

MONTESQUIEU Y LA SEPARACION “DEL” PODER EN AMERICA LATINA

Jean-René Garcia¹

RESUMEN: En este artículo se analizará la influencia de Montesquieu en las Constituciones de la independencia de la América española y la nueva concepción de la separación del Poder en las Constituciones latinoamericanas de los últimos años. Para ello concentraremos nuestro análisis en los países gobernados por Bolívar que adoptaron los sistemas constitucionales inventados por el *Libertador* e impregnados de las ideas de Montesquieu. Abordaremos también el caso del Río de la Plata y del Uruguay que no corresponden a la categoría evocada anteriormente pero son un buen ejemplo de la forma como las creaciones constitucionales de las otras naciones del continente fueron influenciadas por el *Filósofo de las Luces*. Para entender mejor la influencia de las teorías de Montesquieu sobre el constitucionalismo latinoamericano se analizará la invención del “no principio” de la moderación para Montesquieu, seguidamente la moderación y el régimen mixto en las Constituciones latinoamericanas de la independencia y finalmente la nueva interpretación de la separación de poderes en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

PALABRAS CLAVE:

Legislación, América Latina, Constitucionalismo, Separación de Poderes.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La invención del “no principio” de la moderación de Montesquieu
- III. Moderación y régimen mixto en las constituciones latinoamericanas de la independencia.
- IV. De la nueva interpretación de la moderación en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, el rol del juez constitucional
- V. Conclusión
- VI. Fuentes

¹ Jean-René Garcia es profesor de Derecho en la Universidad Paris 13 Sorbonne Paris Cité. Es miembro del CERAL (Centre de Recherche sur l'Action Locale) y del Instituto de las Américas. Es especialista de los procesos constitucionales en América Latina y de filosofía del derecho.

ABSTRACT: During the independence process of Spanish America in the beginning of the eighteenth century, all the young nations of the continent have opted, except Brazil, for political regimes inspired by the *Lumières* who hallowed the "sacrosanct principle of powers separation". If John Locke and Bolingbroke had initiated the doctrinal elements, Montesquieu theoretically finalized this new way of thinking about the relationship between the powers. At the moment of the independence of Spanish America, *De l'esprit des lois* was not only a book about "the various reports that laws may have with various things" but its author had conceptualized a general principle, which was converted into rule of thumb for any new constitutional Charter of that time that legally aimed to guarantee freedom. In this article we analyze the influence of Montesquieu in the Constitutions of the independence of Spanish America and the new concept of separation of powers in Latin American Constitutions during the last decade. To understand the influence of the theories of Montesquieu on the Latin American constitutionalism, first, we analyze the invention of the Montesquieu's "non-principle" of moderation, second, we present moderation and mixed regime in Latin American Constitutions independence, and third, we present the new interpretation of separation "of power" in the new Latin American constitutionalism.

DESCRIPTORS:

Legislation, Latin America, Constitutionalism, Separation of Powers.

“Para fundar un gobierno moderado es necesario combinar los poderes, ordenarlos, temperarlos, ponerlos en acción, poner lastre a uno para que pueda resistir al otro; es una obra maestra de la legislación que la casualidad hace rara vez y que raramente se deja hacer”.

Charles-Louis de Secondat, Barón de Montesquieu

I. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso de independencia de la América Española a inicios del siglo XIX, las jóvenes naciones del continente optaron (con excepción del Brasil²) por regímenes políticos inspirados del *Siglo de las Luces* que

² El Brasil tendrá un régimen monárquico de 1821 a 1889.

consagraban el que llegó a ser el “sacrosanto principio de la separación de poderes”. Si bien John Locke y Bolingbroke ya habían elaborado los elementos de la doctrina, fue realmente Montesquieu quien terminó de teorizar esta nueva forma de concebir las relaciones entre los poderes³. En el momento de la independencia de la América española *Del espíritu de las leyes* no era solamente una obra sobre “*las diversas relaciones que las leyes pueden tener con diversas cosas*”⁴ como podíamos leer en el libro primero de su obra, sino que el autor había conceptualizado un principio general que se convirtió en una “regla deificada” para toda nueva Carta constitucional de la época que buscaba garantizar jurídicamente la libertad.

El concepto de “separación de las potencias” entendido como “separación de poderes” que el autor del *Siglo de las Luces* había teorizado inspirándose, e incluso reinterpreta la Constitución de Inglaterra, tuvo entonces una influencia considerable sobre el constitucionalismo latinoamericano de la independencia. Como afirma Héctor Gros Espiell:

“Desde el Río Grande hasta el Río de la Plata, desde México hasta Chile y las Provincias-Unidas del Sur, la organización constitucional de la América Ibérica, diversa y múltiple, casi siempre republicana salvo algunas excepciones, se hizo aplicando el principio de la división de poderes del gobierno, principio simbolizado, aunque no fuera él su único defensor, por Montesquieu ⁵”.

³ Charles Eisenmann, “El espíritu de las leyes y la separación de poderes”, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Recueil Sirey, 1933, pp. 164-192.

⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Paris, GF-Flammarion, 1979 Libro II, Primer capítulo, p. 129.

⁵ Héctor Gros Espiell, “El principio de la división de poderes, la Revolución de la emancipación latinoamericana y el derecho constitucional del Uruguay”, *Revista Montesquieu* n°5, <http://montesquieu.ens-lyon.fr>, Comunicación proporcionada en Octubre 1999 al Centro latinoamericano de economía humana de Montevideo, p. 99.

Durante el Tiempo Histórico Constitucional (THC) de la independencia⁶ los debates de las élites latinoamericanas a la búsqueda de inspiración filosófica para su creación constitucional fueron entonces iluminados por el pensamiento del autor del siglo XVIII. La frase de Montesquieu “el poder detiene al poder” (incluso si el nombre de Montesquieu no era siempre citado) razonaba alto y fuerte en los discursos pronunciados durante los *cabildos* y las asambleas constituyentes de las élites criollas deseosas de construir un sistema político que aboliera definitivamente el régimen absolutista de la monarquía que tanto habían combatido. La “separación de poderes” y el conjunto del edificio constitucional que se remitían a un régimen mixto construido por el autor de *El espíritu de las leyes*, se convirtieron rápidamente en uno de los axiomas insuperables en la estructuración de las nuevas Constituciones latinoamericanas de inicios del siglo XIX⁷.

Sería exagerado encontrar en el *Capítulo VI del Libro XI, de El espíritu de las leyes* titulado *De la Constitución de Inglaterra* una especificidad puramente continental de la influencia que Montesquieu ejercerá sobre América Latina. El pensamiento del filósofo del *Siglo de las Luces* evidentemente sobrepasaba el marco latinoamericano y ya se anunciaba a finales del siglo XVIII como un pensamiento constitucional generador de instrumentos teóricos utilizados por los revolucionarios franceses durante la redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la Constitución francesa de 1791 y

⁶ Entendemos por Tiempo Histórico Constitucional (THC) los momentos históricos en los cuales se lleva a cabo un amplio consenso de la clase política respecto a un modo de organización de los poderes públicos que reconocen al ejecutivo la capacidad de emitir decisiones dentro de un marco legal definido por una Constitución. Sobre la noción de Tiempo Histórico Constitucional véase Jean-René García “El surgimiento de la noción de Tiempo Histórico Constitucional (TCH) en la doctrina jurídica latinoamericana: el caso de la Constitución boliviana de Santa Cruz de 1831”, *Políticas y Constitucionalismo*, Junio-Diciembre 2013, Vol I, Número I, Juridica Law, México, 2013, pp. 45-65.

⁷ En el presente artículo no estudiaremos la teoría de los climas de Montesquieu, pues si bien fue muy difundida en la época no tuvo verdadero efecto sobre la construcción del constitucionalismo latinoamericano.

algunos años antes por los “Padres fundadores” de la Constitución norteamericana de 1787.⁸

El principio de la “separación de poderes” será también la base conceptual del constitucionalismo liberal y constituye aún hoy en día una fuente importante de debates teóricos modernos. Para convencerse basta con consultar *Mélanges en l’honneur de Jean Gicquel, Constitution et Pouvoir*, en el cual Pascal Jan vuelve sobre el principio moderno de “La separación del Poder”⁹. El autor precisa al respecto:

“Verdadero mito indisociable de regímenes constitucionalistas pluralistas, la teoría de la separación de poderes es igualmente una de las nociones que da lugar a múltiples interpretaciones políticas y jurídicas. Varias concepciones coexisten en la doctrina. Para ir mas allá del artículo magistral de Charles Einsenmann en los *Mélanges Carré de Malberg* (“L’esprit des lois et la séparation des pouvoirs”) los analistas admiten al unísono que la lectura tradicional de la separación de poderes, separación de órganos y especialización de funciones, no es capaz de expresar los equilibrios contemporáneos de los poderes. En adelante, encontramos con frecuencia la tesis según la cual la separación de poderes se reduce al equilibrio entre los poderes legislativo y ejecutivo, por un lado, y del poder jurisdiccional, por el otro”.¹⁰

Retomaremos más adelante esta nueva concepción de la “separación del poder” en el constitucionalismo latinoamericano de los últimos años. No obstante, previamente hay que entender la génesis de la influencia de Montesquieu sobre las Constituciones de la independencia.

⁸ Véase este punto en Hamilton A., Jay J., Madison G., *El federalista*, Paris, LGDJ, 1957.

⁹ Pascal Jan, “La separación del Poder”, *Mélanges en l’honneur de Jean Gicquel, Constitution et Pouvoir*, Montchrestien, Lextenso Ediciones, Paris, 2008, p. 255.

¹⁰ Pascal Jan, *Ibidem*, p. 256.

Existe un gran número de Constituciones surgidas de la independencia que ponen en relieve, sin citarla, la “separación de poderes”. Charles Louis de Secondat ejercerá en primer lugar una influencia sobre la Constitución de Cádiz de 1812 antes de ser retomado por las nuevas constituciones fundadoras de la nueva América Ibérica. Pero en términos jurídicos, la influencia de Montesquieu en América Latina no ha sido suficientemente tratada. Rousseau, Voltaire, Benjamin Constant, expresamente reivindicados por los constituyentes de la independencia tuvieron más atención de parte de los investigadores y especialistas del continente. Es cierto que más allá de Montesquieu, es el principio de “separación de poderes” el garante de la libertad y de los abusos del absolutismo que fue reivindicado por las élites criollas de América española, de las cuales una gran parte había leído *El Federalista* durante la adopción de la Constitución de las trece colonias norteamericanas¹¹. En esta época se daba por hecho que una buena Constitución debía organizar una “separación de poderes”. De esta manera, las referencias al autor del *Siglo de las Luces* como tal son mucho menos frecuentes en los debates de los constituyentes que aquellas relativas a Jean-Jacques Rousseau o Benjamin Constant.

Sin embargo, es fundamental volver al tema de la verdadera influencia de Charles- Louis de Secondat en el constitucionalismo latinoamericano de la independencia para entender su evolución. En efecto, estudiando esta influencia estaremos en condiciones de entender los debates constitucionales actuales sobre la separación “del Poder” en el sentido dado por Pascal Jan en las nuevas Constituciones latinoamericanas de los últimos años. Sin retomar el conjunto de la teoría de la “separación

¹¹ Geneviève Verdo precisa: “*La Constitución de 1787 fue traducida y difundida pronto en los medios revolucionarios del puerto. Con frecuencia atribuida a Moreno, dicha traducción emanaría del mundo de los negocios inglés muy cercano al poder, del cual uno de sus representantes escribe en 1812 que la Constitución americana fue traducida por M. Mac Kinnon (comerciante inglés que cuenta con la alta estima de la Junta)*”, pp. 108-109, en Annick Lempérière, Georges Lomné, Frédéric Martinez y Denis Rolland (Coord), *América Latina y los modelos europeos*, l’Harmattan, Paris, 1998.

de poderes” que ya ha sido estudiado en numerosas obras, es conveniente volver substancialmente al enfoque de Montesquieu.

En el *Espíritu de las Leyes* Montesquieu se interesó esencialmente en la noción de libertad capaz de ofrecer justicia a las sociedades humanas. Ella no consistía en hacer lo que uno quiere sino de beneficiar del derecho de hacer todo lo que las leyes permitían. Esta actitud proporcionaba tranquilidad de espíritu y un sentimiento de seguridad. Ahora bien, esta libertad no es factible en las tres formas de gobierno conocidas: republicano, monárquico y despótico¹². Ella podía encontrarse solamente en un gobierno moderado favorable a la libertad política. Para Montesquieu el remedio contra la corrupción posible de estas tres formas de gobierno consistía en el establecimiento de un régimen mixto moderado¹³. Según una división que se hará clásica después de Montesquieu, él distinguía el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder de juzgar. Consideraba que si los tres “poderes” *están concentrados entre las mismas manos no hay libertad*¹⁴. Se trataba entonces de separar los poderes y sobretodo de equilibrarlos o de distribuirlos¹⁵. De esta manera, cada una de las Cámaras del cuerpo legislativo tendría la posibilidad de resistir a la otra. Además, el legislativo tenía, con respecto al ejecutivo, la facultad de controlar la ejecución de las leyes. Montesquieu teorizaba también un poder de juzgar separado del poder legislativo o ejecutivo.

¹² Montesquieu, *op. cit.*, Libro II, Primer capítulo, p. 132.

¹³ Para Montesquieu, si la eficacia política exigía que los asuntos fueran tratados por uno solo existía también el peligro del monarca que se convierte en tirano. Además, era necesario distribuir el poder y dejar al monarca solo el poder de ejecutar las leyes con el fin de que el pueblo conserve su soberanía. En tal sistema, la separación de poderes aseguraba la libertad política. Montesquieu, *Ibidem*, Libro XI, Capítulo VI, p. 294.

¹⁴ Para un estudio más completo sobre la separación de poderes consultar Charles Eisenmann, “L’esprit des lois et la séparation des pouvoirs”, *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Recueil Sirey, 1933, pp. 164-192; Michel Troper, *La séparation de pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, Thèse pour le doctorat présentée et soutenue publiquement le 30 décembre 1967, Paris, LGDJ, 1967.

¹⁵ Montesquieu, *op.cit.*, Libro XI, Capítulo VI, p. 295.

En resumen, el cuerpo legislativo estaba compuesto de dos partes, la Cámara alta y la Cámara baja, una encadenada a la otra por la facultad mutua de impedir. Las dos estaban ligadas por el poder ejecutivo. De hecho el poder que cada uno de estos poderes poseía respecto al otro permitía un movimiento que constituía el motor del régimen¹⁶.

Pero la gran innovación de la obra de Montesquieu residía en su concepción del régimen mixto y de la moderación que resultaba del mismo. Charles Louis de Secondat estableció los principios de una Constitución que permitía la seguridad y la libertad sin que por ello el poder ejecutivo de volviera opresor, como el Estado *Leviathan* de Hobbes que iba más allá de la organización institucional de Locke por la institucionalización de la facultad de impedir. El fin de la Constitución era entonces la seguridad, la libertad y la moderación.

Por lo demás, Montesquieu no se apoyó sobre ningún principio filosófico pre-político como, por ejemplo, el estado de naturaleza hobbesiano, pero forjó un “no-principio”, el de la moderación¹⁷. Es justamente porque temía la radicalización de principios simplificados que el *Filósofo de las Luces* privilegió este “no-principio”. De hecho Montesquieu estaba convencido que la moderación era el lema de la modernidad. En ese sentido, estimaba que la libertad política era inherente a los Estados moderados. Esta era inseparable de la seguridad que los Estados buscaban y solo se podía obtener a través de la moderación. Si hace falta insistir en el concepto de moderación es porque representa, a nuestro entender, el mayor aporte de *El espíritu de las leyes* para quien constituye, el objetivo inmediato y a la vez el objetivo supremo de la política.

¹⁶ Montesquieu precisa: *Los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo.* Montesquieu, *ibidem*, Libro XI, Capítulo VI, p. 302.

¹⁷ Harvey C. Jr. Mansfield., *Le prince apprivoisé, de l'ambivalence du pouvoir*, France, Fayard Collection, L'Esprit de la Cité, 1994, p 294.

De esta manera, en primer lugar, convendrá tratar en este artículo la influencia de Montesquieu en las Constituciones de la independencia de la América española. Pero sobretodo, volveremos a tratar después la nueva concepción de la separación del Poder en las Constituciones latinoamericanas de los últimos años. Para ello concentraremos nuestro análisis en los países gobernados por Bolívar que adoptaron los sistemas constitucionales inventados por el *Libertador* e impregnados de las ideas de Montesquieu. Luego trataremos también el caso del Río de la Plata y del Uruguay que no corresponden a la categoría evocada anteriormente pero constituyen un buen ejemplo de la forma como las otras naciones del continente fueron influenciadas durante sus creaciones constitucionales por el *Filósofo de las Luces*.

Desde entonces, para entender mejor la influencia de las teorías de Montesquieu sobre el constitucionalismo latinoamericano convendrá volver ante todo a la invención del “no principio” de la moderación para Montesquieu (II). Luego veremos la moderación y el régimen mixto en las Constituciones latinoamericanas de la independencia (III). Finalmente estudiaremos la nueva interpretación de la separación de poderes en el nuevo constitucionalismo latinoamericano (IV).

II. LA INVENCION DEL “NO PRINCIPIO” DE LA MODERACION DE MONTESQUIEU

El proceso de independencia, como lo hemos mencionado, permitirá a las nuevas naciones latinoamericanas efectuar la transición del sistema de la monarquía absoluta del Imperio español a los regímenes políticos fundados en las teorías constitucionales elaboradas en el *Siglo de las Luces*¹⁸. En esta abundancia de invenciones constitucionales la Carta

¹⁸ Sobre la invención constitucional y la influencia de las *Luces* durante la independencia consultar O. Carlos Stoetzer, *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825)*, Madrid España, Insituto de Estudios Políticos,

redactada por Bolívar en 1826, que debía aplicarse también en Bolivia, en Perú y en ciertos aspectos en la Gran Colombia (que estaba conformada por la actual Colombia, Ecuador y Venezuela) se afirmó como uno de los primeros sistemas políticos que aplicó el principio de la “separación de poderes”¹⁹. De este modo, el sistema constitucional creado por Bolívar puede ser considerado como un modelo teórico del equilibrio de poderes asociando a los tres poderes clásicos un cuarto, el poder electoral y un poder moral vigilante del edificio republicano que lleva al paroxismo la idea de la “separación de poderes” de Charles-Louis de Secondat²⁰.

Con frecuencia se ha creído que la Carta de 1826 era una copia de la Constitución napoleónica de 1804, pero no era el caso²¹. En efecto, se

1996; Marie-Danielle Demélas, *L'invention politique, Bolivie, Equateur, Pérou au XIXème siècle*, Paris, Editions Recherche sur les civilisations, ADPF, 1992; Georges Lomné, “Révolution française et rites bolivariens: examen d'une transposition de la symbolique républicaine”, *Cahiers des Amériques latines*; *L'Amérique latine face à la Révolution française, l'héritage révolutionnaire: une modernité de rupture*, Paris, Editions del IHEAL, 1990, n°10.

¹⁹ O. Carlos Stoetzer precisa respecto al tema que: “Durante la segunda mitad del siglo XVIII las clases altas de la América española leyeron las obras de Voltaire y Rousseau. El Espíritu de las Leyes de Montesquieu y el Tratado de sensaciones de Condillac y la Enciclopedia”. O. Carlos Stoetzer, *El pensamiento político en la América española durante el período de la emancipación (1789-1825)*; *op. cit.*, p. 52.

²⁰ Las ideas de Bolívar al inicio de la invención constitucional de la Carta de 1826 están esencialmente expuestas en dos textos: *El discurso pronunciado en Angostura el 15 de Febrero de 1819 durante la inauguración del segundo Congreso nacional venezolano* y *El Discurso de presentación de la Constitución de Bolivia al Congreso Constituyente de 1826* así como en diversas cartas fragmentos de notas enviadas por el Libertador durante la campaña de independencia. El conjunto de estos escritos refleja el pensamiento constitucional bolivariano impregnado de los ideales del Siglo de las Luces y de los sistemas políticos que dicho siglo había visto en práctica.

²¹ Para esta interpretación podemos hacer referencia al pensamiento de Fraga Iribarne que precisaba: “Es evidente que la Constitución del 22 de febrero del año VIII (13 de diciembre de 1799) con su primer Cónsul, la del 16 termidor del año X (4 de agosto de 1802) con su Consejo vitalicio y especialmente ciertas fórmulas de esta Constitución como el Senado, el Consejo de Estado, los Colegios Electorales estaban presentes en el pensamiento de Bolívar llamado a resolver en cierto sentido los mismos problemas que Napoleón, es decir restablecer el orden después de la revolución así como

pueden señalar ciertas semejanzas especialmente en la organización de los poderes públicos pero la Carta de 1826 representaba ante todo, a nuestro entender, la voluntad de Bolívar de instaurar un régimen mixto como elemento generador de un nuevo orden constitucional en un marco republicano inspirado por el autor de *El espíritu de las leyes* aprovechando desde luego de la “autoridad” necesaria para su funcionamiento mediante la institución de un presidente de la República²².

Para Montesquieu la construcción teórica de un régimen mixto que daba lugar a la moderación provenía de los pensadores de la Antigüedad, particularmente de Herodoto que había identificado tres grandes sistemas políticos: la monarquía, gobierno de uno solo, la aristocracia, gobierno de algunos, la democracia, gobierno de todos, los mismos que se sucedían según un orden cronológico determinado²³. Platón y Aristóteles utilizaron también estas clasificaciones. En su última obra *Las Leyes* Platón estudió las diferentes Constituciones existentes o que habían existido²⁴. En esta obra el filósofo iba más allá de la sociedad estancada imaginada en *La República*. Pensaba que una ciudad bien organizada apasionada de libertad y de razón podía ser creada pero solo podía existir si dos tipos de regímenes, la monarquía y la democracia, se asociaban. Puesto que si se favorecía a uno u otro de ellos la Ciudad no podía funcionar.

garantizar el funcionamiento de la República. Pero las soluciones de Bolívar son diferentes, en el fondo y en la forma, y están pensadas expresamente para el mundo americano. Recordemos que cuando la gloria de Bolívar estaba en su más alto nivel Napoleón ya ha sido olvidado (murió en Santa Elena en el año 1821)”, Manuel Fraga Iribarne, “La evolución de las ideas de Bolívar sobre los Poderes el Estado”, *Revista de Estudios Políticos*, España, n° 117-118, Mayo-Agosto, 1961, pp. 231-232.

²² Sobre la concepción de la autoridad del ejecutivo para Bolívar véase: Hubert Gourdon; “Les trois constitutionnalismes de Simón Bolívar”, *Cahiers des Amériques latines, Bolívar et son temps*, Paris, Série Sciences de l’Homme, IHEAL, 1984, n° 29-30, pp. 249-261.

²³ Jacqueline de Romilly, « Le classement des Constitutions d’Hérodote à Aristote », *Revue des études grecques*, Paris, Société d’édition Les Belles Lettres, 1959, p. 86.

²⁴ Platón, “Chapitre III, Politique et société, L’origine des sociétés du politique”, *Les Lois*, Francia, Editions Gallimard, Colección Folio, essais inédits, 1997, 681^a.

En este sentido, Platón citaba los ejemplos de Persia y Atenas que al principio fueron formas puras que terminaron corrompiéndose²⁵. En Persia, el desarrollo excesivo de la monarquía había conducido a una pérdida de conciencia de los gobernantes de la necesidad de preservar la libertad para sus súbditos. En Atenas, en cambio, la hipertrofia de la democracia condujo a la decadencia de toda forma de autoridad. Pero este no fue el caso de la Ciudad de Esparta que había creado un sistema político mixto. Encontramos aquí a los reyes representando la monarquía, los gerontes representando la oligarquía y los éforos representando la democracia. Para Platón es esta combinación de sistemas políticos que, reunidos en uno solo, hacían de Esparta un ejemplo de Ciudad bien gobernada.

Si la noción de régimen mixto estaba entonces ya presente en el pensamiento de Platón, es Aristóteles quien más la desarrolla. Aristóteles sistematiza la noción de régimen mixto con la intención de crear una teoría que habría permitido institucionalizar su noción de “justo medio”. En *Las Políticas*, Aristóteles había establecido que las Constituciones puras existían raramente. Más bien, él encontraba en los sistemas políticos que había estudiado formas de Constituciones diferentes que se combinaban. Aristóteles retomó el ejemplo de Esparta que gozaba de las ventajas de la monarquía, de la oligarquía y de la democracia. Por consiguiente, Esparta estaba considerada por Aristóteles como la forma teórica de un sistema político que permitía la institucionalización del “justo medio”²⁶.

Este sistema buscaba conducir a soluciones moderadas que aspiraban al mejor funcionamiento de todo sistema político. Para Aristóteles, al combinar las diferentes fuerzas sociales, monarquía, oligarquía y democracia se suprimía la posibilidad para una clase social de imponer

²⁵ Platón, *Ibidem*, 689e-693a.

²⁶ Aristote, *Les politiques*, Paris, GF-Flammarion, Libro IV, Capítulo 9, 1294-b, p. 307.

su supremacía sobre otra, garantizando de esta manera la estabilidad política. En suma, con la Constitución mixta cada clase participaba en la política de la Ciudad y gozaba de un marco institucional que la ponía en condiciones de tratar sus desacuerdos²⁷.

Pero verdaderamente se considera a Polibio como el primer teórico del régimen mixto²⁸. Es estudiando el sistema político de la Roma antigua que él construirá su teoría del régimen mixto garante del equilibrio de las instituciones. Según Polibio la combinación de la monarquía representada por los Cónsules de Roma, de la aristocracia representada por el Senado y de la democracia representada por el pueblo, se convertía en el elemento fundamental que aseguraba el mejor funcionamiento y la perennidad del sistema político. En los hechos, cada institución operaba de manera independiente pero necesitaba recurrir a las otras dos para el funcionamiento global del sistema. Polibio inventó así una teoría que ya no hacía referencia a la sucesión histórica de los regímenes políticos²⁹. De hecho, la teoría del régimen mixto de Polibio suprimía la antigua teoría que hacía de la degradación política de los regímenes una especie de fatalidad histórica. Con el régimen mixto, las formas políticas diferentes coexistían en un campo institucional común y

²⁷ Aristote, *Ibidem*, Libro IV, Capítulo 9, 1294-b, p. 307.

²⁸ Polybe, *Histoire*, Bruges, Gallimard, 1970, Libro VI, Capítulo II, pp. 468-478.

²⁹ Polibio precisaba que : *“Licurgo ha concebido una Constitución que en vez de ser simple y homogénea, combinaba en ella todas las cualidades y las particularidades propias a los mejores sistemas de gobierno, con el fin de evitar que tal elemento al desarrollarse de manera excesiva no caiga en alguno de los vicios que le son inherentes. La acción de cada uno de ellos estaba entonces contrarrestada por la acción de los otros, ninguno podría desequilibrar el conjunto pesando más por alguno de los lados, y así, el sistema constituido de elementos que están en contrapeso debía mantenerse largo tiempo sin riesgo de zozobrar. El poder real, respaldado por el temor del pueblo, que tenía también su parte de autoridad en el Estado, evitará de caer en la arrogancia mientras que el pueblo no se arriesgará a despreñar a los reyes, pues el pueblo sería mantenido a distancia a través de los gerontes que eran todos elegidos según el criterio aristocrático del mérito y se alinearían siempre del lado del derecho. De esta manera, aquel poder que se encontraría en estado de inferioridad, en razón del respeto de las reglas tradicionales, volvería a encontrar, cada vez que fuera necesario, vigor y autoridad gracias al apoyo y los estímulos de la Gerusia.”* *Ibidem*, pp. 477-478.

funcionaban en el mismo sistema político. El régimen mixto permitía de esta manera una separación de poderes que constituía una forma de penetración en el campo institucional de resultados históricos de regímenes políticos. Sin embargo, la teoría del régimen mixto fue verdaderamente elaborada posteriormente. Fue Bolingbroke quien, comparando los regímenes políticos de Francia y Gran Bretaña, estableció una teoría política que establecía un vínculo entre equilibrio de poderes y formas de gobierno³⁰. Esta teoría de régimen mixto existía particularmente en la Constitución inglesa en la cual se encontraban a la vez principios de la monarquía con un rey, de la aristocracia con una Cámara alta y de la democracia con una Cámara baja.

Estas ideas sobre el régimen mixto serán desde luego retomadas, desarrolladas y sistematizadas posteriormente por Montesquieu³¹. En efecto, la teoría del régimen mixto del autor de *El espíritu de las leyes* permitía establecer una fórmula que combinando principios políticos contrarios, impediría la decadencia de los sistemas políticos. Ningún poder, ejecutivo, legislativo, judicial, beneficiaba de cualquier supremacía sobre otro. Por consiguiente, los poderes estarían obligados a negociar para asegurar el funcionamiento del sistema.

Es esta competencia de poderes, observando cada uno de ellos una legitimidad política diferente, ejerciéndose en el mismo marco institucional, la que suprimía la degeneración del sistema. El régimen mixto ponía en marcha mecanismos constitucionales antagonistas pero en el marco de un mismo sistema político permitiendo así al poder de perdurar en el tiempo gracias a la moderación. Es una de las lecciones fundamentales aprendidas por los constituyentes latinoamericanos de la independencia.

³⁰ Sobre este tema consultar Jean Petot, “La notion de régime mixte”, *Recueil en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1977, p. 99.

³¹ Montesquieu, “Livre XI, Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution, Chapitre VI, De la constitution d’Angleterre”.

III. MODERACION Y REGIMEN MIXTO EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS DE LA INDEPENDENCIA

III.1. RÉGIMEN MIXTO Y MODERACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES BOLIVARIANAS

Bolívar intentó también con su Constitución de 1826, escrita para Bolivia y que debía aplicarse también en Perú y en ciertas partes de la Gran Colombia, de integrar lo mejor que ella contenía en estas diferentes formas de régimen político. Juan Carlos Morón señala respecto a esta Constitución:

“En ella encontramos la estabilidad de la monarquía; el poder electoral de la democracia; la centralización hacendaría absoluta del régimen unitario; la intervención popular en los nombramientos políticos como en el federalismo; los censores vitalicios como en la oligarquía y el derecho de petición y de refrendación de las reformas constitucionales así como en el sistema plebiscitario”³².

Si el *Libertador* estaba consciente de la necesidad de la existencia de un Presidente vitalicio que se jacta de su “autoridad” inspirada del “poder neutro” de un Benjamin Constant³³ con el fin de asegurar el buen funcionamiento de su sistema constitucional, por otro lado, le parecía necesario contrarrestar este poder simbólico por un régimen mixto asociando los otros poderes, inspirándose de un Montesquieu. Para El *Libertador* se trataba de teorizar un sistema político que no estuviera dominado únicamente por la *voluntad general* del pueblo. En

³² Juan Carlos Morón Urbina, “Bolívar y su propuesta constitucional de 1826”, *Pensamiento constitucional*, Perú, Ediciones Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2000, Diciembre 2000, año VII, n° 7, p. 486.

³³ Sobre el poder moderador y la influencia de Benjamin Constant sobre Bolívar véase: Jean-René Garcia, *La Bolivie, Histoire Constitutionnelle et ambivalence du pouvoir exécutif*, Prefacio de Harvey Mansfield, París, L’Harmattan, 2012, pp. 64-70.

efecto, Bolívar desconfiaba del pueblo latinoamericano que a su entender no estaba aún maduro políticamente. El objetivo de Bolívar estaba por tanto centrado en la representación del conjunto de los diferentes y múltiples intereses de la sociedad latinoamericana y en la necesidad de construir un edificio constitucional capaz de integrarlos en el juego político.

En ese sentido, el régimen mixto del *Filósofo de las Luces* presentaba numerosas ventajas para Bolívar ya que los conflictos entre las diferentes fuerzas políticas podían resolverse dentro del marco constitucional. El equilibrio de poderes en el régimen mixto garantizaba así una flexibilidad propia para evitar la inestabilidad política que Bolívar temía destruyera el edificio republicano. La prevención de la inestabilidad política era posible en el régimen mixto puesto que ninguna fuerza política era suficientemente poderosa para imponer su hegemonía ideológica.

Con este fin, Simón Bolívar instituyó en la Carta de 1826 el poder legislativo tricameral: la Cámara de tribunales³⁴, de senadores³⁵ y de

³⁴ La Cámara de tribunales era competente en materia de establecimiento de divisiones territoriales, de contribuciones y de gastos públicos. Autorizaba al Poder Ejecutivo a negociar préstamos. Decidía también acerca de la moneda, el peso y medidas. Decidía respecto a la conveniencia de hacer obras públicas (construcción de rutas, calzadas, puentes edificios públicos...). Además, decidía la habilitación de puertos. Determinada los salarios de los empleados públicos y planteaba las reformas juzgadas necesarias en el campo de las finanzas y de la guerra. Era competente para las declaraciones de guerra y de paz así como para las alianzas con naciones extranjeras. La Cámara de tribunales era también competente para otorgar el derecho de paso por el territorio nacional a las tropas extranjeras. Podía dar órdenes a la marina, el ejército y la milicia nacional bajo propuesta del gobierno. Ramón Salinas Mariaca, *Las Constituciones de Bolivia*, La Paz, Bolivia, Talleres-Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco, 1989.

³⁵ El Senado era competente para redactar los códigos civil, penal, de procedimientos y de comercio. Estaba encargado de la organización institucional de la Iglesia y de los reglamentos eclesiásticos. El Senado tenía igualmente iniciativa para las leyes relativas a reformas judiciales. Debía velar por la rápida administración de justicia en materia civil y penal así como a la constitucionalidad de las medidas tomadas por los magistrados, jueces y eclesiásticos. Debía velar igualmente por por la buena administración de los tribunales

censores³⁶. Las tres Cámaras reunidas conjuntamente componían el poder legislativo³⁷ que tenía como atribuciones principales nombrar al presidente de la República, aprobar el nombramiento del vicepresidente a propuesta del presidente, elegir el lugar de residencia del gobierno y trasladarlo si graves circunstancias lo exigieran³⁸. En consecuencia, el poder legislativo tricameral de la Constitución de 1826, inspirado del régimen mixto de Montesquieu, aparecía como una solución intermedia. Los diferentes intereses políticos representados en el edificio constitucional podrían armonizar naturalmente permitiendo de esta manera mantener el equilibrio del sistema. Todas las decisiones extremas que hubieran tenido por objetivo hacer prevalecer el interés de una clase sobre otra habrían sido *de facto* imposibles de ejecutar en el régimen mixto bolivariano.

Si Bolívar citaba poco a Montesquieu en sus escritos y prefería hacer referencia al régimen de la Gran Bretaña, es claro que el “sacrosanto principio de la separación de poderes” que Bolívar deseaba llevar a su punto máximo en la Constitución de 1826, constituía para el *Libertador* un medio de ultimar la obra del *Filósofo de las Luces* estableciendo sobre el mismo modo una “moderación” institucionalizada por la multiplicación de poderes independientes pero a la vez enlazados por todo un arsenal de mecanismos jurídicos.

superiores de justicia, prefectos, magistrados y jueces subalternos. El Senado aprobaba o rechazaba el nombramiento de prefectos, gobernadores y *corregidores* que el gobierno proponía sobre en una lista establecida por los órganos electorales. Reglamentaba el ejercicio del *patronato* (institución de la iglesia) y proponía leyes en el campo eclesiástico relacionado con el gobierno. Debía examinar también las decisiones conciliares, bulas y otras medidas pontificales con el fin de aprobarlas o rechazarlas. Ramón Salinas Mariaca, *Ibidem*.

³⁶ La Cámara de censores estaba encargada de hacer respetar la moral pública. La Cámara de censores constituía una innovación constitucional propre à Bolívar. Estaba encargada del poder moral creado por el *Libertador*. Se trataba, de alguna manera, de articular política y moral. En su esfuerzo por reglamentar las instituciones intentaba establecer normas válidas para la comunidad nacional y no solo para un sector. Ramón Salinas Mariaca, *Ibidem*.

³⁷ “Artículo 27 de la Constitución Política de 1826”, Ramón Salinas Mariaca, *Ibidem*, p. 22.

³⁸ “Artículo 30 de la Constitución Política de 1826”, Ramón Salinas Mariaca, *Ibidem*, p. 23.

En efecto, la Constitución bolivariana será sobretodo simbólica y será aplicada muy poco tiempo en los países en los cuales había sido adoptada. En Bolivia el Mariscal Sucre, renuncia a aplicarla luego de algunos meses de práctica, en Perú será aplicada durante seis meses. La fragmentación de la Gran Colombia en 1830 en tres países, Colombia, Ecuador y Venezuela y el retiro de Simón Bolívar del ámbito político hacían imposible la aplicación de su Constitución, finalmente incomprendida en la época, en esta región, especialmente porque ella establecía al lado de un régimen mixto un presidente vitalicio. Sin embargo, ella servirá en cierta medida de modelo para la redacción de nuevas Constituciones de estos países que sin ir tan lejos en la “separación de poderes” volverán a una concepción más clásica del modo de organización de los poderes públicos. Pero cualesquiera fueran los debates posteriores a la Constitución bolivariana, el régimen mixto y la moderación brillaron de ahí en adelante como las referencias insuperables del establecimiento de todas las nuevas Constituciones buscando la libertad. La influencia de Montesquieu estaba por cierto presente en otras Constituciones de la época.

III.2. RÉGIMEN MIXTO Y MODERACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DEL RÍO DE LA PLATA Y DEL URUGUAY

El Río de la Plata y del Uruguay constituye también un buen ejemplo de la influencia de Montesquieu sobre el constitucionalismo latinoamericano. Se ha confirmado que la traducción del *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu, comentado por Condorcet, se habría difundido entre las élites criollas de Río de la Plata³⁹. Así, el Filósofo de las Luces fue muy leído en el Montevideo colonial y figuraba en las grandes

³⁹ Según Juan Pivel Devoto, Montesquieu habría sido extensamente leído por las élites uruguayas. Juan Pivel Devoto “Las ideas constitucionales del Dr José Ellauri, las Fuentes de la Constitución Uruguaya de 1830”, *Revista histórica*, T23, Montevideo, 1955, p. 10.

bibliotecas de letrados de la época⁴⁰. Montesquieu era por consiguiente conocido por los Constituyentes del Río de la Plata⁴¹. En ese sentido Bernardo Monteagudo, uno de los padres de la Constitución argentina, en su Memoria sobre *Los principios políticos que seguí en la administración del Perú y acontecimientos posteriores a mi separación*, hace numerosas referencias al autor del *Espíritu de las Leyes*.

Por añadidura, las primeras medidas dictadas por los revolucionarios del Río de la Plata poco después de la invasión de las tropas napoleónicas estaban impregnadas del principio de la separación de poderes. Podemos referirnos aquí al reglamento dictado el 22 de octubre de 1811 por la Junta del Río de la Plata que adoptó incluso antes de la Constitución de Cádiz de 1812 el principio de la “separación de poderes”.

Por otro lado, desde 1813 durante los debates relativos a la Asamblea General Constituyente de las provincias del Río de la Plata, los representantes de la Asamblea decidieron adoptar medidas que hacían recordar la importancia de un régimen mixto que separe los poderes. Encontramos esta voluntad en las instrucciones 5 y 6 del 13 de Abril de 1813 dadas por Artigas a los diputados orientales para la redacción de una constitución que precisa que: “*Los gobiernos provinciales y nacional*

⁴⁰ Héctor Gros Espiell precisa en su artículo: “El caso de la Biblioteca de Francisco Ortega es especialmente significativo dado que éste último era el padre de Artigas, Archivos Artigas, Comisión Nacional Archivo Artigas, Montevideo, MCML; “Expediente formado con motivo del embargo de los libros pertenecientes a don Francisco Ortega, 5 de Octubre de 1790”, p 370 y 379, Encontramos en este inventario “Cuatro volúmenes in-8 en francés, *Obras del Señor de Montesquieu*” y “Un volumen in-8 de *Cartas persas* en francés”, Héctor Gros Espiell, *op.cit.*, p. 93.

⁴¹ Ricardo R. Caillet Bois, “Las corrientes ideológicas europeas del siglo XVIII y el Virreinato del Río de la Plata” en la *Historia de la Nación argentina*, 2a ed, Vol V, Buenos Aires, El Ateneo, 1941, primera sección, pp. 23 y 29.

serán divididos en poderes legislativo, ejecutivo y judicial” (artículo 5)⁴². En cuanto al artículo 6, éste precisaba el marco de dicha separación: “Estos tres poderes jamás podrán estar unidos entre sí y serán independientes en sus facultades” (artículo 6)⁴³.

Debemos decir que Artigas, padre fundador de la Constitución uruguaya era también un gran admirador del *Filósofo de las Luces*, que él esperaba poner en práctica en la invención constitucional de la época. En efecto, esta “separación de poderes” a la vista de los artículos 5 y 6 se inscribía en el proyecto de una federación más amplia en la cual la inspiración provenía de la Constitución norteamericana de 1787, pero la sombra de Montesquieu se encuentra incluso en el estilo adoptado por la redacción del artículo 6: “*Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí y serán independientes en sus facultades*”. Encontramos aquí las preocupaciones del autor del *Espíritu de las Leyes* que precisaba: “*Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las discrepancias entre particulares*”⁴⁴.

La filosofía de estos artículos va a ejercer una gran influencia en el constitucionalismo uruguayo. Se reconocerá en los proyectos constitucionales de Artigas para la Región Oriental (el futuro Uruguay). De esta manera, el *Proyecto de Constitución Federal para las Provincias Unidas* confirmó el principio absoluto de la separación de poderes en su artículo 63. Además, Artigas no reservaba este único poder a la

⁴² “Las instrucciones del año 1813” fueron el mandato que llevaron los diputados de la Provincia Oriental (actual Uruguay) a la Asamblea Nacional General Constituyente de 1813 de las Provincias Unidas del Río de la Plata. En 1813 la junta de Buenos Aires decidió convocar a todos los pueblos de las Provincias Unidas del Río de la Plata para que enviaran representantes a una asamblea destinada a definir el tipo de gobierno del nuevo país. Véase sobre este tema: Lorenzon Belinzon, *La revolución emancipadora uruguaya*, Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1932, p. 228.

⁴³ Lorenzon Belinzon, *Ibidem*, p. 228.

⁴⁴ Montesquieu, *op.cit.*, Libro XI, Capítulo VI, p. 295.

Provincia Oriental de la Federación pues la “separación de poderes” debía aplicarse también en cada provincia de la República⁴⁵

Desde 1825, el fin de la guerra de la independencia, encontramos la inscripción de la “separación de poderes” en el texto constitucional uruguayo. En la Constitución de 1825 que dará nacimiento a la primera Constitución uruguaya de 1830, la “separación de poderes” está presente. Podemos citar al respecto a Aníbal Luis Barbagelata en su trabajo titulado *1825, el Pueblo oriental y los principios institucionales: una coincidencia racional* que afirmaba:

“Si como lo hemos señalado, el constitucionalismo del importante movimiento de 1825 buscaba la afirmación de la libertad, no debe sorprendernos que desde un inicio haya tratado de consagrar este gran principio de organización tutelar [...] La puesta en orden normativa provisoria que fue dictada en la Provincia y a través de la cual, bajo el impulso del jefe de treinta y una provincias orientales, se pone término a la concentración de facultades de las que estaba investido, esta puesta en orden se cumple de manera eficaz [...] Los poderes ejecutivo, legislativo y jurisdiccional son confiados por preferencia a diferentes órganos, dotados de suficiente independencia. [...] Así esta celosa preocupación por la libertad que venía de Artigas se vio satisfecha⁴⁶”

Desde entonces, a la adopción de la primera Constitución de 1830 encontramos las preocupaciones artiguistas sobre la necesaria separación de poderes. Que nos dice la Constitución de 1830? En primer lugar, que “*El Estado oriental del Uruguay adopta para su*

⁴⁵ Héctor Gros Espiell, “La formación del Ideario Artiguista” en *Artigas*, Montevideo, El País, pp. 191-201.

⁴⁶ Aníbal Luis Barlagelata, “El Día”, Montevideo, sábado 23 de Agosto de 1972, p 11, citado en Héctor Gros Espiell, “Le principe de la division des pouvoirs, la Révolution d’émancipation latino-américaine et le droit constitutionnel de l’Uruguay”, *op.cit.*, p. 23.

gobierno la forma republicana representativa"⁴⁷. Además, el artículo 14 precisa poco después que "El gobierno delega al efecto el ejercicio de su soberanía en los tres Altos Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, bajo las reglas que se expresarán"⁴⁸. A continuación, la Constitución de 1830 establecía un régimen de colaboración de poderes inspirado por la moderación tan buscada por Montesquieu. El voto de la ley pertenecía al poder legislativo pero ciertas competencias podían ser ejercidas en colaboración con el poder ejecutivo como la de redactar y publicar los Códigos (artículo 17.1)⁴⁹, incluso en ciertos casos con el poder jurisdiccional (artículo 25.2) prohibiendo a los miembros del clero de ser representantes de la nación⁵⁰.

El conjunto del edificio de la Constitución de 1830 redactado por Artigas preveía un régimen mixto inspirado del autor del *Espíritu de las Leyes*. La voluntad de los constituyentes de establecer la moderación en su invención constitucional fue constante tanto al inicio de los primeros *Cabildos* del Río de la Plata al comienzo del proceso de independencia de la América española como en la primera Constitución uruguaya de 1830. Pero el principio de la moderación resultante de la separación de las evoluciones posteriores a la independencia permaneció en las memorias. Poco a poco, después de una larga evolución histórica, la "separación de poderes" se transformó en separación "del Poder" en el constitucionalismo reciente de América latina. Es conveniente ver este proceso.

⁴⁷ Artículo 13 de la Constitución de la República de 1830 promulgada el 28 de Junio de 1830. República Oriental del Uruguay, Poder Legislativo. www.parlamento.gub.uy

⁴⁸ Artículo 14 de la Constitución de la República de 1830 promulgada el 28 de Junio de 1830. República Oriental del Uruguay, Poder Legislativo. www.parlamento.gub.uy

⁴⁹ Artículo 17, alinea 1, de la Constitución de la República de 1830 promulgada el 28 de Junio de 1830. República Oriental del Uruguay, Poder Legislativo. www.parlamento.gub.uy

⁵⁰ Artículo 25, alinea 2, de la Constitución de la República de 1830 promulgada el 28 de Junio de 1830. República Oriental del Uruguay, Poder Legislativo. www.parlamento.gub.uy

IV. DE LA NUEVA INTERPRETACION DE LA MODERACION EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO, EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

IV.1. LA “SEPARACIÓN DEL PODER” MÚLTIPLE Y LA AFIRMACIÓN PROGRESIVA DEL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Poco antes de la adopción de las Constituciones de la independencia por las jóvenes naciones latinoamericanas una nueva concepción de la separación de poderes comenzaba a difundirse. Provenía en lo esencial del fallo judicial *Marbury versus Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803, que daba a la Corte Suprema la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes. La “separación de poderes” se convertía de ese modo en una separación entre poder constituyente y poderes constituidos⁵¹. El constitucionalismo norteamericano por lo tanto va a evolucionar desde principios del siglo XIX hacia una nueva separación de poderes en la cual el equilibrio entre los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial se ejercerá en un marco que el juez constitucional, en este caso ejercido por la Corte Suprema, se encargó de hacer respetar. En esta época el control de la constitucionalidad no estaba aún suficientemente extendido en América Latina. Para entender este fenómeno hay que volver al origen mismo del derecho en América Latina.

Históricamente, los debates sobre la noción de droit se centraron en torno a las contradicciones filosóficas entre un derecho natural, el “iusnaturalismo” cuyo precursor⁵² fue Jean Bodin y un derecho dependiente de la evolución de la sociedad, el “positivismo” teorizado

⁵¹ Pascal Jan, “La séparation du pouvoir”, *op.cit.*, p. 256.

⁵² Jean Bodin, *Les six livres de la République*, París, LGF, 1997.

por Augusto Comte⁵³. Para los defensores del “iusnaturalismo” existía una cierta universalidad de valores que se situaba más allá de las culturas de toda sociedad. Al contrario, para el “positivismo” el derecho dependía esencialmente de un proceso racional de comprensión de la sociedad independientemente de la cultura⁵⁴. Durante largo tiempo el “positivismo” fue la teoría dominante en América Latina. Para los juristas latinoamericanos, fervientes lectores de Auguste Comte, se trataba de crear sistemas jurídicos nacionales impregnados de teorías “positivistas”⁵⁵. Pero en los debates jurídicos relativos al “iusnaturalismo” y al “positivismo” los efectos de la “cultura de derecho” como tal no fueron tomados en cuenta.

Sin embargo, para nosotros si existiría una relación entre la “cultura de derecho” y el “capital social” de estas sociedades que sobrepasaría el único debate entre “iusnaturalismo” y “positivismo”.

Ahora bien, esta relación pudo llevar a cierta contradicción. En efecto, por un lado la impregnación del derecho en las sociedades latinoamericanas pudo actuar como un factor de organización de relaciones sociales ya que la “cultura jurídica” formaba parte integrante de esta sociedad. Pero por otro lado, la proliferación de un número importante de abogados, y en consecuencia de juicios, podía también ser analizada como un factor de disputas entre los ciudadanos atentando contra las relaciones sociales. Esta paradoja es sintomática de las dificultades para analizar el rol del derecho en las sociedades latinoamericanas porque a nivel la organización social el derecho tenía el objetivo de emitir las prescripciones normativas destinadas a regular

⁵³ Jean-Michel Blanquer, Entre “Etat de droit” et “Société de Droits”: l’Amérique latine à la recherche d’un concept directeur, Paris, Conferencia pronunciada durante la inauguración de la BDIC, 1999, p. 2.

⁵⁴ Auguste Comte, *Discours sur l’ensemble du positivisme 1848*, París, Ed GF-Flamarion 1999.

⁵⁵ Sobre este tema consultar Ramiro Villaroel Claire, *Sociología*, La Paz, Bolivia, Librería Editorial “Juventud”, 1999, pp. 40-50.

el comportamiento de los ciudadanos. Pero al contrario de las culturas jurídicas anglosajonas, que colocaban al juez al centro de los mecanismos que aseguran el respeto al derecho, garante del orden político, los juristas latinoamericanos se remitían a los “grandes legisladores” que habrían concebido un sistema constitucional perfecto, en el cual el juez regulador de conflictos no tenía un lugar preponderante.

De este modo, América Latina, desde la independencia, pertenecía esencialmente a la cultura romano-germánica del derecho escrito. Se observó así una cierta sacralización del escrito que se reconocía particularmente en la voluntad de perfeccionar los textos constitucionales y en la redacción, poco después de la independencia, de códigos civiles inspirados del código napoleónico.

Esta tradición jurídica atribuía teóricamente un rol esencial a los textos escritos y al legislador. Se oponía al método inductivo anglosajón que consistía en consagrar como solución a los casos jurídicos precedentes judiciales que obtenían de esa manera el valor de regla aplicable a un caso concreto. Este proceso hacía difícil el establecimiento de un control de constitucionalidad efectivo. No se trataba de decir que el control de constitucionalidad estaba totalmente ausente. A título de ejemplo, desde la primera mitad del siglo XIX existe un cierto control de constitucionalidad de las leyes en la Constitución chilena de 1833, aunque éste es ejercido por el Congreso, la Constitución colombiana de 1886 fija un cierto rol a la Corte Suprema en el control de la constitucionalidad de las leyes así como la Corte Suprema de Bolivia en la Constitución de 1851 que reconocía un rol de control de constitucionalidad idéntico al de la Corte Suprema norteamericana pero éste no tenía verdadera efectividad debido particularmente a la preponderancia del poder ejecutivo y de la sacralidad del texto constitucional. Por añadidura, la doctrina latinoamericana no pensaba

que pudiera existir, ni en teoría, un control real de la constitucionalidad de las leyes que se subsistuyera al legislador soberano en la materia. Se tuvo que esperar las fases de transición democrática de los años 1980 y sobretodo de consolidación democrática de los años 1990 para que el control de la constitucionalidad en América Latina recupere su lugar en el juego constitucional.

IV.2. DE LA NUEVA SEPARACIÓN DEL PODER EN AMÉRICA LATINA

Durante la creación de las jurisdicciones de control de constitucionalidad, los Constituyentes latinoamericanos de los años 1990 habían comprendido que la sola separación de poderes tal como la había concebido Montesquieu entre legislativo, ejecutivo y judicial no podía seguir siendo considerada como elemento esencial de garantía de la libertad y la moderación en una democracia. Después de haberse restablecido una democracia formal en América Latina, en el sentido dado por Schumpeter, es decir, “*un modo operatorio según el cual los individuos adquieren el poder de pronunciarse sobre las decisiones políticas al final de una lucha competitiva sobre los votos del pueblo*”⁵⁶, para los constituyentes latinoamericanos se trataba de crear instituciones que permitan una mejor consolidación de la democracia. De este modo, entre los años 1990 y 2010, bajo una forma u otra, casi todos los países de América Latina van a adoptar nuevas Constituciones o efectuar reformas constitucionales que consagraban la efectividad de cierto control de constitucionalidad de las leyes. Es el caso de las nuevas Constituciones que fueron proclamadas en Brasil en 1988, en Colombia en 1991, en Paraguay en 1992, en Perú en 1993, en Ecuador en 2008, en Venezuela en 1999 y 2009, en Bolivia en 2009 y en República Dominicana en 2010. A estas creaciones constitucionales se

⁵⁶ Joseph A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, París, Payot, 1967, p. 367.

agregan con frecuencia otras instituciones que tenían efectos sobre el ordenamiento jurídico de los poderes⁵⁷.

En este proceso, la creación de jurisdicciones constitucionales y el reconocimiento de los derechos indígenas van a afirmarse como los elementos más destacados del cambio de marco institucional de la época. En efecto, los regímenes latinoamericanos van a convertirse en regímenes pluralistas evolucionando hacia un modelo mayoritario, *“incluso consensual que aniquila los efectos moderadores de la separación orgánica y de la repartición armoniosa de las funciones”*⁵⁸. La moderación tan deseada por Montesquieu en su separación orgánica de poderes había dejado de existir en América Latina para evolucionar hacia otro tipo de “separación del Poder”. En efecto, los poderes desempeñaban un rol pero el principio mayoritario daba al ejecutivo una preponderancia incluso en la elaboración de leyes que cada vez más eran establecidas por él mismo. Además, los ejecutivos presidenciales de los países latinoamericanos como Bolivia, Ecuador y Venezuela tomaron gran parte en la preservación de este hecho mayoritario a través de la adopción de revisiones constitucionales recientes que aspiraban a dar la posibilidad al presidente electo de mantenerse en el poder mediante nuevas elecciones, suprimiendo las medidas constitucionales que sin embargo, durante su elaboración, prohibieron este *continuismo*. Desde entonces, con frecuencia en estas situaciones, las jurisdicciones constitucionales se convertían en el único “Poder” en condiciones de luchar contra esta omnipotencia del ejecutivo. Podemos citar aquí como ejemplo el caso de Colombia donde el Presidente Alvaro Uribe se había enfrentado a la Corte Constitucional para la renovación de su mandato presidencial. Uribe fue elegido presidente de la República en 2002 en virtud de la nueva Constitución colombiana de

⁵⁷ Véase sobre este tema Jean-Michel Blanquer, “Les institutions à l’épreuve de la pratique”, Jean-Michel Blanquer, Christian Gros (coord.), *La Colombie à l’aube du troisième millénaire*, París, CREDAL, Editions de l’IHEAL, 1996, pp. 87-105.

⁵⁸ Pascal Jan, “La séparation del Poder”; *op.cit.*, p. 257.

1991 que no preveía la reelección del jefe de Estado (artículo 197). En un primer momento en 2005 Álvaro Uribe consigue beneficiar de una decisión de la Corte Constitucional que permitía una modificación del artículo 197 después de un voto del Congreso⁵⁹. Uribe pudo por lo tanto volver a presentarse a las elecciones presidenciales. Al término de su segundo mandato, Uribe que deseaba presentarse nuevamente hizo circular una petición popular que otorgaba al Congreso la posibilidad de modificar una vez más el artículo 197 de la Constitución permitiéndole de esta manera pretender a un tercer mandato. Sin embargo, en 2010, la Corte Constitucional colombiana emitió una decisión que precisaba que la modificación del artículo 197 por el Congreso no era conforme a la Constitución poniendo fin a la la posibilidad de Álvaro Uribe de pretender a un tercer mandato.

Este ejemplo ilustra bien la configuración de la nueva separación del Poder en América Latina, el ejecutivo y el legislativo oponiéndose al Juez Constitucional para la prolongación del mandato de presidente de la República ilustrando la “capacidad de impedir” inventada por Montesquieu. En efecto, los tribunales constitucionales que permiten esta reelección no siempre se oponen a los poderes ejecutivo; legislativo y judicial. Así el *continuismo* que permitía a los presidentes de la República de pretender a nuevos mandatos no ha sido objeto de fuerte oposición en Bolivia, Ecuador y Venezuela que vieron la reelección consecutiva de su presidente de la República después de revisiones constitucionales. Pero queda claro que la nueva dialéctica de la separación del Poder en América Latina se organiza en adelante entre poder ejecutivo, legislativo por un lado y poder del juez constitucional por el otro.

⁵⁹ El presidente de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda declaró que la decisión del 19 de Octubre del 2005 era “conforme a la Constitución el acto legislativo que permite la reelección del presidente de la República”. Decisión de la Corte Constitucional colombiana del 19 de Octubre del 2005.

V. CONCLUSIÓN

En 1789 los revolucionarios franceses ya estimaban, al punto de hacer un artículo preciso –artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano- que *“Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*, como si ya por premonición la separación de poderes iba a convertirse en la esencia misma de toda Constitución futura. En cierto sentido los revolucionarios no se equivocaron, aunque la forma que tomará la separación de poderes enunciada por Charles Louis de Secondat terminará evolucionando en su naturaleza pero no en su objetivo que se inclinaba esencialmente a la búsqueda de la moderación madre de la libertad.

En América Latina, es la jurisdicción constitucional que aparecía en adelante como el único “poder que detiene al poder” en el sentido en el que lo entendía Montesquieu en *El espíritu de las leyes*. En efecto, no es siempre éste el caso, la jurisprudencia de estas jurisdicciones es aún reciente y se necesita tiempo para que una institución llegue a ser verdaderamente un contrapoder reconocido por el pueblo y aceptado por las élites políticas. Recordemos que si el fallo *Marbury versus Madison* tiene más de 200 años, el Consejo Constitucional francés comienza a funcionar tímidamente solo en 1974 antes de ocupar el lugar preponderante que ocupa actualmente. De hecho la teoría de Montesquieu retomada tal cual por los primeros constituyentes latinoamericanos inspirados del espíritu de las *Luces*, hoy en día ya no está verdaderamente en condiciones de garantizar la moderación de un gobierno tan querido por Montesquieu.

En adelante podemos estimar legítimamente que la libertad surgida teóricamente de la moderación del gobierno proviene de una verdadera “separación de poderes” que podemos calificar de múltiples. La separación de poderes clásica en el sentido concebido por

Montesquieu debe ser completada por una “separación del Poder” más moderna adaptada a la evolución de los regímenes constitucionales pluralistas. La libertad surgida de la moderación solo se puede obtener gracias a una doble separación de poderes. Desde luego, los revolucionarios de 1789 y los de América Latina que se inspiraron de ellos años después no estaban equivocados.

El principio de la “separación de poderes” está siempre vivo y constituye aún el fundamento de nuestras sociedades democráticas. Los constituyentes latinoamericanos de los últimos años no se equivocaron. Las últimas Constituciones entre los años 1990 y 2010 son innovadoras e instauran particularmente los nuevos mecanismos de repartición del poder por el reconocimiento constitucional de derechos indígenas pero la separación de poderes está ahí siempre presente. La influencia de Montesquieu (no reivindicada, incluso rechazada) está siempre activa y se encuentra reforzada por el rol del juez constitucional. Sin embargo, la sola separación de poderes incluso en su nueva concepción con un juez constitucional debe aún evolucionar si se busca verdaderamente la libertad. El hecho mayoritario acentuado por el *continuismo* puede poner en peligro la separación de poderes. La verdadera moderación que permite la libertad se encuentra de ahora en adelante en la construcción jurídica de un estatuto para la oposición capaz de desempeñar un rol de contrapoder eficaz frente a los efectos del hecho mayoritario reforzado por los fenómenos del *continuismo* latinoamericano. De este modo, la influencia de Montesquieu en el constitucionalismo latinoamericano sufre mutaciones que no cuestionan el principio de moderación teorizado por el autor de las *Luces*. Esta moderación que Montesquieu definía como “*la obra maestra de la legislación que la casualidad hace rara vez y que raramente se deja hacer*”.

FUENTES DE INFORMACIÓN:

1. ARISTOTE, Les politiques, Paris, GF-Flammarion.
2. BELINZON Lorenzon, La revolución emancipadora uruguayana, Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1932.
3. BLANQUER Jean-Michel, “Les institutions à l’épreuve de la pratique”, Jean-Michel Blanquer, Christian Gros (coord.), La Colombie à l’aube du troisième millénaire, Paris, CREDAL, Editions de l’IHEAL, 1996.
4. BLANQUER Jean-Michel, Entre “Etat de droit” et “Société de Droits”: l’Amérique latine à la recherche d’un concept directeur, Paris, Conférence prononcée lors de l’inauguration de la BDIC, 1999.
5. BODIN Jean, Les six livres de la République, Paris, LGF, 1997.
6. CAILLET BOIS Ricardo R., “Las corrientes ideológicas europeas del siglo XVIII y el Virreinato del Río de la Plata” en la Historia de la Nación argentina, 2a edición, Vol V, Buenos Aires, El Ateneo, 1941.
7. COMTE Auguste, Discours sur l’ensemble du positivisme 1848, Paris, Ed GF-Flammarion 1999.
8. Constitución de la República de 1830 promulgada el 28 de Junio de 1830. República Oriental del Uruguay, Poder Legislativo. www.parlamento.gub.uy
9. DE ROMILLY Jacqueline, « Le classement des Constitutions d’Hérodote à Aristote », Revue des études grecques, Paris, Société d’édition Les Belles Lettres, 1959.
10. DEMÉLAS Marie-Danielle, L’invention politique, Bolivie, Equateur, Pérou au XIXème siècle, Paris, Editions Recherche sur les civilisations, ADPF, 1992.
11. EISENMANN Charles, L’esprit des lois et la séparation des pouvoirs, Mélanges R. Carré de Malberg, Paris, Recueil Sirey, 1933.
12. FRAGA IRIBARNE Manuel, “La evolución de las ideas de Bolívar sobre los Poderes el Estado”, Revista de Estudios Políticos, España, n° 117-118, Mayo-Agosto, 1961.
13. GARCIA Jean-René, La Bolivie, Histoire Constitutionnelle et ambivalence du pouvoir exécutif, Préface de Harvey Mansfield, Paris, L’Harmattan, 2012.
14. GARCIA Jean-René, “El surgimiento de la noción de Tiempo Histórico Constitucional (TCH) en la doctrina jurídica latinoamericana: el caso de la Constitución boliviana de Santa Cruz de 1831”, Políticas y Constitucionalismo, Junio-Diciembre 2013, Vol I, Número I, Juridica Law, México, 2013.
15. GOURDON Hubert; “Les trois constitutionnalismes de Simón Bolívar”, Cahiers des Amériques latines, Bolívar et son temps, Paris, Série Sciences de l’Homme, IHEAL, 1984, n° 29-30.
16. GROS ESPIEL Héctor, “Le principe de la division des pouvoirs, la Revolution d’emancipation latinoamericaine et le droit constitutionnel del Uruguay”, Revue Montesquieu n° 5, <http://montesquieu.ens-lyon.fr>. Communication donnée en octobre 1999 au Centre latino-américain d’économie humaine de Montevideo.
17. GROS ESPIEL Héctor, “La formación del Ideario Artiguista” en Artigas, Montevideo, El País.

18. HAMILTON A., JAY J., MADISON G., *Le Fédéraliste*, Paris, LGDJ, 1957.
19. JAN Pascal, "La séparation du Pouvoir", *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitution et Pouvoir*, Montchrestien, Lextenso Editions, Paris, 2008.
20. LOMNÉ Georges, "Révolution française et rites bolivariens: examen d'une transposition de la symbolique républicaine", *Cahiers des Amériques latines; L'Amérique latine face à la Révolution française, l'héritage révolutionnaire: une modernité de rupture*, Paris, Editions de l'IHEAL, 1990.
21. MANSFIELD Harvey C. Jr., *Le prince apprivoisé, de l'ambivalence du pouvoir*, France, Fayard Collection L'Esprit de la Cité, 1994.
22. MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *De l'esprit des lois*, Paris, GF-Flammarion, 1979.
23. MORÓN URBINA Juan Carlos, "Bolívar y su propuesta constitucional de 1826", *Pensamiento constitucional*, Perú, Ediciones Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2000, Diciembre 2000, año VII, n° 7.
24. PETOT Jean, "La notion de régime mixte", *Recueil en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1977.
25. PIVEL DEVOTO Juan, "Las ideas constitucionales del Dr José Ellauri, las Fuentes de la Constitución Uruguaya de 1830", *Revista histórica*, T23, Montevideo, 1955.
26. PLATÓN, "Chapitre III, Politique et société, L'origine des sociétés du politique", *Les Lois*, Editions Gallimard, Collection Folio, 1997.
27. POLYBE, *Histoire*, Bruges, Gallimard.
28. SALINAS MARIACA Ramón, *Las Constituciones de Bolivia*, La Paz, Bolivia, Talleres-Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco, 1989.
29. SCHUMPETER Joseph A., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1967.
30. STOETZER O. Carlos, *El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825)*, Madrid España, Instituto de Estudios Políticos, 1996.
31. TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ.
32. VERDO Geneviève in LEMPERIERE Annick, LOMNÉ Georges, MARTINEZ Frédéric et ROLLAND Denis (Coord), *L'Amérique Latine et les modèles européens*, l'Harmattan, Paris 1998.
33. VILLAROEL CLAURE Ramiro, *Sociología*, La Paz, Bolivia, Librería Editorial "Juventud", 1999.