

Gallo, Orlando J.

El control del poder en el constitucionalismo contemporáneo

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 2, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Gallo, O. J. (2014). El control del poder en el constitucionalismo contemporáneo [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 2.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/control-poder-constitucionalismo-gallo.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EL CONTROL DEL PODER EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

ORLANDO J. GALLO¹

La crisis contemporánea del control del poder a través de la división de sus funciones sume en el descrédito a los parlamentos y, correlativamente, facilita el despotismo o la ineficacia de los ejecutivos y concurre a la inestabilidad de las democracias. La consagración en las instituciones de un auténtico pluralismo social podría dar frutos provechosos para la organización del Estado moderno.

EL PODER Y SUS ELEMENTOS

El poder es energía que se despliega en la comunidad recogiendo de ésta su acatamiento. La densa relación de mando y obediencia que da como resultado el orden constituye los elementos que integran el poder.

El mando, acto de imperio, reconoce como contrapartida el acatamiento, acto de obediencia. La autoridad es la columna vertebral que

1. Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Licenciado en Derecho Comparado (Estrasburgo). Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia. Ex Juez Federal en Mercedes, Provincia de Buenos Aires. Diputado Nacional por el período 1991 a 1994. Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional y Director de la Especialización en Derecho Constitucional (UCA).

pone en movimiento este imperio a través de las decisiones emanadas de uno o varios órganos.

Estas decisiones encuentran acatamiento a través de un hábito de obediencia por parte de la comunidad, que reconoce como primer fundamento el sentido de legitimidad de aquél de quien emana la orden. Esta legitimidad, a su vez, tiene su origen en el cumplimiento de un fin compartido o intuito por la comunidad.

Este flujo de imperio y obediencia se expresa a través de una organización y una técnica que se plasma en la vida política mediante el derecho.

De ese modo la orden, expresión de la decisión política de la autoridad, se transforma en el orden, consolidado mediante la norma jurídica. La autoridad se desgrana, a su vez, en uno o varios órganos impulsores de decisiones que gestionan el cumplimiento del fin colectivo.

La primera y fundamental función del poder se encuentra en la gestión de los intereses de la comunidad plasmando, manteniendo y desarrollando un orden. Pero de inmediato se advierte en esta dinámica de fuerzas que el sujeto pasivo de las decisiones de la autoridad, a través de su acatamiento, limita la energía del poder, sea con la inercia de la contextura social, sea con la resistencia a aquellas decisiones que se aparten del fin o lesionan intereses sectoriales o de la comunidad toda sirviendo, en consecuencia, a guisa de "contrapoderes".

Así se expresan los dos elementos que integran lo complejo del poder: la gestión de gobierno y la función de control.

Ello porque el poder no es solo imperio: mando, sino mando y obediencia que están inescindiblemente unidos. Estos dos aspectos del poder reconocen su origen en los elementos que los constituyen. El de gobierno, en el acto reflexivo de imperio; el de control, en el hábito de obediencia que mantiene espontáneamente el orden².

2. Ver SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Lecciones de derecho político*, 6ª. Ed., Madrid, Granada, 1959, Caps. XXII y XXIV y *Principios de teoría política*, Madrid, Ed. Nacional, 1966, Caps. XX a XXII.

EL PODER POLÍTICO Y SU CONTROL

En las etapas previas a la formación de los modernos Estados nacionales, limitando nuestro análisis a la civilización del occidente europeo, se observa como constante este respeto por parte de la organización política de los andariveles fundamentales que hacen a estos dos elementos del poder.

El poder de autoridad, ejercido por un Señor con el título de Monarca, Emperador, Cónsul, etc., reconocía como contrapartida el control de esa gestión ejercido por la comunidad a través de otros Señores, Asambleas, Cortes o Corporaciones. Estos, más que cogobernar, asesoraban al gobernante, le limitaban en su acción, o bien daban el *exequátur* a sus decisiones, sin las cuales no tenía fuerza obligatoria su cumplimiento.

Ejercían la tarea que la doctrina moderna llama "contrapoderes". De su juego coordinado y contrapuesto surgía naturalmente la limitación de la autoridad y la posibilidad de ejercicio de las libertades concretas.

La autoridad del gobernante se justificaba por el cumplimiento del fin comunitario, más que por su origen específico y concreto. Un gobernante impuesto por las circunstancias propias de cada comunidad política legitimaba su autoridad por su vocación y eficacia en el cumplimiento del fin comunitario. Una sociedad orgánicamente representada a través de sus fuerzas sociales hacía de censor al gobernante, siendo ambos elementos la base del equilibrio político previo al racionalismo, que hace su ingreso hacia la modernidad.

La exaltación del poder monárquico mediante la centralización estatal y el absolutismo de origen protestante, pero que adquiere plenitud con las nuevas ideas, condujeron a la destrucción de la complicada madeja de contrapoderes existentes en el seno de la sociedad.

Primero se realiza la alianza entre el Rey y el pueblo en detrimento de los señores locales; luego se emprende el ataque a los organismos vivos de la sociedad que, una vez disminuidos o esclerosados, no fueron idóneos para contener el poder real en auge.

La lucha no se desarrolló con similares alternativas ni resultado en todas partes, pero esa fue su línea directriz.

Sin embargo, la batalla que perdían las Cortes en España, los Estados Generales en Francia, y las Corporaciones en todas partes en-

contró sobre el mapa de Europa a un único vencedor: el Parlamento de Inglaterra. Este, en una lucha en la que invoca como origen la Carta Magna, lejos de disminuir su función de control, la intensificaba. A medida que avanzaba en complejidad la vida social y política inglesa, aumentaban los poderes de control de las principales fuerzas de la comunidad.

Así como en el continente se conservaron las Cortes o los Estados Generales, subordinándose progresivamente al Monarca, de igual modo, pero al revés, en Inglaterra el Monarca fue perdiendo poder ante el Parlamento.

Pero a esto último se agrega otro elemento: el carácter tradicional de la revolución inglesa. Las revoluciones nacidas en la época del racionalismo buscaban su legitimidad en principios derivados de la razón, tratando de destruir el orden existente para fundar uno nuevo. En cambio, las que ocurren en las Islas se legitiman y justifican al modo tradicional, es decir, por su intención de restaurar un antiguo orden, que habría sido quebrantado por el Monarca y sus colaboradores³.

El único contrapoder triunfante en la larga lucha que dio origen a la modernidad fue quien sirvió de modelo a los revolucionarios de los tiempos nuevos. El Parlamento inglés fue fruto del desarrollo de los poderes reales de la sociedad, que en él se hallaban reflejados.

El Rey y el Parlamento respondían a dos principios distintos que reflejaban los dos aspectos del poder. El Monarca, de legitimidad dinástica, desempeñaba la función política de gobierno. El Parlamento, reflejo de las fuerzas reales de la sociedad, desempeñaba la función política de control.

LA MODERNA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DEL PODER

Como el despliegue de la actividad del poder se plasma en un orden que se solidifica mediante el derecho, ella, desde el punto de vista

3. Ver GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, 6ª Ed., Madrid, 1964., pág. 252.

jurídico, se descompone en la tarea de creación, ejecución y aplicación del derecho. Para decirlo con palabras de Montesquieu: “[...] la potencia legislativa, la potencia ejecutora de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potencia ejecutora de aquellas que dependen del derecho civil [...] se llamará, a esta última, la potencia de juzgar y, la otra, simplemente la potencia ejecutora del Estado”⁴.

Creyendo interpretar el sistema inglés, Montesquieu vulgariza para el continente la división de las funciones del poder en órganos diferentes. Pero claro está que la Francia que difunde a Montesquieu era distinta en su historia y temperamento a la de Inglaterra. Además este autor no hace tanto hincapié en el control a través de la división de funciones, sino en que la libertad se lograría espontáneamente por el solo hecho de la división.

Por otra parte, la realidad que Montesquieu veía era la de una sociedad estamental, en la que los cuerpos colegiados que controlaban o asesoraban al Monarca estaban integrados por sectores de la sociedad. Ello, como veremos, no ocurrió posteriormente.

El modo en que los ideólogos del siglo XVIII vulgarizaron la división de poderes llevó a la concepción de que el solo hecho del ejercicio de esas funciones del poder por órganos diferentes llevaba necesariamente a su control.

En cambio, en el “modelo” inglés, el Monarca y el Parlamento respondían a dos legitimidades distintas. Una era aquella de la cual emanaba la autoridad; la otra, aquella de la cual emanaba su control.

En el Parlamento se encontraba representada la sociedad inglesa orgánicamente constituida. Los nobles en los Lores y los burgos en los Comunes. Tal es así que aún se emplea para la elección de los Comunes el sistema de circunscripciones uninominales. Ello es una tradición que continúa la circunstancia de que los Comunes representaban las distintas regiones de una burguesía agraria en ascenso. No debemos olvidar que Inglaterra fue, hasta el Acta de Navegación de Cromwell, fundamentalmente un pueblo de pastores.

4. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, EE.VV. (L. XI, Cap. VI).

Para que exista control de los actos de la autoridad es necesario que en los “órganos censores” se encuentren reflejados los poderes reales de la sociedad.

Si bien es cierto que los contrapoderes pueden ser una valla para la gestión del bien común, ya que defienden intereses sectoriales muchas veces en pugna con aquél; también lo es que son una valla contra las desviaciones del poder. Del equilibrio entre el gobierno y su control surge la garantía contra los abusos de la autoridad en favor de la preservación de las libertades concretas.

Los filósofos del siglo XVIII, en la medida en que ignoraban a los cuerpos intermedios o los detestaban, desconocieron que los contrapoderes sociales fuesen la valla adecuada para los excesos de la autoridad. Por el contrario, los destruyeron y, a cuento de ensalzar la libertad, fueron sus verdugos.

El siglo de la razón pretendió organizar racional y equilibradamente el poder. Siguiendo el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las normas constitucionales consagraron con finalidad axiológica la división de los poderes creyendo garantizar las declaraciones de derechos.

La Asamblea General de 1789, que fue la caja de resonancia de aquellos principios filosóficos, creyó poner una valla para evitar los excesos del poder. Al proclamar la soberanía nacional y que de ella derivaba toda autoridad hace que una sola fuerza emane de toda legitimidad.

Consagró la división de poder, pero no se puede frenar al poder dislocando el “imperium” de una autoridad que responde en sus distintos órganos a un único sustento.

Montesquieu, que se había inspirado en el modelo de la Constitución inglesa, dejó como herencia para el continente europeo, en lugar de un reflejo de esas instituciones, tan solo su caricatura. “De allí en más, la división de poderes pasó a ser el comodín de todas las constituciones”⁵.

5. Ver DE JOUVENEL, Bertrand, *El poder*, Madrid, Ed. Nacional, 1956, pág. 341.

UN PODER SIN CONTROL REAL

Esta técnica de organización de poder que utiliza el constitucionalismo dieciochesco implicó, a su vez, una distinta jerarquización de los órganos entre los cuales está repartido el *imperium*. Al utilizarse como principio fundante el de la soberanía popular, las asambleas integradas por quienes se irrogan la representación popular fueron consideradas el más importante de los órganos en que se dividían las funciones del poder. Por el mismo fundamento, todo el derecho estaba resumido en la ley y solo la Asamblea podía hacer la ley.

El más dinámico de los órganos, el originario, aquel que por su propia conformación, generalmente unipersonal, es el más propicio para la tarea de gestión, quedó teóricamente relegado a un segundo plano. Consecuentemente, se restó eficacia a la tarea gubernativa; sin embargo, tampoco se fortalecieron las tareas de control.

En un principio el poder despótico pasó a manos de los líderes de la Asamblea y cuando esos liderazgos crearon el caos, el ejecutivo cobró su revancha asumiendo un dictador con distintos nombres: llámese cónsul, emperador, monarca o presidente.

De cualquier manera, las asambleas legislativas siguieron siendo depositarias de la soberanía popular. Pero para ello debían estar integradas por el pueblo y el modo de hacerlas integrar por él fue la representación. El pueblo representado titular de la soberanía era el individuo aislado, un ente abstracto sin ninguna inserción concreta en los cuerpos que integran la sociedad.

Para que ese hombre se insertara en la Asamblea a través de su representante fue necesario un instrumento que sirviera de nexo. Ese instrumento fueron los partidos políticos; creación que sirvió de vinculación entre una sociedad inorgánica y el Estado, entre hombres aislados y la autoridad política.

Monopolizada la posibilidad de integración de los órganos por partidos representantes de una suma de individuos sin conexión funcional entre sí, las luchas partidarias ocuparon el lugar que debió tener la reflexiva puja por establecer el equilibrio político más cerca o más lejos de un determinado sector social.

Cuando los representantes de una misma bandería poseen el dominio del Parlamento y el ejecutivo, la división de las funciones no es

ni técnicamente eficiente ni axiológicamente válida. O la puja partidaria se enseñorea como principal actividad o la unanimidad de bandería unifica el *imperium* repartido entre los distintos órganos. Cuando esto último ocurre, el ejecutivo, que es el órgano más dinámico, avasalla a un Parlamento sujeto por solidaridad partidaria y establece un poder sin ningún control. En caso contrario, el Parlamento condiciona y esteriliza la acción del ejecutivo y determina un gobierno sin ninguna eficacia.

Las sociedades de población predominantemente latina, más apegadas a seguir los principios y sacrificar a ellos la realidad, fueron las principales víctimas de este error conceptual y llevaron a sus instituciones hacia la inestabilidad.

Francia, cuna de la Revolución, ha tenido desde 1789 a la fecha una docena de constituciones; España ha seguido ese camino desde 1812; Italia, desde su unificación, al igual que Portugal, no han tenido regímenes constitucionales democrático-liberales que fuesen estables. Los Estados hispanoamericanos son, tal vez, las víctimas más frecuentes de esa inestabilidad.

Las sociedades de población anglo-sajona, en cambio, exhiben un sello de raigambre protestante que da a su concepción cultural un fuerte acento utilitario. Ello les ha hecho más pragmáticos y atienden mejor a la realidad que a los principios ideológicos.

Inglaterra pudo de ese modo adaptar paulatinamente sus instituciones exhibiendo a las más tradicionales de occidente que, a su vez, fueron paradigma de los revolucionarios. Tal es así que Inglaterra ha sido, para el constitucionalismo moderno, lo que los romanos para el derecho civil.

El sentido de la realidad en los Estados Unidos les ha hecho fortalecer las unidades regionales, lo cual facilitó la existencia de un Senado verdaderamente representativo. La fidelidad de los congresistas a sus electores, por sobre los lemas partidarios, ha robustecido al legislativo. A su vez, la reglamentación por la *Regulation Lobbying Act*, de ciertas prácticas de los contrapoderes, ha dado cabida, por un resquicio del aparato constitucional, a dichas fuerzas que, en otras partes, son aún consideradas como perniciosas institucionalmente.

Aún la estabilidad de las instituciones, en algunas sociedades, no ha soslayado la crisis en el funcionamiento del esquema divisorio. Te-

mas como el exceso en el liderazgo presidencial, la concentración de facultades en el ejecutivo, la delegación de facultades legislativas, el ejercicio de funciones normativas por órganos no estatales, la existencia de organismos administrativos con función jurisdiccional, etc., no escapan a la moderna tratadística constitucional.

Un rápido análisis de algunos de dichos temas nos confirma en la convicción de que la crisis en la división de los poderes no se debe tanto al cambio de las circunstancias socio-políticas, como infieren varios autores, sino en la confusión respecto a su finalidad⁶.

Asimismo, la complejidad y el ritmo de la vida moderna han puesto de manifiesto la ineficacia técnica de los parlamentos para legislar, siendo cada vez más común la consagración por éstos de estándares genéricos con forma de ley, que amplían enormemente la potestad normativa de organismos más dinámicos como los ejecutivos.

Es que las asambleas, por su origen y conformación, son más aptas para funciones de control y como cajas de resonancia que como organismos técnicos para la redacción de las normas. "En definitiva, la función del Parlamento, tal como la caracterizan los autores ingleses contemporáneos, no es la de legislar, sino la de ventilar quejas, extraer informaciones sobre la manera de operar del gobierno, discutir los principios que a éste le animan. Para que sus virtudes o defectos sean conocidos por el electorado y ejercitar una función selectiva en la función de gobierno"⁷.

El descrédito de los parlamentos contemporáneos tiene su origen en su ineficacia para legislar y en su lenidad para controlar. Naturalmente que esta función política de control será más eficazmente cumplida si la conformación del órgano responde a otro principio de sustento que la del que realiza la función de gobierno. Además debe ser el reflejo de las fuerzas actuantes en la sociedad.

6. Ver HAURIUO, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ed. Ariel, 1ª Ed., Barcelona, 1970, Cap. IV, Secc. IV, pág. 575 y sigs.; DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, EE.VV. pássim (Ed. Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1962, Cap. III, Secc. II, pág. 179 y sigs.).

7. Ver BIDEGAIN, Carlos M., *El Congreso de Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Depalma, 1950, pág. 11.

Sorprende que muchas democracias occidentales, tan dispuestas a proclamarse "pluralistas", no reconozcan la diversidad de los grupos sociales y ni siquiera intenten institucionalizarlos a través de órganos de asesoramiento y control.

Allí reside la importancia del pluralismo como garantía de libertad, más aún que en el respeto indiscriminado de las ideas. Siempre habrá soñadores dispuestos a sostener quimeras. Pero la realidad social no soporta por mucho tiempo a las quimeras. Por ellos es hasta un homenaje al sentido común dar cabida orgánica a los grupos sociales, alentar su consolidación, constitucionalizarlos a través de tareas control.

Además ello asegura la estabilidad institucional en aquellos Estados que no gozan de ellas. Los hispanoamericanos que estamos acostumbrados a tantos golpes de Estado, a poco que los analicemos sin prevenciones ideológicas, veremos que ellos no se hacen contra la sociedad, sino contra instituciones que no cumplen la tarea de gobierno con eficacia ni la de control con diligencia o ponderación.

COLOFÓN

La crisis del control del poder a través de la división de sus funciones, que se advierte en el Estado contemporáneo, reconoce como causa principal el origen mismo de su formulación y aplicación desde el siglo XVIII.

El racionalismo de la época, al empeñarse en el seguimiento del dogma de la soberanía popular y resistirse al reconocimiento de las fuerzas realmente operantes en la sociedad, ignoró a los contrapoderes, que eran quienes efectuaban el control del poder dentro de la sociedad.

El Parlamento de Inglaterra, el más tradicional de todos, sirvió de inspiración a los pensadores del siglo XVII y XVIII, pero las asambleas del continente reflejaron apenas formalmente el órgano de control inglés, por cuanto no le siguieron en su conformación y espíritu.

Con ello se anuló prácticamente la tarea de control político y se restó eficacia a la tarea de gobierno. De ese modo, la llamada división de poderes no contribuyó eficazmente a la defensa de las libertades concretas; llevó al descrédito de los Parlamentos, al despotismo o la

ineficacia de los ejecutivos y fue causa concurrente para la inestabilidad de las instituciones en la gran mayoría de las sociedades en que fue aplicada.

Los efectos se atenuaron en algunas sociedades de raigambre protestante de influencia calvinista, debido al particular modo de ser cultural de las mismas. Sin embargo, también se produjeron allí alteraciones en la organización del poder que es difícil a menudo conciliar y que, de cualquier modo, son causa de perturbación política.

Por todo ello, una revisión de la aplicación de la teoría de la división de las funciones del poder, adecuándola a la realidad de su mecánica y la consagración en las instituciones de un auténtico pluralismo social, podría dar frutos provechosos para la organización del Estado moderno.

Esto se reflejaría, más que en ninguna parte, en las sociedades hispanoamericanas que, carentes de la madurez de las europeas y troncado su propio proceso de recreación cultural, detenido por el afrancesado centralismo borbónico primero y por la corriente racionalista dominante en el proceso independentista después, han soportado la inestabilidad política como un mal endémico.

