



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Lucas Garín, Andrea

NUEVAS DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN UN MUNDO
GLOBALIZADO

Estudios Constitucionales, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 241-253

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

NUEVAS DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN UN MUNDO GLOBALIZADO

New dimensions of the Principle of power divisions in a globalized world

Andrea Lucas Garín*
Heidelberg Center para América Latina
Universidad de Heidelberg
andrealucas@heidelberg-center.uni-heidelberg.de

RESUMEN: El artículo aborda el Principio Constitucional de división de poderes, definido como técnica de distribución de funciones para garantizar el mayor ámbito de libertad para el ciudadano, cuya esencia se ha mantenido inmutable no obstante a adecuarse en su instrumentación a los diferentes contextos históricos; a fin de analizar las bases y las transformaciones que ha sufrido el Principio y sus nuevas manifestaciones, para que a través de conclusiones que integramos con algunas reflexiones poder realizar algunos aportes al debate en torno al Derecho Constitucional actual y los desafíos que debe asumir de la mano de la globalización y sus múltiples efectos.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional – Principio de división de poderes – Bases – Transformaciones – Globalización

ABSTRACT: The article deals with the Constitutional Principle of power divisions defines like a technical of the distributions of functions to warrant the higher field of freedom to the citizen. The essence of the Principle had kept immutable even though that it adapts in its instrumentation to the different historical contexts. The article analyzes the grounds and transformations that the Principle suffered and its new manifestations in order to integrate in the conclusions some reflexions about the debate of the current Constitutional Law.

KEY WORDS: Constitutional Law - Principle of power divisions – Grounds – Transformations – Globalization

* La autora es Master en Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Especialista en Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora Académica y Profesora del Heidelberg Center para América Latina, Universidad de Heidelberg. Artículo recibido el 5 de octubre y aprobado el 28 de octubre de 2009.

BREVE INTRODUCCIÓN TEMÁTICA¹

El Derecho como técnica de control social estructurado en normas (positivas y de vida)² está subordinado a diversos cuestionamientos, los mismos que confrontan a las ciencias sociales en general en este nuevo siglo, como renovación científico-tecnológica, nuevos conceptos estratégicos sobre Estado, soberanía, posmodernidad, y muchos otros.

El Derecho Constitucional actual como una disciplina vectora en las relaciones entre el Estado y los individuos, debe asumir esos nuevos fenómenos que vienen de la mano de la globalización y sus múltiples efectos incluso sobre nuestro estilo de vida. Estos fenómenos en cuestión no sólo afectan nociones tradicionales de "Estado", "soberanía" y "democracia",³ que han sido la base del edificio del Derecho Público del Estado moderno, sino que también presentan potencialidad dañosa para la dignidad de la persona, paradigma fortalecido desde la Segunda Guerra Mundial y del que no es posible renunciar, pero sí debe reconocerse que resulta difícil de defender con las herramientas tradicionales proporcionadas por el constitucionalismo.

El plan de exposición que esbozamos gira en torno al abordaje del Principio Constitucional de división de poderes, cuya esencia parte de la creencia de que se ha mantenido inmutable, no obstante adecuarse en su instrumentación a los diferentes contextos históricos, a fin de analizar las variaciones que ha sufrido el Principio y sus nuevas manifestaciones, para que a través de conclusiones que integramos con algunas reflexiones poder realizar algunos aportes al debate en torno al Derecho Constitucional actual.

BASES DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Una de las fachadas de la globalización se muestra en la internacionalización de los contrapoderes, más allá de los poderes propios del Estado. Ya no son sólo el Estado o la Monarquía los depositarios del poder; pensemos en las empresas multinacionales con presencia mundial que hoy por hoy tienen presupuestos que muchas veces abarcan el Producto Bruto Interno de varios Estados juntos.⁴ Un cuestionamiento que nos

¹ El presente trabajo se desarrolló en el marco del Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Seminario para alumnos de la Maestría en Derecho de la UNISC. Organizan: CECOCH y Heidelberg Center para América Latina – Universidad de Heidelberg. Santiago, 21 al 25 de septiembre de 2009, Heidelberg Center para América Latina.

² WITKER, Jorge (1987): *Metodología de la enseñanza del Derecho* (Bogotá, Colombia, Editorial Temis), p. 115.

³ Para un análisis de las ideas de soberanía frente a la globalización, ver Jorge CARPIO (julio/octubre de 2003): "Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención" en *Debates de actualidad. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* (Año XVIII - N° 191), pp. 39 y ss.

⁴ En palabras de Pedro de VEGA GARCÍA: "Pero se trata de un Estado que sometido a presiones y embates de notable envergadura, ve por doquier disminuidos sus ámbitos de actuación y comprometidas las propias razones de su existencia. No importa discutir ni denunciar ahora el hecho de cómo los grandes

surge respecto al Derecho Constitucional es si estará en condiciones de brindar alguna respuesta, capaz de contribuir con esta problemática de los contrapoderes.

Adelantamos una respuesta afirmativa a esta pregunta, la que vendrá del viejo Principio de la división y equilibrio de poderes; principio que hunde sus raíces en la experiencia histórica del constitucionalismo y que ha demostrado su poder de adaptación a los cambios que ha sufrido el contexto socio-cultural a los que se ha aplicado.

Si bien el Principio fue consagrado con valor de dogma por el constitucionalismo clásico para una sociedad esencialmente homogénea,⁵ muy diferente a nuestra sociedad caracterizada por la heterogeneidad y la complejidad de la vida moderna que ha llevado al Estado contemporáneo a diversificar sus órganos y funciones, es posible afirmar la vigencia actual de este Principio, dado que su *telos* originario se mantiene tan vivo como cuando fuera expuesto por Montesquieu⁶ y Locke: técnica de distribución de funciones para garantizar el mayor ámbito posible de libertad para el ciudadano.⁷

El fundamento y origen del principio de división y equilibrio de poderes no procede tanto de su positivización en normas (momento siempre posterior en el tiempo) sino de su lenta génesis y construcción a través de repetidas prácticas y experiencias jurídicas; incluso puede no estar mencionado expresamente en importantes Constituciones como la española o la italiana.⁸

poderes financieros que se expresan en las más de 30.000 empresas transnacionales que operan en el mundo (Gurutz Jáuregui, *Los nacionalismos...*, pp. 108 y ss.), se apoderan de los centros decisarios de la vida estatal actuando como dueños y señores de un auténtico poder invisible.”. (Abril-Junio 1998)

“Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* (Núm. 100 Abril-Junio 1998) (Fecha de consulta: 05/09/2009). Disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_100_015.pdf, p. 14.

⁵ Las limitaciones que se imponen al poder, a través del constitucionalismo, tenían empero otro significado, dado que según el enfoque liberal que se impuso en las revoluciones de los siglos XVII y XVIII, estaba el ascenso histórico de una gran fuerza social, la burguesía, que arrastra construcciones jurídicas, filosóficas, éticas y, por supuesto, económicas. Si bien en el Estado liberal de Derecho (desde la Revolución Inglesa en 1688 o la Revolución Francesa de 1789 (con la norteamericana de 1787) hasta la caída de las monarquías alemana y austro-húngara en 1919) hubo un largo periodo de luchas, contradicciones, retrocesos desde avances de democracias constitucionales a restauraciones de monarquías, fue un periodo exitoso en cuanto a las metas alcanzadas por la clase social que había sostenido el nacimiento del nuevo régimen. ROMERO, César Enrique (1976): *Introducción al Derecho Constitucional* (Segunda edición, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor), pp. 90 a 93.

⁶ “El texto básico e inspirador sigue siendo la obra de Montesquieu *De l'esprit des lois*, en cuyo libro XI, capítulo 4, se lee: “La experiencia eterna enseña, sin embargo, que todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él”. HÄBERLE, Peter (2003): *El Estado constitucional* (Segunda Edición, Perú, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú), p. 203.

⁷ Wolfgang HOFFMANN-RIEM explica que el Principio moderno de división de poderes fue fijado normativamente por primera vez en el Bill of Rights de Virginia en el año 1776 y que la Declaración Francesa de los derechos humanos y cívicos de 1789 volvió a recurrir al Principio. “La división de poderes como principio de ordenamiento” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año 2007), p. 214.

⁸ Cfr. GARCÍA ROCA, Javier. “Del principio de la división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* (108/abril-junio/2000). (Fecha de consulta: 04/09/2009). Disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_043.pdf, p. 42.

En palabras de Elías Díaz: “La separación de poderes constituye, en efecto, el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo: legislativo popular, pues, intentando limitar el poder omnímodo del ejecutivo, en amplia medida dominado por el rey. Y junto a ello, lucha por la independencia de la función judicial. El sentido histórico e ideológico del principio de la separación de poderes es, así, evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del poder ejecutivo, a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos que, representados democráticamente, constituyen ahora el poder legislativo”.⁹

El postulado básico entendía que el poder no debía ser mono (uno, absoluto, monárquico) sino tri (división de poderes) para que, debilitándose políticamente, fuera eficiente funcionalmente. La técnica de la división de poderes no suele admitir soluciones generales y reclama las respuestas de cada tiempo histórico. Esto es lo que lo convierte en un principio inderogable de las leyes fundamentales (recuérdese los contenidos pétreos expuestos por el maestro argentino German Bidart Campos, en cuanto a la forma republicana de gobierno).¹⁰ En ese sentido, se destaca que el Principio de división de poderes en definitiva es un concepto empírico y en cada época ha tenido sus peculiaridades y versiones.

Actualmente abordar el Principio desde el esquema tripartito de órganos y funciones, propio del liberalismo clásico, sería hacerlo desde una perspectiva incompleta que no permite abordar la compleja realidad normativa e institucional de la “organización constitucional” a principios del siglo XXI. No es posible pensar en un verdadero ‘equilibrio’ entre poderes para impedir el exceso.

Por ello una perspectiva superadora debe alentar un adecuado balance de los límites y contrapesos ordenados por la Constitución, lo que resulta difícil dada la dinámica constitucional muy fluida y variable.

Del Principio de división de poderes debe destacarse su esencia, esto es la de impedir la concentración despótica del poder para salvaguardar la libertad de los ciudadanos, una herramienta para la realización de la libertad, con una visión de los poderes que se integran y complementan para el cumplimiento de las funciones encargadas por la Constitución. Superar la concepción de una separación absoluta de poderes, con la excepción de la actividad jurisdiccional.

Sostener esta postura desde nuestra región con un presidencialismo fuerte donde muchas veces los Poderes Ejecutivos tienden a ‘olvidar’ al Poder Legislativo parece peligroso, pero a continuación veremos cómo se han dado estos aggiornamientos del Principio de división de poderes sin que se pierda su esencia.

⁹ (1988) *Estado de Derecho y sociedad democrática* (España, Ed. Taurus), p. 47.

¹⁰ El recordado Maestro explicaba que la Constitución Argentina contenía cuatro contenidos pétreos: democracia como forma de Estado, federalismo como forma de Estado, forma republicana de Gobierno (aquí ubicado el Principio de división de poderes) y la confesionalidad del Estado Argentino. (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I (2^a reimpresión, Buenos Aires, Ed. Ediar), p. 295.

LAS TRANSFORMACIONES DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

El Principio de división de poderes se ha transformado, tal como explica García Roca,¹¹ y como ejemplos se pueden mencionar los siguientes:

1. Se han desarrollado nuevos órganos constitucionales o poderes que son “órganos” distintos de la clásica división de poderes (véase Consejo Superior de la Magistratura o Consejos Generales del Poder Judicial, Tribunales Constitucionales, Corona, entre otros).

Deteniéndonos en los Tribunales Constitucionales se ha destacado su papel en la preservación de los derechos, como una técnica jurídica garantizadora de la libertad.¹²

Para ilustrar, traemos a colación el caso de la Corte Constitucional Federal Alemana que al ejercer el monopolio de interpretación de la Constitución en todos los órdenes jurisdiccionales, tiene a cargo la salvaguarda de los valores del orden constitucional y la defensa de los derechos de los individuos contra cualquier intromisión del gobierno; para ello puede controlar a todos los órganos del Estado, destacándose como uno de los pocos tribunales con competencias tan amplias y con un gran prestigio internacional.

Este Tribunal Constitucional teniendo a cargo la salvaguarda de los derechos fundamentales y ante los cambios sociales y políticos experimentados por Alemania en la segunda mitad del siglo XX,¹³ ha terminado erigiéndose en juez del grado de multiculturalismo interno y externo que es capaz de soportar la sociedad alemana, con sus actuales reglas de juego.

2. Han surgido nuevos órganos auxiliares de los clásicos poderes. Algunos de ellos son también órganos con status constitucional, otros son creados por las leyes, comparten en común que se les reconoce independencia orgánica en el ejercicio de sus funciones y que realizan actividades auxiliares (a veces más técnicas) de las funciones principales ejercidas por los órganos constitucionales tradicionales (vgr. Tribunales de Cuentas, Controladurías, Bancos Centrales, Auditorías Generales, Defensores del Pueblo, Consejos Económicos y Sociales, Consejos de Partidos Políticos).

¹¹ En este punto se sigue a GARCÍA ROCA (2000), pp. 55 y ss.

¹² Pedro de VEGA GARCÍA (1998), p. 29.

¹³ Entre los cambios sociales y políticos que ha experimentado Alemania en la segunda mitad del siglo XX, entre los que se pueden citar: la superación del trauma social que supuso el III Reich; el desarrollo económico; la integración europea; la progresiva secularización de la sociedad; la consolidación de una conciencia constitucional liberal-democrática en los habitantes. ALÁEZ Corral, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2008): *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio* (Madrid, Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid), pp. 72 y ss.

Pareciera que parte de la complejidad de la vida moderna requiere funciones cada vez más técnicas que los poderes tradicionales no están en condiciones de asegurar por sí solos y la Constitución o la ley prefieren conferir a algunos órganos especiales. El control a cargo de los órganos tradicionales conlleva a que deban resignar parte de sus facultades para mejor cumplir este objetivo último. Si es importante que si estos órganos auxiliares son creados por ley, se hagan en contextos en que la Constitución permita estas delegaciones de facultades.

3. Pensando en los órganos tradicionales, es evidente cómo el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se ven habitualmente integrados por el movimiento continuo que supone la presencia de una misma mayoría parlamentaria o de gobierno en ambos órganos, lo que se ha llamado 'principio de gobernabilidad'. Pareciera que se diluye la vieja dicotomía orgánica entre Poder Ejecutivo y Legislativo, o al menos se relativiza en base a la relación permanente entre mayoría y minorías.

Las modificaciones en las fuentes del Derecho que han llevado a incluir en algunas constituciones diversas tipologías de leyes que en definitiva van determinando quórum distintos para la aprobación de las leyes, son ejemplos de estas nuevas relaciones entre los poderes tradicionales.

4. Las transformaciones que venimos relatando no se han producido únicamente en los aspectos orgánicos sino incluso y, sobre todo, en la nueva dimensión de las funciones clásicas y en la aparición de nuevas funciones. Así, se advierte un avance de los institutos de delegación legislativa y de decretos de necesidad y urgencia, en que los órganos ejecutivos y legislativos se ven interrelacionados. Asimismo, han surgido nuevas funciones de los poderes, porque no bastan para abarcar la realidad las tradicionales.

Igualmente la intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de sanción de las leyes con la facultad de imprimir el carácter de urgente a los proyectos, son una muestra de cómo las funciones e interrelaciones clásicas registran cambios.

Otro ejemplo que podemos dar lo trae la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores y cómo el Estado para concretizar sus funciones de control debe crear entes de control de los servicios públicos con participación de usuarios. Como fruto de las reformas del Estado que en nuestro continente se dieron con mucho énfasis en los años ochenta y noventa, se remarcó la necesidad de que se establecieran normas claras de participación de los grupos sociales, en especial ante la transferencia al sector privado de la propiedad y la gestión de los servicios públicos que hizo surgir la necesidad de establecer mecanismos de regulación, de supervisión y de protección al usuario y al consumidor.

5. El Principio democrático que ha tenido como uno de sus hitos la extensión del sufragio universal en los Estados democráticos, ha modificado en mucho la realidad social y las instituciones, ampliando la legitimidad y revalorizando la soberanía del pueblo. Se ha reforzado la posición de las minorías frente a la mayoría en el seno de los

diversos órganos y poderes del Estado. A la vez, se extiende la idea de una democracia más participativa.

El traspaso del sufragio censitario al sufragio universal a toda la población, incluido el voto femenino,¹⁴ implica una expansión de la participación y que se da por la amplitud con que el pueblo actúa en política. En las últimas décadas, las pretensiones de participación en la toma de decisiones gubernamentales se ha ido profundizando.

De este modo, llegamos a los 'institutos de democracia semidirecta',¹⁵ que suponen la existencia de una base representativa y se adicionan a ella; e implican la participación de los ciudadanos en la elaboración y toma de las decisiones, en base a la concesión al electorado de ciertas facultades que antes correspondían exclusivamente a los órganos representativos, léase Ejecutivo y Legislativo.

Por otro lado, el desarrollo del Estado moderno envuelve la afirmación del Principio de Igualdad que coincide con la superación de variadas formas de discriminación en relación con la raza, la religión, la lengua, el sexo, la condición económica y social, según las tipologías incluidas en las diversas constituciones.¹⁶ Las primeras constituciones, fruto del Constitucionalismo Clásico, adherían a un concepto formal de Igualdad; posteriormente y en base al Constitucionalismo Social, se llega a un concepto de Igualdad real de oportunidades.

6. Más allá de este teatro de operaciones, se ubica el Poder Judicial que continúa ostentando la exclusividad y monopolio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,¹⁷ y para el cual sí permanece una prohibición absoluta a los otros órganos de poder de ejercer funciones jurisdiccionales, manteniéndose férreamente la separación de poderes. Sigue manteniéndose que las decisiones jurisdiccionales deben ser fundadas, el Principio de Legalidad en la administración de justicia.

La función jurisdiccional ya no se abrevia en la aplicación de las normas al caso concreto, sino que se adjudica gradualmente la actividad de creación del Derecho. La actividad judicial está llamada a cerrar la textura abierta de la ley en el caso concreto, y también a fijar los alcances de los llamados 'conceptos jurídicos indeterminados'.

¹⁴ En América Latina el reconocimiento del voto femenino comenzó en Ecuador en 1929, seguido casi inmediatamente por Chile y Uruguay en 1931. Sólo 30 años más tarde quedaría concluida la tarea de darle a la mujer el derecho al voto en la región, con El Salvador y Paraguay como últimos países en reconocer este derecho a la mujer. GALLO, Edith Rosalía y GIACOBONE, Carlos Alberto (2001): *Cupo Femenino en la Política Argentina* (Buenos Aires, Ed. Eudeba), pp. 12 y ss.

¹⁵ Los más extendidos son la iniciativa popular, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria.

¹⁶ Cfr. Elisabetta PALICI DE SUNI "Parità di genere" en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento III, Utet Guiridica. Italia, (2008,Tomo II), coll. 593-609, p. 594.

¹⁷ Ricardo HARO se ha referido al acrecentamiento y rol decisivo del control que ejerce la Magistratura que pone de resalto la necesidad de incrementar su independencia e idoneidad, proponiendo justamente Consejos de la Magistratura. (2001): "Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional" en *CEDECU* (Serie Conferencias N° 3), Montevideo, p. 19.

Todo esto va otorgando más espacio de poder y ámbito de actuación a los tribunales del que tuvieron en el pasado.

Este monopolio y exclusividad del poder jurisdiccional doméstico empieza a tener excepciones que traspasan territorios, fronteras y personas para algunas materias, como lo vemos con el desarrollo de la jurisdicción universal.

7. Debe hacerse presente que el desarrollo y crecimiento económico de las sociedades post-industriales actuales ha llevado a la mundialización del mercado, generándose grandes espacios de poder dentro de la sociedad y al margen del Estado. Los grupos económicos no sólo concurren (muchas veces) junto con el Estado en la toma de decisiones, sino que a veces las sustraen del ámbito estatal.¹⁸

En este contexto, retomar la idea del Estado como regulador de las actividades dentro de sus fronteras requiere ser recuperada, con el objetivo de que avance en una mejor regulación de las actividades porque no es posible la ausencia de regulación. El Estado debe evitar ser captado por intereses privados dado que continúa siendo el garante del interés general, concepto tradicional del Derecho Constitucional y Administrativo que no pierde vigencia.

LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO

Todo lo expuesto lleva a afirmar que existen tantas divisiones de poderes que casi es imposible sistematizarlas y la mayoría son bastante más sofisticadas que la bastante elemental formulación clásica. En efecto, la división horizontal y tripartita de poderes del Estado y de funciones no sólo se ha transfigurado hasta prácticamente resultar otra, sino que se ha visto sustituida por una pluralidad de reglas y de principios extremadamente complejos, complementarios unos de otros en la labor de controlar y limitar al poder, como se desarrollará infra.¹⁹

1. Por un lado, se observa la división entre poderes constituyente y poderes constituidos, siendo aquí relevante la función de control de constitucionalidad que los Tribunales Constitucionales realizan, cuidando las normas dispuestas por el poder constituyente frente a las normas elaboradas por los poderes ordinarios, en especial, por el Parlamento.

¹⁸ “El intervencionismo estatal en la vida económica deja paso a la deserción del Estado y la intervención estatal se circumscribe a la adopción de las llamadas ‘acciones positivas’ tendientes a producir cambios en la sociedad o en la cultura, para favorecer la ‘igualdad de oportunidades’. Esto ha sido incluido como un postulado del Constitucionalismo Posmoderno o de ‘tercera generación’. Guillermo BARRERA BUTELER, Magdalena ÁLVAREZ y Andrea LUCAS GARÍN (2004): *Derecho Constitucional Cuadernos de Estudio* (Cátedra “C” – Año 2004). (Córdoba, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba), pp. 73/74.

¹⁹ Cfr. GARCÍA ROCA (2000), pp. 66 y ss.

La pauta clásica del Estado liberal de que el orden jurídico para ser válido debe ser escrito, traducido en constituciones y separar el poder constituyente del poder constituido para que aquel derecho escrito tenga solidez y permanencia,²⁰ se ve renovada por el control de constitucionalidad a cargo de los tribunales constitucionales.

Hoffmann-Riem explica que los tribunales constitucionales no se encuentran ante un orden acabado sino que deben ser capaces de percibir la realidad cambiante y tener una mirada abierta a las relaciones de poder en la sociedad; pero sin perder el carácter de guardianes supremos del Principio de división de poderes con que deben autodefinirse, todo esto dejando de lado una concepción del principio formal y petrificado.²¹

La creciente judicialización de las controversias sociales pone en manos de los tribunales temas que antes pertenecían al ámbito de lo familiar y de lo privado, por ejemplo los casos de la píldora del día después que han tenido que resolver en este último lustro muchos de nuestros tribunales superiores de la región. Esto resulta un indicio del funcionamiento eficaz de mecanismos jurídicos y extrajurídicos antes inexistentes.

2. Tan importante resulta también la división territorial o vertical del poder entre entes públicos de base territorial de un mismo Estado; la tendencia a las formas federales es evidente. Un hecho objetivo y común en nuestros países ha sido el traspaso de competencias y servicios de la esfera centralizada a las administraciones locales. La descentralización del poder con base territorial enaltece las administraciones provinciales y municipales destacando la misión de acercar la prestación de servicios que le permita satisfacer las necesidades del ciudadano de un modo más cercano, eficaz y eficiente. Häberle menciona que en el caso de Alemania, dicha división garantiza adicionalmente la libertad política y justifica de manera especial al federalismo.²²

3. Es básica también una división de poderes en el tiempo, asentada en la alternancia tras las elecciones populares, y en la inevitable limitación temporal de los mandatos representativos.²³ Es un error una democracia sin alternancia, porque justamente la alternancia fortalece la democracia. Vinculado con ello también se presenta la división de poderes personales, es decir la existencia de un sistema de incompatibilidades para asumir cargos públicos que no permite que las decisiones de distintos poderes, o dentro de un poder, se tomen por las mismas personas.

4. Se observa asimismo una prórroga de la división territorial y vertical hacia arriba, en los procesos de integración comunitaria que conservan el Principio de división de poderes con sus propios matices.

²⁰ ROMERO (1976), p. 92.

²¹ HOFFMANN-RIEM (2007), p. 225.

²² HÄBERLE (2003), p. 205.

²³ GARCÍA ROCA (2000), pp. 67/68.

La integración regional ha sido vista como un camino que se instituye como pilar para el afianzamiento de la concientización política democrática en las regiones, sostén reciproco de la democracia y vía certera para alcanzar el desarrollo sustentable.²⁴ El mundo asume esta tendencia, Europa se muestra como paradigma de la consolidación regional. Cabe destacar que la globalización no elimina los espacios de regionalización. Contrariamente es posible advertir que los últimos cincuenta años han sido numerosos los proyectos de integración regional existentes, con mayor o menor éxito.

De este modo, los procesos de integración regional revisten una significativa trascendencia en función de los cambios que traen aparejados. En efecto, la aparición en la escena regional del MERCOSUR y de la Comunidad Andina como los procesos más importantes de América Latina ha producido mutaciones sustanciales en el sistema jurídico de los Estados involucrados.

5. En relación a los Derechos Humanos se observa una tendencia que avanza hacia un Estado Social de Derecho donde el Estado garantiza no sólo los derechos civiles sino también los derechos económicos, sociales y culturales, los que son incluidos en las Constituciones. El Estado contrae responsabilidades de prestación específica y se asume la cuestión social, no es sostenible la división tajante de Estado y Sociedad que había imperado al inicio del Estado de Derecho.

Entre muchas herramientas, el Estado cuenta con lo que en el Derecho anglosajón ha llamado “acción positiva o afirmativa” para conseguir ese orden económico, social, cultural que permita la igualdad real. En relación con las minorías, a través de las acciones positivas se procura conseguir la igualdad, generándose una protección especial que genera una discriminación inversa.

6. La fuerte demanda de transparencia que se observa de cara al interior de los Estados por parte de la sociedad civil obligan al emprendimiento de medidas especiales que aseguren desde el acceso a la información pública a la transparencia de los procesos de creación de actos estatales, antes tan dados al secretismo y al ocultamiento.²⁵

A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de las transformaciones y de las nuevas presentaciones que hemos ido dilucidando en este pequeño trabajo del Principio de división de poderes, es posible concluir que la problemática del Derecho Constitucional continúa siendo la misma: limitar al Príncipe, controlar al poder para asegurar los beneficios de la libertad a todos los hombres. El Estado de Derecho sigue tan vigente como desde su creación y las

²⁴ Aquí seguimos a DREYZIN DE KLOR, Adriana (1997): *El MERCOSUR. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado* (Buenos Aires, Zavalía Editor), p. 14.

²⁵ Fruto de esta demanda en Chile se sancionó la Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública. Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

reglas en que se articula la división de poderes siguen siendo pilar clave de esta organización constitucional.

Y es la misma historia la que demuestra que el mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en atribuir diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad, están obligados a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida.

El Derecho Constitucional renueva la idea básica de la división de trabajo a la hora de realizar tareas, con el doble objetivo de evitar el abuso del poder y de optimizar la calidad de los servicios rendidos, adquiriendo nuevas dimensiones.

La conformación de centros alternativos y concurrente con el Estado que operan en el campo político, social, económico y cultural con frecuencia en dimensiones totalmente prescindentes del territorio estatal e inclusive la institucionalización promovida a veces por los mismos Estados de 'contextos' que integran sus poderes en dimensión supra-estatales, sustrayendo de la disponibilidad de los Estados particulares, es una realidad que el Derecho Constitucional debe comenzar a asumir.

Si bien parecería que estos factores son demoledores de la soberanía y causan la 'crisis del Derecho Constitucional', en realidad justifican el propio resurgimiento del Estado, un Estado Nuevo, como construcción conceptual.

El Principio de división de poderes debe trabajarse enlazando la limitación del poder en todas las dimensiones estatales y supra-estatales. Se trata de distribuir funciones entre los diferentes detentadores de poder para asegurar la libertad. Así, el poder legítimo (del Estado o de la organización que surja de la integración) actúa como "moderador" y "árbitros" de los llamados contrapoderes. Y el principio de división y equilibrio, a su vez, limita y condiciona a los primeros.

Tal como se lo concibe en el presente, el Principio no supone una sola regla de organización, sino por el contrario, tantas como resulten necesarias para garantizar la libertad. En consecuencia, puede resultar pertinente no sólo como contrapeso del poder estatal, sino del supranacional: así, existen divisiones horizontales (distribución de funciones entre distintos órganos de un mismo nivel), verticales (internas: federalismo, regionalización, municipios; y externas: integración, sobre la base de una adecuada distribución de competencias en el que al nivel superior solo le corresponda efectuar lo que no pueden hacer los de abajo, ya que la inmediatez facilita el control de los destinatarios), temporal, etc.

El Derecho Constitucional debe seguir reformulándose para recoger y orientar los cambios sociales, económicos, culturales, políticos, etc., dado que no debe perderse el carácter esencial de suprallegalidad que tipifica y diferencia a esta disciplina de otras.

Por ende, el tratamiento que procuramos realizar del Principio de división de poderes, demuestra que el Derecho Constitucional poco a poco está cambiando e incorporando estos nuevos fenómenos a fin de brindar un modelo que ante situaciones políticas otorgue seguridad y supere la siempre latente imposición de las fuerzas sobre los ciudadanos. Pensamos que debe rescatarse de la Constitución la coexistencia de valores y principios, que aseguren un orden convivencial que se integren en la sociedad pluralista que anhelamos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2008): *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio* (Madrid, Boletín Oficial del Estado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid), p. 1154.
- BARRERA BUTELER, Guillermo; ÁLVAREZ, Magdalena; LUCAS GARÍN, Andrea (2004): *Derecho Constitucional. Cuadernos de Estudio. Cátedra "C"* (Córdoba, Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba), p. 525.
- BIDART CAMPOS, Germán (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, 2^a reimpresión (Buenos Aires, Editorial Ediar), p. 568.
- CARPIZO, Jorge (julio/octubre de 2003): “Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención” en *Debates de actualidad. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* (Año XVIII – N° 191), pp. 39-54.
- DÍAZ, Elías (1998): *Estado de Derecho y sociedad democrática*. (España, Editorial Taurus), p. 203.
- DREYZIN DE KLOL, Adriana (1997): *El MERCOSUR. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado* (Buenos Aires, Zavalía Editor), p. 395.
- GALLO, Edith Rosalía y GIACOBONE, Carlos Alberto (2001): *Cupo Femenino en la Política Argentina* (Buenos Aires, Ed. Eudeba), p. 573.
- GARCÍA ROCA, Javier: “Del principio de la división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* (108/abril-junio/2000). (Fecha de consulta: 04/09/2009). Disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_108_043.pdf, pp. 41-75.
- HÄBERLE, Peter (2003): *El Estado constitucional* (Segunda Edición, Perú, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú), p. 339.
- HARO, Ricardo (2001): “Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional” en *CEDECU* (Serie Conferencias N° 3), Montevideo, p. 23.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (2007): “La división de poderes como principio de ordenamiento” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año 2007), pp. 211-225.
- LEY N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública. Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.
- PALICI DE SUNI, Elisabetta (2008, Tomo II): “Parità di genere” en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento III, Utet Guiridica. Italia, coll 593-609.

- ROMERO, César Enrique (1976): *Introducción al Derecho Constitucional* (Segunda edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía Editor), p. 203.
- VEGA GARCÍA, Pedro de (Abril-Junio 1998): “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época* (Núm. 100, Abril-Junio 1998) (Fecha de consulta: 05/09/2009). Disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_100_015.pdf, pp. 13-56.
- WITKER, Jorge (1987): *Metodología de la enseñanza del Derecho* (Bogotá, Colombia, Editorial Temis), p. 224.