junto con el Presidente y el Senado en el poder constituyente.

Esta constitución, que todavía se llamaba republicana, fue transformada en virtud del Senado-consulta de 7 de noviembre de 1852, que proclama a Luis Napoleón Bonaparte Emperador de los franceses bajo el nombre de Napoleón III, en una curiosa mezcla de cesarismo y legitimismo.

En el segundo imperio francés **Napoleón III de Francia**, sobrino de Napoleón I, dio un golpe de Estado e instauró un nuevo Imperio. El nuevo Régimen intentó compaginar un gobierno autoritario y personalista con el mantenimiento de los principios liberales burgueses. Napoleón III ejerce el poder ejecutivo auxiliado por sus ministros. El poder legislativo se reparte en tres cámaras: un Consejo de Estado, designado por el emperador y encargado de elaborar los proyectos de ley; un Senado, guardián de la Constitución imperial y compuesto por senadores vitalicios también nombrados por Napoleón; y un Congreso, elegido por sufragio universal masculino pero sin iniciativa legal. Bajo una apariencia de participación popular, se mantenía un régimen conservador al gusto de la alta burguesía. La estabilidad política fue acompañada de una económica que propició el desenvolvimiento de todos los sectores productivos y el incremento de los apoyos sociales al régimen.

El fracaso de Napoleón III en Sedan precipitó el fin de un imperio con graves problemas internos. Con el emperador prisionero de Bismarck, en septiembre de 1870, se formó en París un Gobierno de Defensa Nacional, o gobierno de emergencia. Se proclama entonces, La Tercera República, tras la derrota de la caída del Segundo Imperio en 1871 y supuso el triunfo definitivo del republicanismo en Francia, que se reafirmó en la Constitución de 1875

La Tercera República

Con la instauración de la Tercera República se inicio una nueva era en la teoría constitucional francesa. El concepto de equilibrio entre el cuerpo ejecutivo y el legislativo, o entre el Parlamento y el Gobierno, se convirtió en la nota dominante del debate constitucional. (...) incluso quienes esperaban en su fuero interno que no se produjera un verdadero equilibrio de poderes se vieron obligados a defender sus propuestas mediante la terminología de esta teoría. Esta adopción de la antigua idea de la Constitución equilibrada en forma de gobierno parlamentario, si bien reflejaba una cierta influencia inglesa, era en realidad el fruto de la experiencia adquirida tras largos años de experimentos extremistas en Francia¹⁷⁵.

¹⁷⁵ VILE, M.J.C. O.P. Cit. p. 268.

A la altura de 1875, no sólo estaban solidificados los cimientos de la sociedad y del Estado en Francia, sino que incluso, se daba como rasgo específico una sobre-estatzación de la sociedad, tras cristalizar una poderosa burocracia. Además, el desarrollo industrial conseguido durante la segunda dictadura bonapartista había consolidado a la burguesía como clase dominante, que se ajusto bien, por ello, al régimen parlamentario, siéndole cada vez menos necesaria una constitución formal¹⁷⁶.

Vile recuerda que la Constitución de 1875 no fue diseñada como un gran edificio constitucional, más sin embargo la idea de equilibrio entre ejecutivo y legislativo, cuya implicación era compartir el poder del Estado sí fue la línea principal que vertebró todos los debates y avances constitucionales.

La Constitución de 1875, que inicia prácticamente la gran etapa republicana de la Nación Francesa, le atribuía al presidente el rol de un Jefe de Estado Constitucional que no es a la vez Jefe de Gobierno; en este sentido el Presidente tiene forma de espectador y consejero, es un hombre que dirige el debate, que no vacila en hacer conocer su punto de vista sobre cada tema o problema en controversia e influye de esta forma, decisivamente, en la atmósfera y cuerpo de los debates. El Presidente de la República, investido de atribuciones jurídicas y políticas importantes, aparece como el árbitro coordinador del funcionamiento armonioso y regular de los poderes públicos.

Es la Constitución de 1875 una carta de corte republicano que de manera paradójica elabora un grupo monárquico que evita las consideraciones en extremo republicanas, junto con una minoría republicana que aboga por la resistencia a las formas monárquicas precedentes. Esta conjunción de factores permitió la consolidación de un entramado constitucional modesto, cuya duración quizá por esas mismas características no ha sufrido modificaciones estructurales y ha posibilitado un ordenamiento duradero en comparación con la oleada de constituciones anteriores.

Analizadas las etapas más representativas del proceso constitucional francés procederé a describir la teoría política que configuró un modelo liberal lego-centrista en la Francia del Siglo XVIII, el cual, al ser un modelo político auténtico frente a otras latitudes y por su gran fuerza ideológica influyó decididamente en la concepción de los Estado de Derecho y sobre todo en el papel subordinado de la judicatura frente al poder legislativo.

1.3.2. Distribución del Poder Imperante en el Estado Legalista Francés: De conformidad a lo explicado la teoría política dominante que se plasmará a continuación es la acuñada en el periodo revolucionario y sus etapas posteriores que dieron origen a las constituciones de 1791, 1792, 1793 y la constitución de 1795, las cuales, son un ejercicio constitucional auténtico frente a lo desarrollado en Inglaterra y Estados Unidos, así mismo, el constitucionalismo del periodo revolucionaria se aparta de los periodos Napoleónicos, Parlamentarios y Semi presidencialistas.

¹⁷⁶ ACOSTA SANCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998. p. 160.

Como se ha evidenciado la construcción del Estado Lego – Centrista de los periodos constitucionales de 1791 a 1795 obedece a la exacerbada connotación dada al ideal de la soberanía popular por los teóricos revolucionarios Franceses; éste ideario es plasmado por Rousseau en los siguientes términos: “La primera consecuencia del pacto es el reconocimiento de la soberanía del pueblo, en el cuerpo político que surge del pacto, el hombre no está sujeto a otro hombre sino a la “*volonte general*” que es el verdadero soberano y que, estando formado por los individuos que componen el cuerpo político, no puede tener intereses contrarios a los de aquellos; cada individuo, al obedecer la voluntad general no hace sino obedecerse a sí mismo”¹⁷⁷

La fuerza del argumento político de Rousseau no solo reiteraba el valor de la libertad individual como motor de la sociedad francesa del siglo XVIII sino que le daba vida en un cuerpo político en el que la asamblea popular era la flor de loto que emergía con el esplendor de la autodeterminación individual y de los pueblos; en tal sentido era única fuente de poder legítimo incapaz de atentar contra la libertad individual que permitía su propia existencia.

La teoría de la separación de poderes como único ideario revolucionario capaz de asegurar las libertades individuales a través de la racionalización sistemática del poder y su consecuente moderación fue engranada en la maquinaria del liberalismo con el principio de representación que hacían posible la praxis del sistema político plasmado por Rousseau.

La concepción de la soberanía popular del liberalismo francés partía de una cosmovisión del hombre cercana a la ideario de Locke y del mismo Rousseau, así pues, el hombre en su estado de naturaleza es virtuoso y apto para la vida en la comunidad política disipando cualquier prevención sobre el alcance del poder legislativo o la voluntad general que al ser la suma de las libertades individuales se erige como el arquetipo estructural de todo el sistema político.

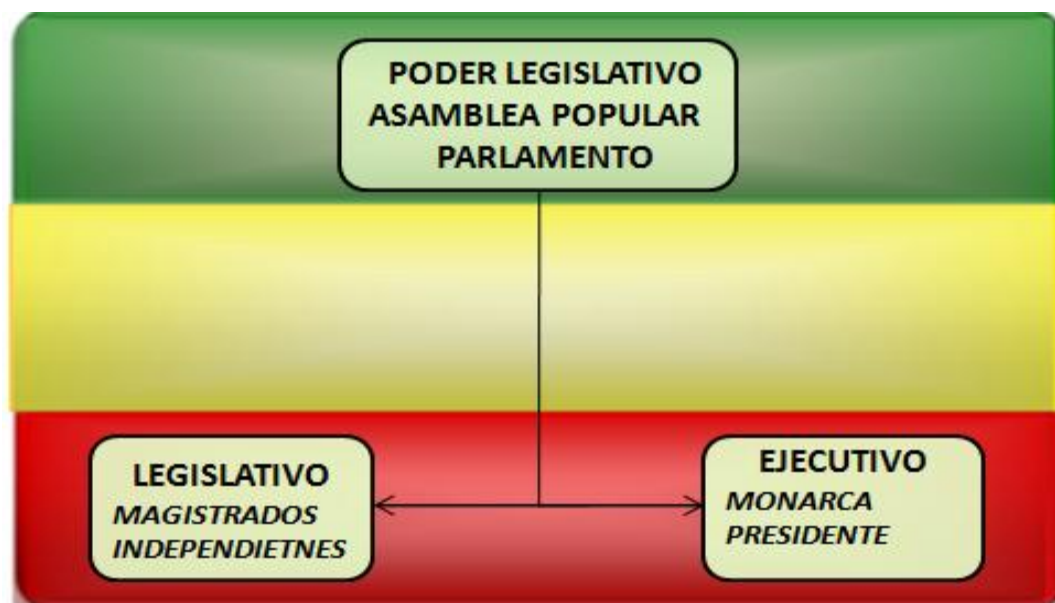
Es así como, el poder legislativo se convierte en el órgano rector del sistema político subordinando a los poderes ejecutivo y judicial al desarrollo estricto de los mandatos soberanos expresados en términos de leyes. Por tal razón, a los jueces no les es dado crear derecho desde su autonomía ni participar en la mecánica política para su producción.

Dentro de esta teoría política las doctrinas de Rousseau se sobreponen a la teoría de la Separación de Poderes de Montesquieu a la cual se le reconoce como única fórmula organicista capaz de limitar el poder y evitar la concentración del mismo tan repudiada en el periodo Monárquico.

Por las anteriores razones históricas, teóricas y sociológicas es la ley y la Asamblea Parlamentaria la piedra de toque en la que se erige el modelo de separación de poderes del Estado Legalista Francés

¹⁷⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social, Ed. Maxtor, Valladolid, 2008.

1.3.3. Modelo de la separación de poderes en el Estado Legalista Francés 1791 a 1795



Franja de Dominio en la Producción Legislativa.

- 1 **Poder Legislativo:** Siempre estará en la franja de producción legislativa puesto que entre 1789 y 1799 existe una transposición del principio de soberanía sobre el de división de poderes, se reconoce el principio de la representación política, existe una concepción atomizada de la teoría de separación de poderes y se afianzan conceptos de la teoría general del derecho como el principio de legalidad. Todo lo anterior le otorga al poder legislativo y en especial a las asambleas populares mayor legitimidad para ejercer esta función, en contraste, con la subordinación y obediencia que le deben las otras ramas del poder público.



Franja de Dominio Parcial en la Producción Legislativa.

En esta franja se ubicarán las funciones de los órganos que participan parcialmente en la producción legislativa, lo anterior implica la superación del concepto atomizado o puro de la separación de poderes y la aceptación de la distribución de la función legislativa en la rama ejecutiva o en la rama jurisdiccional. La articulación de la Rama Ejecutiva y la Rama Legislativa en esta franja implica cierta autonomía en su ejercicio, por ejemplo: la facultad

reglamentaria otorgada al gobierno y el reconocimiento de creación de derecho que esto implica en los sistemas democráticos contemporáneos, o, el control de constitucionalidad negativo y la participación directa en la creación de derecho que esto implica.



Franja de Abstención Total en Producción Legislativa

- 2 **Poder Ejecutivo:** Siempre estará en la franja de abstención legislativa puesto que entre 1789 y 1799 existe una transposición del principio de soberanía popular sobre el de división de poderes, se reconoce el principio de la representación política, existe una concepción atomizada de la teoría de separación de poderes y se afianzan conceptos de la teoría general del derecho como el principio de legalidad. De igual manera, existe una desconfianza generalizada en contra de la Monarquía que redundaba en la desconfianza hacia la función ejecutiva por su carácter singular, el concepto de la voluntad general se contraponía frente a la función ejecutiva para subordinar a esta última.

- 3 **Poder Jurisdiccional:** Siempre estará en la franja de abstención legislativa puesto que entre 1789 y 1799 existe una transposición del principio de soberanía popular sobre el de división de poderes, se reconoce el principio de la representación política, existe una concepción atomizada de la teoría de separación de poderes y se afianzan conceptos de la teoría general del derecho como el principio de legalidad

1.4. DEL RECHTSSTAAT O DEL ESTADO DE DERECHO ALEMÁN DE 1871

Siendo ésta la última vertiente de los modelos de Estado de Derecho a analizar, resulta de las más interesantes en la medida en que como una paradoja de sus características predominantemente Monárquicas resulta con toda fuerza el desarrollo del principio de legalidad, la consolidación del Derecho Administrativo y la justificación del control de los actos de gobierno por jueces independientes.

Es importante aclarar que en el presente título se analizará principalmente el Rechtsstaat o Estado de Derecho del Imperio Alemán de 1871 como expresión propia de la Dogmática Constitucional Germánica de trascendental impacto en los Estados de Derecho Democráticos Contemporáneos, lo anterior teniendo en cuenta que los desarrollos Constitucionales posteriores a este periodo, como en el caso de la República de Weimar de 1918 o en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 las características del Estado corresponden a una aleación de los principios del Derecho Parlamentario o a una gran transformación hacia el Estado Social de Derecho.

Los rasgos propios del Rechtsstaat – Imperio Alemán de 1871 nos permitirán conocer un Estado que se sirve del tono liberal de la Separación de Poderes como instrumento para mantener la unidad del Imperio, sin embargo, de fondo el Kaiser concentra en buena parte el poder legislativo y ejecutivo del Estado.

No obstante lo anterior, germinan los elementos de un Estado de Derecho en medio de un Imperio en la medida en que el Rey – Kaiser decide racionalizar el ejercicio de su poder político mediante el sometimiento de los actos de gobierno a la Ley, lo cual, desata toda una dogmática sobre la supremacía de la ley y el control de los actos administrativos con base en ésta que constituye un elemento crucial del Estado de Derecho y del positivismo jurídico.

La inoculación paulatina de los principios liberales en el ámbito constitucional, como la incorporación de los derechos fundamentales en la Constitución de 1788 fueron dibujando con mayor fuerza límites al ejercicio del poder del Kaiser que a la postre limitó su capacidad legislativa a ciertas materias como se verá en el desarrollo del capítulo.

En este modelo de Estado de Derecho se evidenciará como la adopción de los elementos organicistas propios de la teoría de la separación de poderes, en el sentido de escindir el órgano que expide las leyes y el que las ejecuta, así prime el último de ellos, termina ofreciendo un marco regularizador de la función política en un sistema de Derecho en donde la regla lógica es la primacía de la Ley sobre el acto de ejecución de la Misma.

Lo anterior constituye una limitación jurídica que condiciona los actos de gobierno emanados del poder ejecutivo que a la postre y con el fin de garantizar la supremacía de la ley deben ser susceptibles de un control de legalidad por medio de un poder imparcial que sea ajeno a la mecánica política, correspondiéndole ésta función a los jueces administrativos.

Aunque el poder dominante en el Rechtsstaat Alemán de 1871 es el Ejecutivo, pues éste se guarda la iniciativa legislativa, puede disolver el Parlamento y además dispone de mayorías apostadas en éste; el reconocimiento de los idearios liberales en cuanto a los derechos individuales y la supeditación de su autoridad administrativa a la correspondencia con las leyes que rijan el Imperio termina desencadenando paulatinamente un modelo de separación de poderes en el que el Rey y sus actos de gobierno son sometidos al principio de legalidad los cuales tendrían que ser revisados por los jueces en cuanto a su correspondencia con el derecho legislado para salvaguardar la integridad entre poder y derecho que caracteriza al Rechtsstaat.

Como se verá en el desarrollo presente del tema el sometimiento de la autoridad del rey a un sistema de Derecho en el que éste sigue siendo la figura dominante en el escenario político, solo es posible descartando los conceptos liberales de la soberanía popular o la soberanía nacional que habían servido en otros modelos de estado de derecho para garantizar la hegemonía del Parlamento – Estado Legalista Francés - o el equilibrio entre Parlamento y Ejecutivo – en el caso del Rule of Law Inglés – respectivamente; en cambio se construye una teoría de la legitimidad basada en el concepto de la Soberanía Estatal en donde el poder es limitado por el Derecho como consecuencia de la concesión realizada por el Monarca en el sentido en que las leyes y actos administrativos emitidos con fundamento en autoridad histórica y política deben ser convalidados por el Parlamento como condición de validez, es así como, a través de la concesión el Monarca se expresaba a manera de leyes y actos administrativos desde la autoridad del rey convalidada por el Parlamento.

Ahora bien, como se podrá evidenciar en desarrollo del título el juez en el ideario del Imperio Alemán de 1871 no tiene participación en la producción del Derecho Legislado, participa como guardián de la nueva Soberanía Estatal en la medida en que en la Teoría del Rechtsstaat se prevé que los actos administrativos sean objeto de control de legalidad, lo cual, es una función de gran importancia que reivindica el papel de la judicatura pero no se podría hablar de una participación en la función legislativa en estricto sentido a diferencia de lo acontecido en el Rule of Law o en los Estados Unidos de Norte América.

Este modelo de Estado de Derecho demuestra una vez más que la teoría de la separación de poderes no es un elemento inequívoco que establezca como dogma imprescindible la superioridad del poder legislativo y el confinamiento de los jueces a ejecución de la ley.

Como los otros modelos de Estado en éste se abordaran contextos históricos y políticos fundamentales para comprender la lógica que la separación de poderes adopta, esperando que al final del presente capítulo podamos llegar a una concreción sobre una nueva forja de esta teoría que nace como un producto de los acontecimientos históricos.

Entrando en materia, es preciso resaltar que el término Estado de Derecho ha sido ampliamente estudiado, y quizá también abusado, por los teóricos de la política y el derecho. Tal suceso responde a la naturaleza innovadora del concepto, que desde su aparición ha representado un cambio sustancial en el modo de entender las relaciones dentro del Estado y la manera en que éste

interactúa con la sociedad. A diferencia del Estado absolutista existente hasta el siglo XVIII, y cuya decadencia es el telón de fondo sobre el que se levanta este nuevo modelo, el Estado de Derecho ha propugnado por un sometimiento tanto del Estado, como de sus gobernantes, a los criterios del derecho generando así un sometimiento a la ley, posibilitando el tránsito del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes.

Este concepto por su capital importancia ha sido utilizado de manera deliberada, e incluso confusa, dentro de la teoría del Estado por algunos autores que sobreponen diferentes modelos de diversas geografías en esta categoría. Valga decir que el concepto de Estado de Derecho, estrictamente concebido, corresponde a la teoría alemana de principios del siglo XIX (Rechtsstaat), que pese a compartir algunos criterios con el Rule of Law (imperio de la ley) británico, pertenecen a temporalidades y realidades diferentes, hecho que sitúa en planos separados estos conceptos que apuntan al Imperio de la Ley y el sometimiento del Estado al derecho aunque con prioridades, mecanismos y órganos divergentes. “En este contexto, el término Estado de Derecho es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas (...) y también aquello que trata de designar con este concepto es una creación propia del pensamiento alemán sobre el Estado¹⁷⁸.

La expresión Estado de Derecho es reciente, pero el tema al que se refiere es antiguo y en definitiva constituye el rasgo determinante del derecho occidental. El concepto, que se remonta a las reflexiones de Kant, se fue preparando a fines del siglo XVIII con la teoría del Estado de Derecho, y alcanzó su significación específica --vigente en su mayor parte hasta nuestros días-- en la Alemania del siglo XIX.¹⁷⁹

Las primeras apariciones de éste Estado de Derecho en la teoría, son rastreadas hacia 1813 cuando es utilizado por Carl Th. Welcker y más tarde de nuevo por John Cristoph Freiherr von Arntin en 1824. Estas primeras conceptualizaciones llaman la atención por la naturaleza racional que debe tener el Estado, así como el gobierno de acuerdo a la voluntad racional.

Sin embargo será sólo hasta 1832 cuando Robert Von Mohl utilice la expresión Rechtsstaat (Estado de Derecho) en su libro “Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats” (La ciencia de la policía alemana de acuerdo a los principios del Estado constitucional). “El jurista alemán acuñó la expresión Rechtsstaat, (...) por oposición a Machtstaat o Estado de fuerza, o estado de monarquía absoluta, y a Polizeistaat o Estado de policía. Posteriormente será Otto Bahr quien desarrolle el concepto en su “Der Rechtsstaat : Eine publicistische Skizze” (1864) (El Estado de Derecho: Un boceto publicista”), proponiendo un Estado de Derecho mucho más complejo y elaborado, que tenga por principio fundamental la legalidad y ampare su cumplimiento en un sistema judicial independiente y calificado, superando así las visiones formales del

¹⁷⁸ BOCKENFORDE, Ernest. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Ed. Trotta, Madrid, 2000. p. 18.

¹⁷⁹ URQUILLA, Carlos Humberto. Estado de Derecho. Alcalá, disponible online en: <http://urquilla.com/artsydocs/7-estadodederecho1>.

Estado de Derecho. En adelante autores como Stahl, Gneist, Mayer, Stein, Schmith, Bockenforde (entre otros) se unirán a los teóricos de esta naciente corriente del derecho y la política.

Las primeras apariciones del término Estado de Derecho surgen en respuesta a un nuevo contexto social y político en Alemania, donde la creciente clase burgués precisa de las garantías formales y procedimentales por parte del Estado para la salvaguardia de sus derechos y libertades, razón por la cual se torna imperante controlar al Estado y generar un espacio de certidumbre, frente a la incomodidad cada vez mayor que representaba para los monarcas el ascenso de la clase burguesa.

El concepto de Estado de Derecho supone básicamente que el Estado se somete a la ley que él mismo impone a través de su imperio; ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones, contrariamente a lo que ocurría en la monarquía absoluta, donde el monarca era *legibus solutus*.¹⁸⁰

Este concepto, en oposición al surgido en el contexto del derecho inglés, reconoce como prioridad la defensa y el reconocimiento del derecho racional, es decir, su interés se centra originariamente no en la forma, sino en el contenido, implicando a su vez, una serie de aspectos: en primer lugar, esta noción rompe con la idea de un Estado transpersonal, es decir, el punto de partida de los ordenamientos son los individuos, dejando fuera el ámbito de la ética y la religión; se limitan los objetivos del Estado a la libertad y a la seguridad de la persona y de la propiedad; la organización del Estado y su regulación se debe realizar por medio de principios racionales.¹⁸¹

Queda claro entonces que el primer momento en la consolidación del concepto es de un innegable corte liberal burgués, cuyo punto de inflexión será marzo de 1848, y su declive marcará un momento de consolidación monárquica y descredito liberal en el contexto alemán.

Así pues, el presente acápite ocupará sus páginas en presentar y definir el *Rechtsstaat* o “Estado de Derecho Alemán” como modelo originario de esta teoría de naturaleza tanto política como histórica, capaz de dar origen a una importante corriente en el campo del derecho y sus estudios sobre el Estado.

1.4.1. Marco Histórico: El ocaso del siglo XVIII estuvo marcado por la consolidación de procesos de gran trascendencia para la historia política y social particularmente europea; la herencia de la ilustración, las emergentes ideas liberales y todo el movimiento revolucionario de 1789 son ejemplos de esta tendencia que no tardaría en influenciar los más disímiles procesos políticos alrededor del mundo.

La revolución francesa, Napoleón, sus influencias y posterior caída, son el telón de fondo que abre paso al siglo XIX, marcado por la aparición de innovadoras y

¹⁸⁰ URQUILLA, O.P. Cit

¹⁸¹ LARA GUADARRAMA, Mauricio. Democracia, Estado de Derecho y Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008. p. 5.

reeditadas ideas de organización social, que encontraron en la caída del imperio francés el escenario propicio para el cambio, y en el caso particular de Alemania, el espacio perfecto para retomar algunos procesos abandonados antaño por las circunstancias, y la base sobre la que se erige el concepto original de Estado de Derecho (Rechtsstaat) cuyas características y devenir histórico tendrán un perfil particular, que marcaría la nueva ruta para el entendimiento de la forma y quehacer del Estado.

El Congreso de Viena, celebrado en 1815, es el primero de los hechos que puede identificarse en este contexto, motivado por la disolución del Sacro Imperio Romano Germánico y la necesidad de reconfigurar el mapa europeo reunió a buena parte de los estados absolutistas del continente (Francia, Gran Bretaña, El imperio Austriaco, Rusia y Prusia) teniendo como resultado tres leyes principales: la libre intervención bélica entre los países que sufrían revoluciones, el principio del equilibrio europeo (Sobre el cual se evitaban las tentaciones de que naciones quieran expandir sus dominios a través de sus vecinos) y el principio de legitimidad y absolutismo, (sobre el cual solo se podía gobernar con cargos absolutistas y hereditarios). La conferencia de Viena así pues, se caracteriza por dos tendencias; en el ámbito interno, se encuentra el restablecimiento de las condiciones pre-revolucionarias, en términos de gobiernos absolutistas o monárquicos; y en lo exterior por una búsqueda del equilibrio de poder entre Estados, cuya evidencia está en la participación de Francia en igualdad de condiciones en el marco de este encuentro, pese a la caída del imperio Napoleónico.

Luego de Viena se esperaba una configuración de Estados-nación que diera lugar prominente a la unidad y se apartara de las tendencias fragmentarias y de orden feudal imperantes en la época. Pese a la expectativa y a lo experimentado en otras latitudes, la forma de organización asumida en los territorios alemanes sería la de una Confederación Alemana, conformada de acuerdo a su Ley Fundamental por 37 estados y 4 ciudades libres, difícilmente entendida de forma unitaria o por lo menos coordinada. Suceso que permitió que la historia de la época post-Viena en los territorios alemanes fuera la del mundo de los Estados Particulares. Desde la desaparición del Reich se habían convertido en territorios casi soberanos dominados por las características del Fürstenstaat (principados) burocrático y por restos de la organización feudal-estamental”¹⁸².

La ausencia de una fractura revolucionaria en el propio país condujo a un liberalismo reformista en continuidad estrecha con el absolutismo ilustrado. La burguesía aceptaba al Obrigkeitsstaat (estado autoritario) y el control que aspiraba a realizar sobre el Estado se buscaba por la vías de las antiguas libertades¹⁸³, poniendo de manifiesto así la debilidad política de la burguesía liberal alemana, frente a la sólida implantación de la monarquía y de la estructura burocrática-autoritaria de la nobleza, que obliga a aquella a desistir de todo intento de

¹⁸² ABELLAN, Joaquín. Liberalismo Alemán del Siglo XIX: Robert Mohl, Revista Centro de Estudios N° 33, España, 1983. p. 124.

¹⁸³ Ibid., p. 126.

implantar la cuestión de la soberanía política, optando entonces por subrogar esta función en la adecuación conceptual jurídica de la actuación del Estado¹⁸⁴.

Así, puede entenderse que el proceso de racionalización del Estado Alemán se hizo al margen de la implantación de una democracia o de una república, en cambio, las ideas liberales se inocularon en las tradicionales estructuras monárquicas en calve de Principados que con posterioridad a la Convención de Viena de 1885 permanecieron bajo este ropaje hasta la Primera Guerra Mundial.

Lo anterior comporta un concepto del Estado de Derecho capaz de separar el ámbito de organización jurídica de la organización política del sistema de Gobierno, garantizando así las libertades y derechos de descendencia liberal en un régimen de Confederación de Principados.

Debe precisarse en este contexto que la burguesía alemana era portadora del influjo de la ilustración y el liberalismo proveniente de las ideas del siglo XVIII, razón por la cual, no es de extrañar que las primeras conceptualizaciones a propósito de la necesidad de un nuevo entendimiento del Estado, deban ser leídas desde dos ópticas diferentes; de un lado desde una visión liberal burguesa que privilegia los derechos, libertades y el culto a la razón, y otra legalista caracterizada por mantener la herencia monárquica alemana y en parte el statu quo.

No obstante, la crisis económica que acompañó a toda Europa en el Siglo XIX fue también el detonante de una revolución en las bases sociales de los Principados de la Confederación Germánica que reclamaban la unificación de Alemania usando como fundamento las ideas liberales que en Francia habían dado lugar al Estado Nación. En este contexto se desato la revolución de 1848.

- ***La Revolución de 1848***

Ya desde 1817, empezaba a hacerse notable la influencia de la clase burgués y la creciente clase media ilustrada, cuyas demandas desde las universidades y plazas públicas desataron políticas policivas, como por ejemplo los decretos de Carlsbad, aprobados en 1819 a instancias del ministro de Relaciones Exteriores de Austria, Klemens von Metternich, que estableció un régimen de estado policial de vigilancia y represión, diseñado para mantener un férreo control de cualquier actividad de oposición¹⁸⁵. Sumado a esto y ya en la década de los cuarenta, Europa se ve asediada por brotes revolucionarios como consecuencia de las difíciles condiciones económicas, la inestabilidad política, la opresión a las opiniones contrarias al gobierno y en el caso particular de Alemania la demanda por la unificación nacional por parte de los movimientos liberales nacionalistas.

¹⁸⁴ GARCIA COTARELO, Juan. Los Fundamentos Socio Políticos de la Jurisdicción Constitucional, Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1991. p. 59.

¹⁸⁵ La unificación alemana y el movimiento de la libertad Fermento y la represión en el periodo Vormárz, (1800-1848), disponible online en: http://translate.google.com.co/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.bundestag.de/htdocs_e/artandhistory/history/parliamentarism/1848/index.html

Es así como en 1848 los representantes de los estados individuales Alemanes acuerdan convocar una Asamblea Nacional en Frankfurt, cuyo propósito sería sentar las bases para un Estado nacional. Elegidos los representantes por voto popular, tiene lugar la Asamblea de Frankfurt del Meno el 18 de mayo de 1848, los miembros del primer parlamento alemán se reunieron en la iglesia de San Pablo a deliberar sobre una constitución liberal y la formación de un Estado nacional Alemán.

Los clubes de parlamentarios de la Asamblea Nacional representaban las principales corrientes políticas del momento. Los monárquicos a la derecha defendieron la preservación de los privilegios que gozan los estados individuales y sus monarcas. Varios grupos del liberalismo a la derecha y la centro-izquierda abogaron por una monarquía constitucional federal estructurada con un Parlamento y un emperador hereditario como jefe de Estado. Los clubes de la izquierda democrática, por su parte, buscaron el establecimiento de una república basada en la democracia parlamentaria y la soberanía del pueblo.¹⁸⁶

Entre los logros históricos más importante de la Asamblea Nacional de Frankfurt estaba la ley imperial de los derechos fundamentales del Pueblo Alemán (Reichsgesetz betreffend Grundrechte des deutschen Volkes), que fue aprobada el 21 de diciembre de 1848 y mediante la cual los derechos humanos y civiles se convirtieron en jurídicamente vinculantes en Alemania, por primera vez. Los elementos más importantes del catálogo de derechos fundamentales, fueron la igualdad de todos ante la ley, la abolición de todos los privilegios de clase y personales, la garantía de las libertades políticas, como la libertad de prensa, la libertad de expresión, la libertad de asociación, libertad de practicar una actividad profesional y la libertad de movimiento, y la abolición de la pena de muerte.¹⁸⁷

Sin embargo, todo el esfuerzo liberal de 1848 se ve anulado por la acción de Federico Guillermo IV quien siendo emperador de Alemania, según el mandato Constitucional, se confiere todo el poder invocando a Dios como fuente de Derecho legitimadora de la monarquía concediendo a ésta la potestad del derecho, esta renovación de las fuerzas monárquicas, llevo al traste el esfuerzo liberalizador de la Constitución del 48. Posteriormente se dan otros intentos unificadores como la Unión Aduanera, la Confederación de Alemania del Norte (1867) que instaura el Reichstag en 1867, para finalmente darse la unificación del imperio en 1871 bajo el liderazgo de Prusia quien ya había vencido a Austria en la Guerra de 1866.

- **Unificación Alemana: 1871**

La unificación del imperio alemán es conseguida en 1871, la organización prevé el liderazgo de Prusia, quien no sólo cuenta con una estructura política avanzada sino que adicionalmente supera en extensión y población al resto de unidades del imperio, frente a las otras 25 partes integrantes, a saber, cuatro reinos (Baviera,

¹⁸⁶ Revista Electrónica ARTEHISTORIA, disponible online en: www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2572.htm

¹⁸⁷ Ibid., disponible online en: www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2565.htm.

Württemberg y Sajonia), cinco ducados, siete principados, tres ciudades libres y las provincias de Alsacia y Lorena.

“En el año 1871, al fundarse el imperio alemán bajo la forma constitucional, los juristas coincidieron en reconocer que la Constitución del imperio tenía el carácter de otorgada por el emperador, no de votada por los ciudadanos, lo que importaba era confirmar la idea de que el monarca era el depositario original del poder público”¹⁸⁸.

De este modo, la doctrina Alemana reconoció al rey como soberano, y por consiguiente como titular de una gran esfera de poder público, en tanto depositario original de soberanía. Al no otorgarla constitucionalmente al Parlamento, le correspondía a éste ejercer todo el poder residual del Estado, incluyendo la dictación de leyes formales, y por supuesto, de los reglamentos, decretos e instrucciones que estimara convenientes para la buena marcha del país y la realización del derecho.¹⁸⁹

Aparece en este contexto, Otto von Bismarck que, a pesar de algunas diferencias con el emperador Guillermo I, contó con la plena confianza de éste, fue el canciller del imperio desde su fundación hasta 1890 -salvo un breve período en 1872-, y a él cabe atribuir la dirección general de la política alemana, tanto doméstica como internacional y colonial. Según una reciente y popular interpretación histórica, la de Hans-Ulrich Wehler, el control de Bismarck sobre el sistema político fue tan completo que cabe hablar de "dictadura plebiscitaria de tipo bonapartista", entendiendo por tal un sistema político que tiene ciertas apariencias parlamentarias pero que de hecho es una dictadura que se basa en la manipulación de la opinión mediante concesiones y distracciones imperialistas.

Una mirada general a la historia alemana del siglo XIX sugiere un proceso de fuerte centralización por parte del ejecutivo, así como, una desmedro de las ideas y movimientos liberales, que aunque incluidas de manera formal en la estructura del Estado, permiten percibir fácilmente la fuerte influencia de la tradición política imperialista en la historia alemana, cuya fuerza es superior al cambio en esta primera parte de la configuración del concepto de Estado de Derecho, generando formas políticas que mezclan la inclusión social con el mantenimiento monárquico en el marco de un incipiente constitucionalismo cuya duración alcanzara el siglo XX con la República de Weimar. Esta encontrará en los periodos de guerra mundial un escenario de declive llevando incluso a que en el periodo de la segunda posguerra mundial se deba pensar en un nuevo Rechtsstaat.

Esta trayectoria particular de mantenimiento de estructuras monárquicas absul y el rechazo a la separación de poderes, la resistencia a otorgar un papel fuerte al poder legislativo y una rama judicial prácticamente inexistente son algunos de los rasgos que hacen de este modelo de Estado de Derecho una forma particular.

¹⁸⁸ PANTOJA BAUZA, Rolando. El Derecho Administrativo: Concepto, características, sistematización, prospección. Colección Manuales Jurídicos, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996. p. 38.

¹⁸⁹ Ibid., p. 41.

Así por ejemplo, originalmente el Rechtsstaat, tal y como se implementó en Alemania, no asumía la forma ni implicaba la existencia de una democracia, era perfectamente compatible con el gobierno autoritario Cesarista como el de Otto Von Bismarck. El sistema se conformaba con establecer la libertad e igualdad formal de los individuos a través de leyes explícitas y generales.

Esa concepción del Estado Legal sentó las bases para una nueva realidad la de un Estado Nacional Omnipotente, del cual, todos los elementos de oposición o disensión han sido removidos: “El concepto del Rechtsstaat, ese barómetro del liberalismo del siglo XIX ya no era definido en términos de un estado que permitía que el individuo tuviera derechos aparte del estado. Llegó a ser simplemente el tipo de Estado cuyo poder estaba articulado en formas de actuar legales -es decir, de acuerdo a reglas generales.

Como se ha evidenciado el proceso de consolidación del liberalismo en el Imperio Alemán se desarrolló en un primer momento en el marco de la Confederación Alemana de 1815 en un ambiente de ducados bastante fragmentario y luego en el marco de la unificación del Imperio en 1871 consecuencia de la victoria de Prusia sobre Austria, ahora bien, analicemos las características del Reichsstaat como expresión del Estado de Derecho.

1.4.2. Características del Rechtsstaat en el Imperio Alemán de 1871: Con una trayectoria histórica que privilegia el autoritarismo y la primacía de las estructuras imperiales en desmedro de una visión de Estado Nación, la teoría política alemana, a propósito del Rechtsstaat, ofrece importantes conceptualizaciones y debates sobre las prioridades, principios, organización y quehacer del Estado moderno. Una de las características de este Rechtsstaat es la concepción que del individuo vincula, basándose en los principios de la ilustración que se adaptan al escenario y prioridades que ocupan al Estado Imperialista. De otro lado, se adopta una visión liberal y legalista que da preeminencia a la legalidad y a la administración pública y con ella el amplio desarrollo del Estado Administrativo en Alemania.

A continuación enunciaremos las principales características del Reichsstaat Alemán desarrollado en el Imperio de 1871, en las cuales se evidenciará una visión liberal que propende por la racionalización del poder, un concepto fundamental del principio de legalidad, un concepto de soberanía Estatal y no Nacional y un desarrollo de la Administración Pública como expresión de la aplicación de la ley.

- ***Rechtsstaat o Estado de la Razón***

El principio sobre el que se alza la idea de Estado de Derecho es la necesidad imperante de hacer del Estado un producto de la razón y el entendimiento.

Desde una perspectiva que cuestiona al hombre sobre los fines de su propia existencia, que no puede ser otra que la vida armónica en colectividad, esta perspectiva racionalista busca que los fines del hombre, racionalmente identificados, sean los que guíen la acción del Estado.

El núcleo esencial de los fundamentos filosóficos radicaría en la defensa de la libertad de la persona y el necesario control del poder, vinculándose por tanto a la teoría política escrupulosa en cuanto a los medios, y defensora de la necesidad de prevenir y evitar los abusos (Montesquieu). El desarrollo conceptual de tales principios en el siglo XVIII, Siglo de las Luces, confirma el punto de vista de Bockenforde, que considera el Estado de Derecho como aquel estado en que se realizan los principios de la razón.”¹⁹⁰

“Dentro del marco de la razón y del derecho el hombre no puede encontrar ningún otro fin para su existencia terrenal que la formación más completa y armónica posible de todas sus potencialidades y fuerzas. Siendo éste el fin al que tiende el individuo, debe ser tomado en cuenta en la ordenación de su existencia comunitaria; el Estado de Derecho sólo puede tener este fin: ordenar de tal manera la vida colectiva que cada uno de sus miembros sea apoyado y estimulado en grado máximo en el ejercicio y aprovechamiento de todas sus fuerzas, libre e integralmente.”¹⁹¹

“De aquí que el Rechtsstaat sea un género de Estado cuyos fines coinciden con los fines de la vida humana, en un nivel de desarrollo que consiste precisamente en el desenvolvimiento armónico de todas las capacidades del individuo”¹⁹²

En oposición a las visiones despóticas y de origen divino, el llamado que desde la teoría se plantea propugna por un abandono de la idea trascendental del Estado que sea reemplazada por la visión de la estructura civil, cuyo centro de atención será entonces la protección de los derechos y la garantía de las libertades y propiedades. Este planteamiento es sostenido por Welcker y Von Mohl quienes desde el ala liberal burguesa encuentran como único argumento para la existencia de Estado de Derecho la protección de los derechos individuales y el goce efectivo de los mismos. Sólo realizables bajo una estructura que vincule los derechos del individuo, órganos de representación, imperio de la ley, división de poderes y sin lugar a dudas un gobierno y administración responsables.

De acuerdo a lo planteado por Welcker, von Mohl y Arentin este racionalismo en el entendimiento del Estado se caracteriza de manera general por ser una comunidad al servicio de los individuos en oposición a la concepción del Estado como creación divina; hecho que sitúa al hombre, con sus potencialidades y libertades como el fundamento de la acción del Estado. En el mismo sentido esta visión racionalista limita la acción del estado a la satisfacción de la libertad y seguridad de las personas.

En último lugar esta concepción racionalista abarca una de las discusiones más intrincadas en la doctrina alemana y es la resistencia a la separación de poderes. Así, el Estado como unidad debía garantizar las libertades de los hombres, sin embargo, la idea de distribución de competencias entre las diferentes fuerzas políticas y sociales, tal y como es entendida desde la visión de la época,

¹⁹⁰ RIVERO, Ricardo. El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en Iberoamericana, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. p. 24.

¹⁹¹ ABELLAN, Joaquín. Liberalismo Alemán del Siglo XIX: Robert Mohl. Revista Centro de Estudios N° 33, España, 1983. p. 128.

¹⁹² Ibid., p. 129.

entorpecería tal propósito, pese a esto sólo se acepta la separación de poderes en tanto posibilita la autonomía del poder legislativo, depositario de los intereses del los Estados Confederados.

Unida a esta visión racionalista aparece la perspectiva liberal y de protección de derechos ampliamente difundida por los teóricos de la época. Aparece de nuevo Robert von Mohl, como el precursor de esta visión que privilegia los intereses de la ascendente clase burguesa, quien siguiendo la perspectiva racionalista y en tono contestatario frente a los modelos imperantes de corte autoritario y policivo, dirá sobre este nuevo “tipo” de Estado que “el Estado no entra en lugar de la vida colectiva del pueblo, devorándola, sino que es un medio, ciertamente el más potente e imprescindible, para la formación de la misma. El apoyo del Estado sólo puede ser de carácter negativo; solo actúa en la eliminación de los obstáculos que resultarían difíciles para el individuo, el Rechtsstaat, en resumen, es para Mohl una conformación racional, fundada en la exigencia de la libertad, que regula la vida humana no de manera ilimitada sino eliminando los obstáculos para el libre desarrollo de las fuerzas del individuo, lo cual implica una amplia actividad de apoyo y fomento”.¹⁹³

“El concepto de Estado de Derecho, que puede ser definido entonces como la forma regulada de actuación del poder como garantía de los derechos adquiridos de los ciudadanos. Por ello definiría O. von Mayer el estado de derecho como el estado de derecho administrativo bien ordenado”¹⁹⁴

El reflejo más claro sobre esta tendencia liberal de apertura y protección está dada por el movimiento revolucionario de 1848, en cuya Constitución queda plasmada la idea liberal sin lugar a confusión, más aún es la Constitución de la Iglesia de San Pablo, resultante de la Asamblea de Frankfurt del Meno la primera de las tres constituciones democráticas nacionales en toda la historia del constitucionalismo alemán.¹⁹⁵

La Constitución de la Iglesia de San Pablo es quizá el precedente liberal más significativo en la historia alemana, sin embargo, por el fracaso revolucionario de 1849 su duración es corta y sirve como referente para situar uno de los debates teóricos más nutridos en la historia política del siglo XVIII y XIX, el de la titularidad de la Soberanía. Pues si bien las ideas liberales habían encontrado en el ascenso de Federico Guillermo IV un obstáculo importante para su desarrollo, estas habían sentado un precedente importante que aunque un poco tarde sería retomado en Weimar y la Ley Fundamental.

Las constituciones liberales occidentales del siglo XIX, se caracterizan por dar un tratamiento especial al tema de la titularidad del poder, así como, de establecer

¹⁹³ ABELLAN, Joaquín. Liberalismo Alemán del Siglo XIX: Robert Mohl. Revista Centro de Estudios N° 33, España, 1983. p. 129.

¹⁹⁴ GARCIA COTARELO O.P Cit. p. 65.

¹⁹⁵ Las otras dos serán la Constitución de la República de Weimar de 1919, y la Ley Fundamental de 1949. En el primero de los casos se dio un fracaso del proceso liberalizador cuyo colapso más evidente se da en el periodo de entreguerras cuando el ascenso del nacional socialismo anula prácticamente el Estado de Derecho. En el caso de la Ley Fundamental, aun existente en el estado alemán puede decirse que ha sufrido innumerables reformas en poco tiempo, y a pesar de contener una reedición del Rechtsstaat ha devenido en un modelo formal.

claramente el titular de la soberanía nacional. Recuérdese como Francia o Estados Unidos llevaron el tema de la soberanía y la materialización de los derechos a un nivel más alto, desde la creación de órganos de representación y la constitucionalización de los derechos y libertades de los ciudadanos, generando además de un sentido nacional un empoderamiento de la sociedad en sus órganos de representación, separando a los monarcas absolutistas de la titularidad suprema del poder del Estado.

Sin embargo, Alemania debido a dos hechos particulares no avanza en la misma dirección. De un lado, la tradición de los pueblos germánicos no encontraba como en Francia la confianza en el poder generado en el pueblo, el caos era percibido de manera negativa, incapaz de generar progreso. Razón por la cual la creación de órganos de representación estrictamente popular tuvo un ritmo mucho más lento en Alemania, las ideas Rousseauianas de democracia directa por ejemplo, se confrontan con una cultura política caracterizada por la sujeción de los individuos, el reconocimiento de superioridad del Estado y las visibles tendencias autoritarias, siendo la soberanía un atributo propio de Estado-Persona, encarnado en el Kaiser del que como reflejo emanan los derechos de los ciudadanos.

De acuerdo al postulado de Franz Resenzweig en la noción de Estado de Derecho el monarca no es soberano, ello sólo lo es el Estado, pero la soberanía es monárquica.¹⁹⁶

Así mientras el Estado constitucional aparecía en Francia modelado sobre la base de la soberanía nacional ejercida por la Asamblea legislativa como representante directa de la sociedad y, por lo mismo, en calidad de única autoridad legítima para expresar la voluntad general del país valiéndose del poder ejecutivo para que materializara sus mandatos en un claro ejercicio de separación de poderes, en Alemania el estado constitucional se percibía, en cambio, como la sumisión del monarca a las limitaciones expresas establecidas en la Constitución por el otorgada y en las leyes aprobadas por él y el Parlamento, teniendo en los demás una prerrogativa amplia y exclusiva derivada de su calidad de soberano¹⁹⁷.

“La cuestión de la soberanía y el titular del poder del Estado aparece superada en la unidad de Estado y del Derecho”¹⁹⁸, haciendo del Estado la fuente de derecho así como de la titularidad de la soberanía. Siguiendo a García Cotarelo “el estado es esencialmente gobierno, esto es, el poder ejecutivo”.

En este sentido existe en el Reichsstaat Alemán del Imperio de 1871 una nueva y particular sede de la soberanía política. Teniendo en cuenta que el Estado de Derecho Alemán del 71 no provino a causa de la insurrección de las masas y la subversión del orden hacia un Estado Liberal Democrático, sino que, en cambio deviene como una concesión del Rey ante las escaramuzas liberales de la Iglesia de San Pablo de 1848 la soberanía no alcanza el grado de popular o nacional

¹⁹⁶ GARCIA COTARELO, O.P Cit. p. 66.

¹⁹⁷ PANTOJA BAUZA, Rolando. El Derecho Administrativo: concepto características, sistematización, prospección. Colección Manuales Jurídicos. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996. p. 41.

¹⁹⁸ BOCKENFORDE, Ernest. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Ed. Trotta, Madrid, 2000. p. 29.

como en la Francia o Norteamérica del siglo XVIII, ésta continua siendo un atributo del Rey que en ejercicio de su voluntad racionalizada la ha compartido con la figura abstracta del Estado entendido éste como un sistema en el que el Derecho condiciona las relaciones entre un Parlamento que promueve leyes con la imprescindible participación del Rey quien las ejecuta a través de amplias facultades de gobierno.

En virtud de la Soberanía Estatal los actos de gobierno – principalmente ejecutivos- ejercidos por el Monarca deben encontrar fundamento en un sistema de leyes que son concebidas en un Parlamento que no controla ni define en últimas los contenidos legales autónomamente, en cambio, salvaguarda la unidad del Imperio mediante un visado legitimador a las normas que van a dar fundamento y mayor fuerza a la acción ejecutiva del monarca en los Estados que conforman el Imperio.

Es decir, en la Soberanía Estatal, el Estado es el Rey quien ha decidido regularizar su acción principalmente ejecutiva mediante un sistema jurídico que es consultado pero no delegado a una Asamblea que representa la Unidad del Imperio. O mejor aún, en la Soberanía Estatal la única fuente de derecho es el Estado en Abstracto el derecho descende hacia las capas sociales convertido en actos de administración a cargo del monarca, mientras que en la soberanía popular el derecho nace en las capas sociales y es transmitido al aparato Estatal mediante el Poder Legislativo - voz del pueblo - para que ésta sea acatada y materializada por los poderes ejecutivos al servicio del pueblo soberano.

Es claro que la Soberanía Estatal no alberga en su verdadera dimensión a la teoría de la separación de poderes, se convierte en cambio, en un despotismo ilustrado el cual de tapadillo busca evitar la fractura del Imperio mediante la concentración racional de los poderes en el Monarca. No obstante, trae consigo el germen del liberalismo y un gran avance para la moderación del poder político pues deviene con toda fuerza el principio de legalidad como órbita reguladora de los actos ejecutivos o de administración y un amplio desarrollo del derecho administrativo y la administración pública a cargo del Estado.

- ***La Perspectiva Legalista***

Fiel a la tendencia formalista del estado de Derecho que caracteriza al Rechtsstaat el imperio de la ley y la ciencia cameral es el rasgo distintivo de esta corriente, tanto la ley como el derecho administrativo son los instrumentos de los que se sirve el Estado de Derecho para lograr tanto el mantenimiento de las libertades y derecho individuales (preocupación e interés de la clase burguesa) como para lograr conformar su propia estructura, límites y funciones.

Así las cosas el imperio de la ley y la tendencia legalista del modelo alemán se sitúa como marco de referencia para la actuación de la administración pública, haciendo previsible la acción del Estado frente a los ciudadanos.

Así se conduce a la supremacía de la Ley sobre la Administración, aunque siga siendo el Estado la única fuente de derecho. Aspecto que la doctrina francesa modifica al reconocer a la Nación, y no al Estado, como fuente de todo Derecho.

Esta posición específica del Estado en relación con el derecho explica que no pueda ser regulado por las mismas reglas de los sujetos particulares, sino que debe sujetarse a un derecho especial, el Derecho Administrativo, rama que el jurista alemán Otto Mayer ayudó mucho a promover. Mayer en su obra El Derecho Administrativo en el Imperio Alemán señala que:

“El ciudadano puede jurídicamente hacer todo lo que no le está expresamente prohibido; la autoridad, y finalmente el Estado, ha de hacer sólo lo que el derecho dispone expresamente y coloca dentro de su competencia¹⁹⁹”.

Ahora bien la legalización de los actos de gobierno en el marco del Reichsstaat no implican necesariamente que su accionar vaya condicionado a finalidades ideológicas y/o éticas de carácter meta jurídico, el Estado de Derecho en estricto sentido es un sistema de organización y jerarquías normativas que racionaliza y hace previsible el ejercicio del poder y en ese sentido genera estabilidad y seguridad pero no necesariamente demanda finalidades y límites al accionar Estatal, esta sería una versión formal del Estado de Derecho. Ahora bien, otra cosa es que por las circunstancias históricas específicas en las que se desarrolló el Imperio Alemán de 1871 la racionalización y legalización del poder haya pasado por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, lo cual, por su puesto esta preñado de consecuencias para el ejercicio del poder político.

Queda claro en la “legalización del Estado” la ausencia de criterios éticos o morales, la única justificación aceptable en este contexto es la del bienestar que proporciona la existencia de un Estado amparado en las lindes de la ley, como ordenamiento guía para los administradores, gobernantes y gobernados, mucho más allá de las iniciales esferas comerciales y mercantiles de las que se ocupó el Estado en regular.

“Como resultado de vaciar el concepto de ley de todo contenido substancial, la ley llegó a formalizarse, llegó a ser una mera fórmula capaz de cualquier contenido. Eso en realidad era la manera que los neo-kantianos la consideraban. Cualquier gobierno puede ser considerado *rechtsstaatlich* (legalizado) siempre que delimite el poder del estado del de los individuos a través de un mandamiento formal de la ley a pesar que las injusticias y desigualdades más graves puedan seguir en realidad²⁰⁰”.

El respeto a las leyes implicaba [desde esta perspectiva] la estabilidad del Estado, respeto que no sólo debía provenir de los particulares, sino de las propias autoridades, en tanto que cuando su quebrantamiento sistemático implicaba el rompimiento del pacto originario conformador de la república y generaba indicios de la conversión de un gobierno democrático en absolutista, con la inherente regresión a los siglos precedentes²⁰¹”.

¹⁹⁹ MAYER, Otto. Derecho Administrativo en el Imperio Alemán, Tomo I, Alemania Edición. de 1904. p.130.

²⁰⁰ URQUILLA BERMÚDEZ, Carlos Humberto. Estado de Derecho. Alcalá, disponible online en: <http://urquilla.com/artsydocs/7-estadodederecho1>

²⁰¹ LARA GUADARRAMA, Mauricio. Democracia, Estado de Derecho y Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008. p. 3.

“En conexión con Stahl, Barh y Gneist se formuló un concepto Rechtsstaat que destacaba ante todo la vinculación a la ley y la protección del derecho de los individuos, haciendo del Rechtsstaat un sistema de legalidad formal. El concepto que se impuso en la segunda mitad del siglo XIX fue el que había definido Stahl: el Estado debe ser un Estado de Derecho; esta es la consigna y también, en realidad, la tendencia de los tiempos modernos. El debe establecer y asegurar jurídicamente, con toda precisión, las vías y los límites de su actividad así como la esfera de libertad de sus ciudadanos y no debe realizar las ideas morales directamente más allá de lo que pertenece a la esfera del derecho, es decir, no más allá de los límites mas imprescindibles. Este es el concepto del Rechtsstaat: no que mantenga el ordenamiento jurídico sin fines administrativos o que proteja meramente los derechos individuales; significa no el fin y el contenido del Estado sino sólo el modo y manera de desarrollarlos²⁰²”

Dentro de las conceptualizaciones del imperio de la ley, pueden encontrarse algunos planteamientos transversales frente al entendimiento del mismo. De un lado Stahl hace un llamado a propósito de la ruptura que ésta provoca, con lo que el autor tiene a bien llamar “reino ético”, una ruptura, así mismo, con el individualismo mediante la generalidad que deviene del carácter universal de la ley.

Por su parte Rudolph von Gneist en su entendimiento del Rectsstaat y en el imperio de la ley afirma que es este la “ordenación estatal de la sociedad”, gobierno según las leyes, lo es en el sentido de que las leyes constituyen no el fundamento, sino el marco y los límites de un Ejecutivo que puede actuar a partir de su propia autoridad.

“El concepto de Estado de Derecho madura así en Gneist hacia un concepto específico de Constitución que da preferencia a una posición subordinada del Parlamento. Este aparece como una institución que se justifica funcionalmente cuando las fuerzas de la sociedad se vinculan activamente y de forma institucional en los niveles local, de distrito y regional, y cuando la reconciliación entre obligación pública e intereses privados se hace efectiva puntualmente en la participación de la burguesía en las tareas del Estado (a través de cargos honoríficos). En consecuencia, la realización del Estado de Derecho en Gneist está vinculada estrechamente a su época y se orienta de forma primaria hacia el establecimiento de leyes administrativas duraderas, a la reforma de la administración local y de distrito, en que tuvo una gran influencia en Prusia, y a la organización de tribunales administrativos independientes.²⁰³”

Otto Bahr suma a este imperio de la legalidad uno de los signos característicos de la estructura del Estado moderno, dentro de las conceptualizaciones del Estado de Derecho. El autor pone a la luz la necesidad de no sólo contar con tribunales que diriman y controles la ley pública sino que mediante la existencia de tribunales administrativos se controlen y corrijan las actuaciones del Estado. Suma a su apreciación la idea de concebir al Estado como asociación cooperativa. El estado, al igual que las otras asociaciones humanas, a de situarse en cuanto estado de

²⁰² ABELLAN, O.P. Cit p. 133.

²⁰³ BOCKENFORDE, O.P Cit. p. 28.

derecho precisamente en el derecho no por encima de él. La sumisión de la administración al control de los tribunales aparece así como la perfección de la construcción asociativa del Estado y como garantía firme del imperio del derecho en el Estado.

Éste último, el control de los actos de gobierno o actos administrativos por jueces independientes, es el otro vértice fundamental del Estado de Derecho Alemán, en la medida en que independientemente de las finalidades que persiga el Estado, burguesas, liberales, sociales etc....; la racionalización del poder expresada en la legalización de los actos de gobierno, o mejor, la organización sistemática, sucesiva, jerarquizada y necesaria entre ley y acto administrativo como expresión de dicha racionalización sería apenas un formalismo o una perogrullada si el control de la relación de dominación entre la ley y el acto administrativo – principio de legalidad – se abandonase al mismo ejecutor de la ley o un parlamento que no obedece a la naturaleza de órgano de control.

En este sentido la pervivencia del Estado de Derecho requiere necesariamente de un poder capaz de controlar la adecuación de las acciones del Gobierno a el marco que la Ley le establece, de lo contrario, se estaría frente a un burdo totalitarismo.

El imperio de la ley como garantía de la libertad civil pervive en este concepto del Estado de Derecho; se concentra y se reduce a la legalidad de la administración que, junto a su garantía judicial, se convierte en el contenido específico del Estado de Derecho. El estado de derecho formal es también en esa medida, Estado de Derecho burgués: confirma la distribución de los bienes en vez de transformarla y, a través de sus formas y procedimientos, impide la intervención directa sobre la propiedad individual con fines de redistribución social.²⁰⁴

Como se puede observar pueden derivarse del concepto de Estado de Derecho connotaciones liberales como en la definición anterior lo cual es fiel a lo sucedido en el imperio Alemán por las razones históricas y sociales que acompañaron el siglo XVIII y XIX.

Para concluir este apartado dedicado a la teoría política se definirá de manera general el concepto de Rechtsstaat, limitación del poder y el debate a propósito de si es el Estado de Derecho alemán es un modelo de Estado o un método para la acción de éste, con la salvedad de que se encontrar definiciones cargadas hacia liberalismo político en donde se establece como límite al Estado las autonomías individuales y otras mas neutrales sin embargo la idea de la subordinación de los Actos de Gobierno a la Ley es un rasgo característico de todo Estado de Derecho, formal o liberal.

Así las cosas Mayer asimila el Rechtsstaat al Estado liberal que se caracteriza por:

- a) la supremacía de la ley sobre la Administración.
- b) la subordinación a la ley de los derechos de los ciudadanos, con prescindencia de la voluntad autónoma de la Administración.

²⁰⁴ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Juan. El Estado de Derecho desde una perspectiva cultural. Disponible online en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1649/11.pdf>

c) la institución de jueces independientes llamados a dirimir, conforme a la ley, las controversias entre los administrados y entre éstos y la Administración del Estado.

El Estado de Derecho se orienta, pues, a la protección de los gobernados frente a las arbitrariedades de la Administración.²⁰⁵

Para Anschütz, el estado de derecho designa una determinada ordenación de la relación entre ley, administración e individuo²⁰⁶, encontrando su opuesto ya no en los estados despóticos o teocráticos sino en el Estado de Policía como aquel en el que la relación ley-administración-individuo está configurada de forma restrictiva y en desmedro de los particulares.

La idea de control al poder; esta sería el contenido esencial del Estado de Derecho puesto que “allá donde no es posible controlar el ejercicio del poder en sus distintas manifestaciones mediante las normas y los principios generales del derecho no cabe hablar de un verdadero Estado de Derecho. Pero no puede reducirse este control del poder a la posible impugnación jurisdiccional de sus decisiones. Tal control judicial, ejercido principalmente por la jurisdicción constitucional y los tribunales contencioso-administrativos, no puede considerarse la única característica del Estado de Derecho. Aún siendo tal vez su pieza más importante (...) Según Bleckman, el Estado de Derecho tendrá una vertiente subjetiva, aceptada mayoritariamente en la dogmática alemana y consistente en la protección de los derechos subjetivos, y una vertiente objetiva, asociada a la protección de los intereses generales²⁰⁷”.

Esta nueva relación del Estado con sus asociados es la que permite delimitar la renovada conceptualización sobre el poder y sus límites en el marco del Estado. El Estado de Derecho tiene como uno de sus puntos clave la limitación del poder mediante; la separación de poderes como mecanismo para mitigar la concentración del poder, el control e interdependencia de los órganos del Estado y de otro lado la existencia de una normatividad clara, universal y vinculante tanto para el Estado como para los ciudadanos.

Los rasgos arriba mencionados cuentan con matices específicos en el desarrollo del constitucionalismo, historia del derecho y de las ideas políticas en Alemania, pues su historia política consentía la noción de limitación más a la administración que al estado propiamente como figura aislada, la tradición de sometimiento a los mandatos del ejecutivo llevaron a una reafirmación del poder ejecutivo, que con lentitud y como consecuencia de la influencia de las ideas liberales abogaron por el crecimiento del poder en las ramas legislativas y judicial a finales del XIX, aunque debe advertirse que un efectivo mecanismo de control al interior del Estado, puede rastrearse en Alemania sólo hasta la Ley Fundamental de 1949.

Para Lorenz von Stein el Estado de Derecho en su concepto específico comienza donde el Derecho constitucional del Estado permite que el ciudadano pueda hacer

²⁰⁵ URQUILLA BERMÚDEZ, O.P Cit disponible online en: <http://urquilla.com/artsydocs/7-estadodederecho1>

²⁰⁶ BOCKENFORDE, O.P Cit. p. 29.

²⁰⁷ RIVERO, Ricardo. El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en Iberoamericana. Ediciones Universidad de Salamanca. 2003. p. 25.

valer todo derecho que haya adquirido y que le corresponda legalmente también frente al poder ejecutivo y en nombre de la ley. El estado de Derecho no es para él “un tipo de categoría especial del concepto de Estado, sino un estadio determinado en el desarrollo de la vida libre del Estado: el estadio que sucede a la realización de la constitución libre (el Estado de Derecho)”²⁰⁸

Stahl llama la atención sobre el hecho de ser el Estado de Derecho la fórmula sobre la que se desarrolla el estado moderno, reconociendo en éste los mecanismos para su acción. Lo define al referirse a la exactitud que debe tener para garantizar sus límites y funciones, así como la precisión de las garantías y libertades en el derecho. Del mismo modo, no debe desarrollar ninguna actividad que no entre en la esfera contemplada por la ley. De este modo su concepción sobre el estado de derecho apela no a los fines del Estado sino más bien al método que en adelante utilizara para realizarlos.

Finalmente Bockenforde considera que “El Estado de Derecho no es ya una especie de Estado que constituya un nuevo principio para el Estado: es un elemento formal que está separado del objetivo y del contenido del Estado, que es algo adecuado para el poder o el dominio políticos –sea este del tipo que sea- y que, por lo tanto, si se quiere, es algo apolítico”²⁰⁹

Los desarrollos más amplios, característicos y exitosos del Rechtsstaat se sitúan bajo la lupa del Estado de Derecho como organización de la estructura, relaciones y organismos del Estado. Así, la consolidación del principio monárquico, la Cameralística y las teorías en torno a la supremacía y condición de los Estados para transitar hacia el Estado de derecho son los temas que ocupan los debates en torno al Rechtsstaat y la constitucionalización del Estado en la segunda mitad del siglo XIX.

Hasta ahora, en cuanto a las características del Reichsstaat, nos hemos ocupado de su fuente legitimadora - la Soberanía Estatal – y la primacía de la ley sobre los actos de gobierno, ahora nos corresponde ocuparnos de éstos últimos los actos de ejecución de la ley que se manifiestan en actos administrativos.

En el marco del Reichsstaat del Imperio Alemán de 1871 el Rey representaba la unidad del imperio y la autoridad Estatal legitimada por la Ley pasada por un Parlamento convalidador; la actividad legislativa es escasa y cuando se produce es en términos generales y abstractos lo que comporta todo un universo de competencias y acciones a cargo del Rey y su aparato burocrático lo cual da paso a toda una teoría del derecho administrativo en la Alemania del siglo XIX denominada cameralística como otro rasgo fundamental del Estado de Derecho.

- ***De la Cameralística o Derecho administrativo alemán.***

Recuerda Méndez Benavidez que “el cameralismo fue una técnica y una teoría de la administración de otro tipo de Estado, [el Estado Absolutista], y con el advenimiento del Estado Constitucional o Estado Burgués de Derecho, el modelo

²⁰⁸ BOCKENFORDE, Ernest. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Ed. Trotta, Madrid, 2000. p. 26.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 25.

de gestión de los asuntos públicos se transforma del cameralismo, a lo que hoy se conoce como la “ciencia de la administración”²¹⁰ ”.

El cameralismo fue el estudio superior de sistematización, racionalización y organización del trabajo administrativo, con el propósito de incrementar el poder del Estado Absolutista, su historia puede ser rastreada en el contexto del Sacro Imperio Romano Germánico dada la magnitud de entes y de fondos patrimoniales, regían reglas diversas y complicadas para la percepción de las rentas y para el suministro de los fondos. La cameralística nace, a causa de ello, como reguladora de este sistema, pero se convierte, con el paso del tiempo, en una ciencia de la administración financiera para acabar por ocuparse de materias que hoy se estudian en más de una disciplina: la ciencia del poder²¹¹ ”

Desarrollada en principio en Francia, la ciencia cameral (nombre que recibe por las “cámaras” Kammer lugar donde se reunían a realizar los negocios y transacciones comerciales) toma gran fuerza en los territorios alemanes bien entrado el siglo XIX, debido a su naturaleza de organización y centralización de las tareas del Estado muy acorde a la tradición germánica del absolutismo y centralismo monárquico. Se fortalece, así mismo, su conceptualización en el siglo XVIII, al reenfocar la cameralística de la mera labor financiera y mercantil, a la administración de los asuntos públicos, dotando al ejercicio del poder monárquico de un fundamento objetivo a través de la legalidad y legitimidad provenientes de procedimientos y acción previsibles característicos de la cameralística. Sin embargo, los avances de este renovado derecho administrativo llegan a Alemania relativamente tarde si se compara con la dinámica francesa, reflejando el ambiente social de resistencia de las clases opulentas, recuérdese que el auge de esta ciencia cameral, más que nada está dado por la influencia de la clase burguesa en Austria y Prusia, cuyas peticiones por una administración con procedimientos y acciones previsibles posibilitó la consolidación de esta doctrina, este contexto social es también la razón que explica el descuido y resistencia del Rechtsstaat por temas como la soberanía, o la separación de poderes, debido a una realidad social cuyas demandas no correspondían con las prioridades francesas o españolas por ejemplo.

“Las características de la doctrina alemán fueron sus rasgos autoritarios, lo cual correspondían a su época histórica (discurrían los cuarenta años dominados por la figura de Bismark) y a la forma en que el Estado burgués se fue introduciendo en Alemania (con una evolución lenta y pacífica). Consecuencia del carácter autoritario del derecho público alemán es la construcción de la noción de Estado como persona jurídica fundamental, titular de la soberanía. De aquí la construcción de los fenómenos jurídicos más diversos como problemas referentes al Estado como ente²¹².”

“Objeto de estudio de los juristas alemanes fue, inicialmente, el “derecho público” en el que sólo después se distinguirían derecho constitucional y derecho

²¹⁰ SEVERO G, Massimo. Derecho Administrativo. Giuffre Editores, Madrid. 1991. p. 35.

²¹¹ Ibid., p. 35.

²¹² Ibid. p. 69.

administrativo, sin separarse, por otro lado jamás. Principalmente por obra de estudiosos como Laband, G Jellinek sr. Otto Mayer²¹³ ”

De acuerdo al pensamiento de Otto Mayer, teórico alemán de las ciencia cameral, el Estado de Derecho es el Estado de Derecho Administrativo bien organizado, un estado que vincula la administración al Estado, la aplicación de la inviolabilidad y la primacía de la ley también a la acción de la administración... la existencia de una protección jurídica judicial efectiva también frente a la Administración²¹⁴, en su Derecho Administrativo Alemán publicado en 1895, Mayer sostiene que Estado es un pueblo organizado bajo un poder soberano para la consecución de sus intereses, en tanto que la administración es la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines.

Gaspar Bluntschli, en su obra “Derecho Público Universal” aparecida en 1876, definía la administración como la expresión opuesta a la constitución o a la ley, dado que designa la actividad concreta y variada del Estado, considerada en detalle, por oposición al orden público y jurídico general permanente²¹⁵.

Lorenz von Stein, en 1865, diría que “la constitución se considera el cuerpo del Estado; la administración la vida”, y Paul Laband conceptuará a la administración pública como “el hacer y el omitir del Estado²¹⁶” así mismo, advierte Stein, que una sociedad de pobres empobrece al Estado, mientras que una sociedad de ricos, enriquece al Estado. De modo que la administración pública se ocupa del hombre, cuida de él, le brinda comodidades, lo protege; pero no lo hace con sentido filantrópico, lo hace porque de ello depende el cuidado del Estado²¹⁷.

De acuerdo al planteamiento del Profesor Méndez Benavidez²¹⁸ “otro autor alemán que ha contribuido a la teoría de la administración pública es Carlos Marx, las obras de Marx relacionadas a la administración con El dieciocho brumario de Luis Bonaparte (1851); La guerra civil en Francia (1871); La Crítica a la filosofía del Estado de Hegel (1843).

Marx sostiene que el Estado y la organización de la sociedad no son, desde el punto de vista político, dos cosas diferentes. El Estado es la organización de la sociedad. La administración es la actividad organizadora del Estado, en suma, la actividad del Estado. Marx formula la ley de la impotencia, dice que la administración tiene que limitarse a una actividad formal y negativa, toda vez que su poder acaba donde comienza la vida privada y su trabajo, de modo que, frente a las consecuencias que brotan de la naturaleza antisocial de esta vida burguesa, de esa propiedad privada, de ese comercio, de esa industria, de ese mutuo

²¹³ Ibid., p. 70.

²¹⁴ BOCKENFORDE, O.P. Cit. p. 25.

²¹⁵ MENDEZ BENAVIDEZ, Roger. Administración Pública, Nuevo Estado Cooperativo y Contrato Organizacional. Disponible online en: <http://rogermendezbenavides.blogspot.com/2007/05/administracin-pblica-nuevo-estado.html>

²¹⁶ PANTOJA BAUZA, Rolando. El Derecho Administrativo: concepto características, sistematización, prospección. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1996. p. 41.

²¹⁷ MENDEZ BENAVIDEZ, Op. cit.

²¹⁸ MENDEZ BENAVIDEZ, O.P Cit disponible en: <http://rogermendezbenavides.blogspot.com/2007/05/administracin-pblica-nuevo-estado.html>

saqueo de los diversos sectores burgueses, la impotencia es la ley natural de la administración.

Queda claro entonces el amplio desarrollo e interés del Estado Alemán por la administración pública, responde a las características particulares de los sectores dominantes, cuyo interés burgués precisaba de una ciencia como esta, capaz de establecer parámetros claros en la actuación del Estado, así como de hacerlo responsable y sometido al derecho.

En el caso del Imperio Alemán de 1871 la Administración Pública, el Derecho Administrativo o la Cameralística es ampliamente desarrollada como instrumento materializador de la autoridad Real tan necesaria para mantener la unidad de un Imperio tan fragmentado y con tendencias independentistas. Así las cosas, el poder ejecutivo encarnado en el Rey y en su aparato burocrático florece ampliamente como condición necesaria de regulación y dominio del Imperio.

Vistas estas notas características del Estado de Derecho pasaré a continuación a analizar el modelo de separación de poderes adoptado por Alemania, haciendo la salvedad de que en este Modelo de Estado no existía una aplicación estricta de éste principio, en la medida en que, formalmente existieron estructuras características como el Parlamento, el Rey y los Jueces, pero de fondo como estaban dispuestas las competencias frente al inicio de la legislación y la autonomía del parlamento existió una concentración del poder en cabeza del Rey.

1.4.3. Distribución del Poder Imperante en el Reichsstaat – Imperio Alemán 1871: A partir de la aparición del Estado de Derecho como innovador prototipo de organización política de la sociedad, se ha reconocido la necesidad imperante de controlar los posibles abusos del poder que del absolutismo y algunas monarquías han devenido.

El Rechtsstaat como modelo originario del contemporáneo Estado de Derecho además de establecer las que en adelante serían las características de esta forma estatal, también se diferencia por haber tenido una evolución contradictoria con lo que serían los desarrollos políticos y constitucionales de la Europa del siglo XIX, pues mientras países como Francia daban un mayor peso a las estructuras de representación popular, así como al control entre las diversas ramas del poder público, el modelo alemán por su parte mostraba una cierta resistencia al cambio, privilegiaba el continuismo representado en el liderazgo del poder ejecutivo en el control del Estado, en desmedro de la representación popular y la prácticamente ausente rama judicial, cuyos asuntos no trascendían el ámbito formal y mucho menos la existencia de un control constitucional como el visto en Estados Unidos.

“La pretensión básica del Monarca de que no sólo la titularidad sino también el ejercicio del poder estatal continuasen siendo en lo esencial monárquicos, hallaba su expresión teórica en el rechazo del dogma de la división de poderes, influyente en la teoría del Estado hasta finales del siglo XIX. En parte el rechazo se apoyaba en la interpretación errónea de que la división de poderes estaba vinculada necesariamente al dogma de la soberanía popular, opuesto en su esencia al principio monárquico. Junto a ello, aparecía también el temor menos fundado hacía la disolución de la unidad del poder estatal, su disgregación e incluso, la anarquía o el retorno al viejo pluralismo estamental... de ahí que el Parlamento no

fuera visto como parte del poder estatal, sino como representación de la sociedad frente al poder monárquico. Como consecuencia de ello se atribuía a la monarquía constitucional un carácter monista no dualista, que se vio reforzado a través de las concepciones organicistas del Estado hasta la aparición de las construcciones del Estado como persona jurídica²¹⁹

Así las cosas, el rechazo general de la doctrina jurídico-pública alemana del siglo XIX a la separación de poderes en la estructura del Estado, responde a la idea de éste como atentatorio al principio fundamental de unidad del poder del Estado. En este sentido la unidad y centralización del poder político sería el postulado doctrinal dominante en la construcción estatal de la monarquía constitucional alemana, con lo que ello supone; la clara preeminencia del poder ejecutivo.

La crítica de Jellinek a este planteamiento sostiene que “solo el que concibe a los poderes legislativo y ejecutivo como sujetos independientes, puede hablar de voluntad del Estado como distinta de la de Gobierno, mientras que si parte de la unidad del poder del Estado, habrá de reconocerse como voluntad estatal a la voluntad del poder ejecutivo²²⁰” tergiversando el planteamiento, permitiendo la instrumentalización por parte del ejecutivo del destino del Estado.

“El rechazo de la separación de poderes es igualmente para Stahl el fundamento de su idea de Estado de Derecho. No admite el esquema formal racionalista de la tripartición de funciones, sino que su modelo de constitucionalización del Estado resulta de la participación en el poder de factores distintos: monarquía, aristocracia, jueces independientes, funcionarios inamovibles, pueblo y opinión pública²²¹”, estamentos de la sociedad a los que cabría diferenciar funcionalmente para la distribución real del poder.

Del mismo modo en la doctrina “se pretende conferir al derecho la función de fijar los ámbitos de poder, las competencias, pero sin que ninguna instancia política tenga atribuida la competencia de la competencia. Aunque la soberanía se considera residenciada en el monarca, este atributo ira convirtiéndose en un reconocimiento formal, no a favor del Parlamento sino a favor de la soberanía del derecho, como se verá en el análisis presentado más adelante, (...) pero el derecho (su creación, alteración o derogación) tampoco queda a disposición del órgano representativo, sino en el poder legislativo, que en el caso de la monarquía constitucional incluye, las Cámaras y el Rey.²²²”

En este sentido el derecho se convierte en el vehículo organizacional del Estado que permite el desarrollo de un lenguaje coherente y legítimo para el ejercicio de la autoridad política del Monarca, éste último se erige como un elemento de autoridad nacional en función de la cohesión de las repúblicas que hacen parte de la confederación Alemana del siglo XIX, en tal sentido el Derecho Administrativo es

²¹⁹ HUN, Werner. El Principio Monárquico y el Constitucionalismo Alemán del Siglo XIX. Universidad de Oviedo, Editorial fundamentos cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional, Nº 2, 2000. p. 6.

²²⁰ GARCIA COTARELO, Juan. Los Fundamentos Socio Políticos de la Jurisdicción Constitucional, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1991. p. 58.

²²¹ Ibid. p 62.

²²² Ibid., p. 65.

desarrollado como expresión misma del fenómeno de concentración del poder en cabeza del monarca que encarna el poder ejecutivo.

La teoría de separación de poderes aparece en el contexto alemán como un campo marginado, no por su desconocimiento sino por su carácter innecesario y descontextualizado para la arraigada cultura política germánica de corte autoritario y monárquico, cuya introducción real y firmemente materializada sólo tendrá lugar hasta bien entrado el siglo XX.

- **La Separación de Poderes Antes de 1871:** El Estado de Derecho y en general los modelos siguientes a éste coinciden en la instauración del constitucionalismo como instrumento de certidumbre, legalidad y legitimidad en la estructura del Estado, esta radiografía de la organización, actores y prioridades del Estado sólo llega a generalizarse en Alemania con su unificación en 1871. Los documentos constitucionales y normativos precedentes, dan cuenta de un fraccionamiento y descoordinación generalizada cuyo único factor común es la preeminencia del ejecutivo en la jefatura del Estado.

De hecho son la Constitución de la Iglesia de San Pablo (en el marco de la Asamblea de Frankfurt del Meno 1849), la Constitución de la Confederación de Alemania del norte (1867) y en menor medida la Constitución de Prusia (1850) son los esfuerzos que dan cuenta de una tendencia constitucionalista, en su mayor parte referente a las prácticas que podrían llamarse cotidianas en el marco de la acción del Estado y su administración, salvo a la siempre excepcional ideología liberal plasmada en la Constitución de la Iglesia de San Pablo cuya naturaleza reformista y democrática ya fue mencionada en títulos anteriores.

La carta de Prusia de 1850 mediante la cual se establecía como monarquía constitucional, contaba tanto con los órganos de representación en la figura de las Cámaras como con la figura del Rey, en este caso pese a su naturaleza legislativa las primeras sólo podían proponer y aprobar una Ley con el consentimiento del Monarca, así las cosas, este contaba con una facultad suprema que se materializaba en su poder de veto que desdibujaba por completo el papel de las Cámaras. “la concepción de la época atribuía formalmente al Monarca la potestad legislativa y sólo reservaba a las Cámaras la facultad de participar en la concreción del contenido de la Ley”²²³

La Constitución de 1867 es quizá el modelo más claro del que se sirvió la posterior constitución de 1871 para establecer la unificación del Estado alemán.

La sesión constitutiva de la Dieta de la Confederación de la Alemania del Norte (Mediante la cual se proclamó la Constitución de 1867), elegida mediante sufragio universal, se celebró el 24 de febrero de 1867 y, a mediados de abril, existía ya un proyecto constitucional que fue sometido a la consideración de los príncipes y gobernantes de los 23 Estados que componían la Confederación. La nueva Constitución entró en vigor el primero de julio de 1867, después de ser aprobada por un amplio margen y Bismarck se convirtió en canciller de la nueva

²²³ HUN, Werner. El Principio Monárquico y el Constitucionalismo Alemán del Siglo XIX, Ed. Fundamentos cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional, N° 2, Universidad de Oviedo, 2000. p. 13.

Confederación. Los Estados del norte de Alemania vivían una situación de efervescencia política en la que la meta de la unificación parecía al alcance de la mano.

En esta constitución de la Confederación Alemana del Norte se contempla el que los estados que componían la Confederación serían soberanos en materia de finanzas, justicia, culto y enseñanza, mientras que correspondían a la Confederación el Ejército, la Marina, la política exterior, las aduanas, los correos, la moneda, y la legislación comercial, civil y criminal. La distribución de las funciones y poderes del Estado se estipuló de la siguiente manera:

Tabla 10: Constitución alemana 1867

CONSTITUCIÓN DE 1867	
POR LA CUAL SE ESTABLECE LA CONFEDERACIÓN DE LA ALEMANIA DEL NORTE	
PODER EJECUTIVO	La Presidencia del Poder Ejecutivo era una atribución del Rey de Prusia que se transmitía de manera hereditaria.
	La Presidencia era ejercida a través de un Canciller designado de manera exclusiva por el Rey de Prusia.
	El Poder Ejecutivo tenía la representación y responsabilidad en la política exterior, constituía el comandante supremo del ejército, tenía la iniciativa legal ante el Parlamento – Bundesrat de manera exclusiva en ciertas materias y tenía la facultad de convocar y disolver el Parlamento.
EL PODER LEGISLATIVO	Era ejercido de una parte por el Bundesrat que constituía una Cámara de representación de cada uno de los Estados que componían la Confederación en proporción a la población de cada uno de ellos. Prusia contaba con 17 diputados de los 43 que componían dicha Cámara lo que le permitía construir coaliciones para bloquear cualquier decisión que atentase contra sus intereses.
	La otra Cámara (Reichstag) estaba compuesta por 297 diputados elegidos, mediante sufragio universal, por el conjunto de la población. Sus competencias eran limitadas, especialmente en materia presupuestaria, aunque cabe aclarar que Bismark (Canciller elegido) hizo uso de esta Cámara para contrarrestar las actitudes particularistas existentes en el Bundesrat.

Como se puede observar el poder ejecutivo se concentraba en la presidencia, que sería desempeñada por el rey de Prusia con carácter hereditario, y que ejercía el poder a través de un canciller que sólo era responsable ante él. El presidente era el único responsable de la política exterior y comandante supremo del Ejército. Tenía también la iniciativa legal y la capacidad de convocar y disolver el Parlamento (Reichstag). El poder legislativo era ejercido en dos instancias. De una

parte, existía una Cámara de representación de los Estados que componían la Confederación (Bundesrat), en proporción a la población de cada uno de ellos. Prusia, que contaba con 17 de los 43 miembros que componían la Cámara, tenía la capacidad de bloquear cualquier decisión que atentase a sus intereses. La otra Cámara (Reichstag) estaba compuesta por 297 diputados elegidos, mediante sufragio universal, por el conjunto de la población, aunque sus competencias eran muy limitadas, especialmente en materias presupuestarias. Bismarck supo utilizar esta Cámara para contrarrestar las actitudes particularistas que pudieran manifestar en el Bundesrat los representantes de los príncipes. Por otra parte, también se establecieron mecanismos para que los asuntos que concernían a la Unión Aduanera, renovada en estos años, fueran tratados en organismos parlamentarios (Zollparlament) en los que coincidían los Estados miembros de la Confederación con los que no lo eran. Suponía otra forma más de avanzar en el desarrollo de la conciencia unificadora²²⁴.

En este sentido el dominio del poder ejecutivo en el escenario político de la Confederación Alemana del Norte (C.P de 1867) es prominente en la medida en que la iniciativa legislativa se encuentra en cabeza del Rey de Prusia en su calidad de Presidente del Imperio quedando una función residual de veto en cabeza de la Bundesrat, a lo anterior se suma las limitadas competencias reconocidas al la Cámara Representativa - Reichstag y la irresponsabilidad de Canciller ante el Parlamento. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el rey de Prusia tenía el dominio del Bundesrat con 17 representantes designados por el estado de Prusia. Debe advertirse, sin embargo, que pese a la evidente injerencia y poder decisorio del ejecutivo en cabeza del monarca, luego de la segunda mitad del siglo XIX se fue haciendo tenue la línea formal del poder legislativo, pues gracias a las conquistas liberales, en términos de derechos y materialidad de la ley, fue posible el ascenso progresivo de la idea del legislativo como configurador del destino social de la clase burgués ya que el ejecutivo monárquico requería habilitación legislativa para la injerencia en los derechos fundamentales que constituían reserva de ley.

En tal sentido las ideas liberales de la clase burguesa ascendente impulsó desde la teoría jurídico – pública alemana de la segunda mitad del siglo XIX la limitación del poder monárquico mediante la definición de un concepto material de ley y de reglamento que estableció como dominio exclusivo de la ley el establecimiento, ampliación e interpretación de las garantías liberales que desde la teoría política habían sido concedidas por el monarca a la ciudadanía, en cambio, el alcance del reglamento fue categorizado como potestad gubernamental de grado inferior a la ley. Lo anterior denotaba la inoculación del liberalismo ideológico en el constitucionalismo alemán sin que en la práctica del XIX haya significado necesariamente la reducción del papel del ejecutivo en la producción de gran parte del derecho alemán, tan solo se establecían campos vedados.

“El ámbito material de la legislación y, con ello, la cooperación de la representación popular experimentó un aumento constante en el siglo XIX por dos vías. En primer lugar, la vaga fórmula de la injerencia en la libertad y la propiedad se interpretó de forma cada vez más extensiva. En segundo lugar, la legislación

²²⁴ Revista Digital ARTEHISTORIA. Confederación de Alemania del Norte. Disponible online en <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2572.htm>

desarrolló una dinámica propia a través de la cláusula de reforma, puesto que múltiples leyes, excediendo las fronteras del concepto material de Ley, fueron fruto de la iniciativa o de la aceptación del Monarca. Dado que las leyes no podían ser derogadas ni modificadas por los reglamentos del poder ejecutivo, sino que, en virtud del concepto material de Ley y del principio de supremacía jerárquica de ésta, sólo podían serlo por la vía del procedimiento legislativo, las materias que habían sido reguladas una vez por Ley quedaban sometidas para siempre a la competencia del poder legislativo²²⁵.”

A la ley correspondería necesariamente –independientemente de los contenidos que puedan incluirse debido a la preeminencia del concepto formal de ley- toda materia que afecte a la libertad y a la propiedad de los individuos, así, en esta materia el poder fue trasladado al legislativo que contaba con el beneplácito de la burguesía, razón por la que la tensión entre la asignación de competencias a éste fue mínima. Para Otto von Mayer aspectos más importantes y sensibles del hombre y el ciudadano frente al poder del Estado quedan bajo la protección de la ley y, por tanto, de la Asamblea Nacional, la ley todo lo puede; todos los derechos de libertad pueden ser limitados por la ley²²⁶.

En tal sentido deviene un proceso de reivindicación de la ley y por ende del Parlamento que proviene de la influencia de las ideas liberales francesas que se inocula en el ejercicio constitucional de 1871, sin embargo, la ingeniería constitucional alemana no evidencia transformaciones revolucionarias respecto de la constitución de 1867 como se verá a continuación y se encuentran aún en dominio del ejecutivo facultades legislativas importantes así como la amplia función reglamentaria.

La Constitución del Imperio Alemán de 1871:

Proclamación del II Reich Alemán.

Al pueblo alemán:

Nos, Guillermo, por la gracia de Dios, rey de Prusia, ante la petición unánime que hemos recibido por parte de los príncipes alemanes y de las ciudades libres para asumir de nuevo y aceptar, una vez restaurado el imperio alemán, la dignidad imperial alemana (...) declaramos por las presentes que hemos considerado un deber hacia la patria común acceder a esta petición de las ciudades y de los príncipes alemanes confederados y aceptar la dignidad imperial alemana. En consecuencia, Nos y nuestros sucesores en la corona de Prusia ostentaremos en el futuro el título imperial en nuestras relaciones exteriores y en los asuntos concernientes al Imperio alemán y esperamos, con la gracia de Dios, que el pueblo alemán podrá conducir la patria hacia un porvenir próspero bajo el emblema de su antigua grandeza.

Nos hacemos cargo de la dignidad imperial con la conciencia del deber de proteger, en el ejercicio de la lealtad alemana, los derechos del

²²⁵ HUN, Werner. O.P Cit. p. 14.

²²⁶ GARCIA COTARELO, Juan. Los Fundamentos Socio Políticos de la Jurisdicción Constitucional, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1991. p. 69.

Imperio y de sus miembros, de preservar la paz, de defender la independencia de Alemania fundada sobre la fuerza unida de su pueblo. La asumimos en la esperanza de que al pueblo alemán le sea concedido gozar de la recompensa de sus duros y costosos combates en una paz duradera y en el interior de unas fronteras que garanticen a la patria, contra nuevos ataques de Francia, la seguridad de que ha carecido durante siglos.

Quiera Dios conceder a Nos y a nuestros sucesores en la corona imperial poder aumentar siempre el esplendor del Imperio alemán, no mediante conquistas de guerra, sino mediante los bienes y los dones de la paz en el dominio de la prosperidad, de la libertad y de la civilización nacionales.

Dado en el cuartel general de Versalles, el 18 de enero de 1871.

La historia constitucional que se inicia con la unificación del Imperio alemán en 1871 marca un cambio significativo en términos de ruptura del atomismo estatal, más sin embargo, en su etapa primaria implica a su vez un continuismo en lo que concierne a la estructura y actores políticos. De esta manera, este primer ordenamiento del imperio alemán como unidad sigue la tendencia de rechazo a la doctrina de separación de poderes, que sin embargo, será atenuada paulatinamente, en parte por las conquistas liberales como por los vacíos que en la Constitución existieron.

La Constitución del II Reich de 1871 representó un compromiso de poder dilatorio entre las élites dominantes tradicionales y la burguesía ascendente, que, sin embargo, se complicaba por la estructura del Estado que formalmente respondía a principios federales pero que, de hecho, aseguró una duradera hegemonía de Prusia. En la práctica se creó con la Constitución del Reich un sistema pluralista de participación en el poder, cuyas tendencias centrífugas fueron controladas temporalmente por la fuerza personal de integración plebiscitaria de Otto von Bismarck²²⁷.

“Una determinación precisa del estatus histórico-constitucional de la Constitución del Reich, en tanto se toman por base fundamentalmente criterios inmanentes, se complica ante todo por la circunstancia de que esta última contenía a la vez elementos confederales y federales complejamente entremezclados. Como es sabido, Bismarck expresó abiertamente esta intención al comenzar los preparativos del período constituyente: «Habrà que atenerse en la forma más bien a la confederación, pero dándole en la práctica la naturaleza de un Estado federal con expresiones elásticas, poco llamativas pero de amplio alcance»²²⁸”

La Constitución del imperio, aprobada en abril de 1871, era similar a la Constitución de la Confederación de la Alemania del Norte, de 1867, y establecía una estructura federal. Bajo la atribución del Imperio quedaban las funciones de defensa, relaciones exteriores, comercio, aduanas, finanzas centrales y moneda y, excepto en Baviera, los servicios de ferrocarriles, correos y telégrafos. Baviera además de conservar estos servicios, tenía otros derechos excepcionales como

²²⁷ MOMMSEN, Wolfgang. La Constitución del Reich alemán de 1871 como compromiso de poder dilatorio. Disponible online en: http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_04.pdf, p. 118.

²²⁸ Ibid., p. 100.

eran la conservación de su propio cuerpo diplomático y -lo mismo que Sajonia y Württemberg- de su propio ejército. Las unidades de pesos y medidas, junto con la moneda, también quedaron unificadas. El ejército imperial se asentaba sobre el servicio militar obligatorio de tres años, más cuatro en la reserva.

Al frente de toda esta estructura estaba el emperador, "Kaiser" -título que recaía en el rey de Prusia-, quien delegaba el poder civil en un canciller -nombrado por él y responsable sólo ante él-, y el poder militar en un Estado mayor. Existía también un Parlamento Imperial compuesto por dos Cámaras, la Cámara alta, "Bundesrat", y la Cámara baja, "Reichstag". Aquélla se componía de 58 miembros -un representante elegido anualmente por los órganos legislativos de cada uno de los 26 Estados, excepto Prusia que tenía 17 representantes; Baviera, seis y Württemberg, cuatro-. Debía manifestar su acuerdo con las leyes antes de que éstas fueran aprobadas por la Cámara baja, y tenía que ser consultada en todos los temas importantes de las relaciones exteriores, incluida la declaración de guerra. Por otra parte los 382 miembros del "Reichstag" eran elegidos cada tres años por sufragio universal directo, en el que participaban todos los varones mayores de veinticinco años. Esta Cámara tenía el derecho de aprobar o rechazar las leyes y debía aprobar la implantación de nuevos impuestos, aunque no la continuación de los existentes; no ejercía, sin embargo, ningún control sobre el canciller ni los ministros, y podía ser disuelta por el emperador con el acuerdo del "Bundesrat".

Como resulta evidente, Prusia ejercía una influencia dominante en el Imperio, tanto porque en su rey recaía la dignidad imperial -con las fundamentales atribuciones añejas a la misma-, como por el peso que tenía en el "Bundesrat" -donde con sus 17 miembros disponía de un decisivo poder de veto, para el que sólo eran necesarios 14 votos-, y en el "Reichstag" también tenía dominio político dado el número de miembros que le correspondía por el coeficiente de su población.

Con el fin de hacer una exposición más sistemática de los poderes y órganos constitucionales instaurados en la Constitución del Imperio Alemán de 1871, analizaremos brevemente las competencias asignadas en el nivel legislativo y ejecutivo a órganos que hacían parte de la ingeniería constitucional de la época, lo anterior apoyándonos en el Prf Werner Heun y su artículo El principio Monárquico y el Constitucionalismo Alemán del siglo XIX publicado en los Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, del Derecho Público e Historia Constitucional en el año 2000²²⁹.

Poder Legislativo:

Tabla 11: Constitución alemana 1871

CONSTITUCIÓN DE 1871
POR LA CUAL SE ESTABLECE EL IMPERIO ALEMÁN

²²⁹

Texto disponible online en:
<http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/segundo/pdf/pmonarquico.pdf>

	Bundesrat o Consejo Federal: Se componía de 58 miembros -un representante elegido anualmente por los órganos legislativos de cada uno de los 26 Estados, excepto Prusia que tenía 17 representantes; Baviera, seis y Württemberg cuatro. Su base social estaba compuesta por la alta nobleza y el alto clero, en parte también representantes de la baja nobleza, de las universidades, de las ciudades y del resto del clero, así como otros miembros designados por el Monarca. Debía manifestar su acuerdo con las leyes antes de que éstas fueran aprobadas por la Cámara baja o Reichstag. Tiene iniciativa legislativa ante el Presidente del Reich quedando condicionada a que éste presentara el proyecto de ley para su trámite. Tenía que ser consultada en todos los temas importantes de las relaciones exteriores incluida la declaración de guerra. Se caracterizaba por su proximidad política y social a la monarquía y por una tendencia a preservar de forma conservadora los preexistentes privilegios estamentales, junto a la monarquía misma, debía constituir un contrapeso efectivo frente a la Segunda Cámara burguesa y progresista El Consejo Federal se organiza en comisiones así: 1. para el ejército y fortalezas. 2. De los asuntos navales 3. En las aduanas y los impuestos. 4. Para el comercio y las comunicaciones 5. Para los ferrocarriles, correos y telégrafos. 6. Para asuntos de justicia 7. Para las finanzas Reichstag: Los 382 miembros del "Reichstag" eran elegidos cada tres años por sufragio universal directo, en el que participaban todos los varones mayores de veinticinco años. Esta Cámara tenía el derecho de aprobar o rechazar las leyes. El Reichstag tiene derecho a proponer leyes dentro de la competencia del Reich, y con interés a las peticiones que se han realizado al respecto, bien al Consejo Federal o al Reich. Debía aprobar la implantación de nuevos impuestos, aunque no la continuación de los existentes. No ejercía, sin embargo, ningún control sobre el canciller ni los ministros y podía ser disuelta por el emperador con el acuerdo del "Bundesrat".
--	---

Como se ha explicado “El poder y la capacidad de influencia del Parlamento, así como su participación en ejercicio del poder estatal venían determinados en primer término por su predominante división en dos Cámaras. En la primera se reunían regularmente la alta nobleza y el alto clero, en parte también representantes de la baja nobleza, de las universidades, de las ciudades y del resto del clero, así como, otros miembros designados por el Monarca... por tanto, la primera Cámara se caracterizaba por su proximidad política y social a la monarquía y por una tendencia a preservar de forma conservadora los preexistentes privilegios estamentales. Junto a la monarquía misma, debía constituir un contrapeso efectivo frente a la Segunda Cámara burguesa y progresista. En la segunda cámara, concebida como de representación popular, estaba representada sobre todo por la burguesía ilustrada y poseedora de bienes, pero también junto a ella, diversos representantes de la nobleza, el clero y la Administración. A diferencia de la primera Cámara, que eran designados y

nombrados, los representantes de la nobleza y del clero en la segunda eran mayoritariamente elegidos²³⁰.”

“No obstante las facultades y competencias de estos Parlamentos eran mucho más reducidas. La propia convocatoria de las Cámaras era competencia del Monarca. Al principio, éste solo estaba obligado a convocarlas una vez cada dos o tres años. Las legislaturas eran, por tanto, largas hasta de ocho años y sólo paulatinamente se fue reduciendo su duración. Además, el Monarca disponía la facultad de prorrogarlas, clausurar los periodos de sesiones, así como disolver anticipadamente las Cámaras, lo que extinguía el mandato de los diputados electos.²³¹”

En el Reichstag había 382 miembros hasta 1874; a partir de entonces, había 397. Ellos fueron elegidos por un período de tres años, que se extendió a cinco años en 1888, sobre la base de una igualdad general, con voto directo y secreto y un sistema uninominal mayoritario de las circunscripciones. Todos los alemanes varones mayores de 25 años eran elegibles para votar. Según las normas del tiempo, este sistema electoral fue considerado como moderno y progresista. La ley que regula las elecciones del Reichstag ha desempeñado un papel clave en la politización de la población después de 1871 que se refleja en el crecimiento constante de la participación electoral del 50,7% en 1871 a 84,9% en 1912.

A medida que el pueblo alemán se estaba politizado los partidos políticos tienden a transformarse en organizaciones modernas. Las prácticas de trabajo de los políticos también adquirieron nuevas características. Aunque el pago de la remuneración de los diputados del Parlamento fue prohibida hasta 1906, el Reichstag pronto adquirió numerosos políticos en tiempo completo que se especializó en un área concreta en su trabajo parlamentario. El Reichstag se convirtió en un parlamento de trabajo, cuya extensa parte de la legislación jugó un papel clave en el establecimiento de un área jurídica y económica nacional, de igual forma, permitió sentar las bases para el estado de bienestar mediante la creación de planes de seguro de enfermedad, accidentes, vejez e invalidez²³².

Como una característica emblemática del modelo de estado analizado encontramos que el monopolio del poder legislativo se encuentra en cabeza del Rey de Prusia, la Burguesía, El Canciller y los Ministerios, al respecto es claro que el: “En el primer constitucionalismo, la iniciativa legislativa quedaba reservada al monarca o a su Gobierno. Ninguna de ambas Cámaras podía por sí misma presentar proposiciones de Ley y luego aprobarlas, sino que ambas dependían de la iniciativa del ejecutivo. Las Cámaras sólo podían dirigirse al Monarca para pedirle que presentase un proyecto de Ley. Sólo, paulatinamente, las Constituciones posteriores fueron atribuyendo a los Parlamentos una potestad de iniciativa propia. La participación de las corporaciones representativas aparecía, pues, solo con la fase de deliberación y de aprobación. En este punto,

²³⁰ HUN, Werner. El Principio Monárquico y el Constitucionalismo Alemán del Siglo XIX. Ed. Fundamentos cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional, N° 2, Universidad de Oviedo, 2000. p. 11.

²³¹ Ibid., p. 11.

²³² Revista Digital ARTEHISTORIA. Parlamentarismo Alemán, Imperio (1871-1918), disponible online en: <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2572.htm>

el Parlamento disponía en principio de una facultad de modificación y de rechazo básicamente ilimitada, que perdía parte de su eficacia en la siguiente fase del procedimiento legislativo, dado que el acuerdo consensuado de ambas Cámaras requería finalmente el consentimiento del príncipe.²³³»

Es claro que el Parlamento en el Imperio Alemán de 1871 constituía un escenario para la defensa de los intereses de los estados asociados en la Federación ante el Presidente del Reich con base más en la deliberación que en el efectivo poder de control político o jurídico que el Parlamento tuviese sobre el Ejecutivo. Lo anterior se hace patente en la medida en que el poder de veto del Consejo Federado o Bundesrat a la legislación y el poder de veto del Reichstag en el caso de nuevos impuestos podían ser sobrepasados mediante la facultad de disolución del Reichstag que residía en el Ejecutivo y la posibilidad de legislar solventemente con las mayorías copartidarias al Presidente Prusiano que hacían parte del Consejo Federado.

Ahora veamos brevemente las funciones del poder ejecutivo.

Tabla 12: Constitución de 1871

CONSTITUCIÓN DE 1871	
POR LA CUAL SE ESTABLECE EL IMPERIO ALEMÁN	
PODER EJECUTIVO	El Imperio Alemán es representado por su Emperador quien ejerce como Presidente del Estado dicha calidad le corresponde de manera hereditaria y vitalicia al Rey de Prusia.
	Representa al Imperio Internacionalmente. Tiene la facultad de declarar la guerra y la paz en articulación con el Bundesrat. Tiene el Derecho de Convocar y Disolver el Reichstag y el Consejo Federal. Tiene a cargo la reglamentación de las leyes en articulación con los ministros. Posee en exclusiva la iniciativa legislativa ante el Bundesrat.

Del Gobierno

Sección IV. La Presidencia

Art. 11

La Presidencia de la Federación es del rey de Prusia, que lleva el nombre del emperador de Alemania. El Emperador tiene que representar el Reich internacional, para declarar la guerra y firmar la paz en el nombre del Reich, para entrar en alianzas y otros tratados con potencias extranjeras, para acreditar y recibir embajadores.

²³³ HUN, Werner. O.P Cit. p. 12.

Art.12

El Emperador tiene el derecho de convocar, abrir, de prorrogar y cerrar tanto el Consejo Federal y el Reichstag.²³⁴

Para comenzar es importante resaltar la relación del poder Ejecutivo con el Bundesrat, en la medida en que la concentración de su poder frente a la producción del Derecho, si bien tiene explicaciones de tipo histórico y de conveniencia política fundadas en la integridad del Reino, su cuasi-monopolio de la acción legislativa es objetivamente representada en la ingeniería constitucional por su exclusiva facultad de iniciativa legislativa y por el simple hecho de asegurarse una mayoría de 17 Diputados en el Bundesrat que lo libraba del control por medio de veto potestativo de ésta cámara. A lo anterior se suma el limitado poder de la Cámara representativa Reichstag.

Como quiera que se pueda juzgar la cuestión, no se puede pasar por alto que Bismarck, en el curso de las disputas con los gobiernos de los distintos estados y la mayoría del Reichstag, se dejó llevar mucho más allá de sus posiciones iniciales. La concepción originaria preveía un Reichstag bastante impotente, que podía ser elegido sin peligro mediante el sufragio universal, igual y directo (si bien en el ínterin el Canciller consideró también otras posibilidades que tendían a combinar un derecho electoral marcadamente censitario con formas corporativas de representación). Pues los verdaderos soportes del ejecutivo serían establecidos con total independencia del Reichstag y estarían institucionalmente vinculados al ministerio del Estado prusiano y a las comisiones del Bundesrat, de tal manera que serían ampliamente sustraídos a la intervención de los partidos del Reichstag; bajo tales circunstancias, la política de los «gobiernos confederados», que debía ser puesta en práctica por la presidencia del Bund, muy difícilmente habría podido estar sometida a control parlamentario, y menos aún influida activamente por una mayoría parlamentaria, a no ser que se hubiera concedido a los dirigentes de los partidos la oportunidad de ser designados plenipotenciarios en el Bundesrat. Los liberales, con todo el derecho, señalaban este defecto gravísimo del proyecto constitucional del Gobierno, es decir, la falta de claridad jurídico-constitucional en el estatus del ejecutivo dentro del edificio constitucional²³⁵.

“La independencia y el distanciamiento del Canciller Imperial respecto del Parlamento había aumentado en la Constitución de 1871. A través de una cláusula oculta relativa a la incompatibilidad entre la pertenencia al Consejo Federal y a la Dieta Imperial, se consagró la incompatibilidad entre el cargo de Canciller y el mandato como diputado²³⁶”

Después de 1871 el Reichstag ha ganado considerablemente en poder e influencia en relación con el Gobierno imperial y los estados individuales, cuyos representantes forman el Bundesrat o Consejo Federal. La opinión de la mayoría,

²³⁴ Constitución del Imperio alemán (16 de Abril de 1871) disponible online en: http://translate.google.com.co/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/sub_document.cfm%3Fdocument_id%3D1826

²³⁵ MOMMSEN, Wolfgang. La Constitución del Reich alemán de 1871 como compromiso de poder dilatorio. Disponible online en: http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_04.pdf, p. 109

²³⁶ Ibid., p. 10.

sin embargo, es que el único interés de los partidos políticos radica en la supervisión eficaz del gobierno, no en la toma del poder.²³⁷

Un elemento clave del dominio del poder ejecutivo es la irresponsabilidad ante el Parlamento del Presidente y el Canciller, tan solo se establecía la responsabilidad de los ministros. “El elemento central del sistema era la responsabilidad autónoma de los ministros. Incluso aunque el Monarca ejerciese nominalmente el poder estatal, la dirección de la política se había trasladado en la práctica al conjunto ministerial y a los ministros correspondientes.²³⁸”

Alrededor de la irresponsabilidad práctica del Canciller o el Presidente frente al Parlamento se tejió toda una discusión que fue liderada por los grupos políticos de ideología nacional – liberal, sin duda, existían múltiples cuestionamientos sobre el modelo de distribución del poder en el Rechtsstaat que, más que el paso a un sistema parlamentario de corte inglés, pretendía estatuir garantías constitucionales ciertas frente al monopolio del poder político en cabeza del Canciller y el Presidente.

La presión de los nacional-liberales para que las funciones del ejecutivo quedaran claramente fijadas desde un punto de vista jurídico-constitucional siguió encontrando un eco bastante limitado. Esto vale en especial para la cuestión política central de la responsabilidad del canciller. Como ya se ha mencionado, los nacional Liberales en modo alguno tenían el objetivo de conseguir una forma parlamentaria de gobierno según el modelo inglés. En primer plano de sus preocupaciones estaba más bien asegurar el Estado de Derecho, primero porque estaban bajo la impresión de las experiencias del recién zanjado conflicto constitucional, y en segundo lugar porque de este modo se podía evitar que al cabo del tiempo se decidieran en su contra las numerosas cuestiones que habían quedado abiertas en las deliberaciones, tales como el Derecho presupuestario o el desarrollo de la libertad de prensa²³⁹.

La dirección del ejecutivo quedaba en manos de un canciller que, aunque formalmente «responsable», actuaba constitucionalmente como mandatario de un Bundesrat política y legalmente intangible y, por consiguiente, tampoco estaba ligado en la práctica a las mayorías del Reichstag. La construcción federal del Reich, como ya hemos expuesto, sirvió sólo parcialmente para asegurar la autonomía de los estados de la federación, cuya reivindicación de una participación efectiva en la administración del Reich quedaron casi siempre sobre el papel, y en cambio sí tendió a recortar el poder del Reichstag y los partidos.²⁴⁰

El imperio alemán se caracterizó por el modernismo y el tradicionalismo. Su fundación marcó el comienzo de un tormentoso matrimonio entre la democracia y la monarquía, en la que - como se desprende en retrospectiva - las posibilidades de desarrollo de la Constitución de 16 de abril 1871 fue a menudo un problema.

²³⁷ Revista Digital ARTEHISTORIA. Parlamentarismo Alemán. Imperio (1871-1918). Disponible online en: <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2572.htm>.

²³⁸ Ibid., p. 8.

²³⁹ MOMMSEN, Wolfgang. La Constitución del Reich alemán de 1871 como compromiso de poder dilatorio. Disponible online en: http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_04.pdf, p. 114

²⁴⁰ Ibid., p. 120.

En cuanto a la Confederación de los Estados y sus relaciones recíprocas, teniendo en cuenta que no es objeto del presente trabajo, basta decir que con la Constitución del Imperio alemán de 1871 llega después de muchos intentos de unificación que marcan la historia alemana del siglo XIX. Esta unión es posible una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y en detrimento de Austria, que es excluida del nuevo Imperio. La Unión Alemana la van a formar Estados muy distintos entre sí: desde los Grandes Ducados, como Mecklemburgo-Schwerin, donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana. Este nuevo ordenamiento de la Constitución de 1871 se superponía a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los Estados miembros. En muchos casos, como señala Jellinek, no existió una adaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento del Imperio. Factor éste que, junto con otros, creaba una cierta incertidumbre jurídica. Otro aspecto importante en el régimen constitucional imperial era la clara primacía de Prusia sobre los demás Estados alemanes. El órgano legislativo estaba compuesto por dos Cámaras, El Bundesrat o Consejo Federal, estaba formado por delegados de cada uno de los Estados miembros. La representación no era igualitaria: Prusia tenía derecho a 17 delegados, mientras el que le seguía era Baviera, con seis. La Cámara Baja, el Reichstag, era elegida por sufragio universal masculino. Si tomamos en cuenta que Prusia tenía la población de las dos terceras partes del Imperio, se deduce claramente una mayoría clara de Prusia en esta Cámara. El rey de Prusia era el emperador alemán. El canciller imperial era generalmente el presidente del Consejo prusiano. La Constitución era rígida. No podía prosperar ninguna reforma a la Constitución del Reich que tuviese 14 votos en contra en el Consejo Federal.

Por tanto, Prusia era el único Estado que por sí solo podía bloquear una reforma constitucional.²⁴¹

En cuanto al poder judicial los estados miembros de la confederación aplicaban sus jurisdicciones nacionales de acuerdo con la legislación interna, de tal forma que la el poder judicial resultaba un cuerpo funcional, jerárquico, de carrera, el juez carece de independencia real. En la cúpula jerárquica se encuentra el Tribunal Supremo del Imperio creado en 1870 con sede en Leipzig.

Teniendo en cuenta el concepto material de ley construido como límite al poder ejecutivo las materias reguladas por ésta se concebían como asuntos de constitucionalidad, es decir, los contenidos legales se concentraban en temas estructurales para el Estado, como las libertades individuales, el funcionamiento de ciertas entidades del estado, aspectos electorales y otros de envergadura similar o superior, lo que generó el desarrollo de un Estado Administrativo en donde la capacidad reglamentaria del ejecutivo ocupaba grandes espacios de la vida política del estado, lo cual centró el control judicial en la órbita del control a los actos administrativos del gobierno.

²⁴¹ SÁNCHEZ URRUTÍA, Victoria. La fuerza de la Constitución y la Constitución de la Fuerza. Biblioteca Virtual Universia, disponible online en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_037_319.pdf

Debe advertirse que solo hasta el siglo XX la rama judicial tomara forma en Alemania, pues en la época imperial se caracteriza por un papel judicial formal.

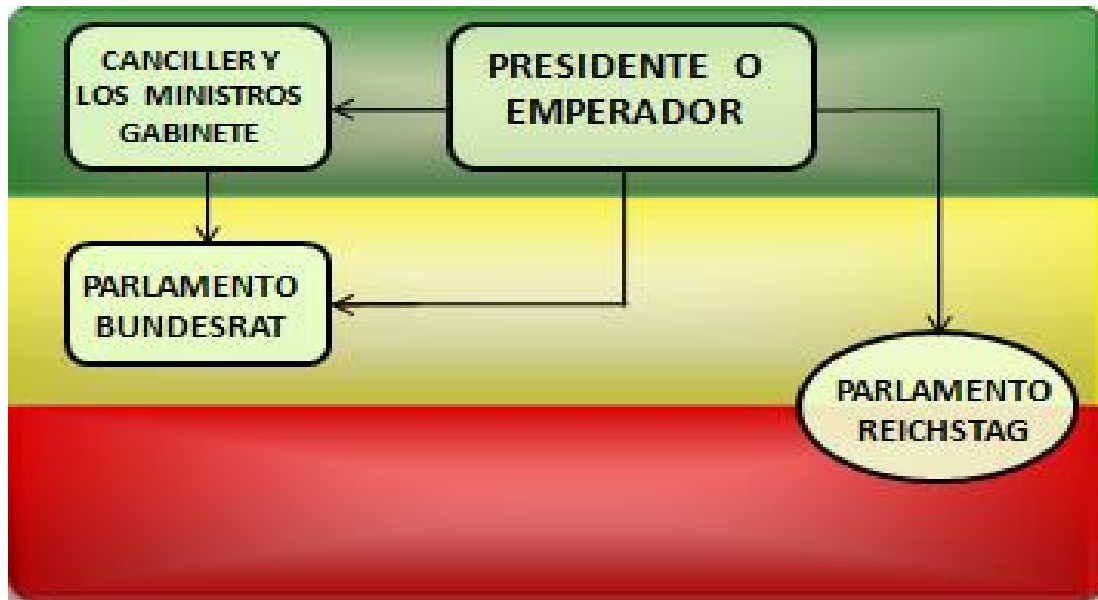
A manera de conclusión tenemos como características fundamentales del Rechtsstaat un sistema político que funda su razón de ser y sus finalidades en la filosofía humanista Kantiana en donde el Estado se convierte en un medio para la realización de las potencialidades humanas que parten de las libertades individuales y llegan a la realización de un proyecto de desarrollo social sostenible. Para la consecución de los fines Estatales se hace necesaria la racionalización del poder, que dadas las tendencias fragmentarias de la política Alemana del Siglo XIX, descarta la separación de poderes como formula de racionalización política por los riesgos que esta conlleva en la medida en que la democratización del Estado puede llevar al traste la unidad política perseguida por el imperio, el riesgo de concebir una función legislativa autónoma desde el Parlamento fundada en principios de soberanía nacional o popular hubiese hecho que los múltiples intereses locales de la fragmentada organización Alemana se exacerbaran en las Cámaras dando así al traste a la unidad política perseguida con la Constitución de 1871.

En tal sentido la ingeniería constitucional atribuyó al Presidente o Emperador importantes funciones en materia legislativa y reglamentaria, en este sentido le otorgó en exclusiva la iniciativa legislativa, lo hizo irresponsable ante el Parlamento y dadas las múltiples funciones administrativas a su cargo auspició la expansión de sus facultades reglamentarias en un sistema político en el que escaseaban las leyes por tal razón se configuró un estado esencialmente administrativo. Ahora bien, existían limites materiales en la medida en que se estableció una reserva legal para intervenir el núcleo de libertades individuales las cuales constituían la masa crítica vedada a Emperador como conquista de los brotes de liberalismo burgués que empezaban a permear el Estado Alemán en el Siglo XIX.

La racionalización del poder Estatal se proyectó desde las órbitas de la teoría jurídico – pública, en la medida en que se escindió el modelo político de las garantías constitucionales que fueron vertidas y desarrolladas en un sistema jurídico autónomo, por tal motivo, es posible hablar de Estado de Derecho en un sistema con fuertes restricciones democráticas y concentraciones importantes de poder en el Emperador Alemán del siglo XIX que a la luz del liberalismo Francés y de su modelo de separación de poderes podrían sonar aberrantes.

En la construcción teórica del sistema jurídico Alemán se llega a elaborar un concepto de ley que no rompa con el dominio político del Emperador, de tal manera que el poder de la ley no tiene una legitimación democrática traducida en el valor funcional del órgano que la emite, como en el caso del Parlamento Francés, su legitimidad y superioridad se basa en los contenidos que ella desarrolla. Los contenidos legales para el sistema político y jurídico Alemán son aquellos que estructuralmente sirven para la fundamentación constitucional del Imperio de 1871 como las libertades individuales, el desarrollo del derecho de participación de los estados en el Parlamento y demás temas de elevadísima importancia quedando un universo de funciones estatales en la órbita de la facultad reglamentaria a cargo del Emperador, lo cual, a pesar de la aplicación del principio de legalidad, termina siendo un amplio espacio para la creación del Derecho en cabeza de un solo órgano constitucional.

1.4.4. Modelo de Separación de poderes en el Rechtsstaat Imperio Alemán de 1871.



Franja de Dominio en la Producción Legislativa.

Ejerce dominio pleno del poder Legislativo El Emperador en la medida en que tiene la iniciativa legislativa en su poder, ejerce amplias funciones reglamentarias ante el vacío legislativo dejado por escasa producción de leyes producto del concepto material de índole cuasi – constitucional de ésta. Además goza de mayorías constitucionalmente garantizadas en el Bundesrat que en principio lo libra del veto legislativo a cargo de esta Cámara, las funciones de Reichstag se limitan a una actividad de control más formal que sustancial en la medida ñeque el Emperador y el Canciller no responden ante el Parlamento, de igual forma, el Emperador Rey de Prusia cuenta con amplias mayorías en el Reichstag dada el mayoritario índice poblacional de Prusia sobre los otros Estados Confederados



Franja de Dominio Parcial en la Producción Legislativa.

El Bundesrat ubica en la franja de Domino Parcial de la producción Legislativa en la medida en que tiene la posibilidad de presentar proyectos de Ley ante el Canciller o el Emperador y además tiene un poder de veto sobre la legislación propuesta por el Emperador que como se ha explicado es más formal que real dada la conformación del Bundesrat



Franja de Abstención Total en Producción Legislativa:

En Reichstag se encuentra compartiendo parte de la franja de Abstención Total de la Franja de Producción Legislativa y Parte en la Franja de Producción Parcial dado que a pesar de tener iniciativa legislativas ante el Emperador tenía un poder de veto limitado a leyes de contenido financiero. Adicionalmente, y muy importante para catalogarlo en este nivel de producción legislativa, es el hecho de que podía ser disuelto en cualquier momento por el Emperador, así como, su imposibilidad total para exigir responsabilidad alguno sobre el Canciller y el Emperador, puesto que aquel por lo menos se encontraba obligado a acudir ante el Bundesrat cuando éste los solicitaba.

A MANERA DE CONCLUSION

Como se ha podido vislumbrar en el análisis descriptivo de los Modelos de Estados de Derecho vistos con antelación la separación de poderes hace parte de un ideario político liberal que enmarcado dentro de la coherencia y la sistemática se manifiesta en distintas vertientes y concepciones organicistas del poder haciendo de la teoría de la separación de poderes un arquetipo dinámico y moldeable a las impresiones políticas de cada modelo de Estado de Derecho.

La Separación de Poderes es una estructura política fundamental dentro de la organización política de los Estados Liberales de Derecho, históricamente así ha sido reconocida en mayor o menor grado en todos los modelos de Estado analizados; su versatilidad no la hace superflua pues su esencia – la separación de poderes- es una garantía política sin parangón en el cometido de moderar el poder desde la ingeniería constitucional.

La Teoría de la Separación sigue siendo esencial en los modelos de Estado de Derecho pues logra conseguir la limitación del poder político desde la mecánica orgánica que precede la manifestación del mismo, es decir, limita el poder estableciendo condiciones de validez para su manifestación que hacen parte inescindible del mismo como condición de su legitimidad y eficacia.

Como se pudo evidenciar la teoría analizada se modula según responda a los principios de la Constitución Equilibrada, base del modelo Parlamentario Inglés; a la combinación con la teoría de los pesos y contrapesos acuñada en Estados Unidos de Norte América; al concepto radical de soberanía popular en el que se funda el Estado Legalista Frances y, por último, al concepto abstracto de soberanía nacional sobre el se proyecta el Reichsstaat Alemán equiparable a una monarquía constitucional; en una y otra escena política la separación de poderes asume una estructura particular oscilando entre el equilibrio de los poderes y la hipertrofia de alguno de ellos.

Ahora bien, es importante hacer nuevamente claridad en el sentido en que la modulación resultante del análisis fue configurada estudiando la participación que le correspondía a los poderes públicos en la producción del Derecho de cada Modelo de Estado, puesto que si hubiese contemplado otros parámetros para su elaboración tendría seguramente estructuras diferentes a las resultantes en cada modulo.

Retomando; como se observó en el modelo Inglés y en el Norte Americano la tendencia se inclina hacia el equilibrio de poderes en la producción del derecho con la salvedad del Presidente de los Estados Unidos y el Monarca en Inglaterra; en cuanto al primero posee iniciativa legislativa y veto limitado y en cuanto al segundo posee iniciativa legislativa pero a través de Gabinete.

En cambio existe una participación parcial del poder judicial en la producción del derecho en los dos modelos referenciados que se fundamenta, para el caso Británico, en la permanencia del *Common Law* con una doble connotación para el objetivo de nuestra investigación, la primera derivada del sistema de precedentes judiciales en el que se basa dicho sistema y que constituyen *per se* creación de

reglas de derecho, así como, el desarrollo y defensa de los principios constitucionales que se confía históricamente a los jueces en Gran Bretaña; ahora bien, en Estados Unidos también tienen participación los jueces en la creación del derecho a causa de la permanencia del *Common Law* y del establecimiento de la revisión judicial de las leyes – *judicial review*– como fruto de la connotación de Ley Fundamental que reviste a la Constitución de los Estados Unidos cuyo origen o justificación histórica se ubica encuentra en los ejercicios constituyentes ejercidos mediante los plebiscitos constitucionales de Massachussets 1780 y Filadelfia 1787.

Así mismo, se ha logrado evidenciar como la separación de poderes genera hipertrofias en la distribución del poder político ocasionadas bien por el radicalismo de las ideologías liberales que hacen que esta teoría pase a un modo atomizado en la ingeniería constitucional como en el Estado Legalista Frances, o bien, por que dentro de la teoría política dominante es obviada generando como consecuencia el efecto contrario al propósito de ésta dando paso a la concentración del poder político como en el caso del Emperador del Reichsstaat.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto una primera conclusión de este trabajo de investigación es el que la teoría de la separación de poderes no constituye un impedimento para la creación del derecho en sede judicial o, viceversa, la creación del derecho en sede judicial no atenta contra los principios y esencia de la teoría de la separación de poderes como erróneamente se ha argumentado en las críticas hacia el papel de los jueces en los Estados contemporáneos.

Sin embargo, debo limitar mi afirmación al Estado de Derecho puesto que es el marco en el que se ha efectuado el análisis de la teoría estudiada, ahora bien, siendo el Estado de Derecho el presupuesto del Estado Social de Derecho podría pensarse con algo de certeza que al ser este último un modelo de Estado en esencia axiológico los jueces tendrían un espectro más amplio de intervención en la producción del Derecho.

Con el fin de complementar la conclusión general a la que se ha llegado con el camino recorrido en cada uno de los Modelos de Estado analizados considero importante extrapolar aquellas categorías o arquetipos teóricos que con mayor influencia modulan la teoría analizada y que en últimas reflejan la naturaleza de cada modelo de Estado analizado.

- **Soberanía Popular:**

Unido al espíritu individualista, las ideas liberales y las revoluciones del XVII y XVIII, la idea de soberanía popular aparece como una transformación del concepto original general de soberanía como *summa potestas* y decisión, poder y voluntad, que en esencia cambia el depositario del poder del rey al poder ostentado por el pueblo.

Como doctrina política moderna la soberanía popular, proviene de Rousseau, quien asegura que un pueblo es una unidad histórica de costumbres y hábitos de vida en común, cuyos integrantes acuerdan formar un Estado para gobernarse mejor en forma soberana (sin otro poder por encima de él). El pueblo constituye el

Estado, y debe después controlarlo y cambiarlo si lo cree conveniente. El pueblo no debe nada a sus gobernantes, que son servidores, escribientes o mensajeros de la voluntad popular. Al mismo tiempo, el pueblo tiene gran poder sobre los individuos, solo compensado por la reciprocidad de la situación de éstos.

La soberanía, siguiendo a Rousseau y con la precaución de no confundir el término con el de la soberanía nacional, tiene como base la libertad, la autodeterminación y voluntad de cada uno de los individuos que habitan el territorio, luego la suma de todas y cada una de las soberanías individuales comprende la masa política de la que está hecha la soberanía popular; así las cosas, cada uno de los miembros de la comunidad política poseerá una parte de la soberanía del Estado.

La soberanía popular entonces, debe ser leída en primera instancia desde una perspectiva antimonárquica y anti-absolutista, que refleja el descontento social aunado con la creciente demanda de autodeterminación. Es así como, los brotes revolucionarios mostraron el empoderamiento del pueblo quien reconociendo que sus representantes habían sido escogidos por una ínfima parte de la población, no contaban con legitimidad y por tanto los hombres excluidos serían en adelante ciudadanos.

Este tipo de experiencias suponen que la soberanía popular es la soberanía de ese Tercer Estado a manos llenas, una participación directa que vincula al grueso de los asociados en las decisiones de poder Estatal.

Junto a esta concepción aparecen categorías como la de Sieyes, en cuyo caso ese poder constituyente que encuentra su forma en el pueblo, es el fundamento originario de la legitimidad. Y yendo más allá cuenta con una naturaleza tal que sus designios serán superiores a los mandamientos constitucionales, pues recuérdese que lo inherente a la soberanía es ser ilimitada, indivisible y en este contexto supraconstitucional. De este modo las decisiones del pueblo son de las que derivan las prescripciones constitucionales y no a la inversa. Nunca se verá el pueblo sometido a mandamientos que contradigan su voluntad soberana. Ya advertía Mauricio Duverger que “Es la constitución la que deriva su poder del poder constituyente y no el poder constituyente el que deriva su autoridad de la constitución”.

En tal sentido solamente es legítimo el Estado que se funda en la soberanía popular, tanto en la constituyente como en la legislativa; el que hace posible, a través de las normas jurídicas, la formación de la voluntad política del pueblo, y el que sujeta su poder al control democrático.

El arquetipo de la Soberanía Popular de carácter rousseoniano presenta como única fórmula política el gobierno asambleísta el cual funda su legitimidad recurriendo a un sistema de democracia directa para que el soberano ejerza su derecho político fundamental e indelegable de expresar su asentimiento o disenso sobre las decisiones políticas.

La constitución Francesa de 1793 es muestra de la implantación de este concepto; en tal sentido sobre la constitución expedida podemos decir que la constitución [revolucionaria de 1793] no habla de “soberanía de la nación”, sino de “soberanía

del pueblo”, y desde el punto de vista orgánico, su carácter democrático se manifiesta en las siguientes notas:

- e. El sufragio es universal y directo, y el mandato de los representantes dura solamente un año, principio genuinamente democrático, pues mientras más corto sea el plazo, tanto menor será la separación de voluntad de los representantes y de los representados.
- f. Las leyes quedan sometidas a la sanción popular.
- g. La iniciativa de reforma constitucional pertenece también al pueblo, y es llevada a cabo por una Asamblea especialmente elegida para ello.
- h. El cuerpo legislativo reúne el conjunto de los poderes legislativos y ejecutivos; sus actos, en el primer aspecto, son leyes en segundo lugar son decretos.

En conclusión, frente a un legislativo poderoso, el Gobierno estaba dividido en dos órganos: un ejecutivo superior muy numeroso y una especie de ministerio carente de unidad en doble dependencia del Consejo ejecutivo y del Cuerpo legislativo²⁴².

Como se describió en el análisis efectuado a esta constitución el dominio del cuerpo legislativo es absoluto quedando relegados el poder ejecutivo y el poder judicial a una puesta en marcha de los actos de poder soberano en una clara relación de subordinación. En cuanto a la separación de poderes esta es artificial ya que no es viable dividir el poder soberano luego la división se convierte en un instrumento organicista que permite la ejecución de los mandatos del cuerpo legislativo de una manera efectiva.

En este sentido, se podría afirmar que la implantación del concepto de soberanía popular en una acepción radical o rousseoniana modula la separación de poderes hacia la primacía del cuerpo legislativo convirtiendo al gobierno y los jueces en estrictos órganos ejecutivos.

- **Soberanía Nacional**

En un proceso simultáneo en el marco revolucionario del 89, aparece el concepto capital para la ciencia política y el derecho constitucional de Soberanía Nacional. A diferencia de Alemania por ejemplo quien declara la soberanía en el Estado, o los ingleses que la ubican en el Parlamento; el proceso francés es muestra brillante de un desarrollo extenso de este concepto, de vertiente política y con incidencias jurídicas y cuyo depositario será la figura abstracta de la nación como cuerpo indivisible y cuya diferencia radical con la soberanía popular está, en que pese a ser compuesta por la totalidad de los ciudadanos no puede decirse que cada uno de ellos es depositario de una parte de la soberanía, pues en este caso es la unidad indivisible que se manifiesta a través de los representantes del

²⁴² GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Ciencias Sociales Alianza Editorial, Madrid, 1991. p. 468.

pueblo, no como facciones, no como partidos sino como cuerpo unitario de intereses comunes.

Duguit resume el alcance de este principio constitucional al decir que: *“en la doctrina de soberanía nacional, es la persona colectiva la que posee la soberanía, y los ciudadanos considerados individualmente no tienen la más pequeña parcela de ella; no tiene pues, ningún derecho a participar en el ejercicio de la soberanía. La única consecuencia que deriva del principio de la soberanía nacional es la necesidad de hallar el mejor sistema para encontrar la voluntad nacional”*

Hecho que recuerda el objetivo de la separación de poderes como instrumento que propugna de un lado por el control y mejor ejercicio de gobierno, y de otro por la disminución de facciones peligrosas en el desarrollo del poder.

“En los últimos siglos de la monarquía, el rey, sostenido por juristas consagrados a sus pretensiones absolutistas, había conseguido presentarse como propietario de la potestad estatal y hasta constituyendo por sí sólo el Estado. La Revolución vino a cortar esta confusión. La obra capital del Constituyente, en ese orden de ideas, consistió en separar el Estado de la persona del Rey, y para ello la Constituyente hizo incluir a la nación. Tal es el principio de la soberanía nacional: ésta se halla en la nación y no se descompone en una soberanía personal de los nacionales tal como se encuentra en la Constitución francesa de 1793 “la soberanía reside en la universalidad de los ciudadanos”. Así aparece entonces como figura abstracta de carácter político, que se materializa jurídicamente en la consagración constitucional de aquella como depositaria de la soberanía del Estado, por encima de los poderes que constituyen a éste, zanjando así la pugna por el poder y el ejercicio soberano pretendido en una sola mano.

Preciso recordar la manera en que Napoleón desde la aplicación de su cesarismo democrático busco conciliar sus intensiones imperialistas basado en la soberanía nacional y la expresión de esta mediante formulas jurídicas y tendenciosos plebiscitos, en cuyo caso el Cónsul esperaba que el pueblo le cediera la soberanía popular que detentaba. Malogrando así el equilibrio de poder, devolviendo a Napoleón el ejercicio absoluto soberano que no le corresponde.

Aparece en este contexto una relación entre el principio de separación de poderes y la soberanía nacional pues si bien en la Revolución se deposita la soberanía en la nación únicamente, este poder deja de ser de alguien o de provenir de alguna fuente, rompiendo la tradición de potestas personal. De este modo sólo a quienes se confíe el ejercicio de la soberanía por parte de la nación podrán hacerlo, teniendo este hecho una consecuencia implícita y es que en un sistema como este la soberanía nacional consagrada en la constitución se resguardará de ser abusada y establecerá todos los instrumentos para que sus representantes no se excedan en facultades y transgredan a la nación; uno de esos instrumentos es la separación de poderes.

Ya desde una perspectiva jurídica debe sumarse al análisis el hecho de que la nación como persona jurídica es diferente del Estado, pues como recuerda Michoud “el Estado no es sino la nación misma jurídicamente organizada (...) en el concepto de Estado, tal como se ha expuesto, la potestad pública se considera

como perteneciente a un sujeto de derecho, que es el Estado, es decir la colectividad nacional organizada²⁴³»

De las afirmaciones descritas pueden categorizarse algunos cambios sustanciales en el entendimiento tanto de la separación de poderes como la forma de actuar del estado y sus protagonistas.

- a. El monarca no es ya el centro y origen del poder, pues ahora la residencia de todos y cada uno se ubicara en la nación. Siendo el poder constituyente mismo el más importante y el depositario de aquella.
- b. Como consecuencia de esta sucesiva pérdida de poder, ya no será el monarca el encargado de reformar las cartas constitucionales de acuerdo a sus intereses. Así el monarca como todos los órganos que componen la nación no serán más poderes constituyentes, como antaño se autodefinían, sino que en adelante serán poderes constituidos por la nación. Este hecho puede encontrarse en la Constitución de 1791 en cuyo caso se proclama que será la nación quien delegue los poderes de los que es titular y están establecidos en la Constitución.
- c. En tercer lugar y en consonancia con la separación de poderes, al ser el rey no fuente de aquellos sino uno de los órganos del Estado, sólo tendrá aquellas facultades que le sean otorgadas por el cuerpo constitucional que de la nación emane. De nuevo el texto de 1791 recuerda en su art. 3 (Título III, Cap. II, Sección I) que “El rey sólo reina por la ley, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia”
- d. “Desde el momento en que se admite que los gobernante reciben su título por una concesión nacional y constitucional, hay que admitir también que éste título no puede ser objeto de una apropiación irrevocable en su provecho, sino que, al contrario, siempre es susceptible de renovación por efecto de una nueva Constitución que venga a modificar la antigua. Esta es también la consecuencia directa de la soberanía nacional, pues al ser la única soberana, la nación conserva en todo momento el derecho de retirar el poder de aquellos a quienes lo había confiado²⁴⁴.
- e. Este principio de soberanía nacional se resiste a que la potestad de la nación sea inmovilizada al estar localizada en individuos particulares, así sean los ciudadanos. “la organización estatal de la nación debe combinarse de tal manera que los hombres que concurren a formar un órgano de voluntad nacional en ningún caso puedan convertirse en el soberano²⁴⁵”

²⁴³ CARRÉ DE MALBERG, R. Teoría general del Estado, 2a. ed. en español, trad. de José Lión Depetre, prefacio de Héctor Gros Espiell, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, México, 1998. p. 905.

²⁴⁴ Ibid. p. 908.

²⁴⁵ Ibid., p. 911.

Así las cosas, se establece el sistema representativo, a diferencia de la democracia directa, hecho que es ejemplificado en la Constitución Francesa de 1791 que prescribe que la nación ejercerá sus poderes por medio de sus representantes. Así Carré considera que lo que fundó la Revolución Francesa en virtud del principio de soberanía nacional, es el régimen representativo, un régimen en el cual la soberanía, al quedar reservada exclusivamente al ser colectivo de la nación, no puede ejercerse por nadie sino a título de representante nacional. Este es en última instancia el significado de soberanía nacional²⁴⁶.

De este modo al igual que en los debates por la distribución del poder al interior de la organización estatal, la soberanía se interroga constantemente por la residencia y los actores de poder político, así mismo, comparte su vocación al establecer mediante sus preceptos límites al ejercicio del poder al separar al monarca de la summa potestas y al romper el imaginario del monarca, rey o Kaiser como fuente suprema de todos los poderes del Estado. y en tercer lugar, pese al ser objeto del debate bienes intangibles; como el poder y la soberanía; está claro que mediante la formalización y constitucionalización de sus límites logra darse cuerpo a estas formas políticas abstractas transversales en los estudios del Estado y la historia del hombre.

Para concluir y aunque este apartado devela un sesgo que privilegia el modelo Francés como prototípico en los avances frente a la separación de poderes entroncado con la soberanía, es preciso recordar que aunque este principio tiende a privilegiar a los cuerpos representativos del estado y en su lugar por su puesto a la Rama Legislativa deben ser consideradas las maneras que en el caso Alemán representan una alternativa diferente para la lectura de la soberanía, mostrando al Kaiser como depositario de la soberanía del Estado, sin oposición real fuerte como producto de un trasegar histórico político cuyo imaginario social generaba desconfianza e incertidumbre sobre la capacidad de autogobierno de los pueblos, o como en el caso inglés en el que la soberanía residida en el Parlamento caracterizando matices diferentes y que se apartan de las influencias de tipo rouseniano como en Francia cuya consecuencia inmediata, en lo que concierne al equilibrio y distribución del poder, está dado por una subestimación del papel de los jueces y en general del poder judicial, al ser tratado como de segunda categoría y desdeñado en todo el proceso revolucionario por encontrarse al margen del interés popular y no representar sino los intereses de una facción letrada de la sociedad.

Finalmente y aunque la soberanía nacional fuese en principio un instrumento susceptible de ser apropiado por el cuerpo ejecutivo de una u otra latitud, en realidad lo que se produjo fue una tendencia híbrida que se debate entre el legocentrismo francés, frente a las tendencias hiper- ejecutivas en Alemania o la preeminencia de los jueces en un sistema de corte presidencial como en Estados Unidos., como gendarmes de la soberanía.

Así cada fenómeno político- constitucional debe ser leído desde una perspectiva que respete sus características propias, que como se ve no es adecuado sobreponer siempre.

²⁴⁶ Ibid., p. 914.

Así las cosas puede decirse que de manera independiente al modelo y con los matices propios de cada latitud, el desarrollo y evolución de la separación de poderes como principio determinante en la construcción del Estado Nación moderno, está íntimamente ligado e incluso en interdependencia con el desarrollo de la soberanía nacional, pues en ocasiones puede evidenciarse un proceso simbiótico en el que uno u otro proceso se alimentan consolidándose mutuamente y haciendo de la separación un prerequisite de los Estados y de la soberanía nacional el instrumento de legitimación estatal por excelencia.

- **Poder Constituyente:** A continuación explicaremos los contenidos y características generales de este arquetipo del Estado de Derecho sin que el objetivo sea extendernos en los problemas teóricos que puede encerrar dicho concepto; necesario resulta definir su naturaleza para describir la fuerza con la que modula la teoría de la separación de poderes como se ha podido constatar a lo largo del presente trabajo.

Este concepto acompaña la naturaleza misma del Estado de Derecho es la fuente principal de legitimidad democrática que permea su Teoría del Estado y establece una lógica del poder que parte desde las bases sociales para darle sustento a la estructura política.

En su concepción esencial el poder constituyente pertenece más al campo político que al jurídico está ligado directamente al concepto de constitución como expresión del acuerdo político fundamental que repercute en el universo de lo jurídico en términos de la superioridad material y formal de la norma constitucional.

“El poder constituyente se ha conceptualizado como una capacidad de ejercicio de la soberanía o como la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse, por su propia voluntad, una organización política y un ordenamiento jurídico”.²⁴⁷ Esencia del poder constituyente es la legitimidad puesto que cualquier poder ejercido *per se* no es constituyente éste debe ser promovido y aceptado por la sociedad para que de manera explícita tome esta condición fundacional de un orden político - jurídico vinculante y generador de cohesión social alrededor de sus declaraciones.

La condición de legitimidad de éste principio lejos de ser una manifestación abstracta se expresa en términos concretos como: i) la titularidad del poder constituyente debe recaer en la “soberanía popular” o “soberanía nacional” según se hable del proceso constitucional Norte Americano o del Europeo del siglo XVIII respectivamente²⁴⁸ y ii) del proceso a través del cual dicho poder debe expresarse

²⁴⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El Poder Constituyente, Buenos Aires, Ed. Bibliografía Argentina, 1957. p. 564.

²⁴⁸ En cuanto a la legitimidad de los Poderes Constituyentes que se pretende explicar es importante aclarar que en el caso del plebiscito constitucional que dio origen a la Constitución de Massachussets de 1780 y a la Constitución de Filadelfia de 1787 éstos no se pueden considerar basados en un concepto estricto de soberanía popular pues no se ejerció el derecho al voto en condiciones de universalidad, pero si se pueden calificar como una etapa embrionaria del concepto de soberanía popular que vería la luz en toda su dimensión con los acontecimientos históricos del siglo XX.

en la medida en que su expresión se debe dar por el discurrir de los canales materialmente democráticos para que así se de un efectivo fundamento a la aceptación general y a la fuerza vinculante del texto constitucional.

Es a través de las anteriores condiciones como opera el poder constituyente y sobre todo como emerge la constitución en términos de *pacto social* que desarrolla el arreglo institucional sobre el poder, los acuerdos políticos fundamentales, la conciliación de los intereses de clases y las garantías a los derechos y libertades fundamentales y fundamentadoras del Estado.

El producto inmediato del ejercicio del poder constituyente es el establecimiento material y formal de la constitución lo que inmediatamente genera el escisión entre el poder constituyente y los poderes constituidos, como se sabe éstos últimos encuentran su origen en la constitución misma y ejercen su función con base en el marco que esta establece y en un nivel de competencia inferior al del poder constituido; en tal sentido el poder constituyente tiene como propósito crear la constitución y los poderes constituidos gobernar con fundamento en ella.

Del análisis efectuado a los modelos de Estado Norte Americano y Estado Legalista Francés se desprende que en el primero dicho poder constituyente se desarrollo en el nivel de la praxis política mediante la Asamblea Constitucional que presidio la expedición de la Constitución de Massachussets de 1780 y la Constitución de Filadelfia de 1787 y sus posteriores ratificaciones; en cuanto al segundo Estado el concepto de poder constituyente floreció desde la teoría política con Sieyès cuando dibujaba las características del mismo en su conocido aforisma: “¿ Que es el Tercer Estado? a) es un poder originario y único, que no puede encontrar su fuerza fuera de sí mismo, por que más allá de el no hay nada. b) es un poder sin condiciones (incondicionado) frente al cual no existen límites ni de tipo formal ni de carácter material. En principio el Poder Constituyente lo puede querer todo y quererlo de la forma en que le parezca oportuno²⁴⁹”.

En tal sentido observamos como en el caso del Estado Legalista Frances el desarrollo del poder constituyente fue un proceso paradójico que contenía el propio germen de su destrucción. Podríamos decir que éste fue ahogado por la concepción radical de la soberanía popular que dominó el periodo constitucional de 1779 a 1795 lo que termino desdibujándolo y limitándolo al plano de lo teórico.

En así como, para el periodo referido, el poder constituyente Francés se convirtió en la manera de condensar la violenta fuerza del liberalismo político que tendría como única salida la hegemonía del poder legislativo en el mapa político, lo cual, imposibilitó la concepción de la Constitución como Ley Fundamental Suprema que establecía límites a los poderes constituidos, así las cosas, el poder legislativo avasalló el marco constitucional y terminó siendo expresión de un poder constituyente permanente e incontrolable que acabó por colapsar el sistema al traicionar los principios, que como el de la moderación del poder, le daban legitimidad.

Circunstancia adversa a la acaecida en los Estados Unidos en donde desde la *praxis* política desarrollo completamente el proceso poder constituyente –

²⁴⁹ SIEYÉS, Emmanuel. ¿Qué es el Tercer Estado?, Ed. UNAM, México, 1983. p. 108.

constitución en clave de norma superior dadas las condiciones particulares del pensamiento político - constitucional Estadounidense madurado en los desarrollos que en esta materia se habían hecho desde el *common law* con Coke y Otis, con las cartas regias entendidas como derecho constitucional desde la península para la nueva Inglaterra y por las condiciones políticas, económicas y sociales que trae consigo la organización de un Estado Federado y la construcción de un pacto social en donde confluyen los intereses más diversos.

En este sentido los Estadistas Norte Americanos dimensionaron con agudeza como la constitución entendida en clave de *pacto social* se erigiría como la piedra angular en la que descansaba el mandato soberano – *el poder constituyente* – y en la que se enmarcaban las competencias y el alcance de los órganos constituidos.

En Norte América la constitución se conceptualizó como la depositaria de los derechos, libertades e intereses reconocidos a los distintos actores políticos; como elemento fundamental de unidad para el Estado Federado; como garantía material y formal del mandato soberano allí expresado salvaguardado por su condición de norma superior y por la adopción de la separación de poderes apuntalada a un sistema de pesos y contra pesos establecido para evitar la subversión de los órganos constituidos en poderes constituyentes ilegítimos.

La desconfianza a los ataques desde el poder legislativo al mandato constitucional y la adopción de los pesos y contra pesos son muestra importante del valor dado al poder constituyente y a la constitución como marco protector del mismo.

En tal sentido se podría afirmar que el principio o categoría del *poder constituyente* cuando es desarrollado a plenitud, como se llevo a cabo en los Estados Unidos en el siglo XVIII, conduce al establecimiento de la constitución política como Ley Fundamental del Estado lo que incide en la modulación de la separación de poderes toda vez que traslada a la judicatura o a un órgano de naturaleza cuasi – judicial, como el Consejo de Censores de la Constitución de Nueva York de 1777, la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes como mecanismo de protección al acuerdo fundamental, a la ley fundamental del Estado.

En el marco de los Modelos de Estado analizados es palmario el efecto que surte la consolidación del arquetipo - Poder Constituyente - en la participación parcial de los jueces en la producción del derecho dado que demanda la revisión judicial de la legislación como mecanismo para asegurar la integridad de la ley fundamental.

- **Supremacía Constitucional:** Si bien el establecimiento de la Constitución como cierre de bóveda del sistema político podría fundarse en la materialización del poder constituyente que ésta evoca, lo cierto es que aunque importante existen otros conceptos que han contribuido a la consolidación de la constitución como ley fundamental de rango superior en el ordenamiento jurídico.

El arquetipo de la supremacía constitucional supera el discurso político que funda la fuerza de la constitución en su equiparación con el acto soberano por excelencia, para en cambio redescubrir en el texto constitucional otros atributos

como el de constituir una garantía contra - mayoritaria para la defensa de los derechos y libertades allí declarados.

Este atributo de la constitución es evidente en el proceso constitucional Estadounidense en donde la supremacía constitucional era declarada expresamente en el preámbulo de la Constitución de Massachussets de 1780 y era un concepto jurídico claramente defendido por Estadistas como Adams y los Federalistas Madison, Hamilton y Jay al interior de la Convención Federal de 1787.

La cosmovisión planteada desde los ambientes sociológicos hobbsianos en el que el individuo constituía una amenaza contra si mismo y eventualmente contra el código de valores de la sociedad burguesa se veía potenciada en el marco de un juego democrático basado en el dominio de las mayorías; esta era una amenaza claramente identificada en el constitucionalismo Estadounidense del siglo XVIII.

De lo anterior se desprende la desconfianza abiertamente declarada hacia el monopolio del poder legislativo que había dado lugar a un modelo de separación de poderes apuntalado con un sistema de frenos y contrapesos de manera concomitante al concepto normativo - en clave de ley superior - de la constitución política.

Subyace a la visión normativa de la constitución el transito de la soberanía popular a la soberanía nacional, puesto que, una vez descartada la aplicación material del principio de soberanía popular en los términos expuestos por Rousseau a causa del sistema de democracia directa que éste implicaba, así como, dado el antecedente despótico mostrado por el gobierno asambleísta de 1793 en Francia, se hace necesario un tránsito hacia la soberanía nacional en donde media el principio de representación entre el Estado y la sociedad como única alternativa para la realización del modelo liberal. Dado que bajo el concepto de soberanía nacional el poder político se ejerce a través de mandatos otorgados al cuerpo representativo el concepto normativo de la constitución tomo fuerza en la medida en que ésta era una garantía de control sobre los órganos representativos.

La preocupación por controlar el poder desplegado por el legislativo también fue evidente en la constitución más revolucionaria de la historia Francesa – La Constitución del Régimen Asambleísta de 1793 - tan solo que dado el concepto de soberanía popular de corte radical planteado como columna vertebral del modelo de Estado la constitución no se podía erigir como un límite al poder soberano que por definición es absoluto e indivisible - Rousseau. Sin embargo, se plantearon formulas como la asamblea bicameral, escindida en consejo de ancianos y consejo de los quinientos, para ejercer un control de naturaleza política al interior de la asamblea.

Otro elemento no menos importante que moviliza el concepto de Constitución Normativa es la organización en Estados Federados con origen en la Norte América del siglo XVIII; la guarda del equilibrio regional entre disímiles intereses políticos en cabeza de los Estados asociados y las garantías de cohesión con base al reconocimiento de ciertas autonomías hacían de la constitución en clave de norma fundamental la fórmula ideal para guardar la rigidez y la coordinación del Estado Federado.

En este orden de ideas y de conformidad al análisis efectuado en este trabajo es claro que el arquetipo de la Constitución Normativa impacta al principio de separación de poderes modulándola en pro del fortalecimiento de un órgano encargado de su defensa que por regla general es el Poder Judicial. Así las cosas, la constitución normativa fomenta la participación de los jueces en la producción legislativa.

Finalizo el presente trabajo de investigación esperando haber aportado desde la ingeniería constitucional argumentos históricos y analíticos suficientes para probar que la intervención del papel de los jueces en la creación del derecho no constituye una vulneración de la teoría de la separación de poderes garantía fundamental de los Estados de Derecho Contemporáneos.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. La Política. Ed. Orbis, Barcelona, 1985.

ABELLAN, Joaquín. Liberalismo Alemán del Siglo XIX: Robert Mohl, Revista Centro de Estudios Nº 33, España, 1983.

ACOSTA SANCHEZ, Jose. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

ADAMS, John. Autor de *Defence of the Constitutions of Government of the United States*, escrita en 1787, Boston, 1865.

AKERMAN, Bruce. "La Nueva División de Poderes", Fondo de Cultura Económica, Edición en Ingles, México, 2000.

ALVARADO. Catherine. El parlamento Ingles, Trabajo de Investigación Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo versión online disponible en <http://www.scribd.com/doc/2268151/Derecho-Constitucional-I-El-Parlamento-Ingles?page=4>

BOCKENFORDE, Ernest. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Ed. Trotta, Madrid, 2000.

CAREY, George. La Sabiduría del Federalista, Revista "Political Science Reviewer", Universidad de Georgetown, 1984.

CARRÉ DE MALBERG, R. Teoría general del Estado, 2a. ed. en español, trad. de José León Depetre, prefacio de Héctor Gros Espiell, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, México, 1998.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas Constitucionales, Ed. Legis, Bogotá, 2007.

DALLISON, Charles. The Royalists Defence, 1648.

DE AQUINO, Santo Tomás. Maestro del Orden, La Política de Aristóteles, Ed. Cincel, Madrid, 1985.

DE ASÍS, Rafael. Una Aproximación a los Modelos de Estado de Derecho, Universidad de Jaén, Madrid, 1999.

DE CARRARAS. El Estado de Derecho como Sistema, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

DE PADUA, Marsilio. El Defensor de la Paz 1324, Editorial Tecnos, Madrid.

DICEY. The Law of the Constitution, Ed. Graind Administrative Law, Londres, 1950.

DUEZ, Barthelemy. Traite de Droit Constitutionnel, Edición 2004, disponible online en: www.libreriaolejnik.cl/ventana.php?codig=96249

FERRAJOLI, L. Garantismo, una Discusión sobre derecho y democracia, Ed. Trotta, Madrid, 1997.

FORCE, Peter. C.F. Sullivan to Meshech Ware, 11 de Diciembre de 1775, American Archives, ed. Washington, 1843, serie IV, vol., 241 – 3 y To the People of North America on the Different Tupes of Government, Vol. V.

GARCIA COTARELO, Juan. Los Fundamentos Socio Políticos de la Jurisdicción Constitucional, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1991.

GARCIA PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, Ed. Ciencias Sociales Alianza Editorial, Madrid, 1991.

GOMEZ, A. Martha. Ensayo Sistemas Vigentes de control de Constitucionalidad de las Leyes, Constitucionalismo Norteamericano, disponible online en: www.enj.org

GÓMEZ RODRÍGUEZ, Juan. El Estado de Derecho desde una perspectiva cultural, disponible online en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1649/11.pdf>.

HAMILTON, Alexander. James Madison, John Jay, El Federalista, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

HERLE, Charles A. Fuller Answer to a Tratisse Written by Dr. Ferne, Londres, 1642, Answer to Dr. Fernes Reply, Londres, 1642.

HUN, Werner. El Principio Monarquico y el Constitucionalismo Alemán del Siglo XIX. Universidad de Oviedo, Editorial fundamentos cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, No2,2000.

JEFFERSON, Thomas. Autor de Notes on the State of Virginia, 1780.

JENNINGS. The British Constitution. Cambrige, 1941.

KAPLAN, Marcos. Revolución Francesa, Estado Nación e Intelectuales. Estudios de Filosofía, Historia y Letras, Primavera de 1992, Itam, México, disponible online en: http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras28/texto3/sec_1.html

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Ed. Instituto de Jurídicas, Buenos Aires, Edición 1999.

LAFERRIERE, Juelien, Manuel de Droti Constitutionnel. 20 Ed. Pari. 1947. Disponible: www.bibliojuridica.org/libros/6/2835/10.pdf. Pag. 153-154

LARA GUADARRAMA, Mauricio. Democracia, Estado de Derecho y Estado Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008.

LASKI. Parliamentary Government in England. Londres, Edit An International Journal, 1948.

LOCKE, John. Segundo Tratado del Gobierno Civil 1690, Ed. Alianza 2000, Bogotá.

LÓPEZ, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Ed. Legis - Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.

MADRIÑAN RIVERA. Estado Social de Derecho, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa fe de Bogotá. 1997.

MAITLAND, Frederic William. The Constitutional History of England, Cambridge, 1912.

MANIN, Bernard. La democracia de los modernos: Los principios del gobierno representativo, Revista Sociedad, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Controversias Constitucionales, Bogotá, Colección Textos de Jurisprudencia, Ed. Universidad del Rosario, 2009.

MARQUARDT, Bern. Historia Universal del Estado, Tomo III, El Estado de la doble Revolución Ilustrada. La Carreta Histórica, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

MARTÍNEZ, Mauricio. La Constitucionalización de la Justicia y la Autonomía Judicial, Editorial Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad, Ed. Trota, Madrid, 1998.

MAYER, Otto. Derecho Administrativo en el Imperio Alemán, Tomo I, Alemania, ed. de 1904.

MENDEZ BENAVIDEZ, Roger. Administración Pública, Nuevo Estado Cooperativo y Contrato Organizacional, disponible online en: <http://rogermendezbenavides.blogspot.com/2007/05/administracin-pblica-nuevo-estado.html>

MOMMSEN, Wolfgang. La Constitución del Reich alemán de 1871 como compromiso de poder dilatorio, disponible online en: http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer5_04.pdf

MONTESQUIEU, Secondat Charles. El Espíritu de las Leyes, Edit Oxford University Press. Inglaterra. 1999.

MORINEU, Marta. Una Introducción al Common Law, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

NEVINS. The American States During and After the Revolution, 1775 – 1789, Nueva York, 1924.

OLIVEROS, G. Andrés. El Origen del Federalismo Norteamericano, Universidad de Guadalajara, primavera del 2010, Revista Letras Jurídicas N° 10.

OLIVETTI RASSON, Nino. La dinámica Costituzioneale degli Stati Uniti D' América, CEDAM, Padua, 1984.

PANTOJA BAUZA, Rolando. El Derecho Administrativo: concepto características, sistematización, prospección. Colección Manuales Jurídicos. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

PEREIRA MENEUT, Carlos Antonio. Rule of Law o Estado de Derecho, Ed. Mariscal Pons, Madrid, 2008.

PLATÓN. La República, Madrid, Ed. Akal S.A., 2008.

POPE, Hubert. The fundamental Law and the power of the Courts, en Harvard Law Review, Vol. XXVII, 1913.

R., CARRÉ DE MALBERG. *Teoría general del Estado*, 2a. ed. en español, trad. de José Lión Depetrel, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, México, 1998.

RAWSON GARDINER, Samuel. The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625 b- 1660, Ed, Oxford University Press, 1979.

REVISTA ELECTRÓNICA ARTEHISTORIA. Disponible online en <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/2572.htm>.

RIVERO, Ricardo. El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en Iberoamericana, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. El Contrato Social, Ed. Maxtor, Valladolid, 2008.

SABINE, George H. Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, 2006.

SÁNCHEZ URRUTÍA, Victoria. La fuerza de la Constitución y la Constitución de la Fuerza. Biblioteca Virtual Universia, disponible online en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_037_319.pdf

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. El Poder Constituyente, Buenos Aires, Ed. Bibliografía Argentina, 1957.

SCHWARTZ, Bernard. El federalismo Norteamericano Actual. Ed. Civitas, Madrid, 1984.

SEVERO G, Massímo. Derecho Administrativo. Giuffre Editores, Madrid, 1991.

SIEYÉS, Emmanuel. ¿Que es el Tercer Estado?, México, Ed. UNAM, 1983.

STELLINO, Ana Isabel. La Ética de Platón, Ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, UNAM, 2000.

THE PENSILVANIA EVENING POST. 16 de Julio, 1776.

THE RIGHTS OF THE BRITISH COLONIES ASSERTED AND PROVED. Boston, 1764.

TOCQUEVILLE. Alexis. Democracia en América, Fondo de Cultura Económica. México, 1996.

TOLAND, John. The Art of Governing by Partys, Londres, 1701.

URQUILLA, Carlos Humberto. Estado de Derecho. Alcalá, disponible online en: <http://urquilla.com/artsydocs/7-estadodederecho1>

VARELA SUANZES, Joaquín. El Constitucionalismo Británico entre dos Revoluciones 1668 y 1789, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público en Historia Constitucional, Madrid, 2009.

VILA, Iván. El modelo norteamericano de Constitución. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones de la Universidad Autónoma de México.

VILA, CASADO. IVÁN. Fundamentos del Derecho Constitucional. Legis Editores. Santa fe de Bogotá, 2007.

VILE, Maurice J.C. Constitucionalismo y Separación de Poderes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
