

PONENCIAS

LA DIVISIÓN Y LEGITIMIDAD DEL PODER POLÍTICO

Luis Javier ALGORRI FRANCO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La teoría de la división del poder*. III. *La división del poder y su recepción en la Constitución norteamericana*. IV. *La unidad del poder estatal*. V. *La división clásica del poder ante la complejidad estatal actual*.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría clásica de la división del poder que encuentra, hacia el siglo XVIII, en el barón de la *Bréde* y de *Montesquieu* a su máximo exponente, es hoy ampliamente superada por una gran complejidad en la organización estatal que acrece día a día. En 1748 aparece *El espíritu de las leyes*, obra sobre la que *Montesquieu* basa su idea de la división del poder.

En la Europa occidental de esa época, la monarquía absolutista era el tipo de organización que regía la vida política. Las monarquías centralizadas de Francia, Inglaterra y España representaban la ruptura de las formaciones sociales medievales, con sus sistemas de feudos y estamentos y el afianzamiento de una unidad del poder político en torno al monarca.¹

En este contexto, la legitimidad del poder encuentra su fundamento en el derecho divino de los reyes para gobernar, los monarcas absolutistas representan a Dios en la tierra y son autoridad última en todas las áreas del derecho humano. Su poder absoluto se estatuye como pilar, gracias al consentimiento y creencia de la sociedad en el orden tradicional —*legitimidad tradicional*—, a las cualidades carismáticas de que se enviste y atribuye a la monarquía —*legitimidad carismática*—, y al conjunto de normas consuetudinarias y legales que rodean a las casas rei-

1 Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, 15a. ed., México, Siglo XXI, 1998, p. 9.

nantes para la sucesión de la corona —*legitimidad hereditaria*—. Estos elementos legitimadores del poder político, que en el Estado absolutista lo engloba todo, hace posible que los monarcas se consoliden en el ejercicio del poder.²

La palabra absolutismo indica, en principio, una ordenación política basada en un poder político ilimitado, por lo general ejercido por una sola persona: emperador, rey, príncipe. Etimológicamente deriva de *legibus solutus*, es decir, no atado a las leyes.³

El poder que tenían los distintos estamentos en el feudalismo pasó a manos del monarca, excepción hecha de la fuerza que aún conservó la Iglesia. Esta concentración política del poder en la cúspide del orden social en una monarquía centralizada fue el principal impulsor de la teoría de la división del poder de *Montesquieu*. Carlos Luis de *Secondant*, al interpretar erróneamente la Constitución británica, hace énfasis en la necesidad de la separación de poderes, en la teoría de los frenos y contrapesos, en una organización política que limite el poder absoluto del monarca y que tienda a hacer efectiva la libertad de todos los ciudadanos. Un régimen como éste es el que *Montesquieu* deseaba para su patria.⁴

El consentimiento que los gobernados otorguen a quienes los habrán de gobernar, así como la dedicación de los gobernantes y su eficacia a la hora de ejercer su poder de mando, son para *Montesquieu*, los principios de legitimidad a los que aspira. El barón de la *Bréde* señala lo siguiente: “Si pudiera hacer de suerte que los que mandan aumentasen sus conocimientos en lo que deben mandar, y los que obedecen hallaran un placer en la obediencia, me creería el más feliz de los hombres”.⁵

II. LA TEORÍA DE LA DIVISIÓN DEL PODER

1. *Aristóteles*

La pertinencia de la división del poder político, y por ende, la no concentración del mismo en una sola persona u órgano, es una idea arraigada en el pensamiento político del gran filósofo griego.

2 Weber, Max, *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 85-89.

3 *Ibidem*, p. 37.

4 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, estudio preliminar de Daniel Moreno, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. XXIII-XXXIV.

5 *Ibidem*, p. 2.

En su obra *Política*, distingue puntualmente la existencia de los mismos tres poderes que la teoría clásica de la división del poder de Montesquieu enuncia, con la diferencia verbal apenas de llamar *deliberante* al Poder Legislativo y *magistraturas* a los órganos del Poder Ejecutivo.⁶

En el libro V de la *Política*, Aristóteles trata el tema de las revoluciones en las distintas formas de gobierno. Señala que la monarquía es una organización política duradera si se lleva con rectitud, mientras que la tiranía tiende, tarde que temprano, a la disolución. Para el *estagirita* el poder será legítimo en tanto se tenga el consentimiento de sus súbditos; *el rey deja de serlo en cuanto le falta el consentimiento de sus súbditos, mientras que el tirano lo sigue siendo aunque ellos no quieran.*⁷

Por otra parte, Aristóteles considera que para gozar del consentimiento de los súbditos y mantener la legitimidad es necesario dividir el poder político, encargando a distintas personas e instituciones las tareas deliberativas y las magistraturas. La división del poder tiene como resultado que éste no se corrompa y se legitime frente a los gobernados; *la realeza se conserva por la limitación de sus poderes. En la medida en que los reyes reducen su esfera de competencia, por mayor tiempo, necesariamente, mantendrán intacto su poder.*⁸

Para Aristóteles, el que se divide es el poder político, es decir, no se trata de una diversidad de poderes encargados cada uno de ciertas tareas, sino que, por el contrario, se trata de un solo poder, el político, dividido en varios órganos que tienen encomendado cada uno diversas funciones. Aristóteles define claramente el poder político como aquél que se da cuando el mismo sujeto es alternativamente gobernante y gobernado, conforme a las normas de la ciencia política.⁹

En la antigua Grecia podemos apreciar con nitidez la división de funciones del poder político. *Woodrow Wilson* señala cómo en *Esparta* el gobierno estaba encabezado por dos reyes llamados *Basileus*, los cuales ejercían en conjunto el poder monárquico. Junto a ellos se erigía la *Gerusia* o Consejo de Ancianos, que funcionaba como órgano asesor de

6 Aristóteles, *Política*, 18a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1999, pp. XXVIII y XXIX.

7 *Ibidem*, p. 261.

8 *Idem*.

9 *Ibidem*, p. 157.

los *Basileus*.¹⁰ Con las enmiendas realizadas por Licurgo en las antiguas estructuras políticas espartanas, se mantuvo la monarquía y se legitimó el poder al conceder al pueblo una participación, aunque limitada, en el gobierno. La Asamblea Popular sirvió para equilibrar el poder junto con el Consejo de los Ancianos y con el Colegio de los cinco *éforos*, órgano que tenía facultades de inspección y control del poder político en *Esparta*.¹¹ Esta división y equilibrio del poder político en *Esparta* sirvió de elemento de legitimación, toda vez que se modificó el orden jurídico para lograr el consentimiento ciudadano en el ejercicio del poder.

El orden jurídico y el consentimiento encontrados en *Esparta* son los dos elementos de la legitimidad del poder. Así lo entiende *Guglielmo Ferrero*, cuando señala: la legalidad es la acción del gobernante y el consentimiento la actitud del gobernado, una vez que se encuentren presentes estos dos principios, estaremos frente a la legitimidad del poder político.¹²

2. Cicerón

El gran político y orador romano Cicerón, se pronuncia con relación a la división del poder en su obra *La República*. En el libro I aboga por una ciudad donde impere la libertad y la igualdad. Considera que solamente se podrá ser libre cuando el poder supremo del gobierno recaiga en el pueblo, es por eso que llama República a la *propiedad del pueblo*.¹³

Para *Cicerón*, las funciones del poder político solamente podrán desarrollarse en un Estado de cosas, en las que el hombre sea libre y titular del poder soberano. En estas condiciones, la función deliberativa, las magistraturas y la selección de los jueces estarán al alcance del hombre. *En un pueblo libre, como en Rodas, como en Atenas, no existe ningún ciudadano que no pueda tener acceso a todas las magistraturas y ejercer todas las funciones del gobierno*.¹⁴

10 Wilson, Woodrow, *El Estado. Elementos de política histórica y práctica*, trad. de Adolfo Posada, Buenos Aires, Editorial Americana, 1943, pp. 90-95.

11 Falchi, Antonio, *Storia delle dottrine politiche. Introduzione il pensiero greco*, Padova, Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1933, pp. 82-85.

12 Ferrero, Guglielmo, *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, 2a. ed., trad. de Eloy García, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 79-85.

13 Cicerón, *La República*, México, Ediciones del Valle de México, 1993, libro I, XXXII, p. 35.

14 *Ibidem*, libro I, XXXI, p. 34.

Desde los inicios de Roma, con *Rómulo* como primer rey, podemos apreciar una organización política preocupada por legitimar su poder, el consentimiento que otorgue el pueblo a su forma de gobierno y estructura se busca a lo largo de la historia de Roma, con la excepción de algunos periodos de gobierno tiránicos, en los cuales el poder se sustentaba en la fuerza y no en la mayoría de la población. *Rómulo* dividió el poder político y dio participación al pueblo en el poder deliberativo.

Para *Cicerón*, el supremo poder deliberativo otorgado al Senado es un órgano que toma su nombre de la traducción de *Areopago* o Consejo de los Ancianos creado por *Licurgo* en *Lacedemonia*, señala que el supremo Poder Ejecutivo lo tenía el rey, cuya función era preponderante en los inicios de Roma, toda vez que al igual que en Grecia, el Senado sólo actuaba como un consejo asesor.¹⁵

El equilibrio y la legitimidad del poder son, para *Cicerón*, los pilares que hacen que el gobierno se mantenga incólume. Sin éstos y sin una libertad y derechos establecidos y respetados el pueblo se subleva, tal y como se hizo primero en el Monte Sacro y después en el Aventino.

Conforme el pueblo cambia y las necesidades sociales lo exigen, el poder político tiene que dividirse en las funciones que requieran los nuevos contextos. Para *Cicerón*, si en “un Estado no hay equitativa compensación de derechos, deberes y funciones, de modo que los magistrados tengan poder bastante, el consejo de los próceres bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, la Constitución de la República no puede mantenerse libre de conmociones”.¹⁶

3. *Locke*

Todos los hombres permanecen en estado de naturaleza hasta en tanto no formen parte de una sociedad política. En el pensamiento político de *Locke* la sociedad política es aquella en la cual un número determinado de hombres se unen y dimiten el poder que el estado de naturaleza les provee, en favor de un poder público, o bien cuando un hombre se incorpora a cualquier sociedad gobernada ya establecida. Más adelante señala que los encargados de gobernar emiten leyes que rigen la conducta

15 *Ibidem*, libro II, XXVIII, p. 75.

16 *Ibidem*, libro II, XXXIII, p. 79.

del hombre, y a la cual todos los miembros de la sociedad política están obligados a obedecer.¹⁷

La legitimidad en el ejercicio del poder es algo que los gobernantes deben procurar. El consentimiento otorgado por los integrantes de la sociedad para que un grupo de personas sea tenedor del poder político y lo ejerza con base en un orden jurídico, es un requisito *sine qua non* para que la sociedad política conserve su legitimidad. Sin el consentimiento de la mayoría no es viable ejercer el poder y menos conservarlo.

El consentimiento otorgado por los hombres en el pacto social, hecho que da comienzo a la sociedad política siguiendo la idea de los contractualistas, es el fundamento de la legitimidad de origen del poder político. Los gobernantes necesitan ser eficientes en su actuar para legitimarse en el ejercicio del poder y conservar el consentimiento de la mayoría que redunde en no alterar la legitimidad de origen del poder político.¹⁸

Para John Locke, todos los hombres son por naturaleza libres e iguales, por tanto y, en consecuencia, nadie podrá ser sustraído de ese estado y sometido al poder político sin su consentimiento. De una simple lectura parecería que un sólo individuo determinará el rumbo de la sociedad política, sin embargo, Locke deja muy claro que se trata de la mayor fuerza, es decir, que la comunidad política se mueve con el consentimiento de la mayoría. Además, afirma que el gobierno de cualquier parte del mundo para ser legítimo debe obrar de acuerdo a la mayoría de los hombres libres.¹⁹

El creador del *Ensayo sobre el gobierno civil*, apunta la existencia de tres gobiernos que carecen de legitimidad, que han llegado a gobernar no con base en el consentimiento de la mayoría, sino con el uso de la fuerza, estos son: la conquista, la usurpación y la tiranía. La sociedad política sometida a este gobierno se encuentra en un estado de guerra permanente, hasta en tanto no sea la elección de la mayoría, y no la fuerza, quien a obediencia les obligue.²⁰

17 Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2a. ed., trad. de José Carner, México, Porrúa, 1997, capítulo VII, pp. 45-55.

18 Vega García, Pedro de, "En torno a las crisis de las ideas de representación y de legitimidad en la democracia actual", en Soberanes, José Luis *et al.* (eds.), *La reforma del Estado. Estudios comparados*, México, Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 32-35.

19 Locke, John, *op. cit.*, nota 17, capítulo VIII, pp. 57-72.

20 *Ibidem*, capítulos XVI, XVII y XVIII, pp. 109-129.

John Locke enuncia claramente la división del poder político de la siguiente forma: el poder de hacer las leyes recae en el Poder Legislativo, mientras que al Ejecutivo le compete la ejecución de las leyes interiores de la sociedad sobre sus partes, y al federativo le corresponde el manejo de la seguridad de intereses públicos en el exterior. Para Locke, los poderes Ejecutivo y federativo casi siempre se reúnen en una misma persona, además de poder estar unidos éstos mismos con el Legislativo, lo que nos remite a un sistema parlamentario donde el Ejecutivo y el Legislativo provengan de un mismo órgano. Por tanto, de acuerdo al pensamiento de *Locke*, cabe la posibilidad de que la dirección de los tres poderes por él enunciados estén en una misma persona.

Si bien el poder supremo se encuentra en todo momento en el pueblo, *Locke* considera que éste le es transferido al Legislativo, y por tanto, se constituye como poder supremo, y los otros dos poderes se encuentran en todo momento subordinados a él por el poder fiduciario que le ha conferido el pueblo para la consecución de ciertos fines a que aspira la sociedad. El pueblo, por su parte, en tanto fideicomitente y fideicomisario, mantiene la posibilidad de revocarle el poder otorgado si el gobierno no cumple con los fines para los cuales se le instauró.²¹

Locke visualiza claramente las funciones del poder público, la representación política, el derecho de la población a la revolución cuando el gobierno no cumpla con los fines para los cuales fue constituido y el consentimiento de la mayoría como basamento de la legitimidad del poder. Su teoría de la división del poder no se encamina a consolidar un equilibrio entre las distintas funciones del poder político, además, su idea carece de mecanismos que permitan el control jurídico y político del poder que propendan al ejercicio eficiente y apegado al orden jurídico de los órganos de gobierno.

4. *Montesquieu*

Antes de entrar al estudio de la Constitución de Inglaterra, *Montesquieu* define a la libertad política como el derecho de hacer lo que las leyes permitan. Por ello, señala que para que no se abuse del poder y se respeten las libertades, es necesario que se pongan limitaciones al ejer-

21 *Ibidem*, capítulos XII y XIII, pp. 87-97.

cicio del poder.²² Estas consideraciones serán pieza clave en su teoría de la división del poder.

Un gran número de estudiosos de la obra *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, considera que éste hizo una interpretación errónea de la Constitución inglesa. Grandilocuente error que nos permite analizar hoy la aportación que el barón de la Bréde hace al estudio del poder y su equilibrio.

Para Montesquieu existen tres clases de poder que encontraremos, sin duda alguna, en cada Estado: el Poder Legislativo, encargado de hacer las leyes; el Poder Ejecutivo, con su competencia de hacer la paz o la guerra, enviar o recibir embajadas, establecer la seguridad pública y prevenir las invasiones, y el Poder Judicial, cuyas tareas consisten en castigar los delitos y juzgar las diferencias entre particulares.

Contrario a lo que señala Locke, Montesquieu considera que cuando el Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. En este hipotético, la legitimidad del poder se perdería y estaríamos más bien frente a un monarca absoluto. *Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.*²³

El principio de la división de funciones del poder político es la más grande contribución al constitucionalismo hecha por Montesquieu; distintos ordenamientos la han adoptado, entre ellas, el texto constitucional mexicano que aún lo conserva. En el capítulo I del título tercero, cuyo tema es la división de poderes, el artículo 49 dice lo siguiente:

Artículo 49. El supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión...

22 Montesquieu, *op. cit.*, nota 4, libro XI, p. 103.

23 *Ibidem*, p. 104.

La idea montesquiniiana de la división del poder contiene dos componentes a ver. Por un lado, se refiere a la garantía jurídica del principio de legalidad que implica la supremacía de la ley, entendido éste como el apego irrestricto del poder estatal al orden jurídico y encauzado principalmente a asegurar la existencia de un gobierno de leyes y no de los hombres, que respete por entero la libertad de los gobernados. Por otra parte, la teoría de *Montesquieu* hace referencia al principio del equilibrio del poder, el cual se funda en la idea de la no unilateralidad y se plasma en la conciencia de que los órganos del Estado tienen que limitarse y frenarse entre sí para evitar una excesiva concentración de poder.

Este equilibrio entre las funciones del poder que se desarrollan en el juego político, se traduce en una regulación jurídico-constitucional que establece las relaciones entre los distintos órganos del poder estatal de acuerdo con las competencias que se les atribuye y que tiende a evitar la concentración de una función en un solo órgano del Estado.²⁴

Como gran estudioso del derecho romano y de su historia, *Montesquieu* basa en este pueblo gran parte de su teoría de la división del poder; hace un examen y un recuento de la Monarquía, de la República y de las provincias romanas, enfocándose en la forma como funcionaban los tres poderes en sus estructuras de gobierno. Para *Montesquieu*, la etapa monárquica funcionó bastante bien gracias a la armonización que la Constitución hizo del rey, la aristocracia y el pueblo. El gobierno de *Servio Tulio* se legitimó en su ejercicio, debido a los cambios constitucionales que realizó, dándole al pueblo gran participación, sometiendo a su consideración una gran cantidad de asuntos y aliviándolo del pago de los impuestos. Con *Servio Tulio*, los tres poderes estuvieron bien equilibrados y los gobernados gozaron de una gran libertad. Cosa contraria sucedió con Tarquino el soberbio, quién acumuló los tres poderes e hizo leyes para sí y contra el pueblo, restringiendo las libertades de los súbditos.

La pérdida de la libertad llegó con la República, los decenviros reunieron los tres poderes. Roma se vio sometida a una tiranía tan dura, tan cruel como la de Tarquino. La legitimidad y la división del poder, así como la libertad de los gobernados, quedaron sepultados en un gobierno tirano.

²⁴ Agapito Serrano, Rafael de, *Libertad y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 119 y 120.

Cuando Roma dominaba sólo Italia, los pueblos conquistados se gobernaban como repúblicas confederadas, conservando sus propias leyes con la participación del Senado, a medida que llevó más lejos sus conquistas, fue necesario enviar pretores y procónsules, que acumulaban para sí un gran poder. Cesó entonces la armonía de los tres poderes y la libertad de los conquistados se vio restringida.²⁵

El análisis de Roma y su organización política, amén de muchas más que estudió, hicieron que *Montesquieu* creyera encontrar en la Constitución inglesa una forma de organizar y equilibrar el poder político, lo cual propendiera a respetar y garantizar plenamente la libertad de los gobernados.

Para Rafael de Agapito, la teoría de la división de poderes de *Montesquieu* no es sólo una propuesta de articulación de los poderes del Estado, no se reduce a un principio difuso de la limitación del poder o a una colaboración y control recíproco entre los órganos superiores de la Constitución, sino que incorpora la libertad como principio activo y constitutivo de la organización del Estado. Agapito señala que el Estado no tiene otra justificación que la de ser garantía y cauce suficiente para el mantenimiento y la realización de la vigencia de los derechos fundamentales.²⁶

III. LA DIVISIÓN DEL PODER Y SU RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA

La más antigua de las Constituciones escritas es la que rige el devenir de los Estados Unidos de América desde marzo de 1789. Su erección como ordenamiento jurídico supremo no fue nada fácil, una intensa campaña en pro y en contra de su instauración se desató en la prensa escrita del estado de Nueva York, pieza clave por su posición central.

Hamilton inicia la idea de realizar una serie de escritos en apoyo de la nueva Constitución, obteniendo el apoyo de *Madison* y *Jay*. *El Federalista* es el resultado de tal proyecto; en él, *Hamilton* manifiesta la insuficiencia de la estructura política de la Confederación de los Estados Americanos para conservar la unión y resolver los problemas sociales, económicos y de defensa común. Las confederaciones de las repúblicas

25 *Montesquieu, op. cit.*, nota 4, libro XI, pp. 113-122.

26 *Agapito Serrano, Rafael de, op. cit.*, nota 24, pp. 116-118 y 143.

griegas, el imperio germánico y la unión neerlandesa son ejemplos que sirven a los federalistas para demostrar que un gobierno de tipo confederado tiende a la ruina. *Hamilton* se pronuncia por una Constitución con un gobierno nacional fuerte y leyes comunes, y no por una liga de estados que se encuentra tambaleante y pronta a caer, llevando a todos bajo sus ruinas.²⁷

La propuesta de *Hamilton* para la nueva Constitución es un gobierno fuerte, dotado de poder suficiente para reclutar tropas, construir y equipar flotas, recaudar fondos para mantener el ejército y la marina, regular el comercio, un gobierno facultado para expedir leyes y reglamentos para lograr todos los fines que le competan, velando siempre por el interés nacional, un gobierno legitimado por el pueblo.²⁸

El proyecto de Constitución señala la necesidad de que el poder no sólo sea legítimo, es decir, con el asentimiento popular, sino que es necesario que quienes gobiernen se hallen bajo la dependencia del pueblo, con elecciones periódicas que permitan renovar el consentimiento en el actuar de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La confianza depositada no debe descansar en pocas, sino en numerosas manos, para que no se caiga en el error de la confederación de estados, que pone todo el poder en el Congreso, con la seria amenaza de que éste se vuelva tiránico y pierda su legitimidad, como ha sucedido en la antigüedad con otras organizaciones de gobierno de tipo confederado.²⁹

Es verdaderamente ingeniosa la forma como los federalistas adoptaron la teoría de la división del poder de *Montesquieu*. Con una gran visión de futuro, previeron el abuso al que tiende el hombre una vez en el poder y el grave peligro para el desarrollo de la República con la concentración gradual de los diversos poderes en un sólo órgano de gobierno. Por ello, propusieron dotar a cada órgano del poder de los medios constitucionales para resistir las invasiones de los demás con mecanismos de control político de gran avanzada para la época, además de una división y organización de las diversas funciones del poder público, de tal manera que cada una sirviera de freno a la otra.³⁰

27 *Hamilton A. et al., El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, pp. 56-81.

28 *Ibidem*, pp. 92-96.

29 *Ibidem*, pp. 147-158.

30 *Ibidem*, pp. 219-221.

El equilibrio del poder político se configuró en la Constitución norteamericana, con base en frenos y control recíproco de los órganos encargados de la función pública. El Poder Legislativo se dividió en dos cámaras para evitar que la unicameralidad trajera consigo un poder mucho más fuerte que los otros dos; al Poder Judicial se le confirió la facultad de velar por la constitucionalidad de las leyes, potestad que no se ejerció sino hasta muchos años después, cuando el juez *Marshall* resolvió el célebre caso *Marbury vs. Madison*. El Poder Ejecutivo fue atribuido de la posibilidad de vetar las leyes aprobadas por el Legislativo.

El sistema federal que adoptó la Constitución norteamericana trajo consigo una división horizontal y vertical del poder político. En el ámbito federal encontramos una división horizontal que comprende la estructura de los tres poderes montesquianos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales se ubican en un mismo plano y se frenan mutuamente con sus controles recíprocos. Por otra parte, la división vertical del poder se da entre el gobierno federal y los gobiernos de los estados. En estos gobiernos estatales también existe una división horizontal entre Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Para *El Federalista*, esta división hace que surja una doble seguridad para los derechos del pueblo, ya que los diferentes órganos de gobierno se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo. *En la compleja República americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo.*³¹

Esta idea de la división del poder como baluarte de la libertad e igualdad la encontramos acuñada en la obra de *Montesquieu*. Ambas concepciones de respeto a los derechos del pueblo por el solo hecho de dividir y equilibrar el poder público no son factibles. Es necesario, tal y como se hizo, con las subsecuentes enmiendas al texto constitucional, incluir un catálogo donde se enuncien los derechos del gobernado, y conferir al poder público la obligación de respetar y hacer efectivas las garantías para todos los hombres.

Resulta paradójico el hecho de que la Constitución norteamericana se haya alimentado de las ideas expresadas por *Montesquieu* acerca de la

31 *Ibidem*, pp. 221 y 222.

división del poder, y sin embargo, la Asamblea Nacional francesa de 1789, que culminó con la Constitución de 1791, lo haya hecho principalmente con las adecuaciones a las ideas montesquiananas expresadas por el constitucionalismo norteamericano.³²

De igual forma, es de llamar la atención que la Constitución gaditana de 1812 se haya nutrido de las disposiciones contenidas en la Constitución francesa, tomando de ella la tesis de la separación de poderes. Por su parte, la Constitución mexicana de 1824 retoma las ideas de la división del poder expresadas por el texto francés, por medio del texto de Cádiz, y no lo hace directamente de la Constitución norteamericana.

1. *Las agencias administrativas*

El crecimiento de la población trae consigo demandas de más servicios públicos, las nuevas tecnologías vienen acompañadas de necesidades sociales cada vez más especializadas. Es por ello que a finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX se crean distintas dependencias administrativas en Estados Unidos. La gran depresión vivida en el gobierno del presidente *Roosevelt* tuvo como resultado la creación de un gran número de agencias administrativas que resolvieran los problemas económicos y sociales nacientes. El *New Deal* fue la solución planteada a esta problemática.

La separación tripartita del poder, tan arraigada en el constitucionalismo norteamericano, se pone en duda con el nacimiento a la vida jurídica de estos órganos de índole administrativa. Así lo concibe el juez *Byron White* en *Buckley vs. Valeo* (1976). *No cabe duda que el desarrollo de la agencia administrativa en respuesta a la necesidad legislativa y administrativa moderna ha causado severas tensiones a la separación del principio de poderes en su formulación prístina.*³³

El *New Deal* estuvo acompañado de la creencia en que la integridad del proceso administrativo quedaría protegida concediéndole independencia de las ramas ejecutiva y legislativa. Durante los primeros decenios del siglo XX el Congreso consideró deseable liberar el proceso

32 Duguit, L., *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*, trad. de Pablo Pérez Trempe, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 18-21.

33 O. Freedman, James, *Crisis y legitimidad. El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 29 y 30.

administrativo de todo freno político. Se consideró que era mucho más probable que las agencias administrativas que fueran libres logaran alcanzar continuidad, coherencia y estabilidad al desarrollar una política reguladora, que las agencias que estuviesen sujetas a la dirección política del presidente y a los devaneos de la fortuna política, como lo estaban los departamentos ejecutivos. El hecho de que estas agencias fueran a desempeñar funciones antes ejercidas por las tres ramas del gobierno, aconsejaba concederles independencia, al menos en el aspecto político. Las amplias facultades concedidas a las dependencias les permite en muchos casos, crear ordenamientos jurídicos que regulan su actuación con los gobernados, esto por delegación del propio Congreso, puedan aplicar las disposiciones por ellos creadas, investigando y resolviendo las controversias que se susciten con su actuar, afectando derechos y libertades de los individuos. Estas características conforman a las agencias administrativas como órganos administrativos *sui generis*. *Freddman* señala que estas dependencias fueron fruto de la reflexión. *Los departamentos administrativos fueron concebidos deliberadamente como instrumentos de poderes mixtos. En muchos casos, fueron expresamente creados para combinar los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*³⁴

La independencia de que gozan las agencias administrativas se constata con el hecho de que los titulares gozan de inamovilidad en el cargo por disposición legal. El tribunal supremo consideró en el caso *Humphrey's Executor vs. United States*, que el Congreso tiene la facultad de proteger la independencia de los miembros de las agencias administrativas contra el control del Ejecutivo.³⁵ En otras sentencias, el tribunal también ha resuelto que las agencias están libres de toda intervención inapropiada del Congreso. Esto no obsta para que existan mecanismos de control de las tres ramas del gobierno sobre las agencias. Su condición independiente queda condicionada por el dominio que ejerce el titular del Ejecutivo sobre la Oficina de Administración y Presupuesto, por la autoridad supervisora del Congreso y por su control de la legislación y las asignaciones de la agencia, así como por el tradicional poder de revisión judicial que ejercen las cortes federales.³⁶

34 *Ibidem*, p. 31.

35 *Ibidem*, p. 85.

36 *Ibidem*, pp. 81-103.

Tendrá que replantearse la delegación de facultades para legislar que el Congreso norteamericano confiere a las agencias administrativas. Toda vez que siendo los legisladores representantes del pueblo no pueden delegar sus atribuciones en otro órgano que no sea el propio Congreso.

En la construcción de organismos con estas características, es conveniente señalar que siendo la Constitución política de una nación el estatuto jurídico del poder, no es concebible que las agencias administrativas, dotadas de tal cantidad de poder público, no se encuentren configuradas constitucionalmente, dejándose a la legislación secundaria tal tarea.

La creación de agencias de esta índole ha disminuido en los últimos años, para dar paso a una nueva dinámica: la transferencia de funciones del orden público al orden privado por medio de privatizaciones. Esta situación produce lo que *Diego Valadés* denomina Estado intangible. El problema se suscita cuando acompañado de la venta se transfiriere, en muchas ocasiones, al sector privado una parte de la violencia legítima que el poder público ha monopolizado históricamente, lo cual genera sectores privados que tienen partes del poder público sin ningún tipo de control. Como lo advierte *Valadés*, una solución a esta problemática se daría controlando no sólo jurídicamente, para lo cual están los tribunales, sino políticamente, el poder de estas privatizaciones y de los nuevos poderes emergentes, por medio de la extensión de la facultad de las comisiones parlamentarias para extender sus investigaciones y citar personas no sólo en el sector público sino también en el privado, como lo ha hecho el sistema español.³⁷

La legitimidad de las agencias administrativas se logra en la medida en que éstas se apeguen al orden jurídico que les da vigencia, es decir, actúen en la legalidad y desarrollen con eficiencia las funciones para lo cual fueron creadas. Con ello lograrán que la población perciba los beneficios que las agencias administrativas les proveen, otorgándoles su consentimiento y legitimándolas en su ejercicio.

37 Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 101-108.

2. *Eficacia y legitimidad*

El peso histórico que el poder político tiene, con movimientos revolucionarios, etapas dictatoriales, abusos en el ejercicio del poder, corrupción, impunidad, políticas públicas inadecuadas, cuando no demasiado costosas o negligentes, imposibilidad o deficiencia a la hora de redistribuir en forma equitativa la riqueza, falta de confianza de los ciudadanos en el sistema político con partidos y dirigentes que ven más por sus intereses personales que por los problemas sociales, violencia, inseguridad y el descrédito de la política, son algunas de las cargas a las que se enfrenta el poder público hoy en día.

La legitimidad de origen del poder político ya no es discutida. La evolución del estado de naturaleza a una organización política se debe a la convención de los hombres, al acuerdo mayoritario, al consentimiento otorgado en el pacto social y reiterado en las urnas para elegir a quienes conduzcan los destinos de la colectividad.

Para *Rousseau*, la legitimidad consiste en convertir la fuerza en derecho y ser aceptada voluntariamente por la sociedad, así explica el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil. Si el poder no es legítimo no es duradero.³⁸

En los inicios del siglo XXI la legitimidad democrática se ha consolidado en la mayoría de la población mundial, el acceso al poder político se logra por medio de elecciones. Con sistemas electorales más o menos proporcionales, pero eso sí, con características mínimas de democracia como las que señala *Bobbio*,³⁹ la sociedad elige a quienes habrán de gobernarlo. La legitimidad en el origen del poder se expresa en el consentimiento manifestado reiteradamente en las elecciones por el pueblo.

El gran reto para los gobernantes en la actualidad es mantener expectativas sociales que permitan la gobernabilidad que todo sistema político requiere para perdurar. Para lograrlo es necesario que el ejercicio del poder público sea eficiente, o al menos que así lo perciban los gobernados. *Arbós* y *Giner* consideran que la legitimidad y la eficacia son dos condiciones esenciales que ha de cumplir cualquier gobierno para que su existencia no sea precaria, puesto que son necesarias para llevar

38 Rousseau, Jean Jacques, *Contrato social*, 5a. ed., trad. de Fernando de los Ríos, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, libro I, capítulo III, pp. 40 y 41.

39 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2a. ed., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 24-27.

a cabo las funciones de estabilidad del gobierno y del orden social, en cuya capacidad de desempeño basan la gobernabilidad. Se refieren a la legitimidad del gobierno como “la condición aceptable que tiene su autoridad a los ojos de los ciudadanos”, por su parte, refieren que la eficacia es “la capacidad de un régimen para encontrar soluciones a problemas básicos con los que se enfrenta todo sistema político (y los que cobran importancia en un momento histórico) que son percibidas más como satisfactorias que como insatisfactorias por los ciudadanos conscientes”.⁴⁰

La eficacia en el ejercicio del poder público necesita ser constante, porque los miembros de una sociedad otorgan o retiran la legitimidad de día en día. En ese sentido, los medios de comunicación toman un papel muy importante en la medición del grado de aceptación que un gobernante tiene para con sus gobernados, las encuestas que miden los niveles de aprobación en el ejercicio de gobierno así nos lo prueban. Un hecho que altere el orden público y que sea noticia de ocho columnas, transmitida en forma reiterada por los medios electrónicos de comunicación, seguramente afectará significativamente en el grado de aceptación de los ciudadanos con los gobernantes en turno, afectando así la legitimidad de ejercicio del poder político.

Para *Alcántara*, lograr la gobernabilidad sin que exista crisis quedaría asegurada en la medida en que un gobierno pueda simultáneamente mantener la legitimidad y promover el desarrollo socioeconómico, es decir, sea eficiente en la aplicación de las políticas públicas y la sociedad perciba los beneficios que la autoridad le provee.⁴¹ Para que el gobierno pueda realizar regularmente decisiones políticas y éstas no sean objetadas por la colectividad, necesita contar con el hecho de que la sociedad crea en el régimen y que éste haga algo por la sociedad.

La percepción que el ciudadano tenga de la eficacia de las políticas públicas implementadas se vuelve de total importancia. No es suficiente que los gobernantes actúen con eficiencia, lo que resulta primordial en la actualidad es que la población conozca las decisiones gubernamentales, que sienta respetados sus derechos, que perciba el buen actuar de sus autoridades.

40 Alcántara Sáez, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 152 y 153.

41 *Ibidem*, pp. 38-42.

IV. LA UNIDAD DEL PODER ESTATAL

El poder político es uno; éste a su vez se divide en tantas partes como la organización estatal lo requiera. Según la concepción clásica, el poder unitario del Estado se descompone en tres poderes coordinados entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Para *Kelsen*, es en estos tres poderes donde encuentran expresión las tres funciones fundamentales del Estado: la legislación, la administración y la jurisdicción. Estas funciones en tanto del Estado lo son también del derecho. El derecho tiene la peculiaridad de que él mismo regula su propia creación, de tal forma que la producción de una norma de derecho constituye una situación que está regulada por otra norma jurídica superior. La Constitución o norma fundamental sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico es, en sentido material, una norma o un conjunto de normas que regulan la creación de las otras y, en sentido amplio, un conjunto de normas que estatuyen el establecimiento de los órganos supremos del Estado y las relaciones de los súbditos con el poder mismo.⁴² Con el proceso deductivo de *Kelsen*, podemos concluir que la Constitución es el estatuto jurídico del poder, o también como señala *Guastini*, la Constitución es concebida como el límite al poder político que garantiza las libertades del gobernado.⁴³

El poder necesita del derecho como el derecho necesita del poder; poder y derecho van de la mano. En el Estado democrático contemporáneo, el poseer los instrumentos del poder no basta, es necesario haberlos adquirido observando reglas y principios que confiere el entramado jurídico. Para gobernar es necesario que el poder sea legítimo y que su ejercicio sea eficaz. Tanto el poder legítimo como el poder de hecho necesitan del derecho. Mientras que el primero requiere ser regulado para volverse legítimo, el segundo requiere del derecho para volverse efectivo. El poder tiene necesidad de justificación. Sólo la justificación hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica.⁴⁴

42 Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, México, Editorial Colofón, 2000, pp. 189-193.

43 Guastini, Riccardo, "Sobre el concepto de Constitución", trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 163 y 164.

44 Bobbio, Norberto, *El poder y el derecho*, en Bobbio, Norberto y Bovero, Miche-

El poder se justifica en su origen en tanto es legítimo, y es legítimo en tanto es aprobado por la mayoría (siguiendo la idea de *Rousseau* expresada en el *Contrato social*) y se justifica en su ejercicio en tanto es un poder legal. *Bobbio* distingue la legitimidad de la legalidad de la siguiente manera: la legitimidad se refiere al título del poder, la legalidad al ejercicio; cuando se exige que el poder sea legítimo se pide que quien sea su tenedor tenga el derecho de poseerlo (no sea un usurpador), cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se pide que quien lo tenga lo ejerza de conformidad con reglas establecidas (no sea un tirano). Para el gobernante, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho, la legalidad es lo que establece su deber; para el gobernado, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer, mientras que la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido.⁴⁵

La idea de la legalidad como elemento de legitimidad de *Bobbio*, no toma en cuenta que en el Estado democrático y de derecho actual, tanto el origen como el ejercicio del poder se legitiman con base en el consentimiento y el apego al orden jurídico. La legitimidad democrática de *Rousseau*, basada en la soberanía del pueblo y transferida a sus gobernantes de conformidad a ciertas reglas que el orden jurídico dispone, es la única forma de tener el poder político y ejercerlo. El poder legítimo tiene su origen en el pacto social, donde los ciudadanos una vez que han superado el estado de naturaleza disponen de normas para acceder y ejercer el poder. Más aún, en la democracia, el consentimiento se manifiesta en los procesos electorales con reglas claras, y el poder se ejerce también con reglas que todo el entramado jurídico, empezando por la Constitución, dispone. El derecho legitima el poder tanto en su origen como en su ejercicio.

Control y separación del poder

La teoría de la separación del poder responde a un postulado según el cual las tres funciones del Estado deben ser conferidas a tres órganos independientes y técnicamente aislados. Controlar el poder no es el objetivo de la teoría de la separación de poderes, sino dividirlo de tal for-

langelo, *Origen y fundamentos del poder político*, trad. de José Fernández Santillán, México, Enlace-Grijalbo, 1985, pp. 19-29.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

ma que no se encuentre en una sola mano tiranizado. El objetivo es que esta organización del poder tienda a respetar y garantizar la libertad de los gobernados. Así lo entiende *Kelsen* cuando afirma que la separación de poderes aparece para atacar el poder ilimitado del monarca, aún y cuando esto nunca ha podido ser totalmente realizado. Para *Kelsen*, la Monarquía Constitucional, para cuya estructuración fue utilizado, contiene muchas excepciones a la teoría, los ejemplos son muchos: el monarca es a la vez órgano Legislativo y Ejecutivo, los ministros como órganos de administración son responsables ante el órgano Legislativo, los jueces son nombrados por el gobierno, entre otros.⁴⁶

El control de la constitucionalidad de leyes adoptado por la Constitución norteamericana del siglo XVIII es otra excepción pronta a la teoría de la separación de poderes. Además de ésta, encontramos también que la jurisdicción constitucional contemporánea se encarga de decidir sobre conflictos de competencias entre órganos y sobre recursos contra leyes o resoluciones judiciales.⁴⁷ Estos mecanismos de control son excepciones al principio de separación de poderes.

Esta proporcionalidad inversa entre separación y control del poder produce una paradoja: mientras que por un lado la libertad social se garantiza si los poderes están separados, esta misma libertad social, por el otro lado, exige que los poderes se controlen entre sí. La libertad social demanda dos garantías excluyentes: si se atiende a la separación, los controles se diluyen, y si se aplican los controles, la separación se relativiza. Como afirma *Diego Valadés*, lo más importante es que exista un razonable equilibrio entre la separación y el control del poder, y que éste se encuentre expresamente contemplado en el texto constitucional.⁴⁸

V. LA DIVISIÓN CLÁSICA DEL PODER ANTE LA COMPLEJIDAD ESTATAL ACTUAL

La doctrina clásica de la división de poderes respondía principalmente a la idea de garantizar la más amplia libertad como máxima aspiración del hombre en un plano de igualdad. La forma como se trataba de

46 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 42, pp. 200-202.

47 Peter Schneider, Hans, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 195.

48 Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 37, pp. 95-98.

lograr tal condición, era mediante la limitación de la acción del Estado por el freno mutuo de sus potestades. Sin embargo, en el Estado social y democrático de derecho de la actualidad, la libertad es un valor de primer rango pero que sólo puede garantizarse con plenitud, articulándola a otros, como lo son la seguridad pública y económica principalmente.

Otra característica de la división clásica del poder, la cual no es posible mantener su vigencia hoy en día, es la organización y asignación de las tareas fundamentales del Estado. Éstas se desarrollaban con funciones exclusivas a cargo cada una de un órgano distinto. Para *Montesquieu*, la deliberación, es decir, la formulación de las leyes, debe ser función del Parlamento y de nadie más, mientras que la ejecución de las disposiciones legales le compete en exclusiva al Ejecutivo. Esta distribución de las funciones del poder se contraponen con lo complejo de nuestra sociedad a la cual el Estado debe dar respuesta. Como acertadamente lo señala *García Pelayo*, la organización estatal se ha convertido en un *Estado Manager*, en el cual, una buena parte de la legislación material es llevada a cabo por el gobierno por vía de decretos-leyes u ordenanzas, e incluso la mayoría de la legislación formal tiene su origen en proyectos de ley presentados por el gobierno, además, el control de la constitucionalidad de las leyes limita el poder de los congresos y concede al Poder Judicial una función que rebasa con mucho la que le asignaba *Montesquieu*. *García Pelayo* dice que “la unidad de institución y función ha sido sustituida por un sistema más complejo en el que un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes”.⁴⁹

La estructura trinitaria del poder se ha convertido en una fórmula muy simple para explicar la organización y división del poder en el Estado contemporáneo. Con un entramado social harto complejo y necesidades muy distintas y variadas, el poder público tiene compromisos de gran envergadura por cumplir. Nuevas teorías de la división del poder intentan explicar su conformación, entre ellas, destaca la de *W. Stefani*, que distingue entre *división horizontal*, coincidente con la teoría clásica; *división temporal*, como la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder público; *división vertical* o *federativa*, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o loca-

49 *García Pelayo*, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 4a. ed., Madrid, Alianza Universidad, 1996, p. 58.

les; *división decisoria*, que comprende a los distintos actores que intervienen en la práctica de la toma de decisiones políticas, y *división social* de poderes entre los distintos estratos y grupos de la sociedad. A esta clasificación hecha por *Stefani, García Pelayo* añade la división entre la autoridad política, sustentada sobre una investidura pública, y la autoridad técnica, sustentada sobre los conocimientos necesarios para tomar o realizar una decisión.⁵⁰

Esta tipología de la división del poder no estaría completa si no agregamos la que Torres del Moral entiende como una dialéctica mayoría-oposición. En un Estado donde los partidos políticos se incorporan al aparato institucional vía procesos electorales y gozan de protección jurídica y financiamiento público, han transformado la división del poder desplazando el centro de gravedad de las decisiones políticas. En un sistema de régimen parlamentario con partidos muy disciplinados en torno a un equipo dirigente y un líder, las elecciones legislativas lo son también del gobierno y su presidencia. El Parlamento y el gobierno, más que separados, están unidos por el grupo parlamentario de la mayoría. De las relaciones entre el gobierno y el partido de la mayoría depende el funcionamiento del sistema más que de las relaciones jurídico-constitucionales entre Parlamento y gobierno.⁵¹

Por su parte, *García Pelayo* señala que en el Estado de partidos, la verdadera división de poderes, vista desde el prisma del funcionamiento del sistema, es la existente entre gobierno y oposición o, lo que es lo mismo, entre el partido o coalición de la mayoría, que ocupa el gobierno y domina el Parlamento, y el partido o partidos de la minoría que encarnan la oposición. La posibilidad política de que distintos órganos del poder público puedan ser ocupados por un sólo partido o una coalición de partidos y que sean éstos quienes promuevan las decisiones que les competen a los titulares del poder político, es una situación que puede darse tanto con respecto a la división horizontal como con respecto a la división vertical del poder, trasladando el centro del poder del gobierno a los partidos políticos, con las consecuencias que esto conlleva.⁵² Pode-

50 *Ibidem*, p. 60.

51 Torres del Moral, Antonio, *Estado de derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, pp. 259-262.

52 *García Pelayo*, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 109-114.

mos concluir que el sistema clásico de la división del poder ha pasado a constituir un subsistema dentro de un sistema más amplio.

El constitucionalismo moderno tendrá que plantear mecanismos de control que impidan que órganos que no tienen más que una responsabilidad electoral, es decir, la posibilidad de perder en la siguiente contienda electoral, con el voto de castigo de la ciudadanía, en contra de los partidos políticos que tomen decisiones contrarias al interés general o perjudiciales a la sociedad.

1. *Causas y peligros de la complejidad estatal*

El impulso principal hacia la complejidad estatal se da por la exigencia de la civilización industrial y pos-industrial, la complejidad propia de la sociedad del siglo XX, el ambiente en el que se mueve el sistema estatal, entendido éste como los factores en torno al sistema que puedan afectar a su funcionamiento y/o que a su vez puedan ser afectados por éste y la interacción entre estos diversos elementos.

Con el crecimiento y la variedad de problemas y demandas de índole político, económico, social, cultural y medioambiental, planteadas a la organización estatal por el mundo ambiental, el sistema estatal tendrá que adaptarse a las necesidades de los nuevos planteamientos, modificando sus estructuras, funciones, número de dependencias, calidad de sus servicios, forma de realizar las tareas de gobierno y, en general, replanteando su relación con los gobernados y con otras organizaciones estatales para satisfacer los requerimientos que el ambiente le exige. Esta complejidad se acrecentará en la misma proporción y velocidad en que se manifiesten los problemas y demandas por el ambiente.⁵³

El avance en la tecnología y en los medios de comunicación masiva, la interdependencia económica, cultural, social y política entre distintos sistemas estatales que se manifiesta en acuerdos, tratados, bloques comerciales, uniones económicas o políticas, trae consigo que el este se una con el oeste en una gran *aldea global* con las implicaciones que esto conlleva.⁵⁴

53 García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado...*, cit., nota 49, pp. 179-186.

54 McLuhan, Marshall y Powers, B. R., *La aldea global*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1989, pp. 60-67.

La globalización, en todas sus manifestaciones, incluyendo la democrática, tiene como resultado que el ambiente de otros sistemas estatales influya de tal forma que no puedan desarrollarse las políticas sectoriales nacionales sin tomar en cuenta las que se aplican en otros países, ya sea por disposiciones jurídicas de carácter internacional, o como influjo de las políticas públicas aplicadas en otra latitud, y que causan sus efectos no sólo en el sistema estatal donde se suscitan, sino en terceros ajenos. Los problemas medioambientales, bélicos, raciales, económicos, políticos, desajustes monetarios, entre otros, son prueba fehaciente de ello.

El peligro que se corre es que la desorganización de la complejidad ambiental tienda a obstaculizar la autodeterminación y control del sistema estatal, impidiéndole desarrollarse en forma planificada y coherente. La difuminación de límites precisos entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado, entre los intereses generales y los intereses particularizados, la invasión del Estado por grupos sociales y económicos organizados, podría traer como resultado la disolución de la unidad estatal, como institución histórica concreta, entrando en un proceso de entropía y de desorganización que nos lleve a otro tipo de orden político.

2. *Órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional*

La complejidad del ambiente en el Estado contemporáneo y la diversificación en los problemas y demandas sociales tiene por resultado que el sistema estatal tienda a tener más y, esperemos, mejores formas de resolución. Además, la ventaja que representan los medios de comunicación y transportación de la actualidad, permite que una institución de gobierno nacida y desarrollada en un Estado sea conocida, analizada y reproducida por otros.

Si como ya hemos tratado con anterioridad, la teoría de la división del poder de *Montesquieu* traspasó fronteras en el siglo XVIII con todo y las condiciones de comunicación y transporte imperantes en aquella época, cuanto más ahora con condiciones más ventajosas. Ejemplo de ello, lo es el Defensor del Pueblo en España (Comisión de Derechos Humanos en México), institución que nace en el derecho escandinavo y que ha sido adoptada en numerosos sistemas jurídicos del mundo.

Los órganos de relevancia constitucional tienen como característica esencial el que su nacimiento a la vida jurídica, sus funciones y facultades

des, la autonomía técnica y patrimonio propio son atribuciones hechas por disposición expresa del texto constitucional. A modo de ejemplos, tenemos al Banco de México, el Instituto Federal Electoral y la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo en España.

Mortati ha acuñado la expresión “órganos de relevancia constitucional”, lo cual ha generado algunas confusiones conceptuales con los denominados órganos constitucionales. Estos últimos, tienen otros elementos cualitativos que los distinguen de los de relevancia constitucional. *Santi Romano* señala que los órganos constitucionales se encuentran en el vértice de la organización estatal, no dependen de ningún otro órgano y son sustancialmente iguales entre sí. *Biscaretti* confiere a los órganos constitucionales un carácter esencial para la subsistencia del Estado: participación inmediata en la soberanía estatal, ausencia de sometimiento a ninguna relación de jerarquía, entre otras. Para *García Pelayo*, son órganos constitucionales aquellos que reciben directamente de la Constitución su *status* y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental. En España, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional enumera a los órganos constitucionales, señalando a los siguientes: el gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial, además del citado Tribunal Constitucional.⁵⁵

Como hemos señalado, el Tribunal de Cuentas español se configura jurídicamente como un órgano de relevancia constitucional. La autonomía de que goza se manifiesta en los siguientes aspectos: tiene absoluta autonomía funcional en el ejercicio de fiscalización y está legitimado para iniciar cualesquier procedimiento fiscalizador, los consejeros de cuentas del Tribunal son independientes e inamovibles, el Tribunal elabora su propio presupuesto, el Tribunal tiene competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio. Por su parte, la dependencia que el Tribunal de Cuentas tiene de las Cortes Generales se entiende por el hecho de que los consejeros de cuentas son designados por las Cortes Generales y por la razón de que también las Cortes Generales tienen la potestad de iniciar procedimientos fiscalizadores.⁵⁶

55 Vega Blázquez, Pedro de, “La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España”, *Cuestiones Constitucionales...*, cit., nota 43, pp. 224 y 225.

56 *Ibidem*, pp. 226 y 227.

El Tribunal de Cuentas ejerce una función técnica del poder público, no una función política del poder, como sí lo ejercen las Cortes Generales. La función fiscalizadora del Tribunal es un auxiliar en el ejercicio de la función de control político que tienen las Cortes Generales. He ahí una diferencia sustancial entre un órgano de relevancia constitucional, como lo es el Tribunal de Cuentas, y un órgano constitucional, como lo son las Cortes Generales.

Esto mismo ha prescrito otro órgano constitucional en su sentencia de 18 de octubre de 1986, en la que el Tribunal Constitucional dice: “es afirmación irrefutable que la actividad del Tribunal de Cuentas es una actividad técnica previa a la función política de las Cortes”.⁵⁷ Siguiendo los pasos del Tribunal de Cuentas, en 2000 inició sus funciones en México la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, con base en lo dispuesto por el artículo 79 constitucional.

La teoría clásica de la división del poder enunciada por Montesquieu y seguida, en primera instancia, por el constitucionalismo norteamericano que sirvió de ejemplo para el mundo entero, es rebasada por los órganos de relevancia constitucional, por los órganos constitucionales nacientes y por otros poderes emergentes. Nuevas ideas acerca de la forma de dividir y equilibrar el poder que permitan garantizar la libertad, la igualdad y el respeto a los derechos de los gobernados, además de legitimar el nuevo poder público tendrán que surgir.

3. *Nuevos poderes*

La complejidad del ambiente produce cambios sustanciales en las relaciones entre el Estado y la sociedad, los vertiginosos cambios que la humanidad ha tenido en el último siglo tienen por resultado que el poder público se vea imposibilitado para hacer frente a todos los problemas y demandas de sus ciudadanos. Los partidos políticos, que cumplen con el papel de interlocutores entre las demandas sociales y el poder político, han sido ampliamente rebasados. Es en esta coyuntura en la que surgen grupos de la población que se organizan para impulsar un interés común, constituyéndose como canales de acceso de la sociedad en la participación en las decisiones del Estado.

El Estado se ve obligado a compartir su poder con las fuerzas sociales organizadas como son: organismos no gubernamentales, sindicatos,

⁵⁷ *Ibidem*, p. 228.

empresas transnacionales, medios de comunicación masiva, grupos criminales organizados, tenedores de capital financiero internacional, etcétera. Con la presencia de estos nuevos actores en la vida pública, el Estado cambia sus políticas públicas de acuerdo a condiciones de hecho y no de derecho.

La intervención de estas organizaciones y el propio crecimiento del poder público sustentan su actuar en el proceso estatal, con base en un nuevo principio de legitimidad, éste es la eficacia. El Estado de bienestar se legitima en forma proporcional a la capacidad efectiva que tenga para satisfacer las crecientes demandas que le plantea la sociedad por sí o a través de los grupos de interés.⁵⁸

La creciente intromisión de los grupos de interés sobre los órganos del poder público provoca una confusión entre los intereses generales, es decir, los de la sociedad en su conjunto, y los intereses particulares o de un grupo determinado. La presión que ejercen estos grupos al poder público viene normalmente desde afuera, en forma de *lobbying*, apoyando a partidos políticos o bien corrompiendo a funcionarios públicos. Más peligroso resulta cuando la presión viene desde adentro, y encontramos a estos grupos incursionando directamente en la política, con la intención de ser ellos los titulares del poder. El caso ejemplar es el del partido *Forza Italia* que llevó a *Silvio Berlusconi* a la presidencia de su país, haciendo uso de los medios de comunicación y empresas de su propiedad, constituyó lo que se ha dado por llamar empresa-partido y empresa-gobierno.⁵⁹

Esta situación debe ponernos sobre aviso para regular la actuación de estos nuevos poderes emergentes, so pena de ver vulneradas las libertades de los gobernados y encontrar a los tenedores del poder público imposibilitados para actuar o en complicidad. Es necesario que se legisle la actuación e inferencia de los medios de comunicación masiva en el poder público. También habrá que identificar dónde se encuentran ubicados física y jurídicamente estos nuevos poderes, si dentro del territorio nacional o fuera de él, para poder aplicar medidas que corrijan esta situación. Para los que se encuentren dentro del país es conveniente abrir una vía procesal que permita a los gobernados demandar jurisdiccional-

58 García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado...*, cit., nota 49, pp. 121-135.

59 Carbonell, Miguel, "La Constitución de 1917 hoy: cinco retos inmediatos", *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 39.

mente la violación de los derechos fundamentales por parte de los particulares. Esto no es nuevo, en Estados Unidos la Corte Suprema, desde los años cincuenta, lo permite por medio de la denominada *State Action*;⁶⁰ en Alemania la *Drittwirkung*; en España hay jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo permite por una vía indirecta, y en Colombia se encuentra constitucionalizado desde 1991.⁶¹

Para los poderes emergentes que se encuentran fuera de las fronteras nacionales y que tienen que ver con capitales que se encuentran en el país, principalmente los especuladores, resulta interesante la aplicación de la llamada *Tasa Tobin*, que consiste en gravar el movimiento de capitales. Esto tiene como resultado desalentar a los inversionistas de sacar sus recursos de un país de un día para otro.⁶²

Los nuevos poderes emergentes deben ser regulados por el orden jurídico a fin de que no alteren el sistema estatal, vulneren las libertades de la población y creen un caos social, económico y político. Así lo entiende *Luhman* en su obra *Poder*, cuando dice que “las sociedades han sobrevivido bien, porque el poder social, como amenaza para el sistema político, por supuesto debe transponerse en poder político”.⁶³

En el Estado democrático contemporáneo, la división tripartita del poder político con características montesquinianas ha pasado a formar parte de un estado más complejo, en el que las funciones del poder público son más amplias, lo que provoca que la división de las funciones del poder sea forzosamente en más de tres partes.

La democracia como forma de gobierno ha dejado de ser una aspiración para ser una realidad, el fenómeno envolvente de la globalización ha surtido sus efectos al dar a conocer al mundo a la democracia como forma de gobierno. En efecto; mientras que a mediados de los años setenta, cuando menos las dos terceras partes de los países del mundo estaban regidos por dictaduras, a finales de los noventa este porcentaje ha caído significativamente hasta situarse en menos de un tercio, al mismo tiempo que los regímenes democráticos han crecido con una rapidez pocas veces vista. Pero no es suficiente sólo con transitar a la democracia,

60 Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 28-40.

61 Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 59, p. 40.

62 *Ibidem*, pp. 40 y 41.

63 Luhman, Niklas, *Poder*, trad. de Luz Mónica Talbot, Barcelona, Anthropos, 1995, p. 131.

como lo ha señalado *Diego Valadés*, también hay que consolidarla y conservarla. Para hacerlo hay que institucionalizar los procesos de poder por medio del Estado de derecho, lo cual incluye órganos del poder responsables y eficaces, existencia de libertades públicas adecuadamente garantizadas, funcionamiento neutral de la burocracia, adopción de reglas que hagan predecible la acción de los órganos del poder, autonomía de las sociedades civil, política y económica y de sus agentes (sindicatos, organismos no gubernamentales, partidos, empresas, entre otros) y devolución de poderes a los entes territoriales (estados y municipios). Como afirma *Diego Valadés*, “la consolidación democrática demanda un complejo entramado de normas constitucionales que definan el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y, por supuesto, el control del poder”.⁶⁴

64 Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 79-82.