

II. EL CONTROL COMO FENÓMENO

A. Una cuestión histórica	137
1. La custodia del custodio	137
2. Platón	137
3. Aristóteles	138
4. Heródoto	139
5. Cicerón	139
6. Marco Aurelio	140
7. Hobbes	141
8. Montesquieu	142
B. La función del control	144
1. La relación entre los órganos del poder	144
2. Funcionamiento del control	147
3. Control y soberanía	148
4. Control y separación de poderes	149
5. Modalidades del control	153
6. Distorsiones del control	158
7. Funciones del poder y control	160
8. El nuevo constitucionalismo	162
C. Control y responsabilidad	163
1. Responsabilidad pública	163
2. Autocontrol	165
3. Percepción del control	165
4. Formación de los controles	166
5. Poder de control	168
6. Control y descentralización del poder	169
7. Representatividad y controles	172
8. Control y eficacia política	173
D. Control y Estado de derecho	174
1. Limitaciones del Estado de derecho	174
2. El Estado moderno	174
3. Separación de poderes	175
4. Extensión del control político	179
5. Derecho al buen gobierno	180
6. Creencias constitucionales	182
E. Control y orden	184
1. Fragmentación del poder	184
2. Estabilidad del poder	186
3. Teoría de los órdenes	188

II. EL CONTROL COMO FENÓMENO

A. UNA CUESTIÓN HISTÓRICA

1. *La custodia del custodio*

Uno de los problemas medulares de los sistemas políticos es el concerniente a la forma en que el poder es susceptible de ser controlado. Aun cuando la discusión moderna reporta el origen del tema al momento de los planteamientos de Locke y de Montesquieu, en especial por sus aportaciones a la teoría de la separación de los poderes y de los balances y contrapesos que deben existir en el ejercicio de las funciones del poder, el problema va más allá de su enunciación doctrinaria y está en el centro mismo de las formas de ejercicio del poder. Los poderes indisputados nunca han existido. Incluso en las etapas de más acentuado autoritarismo, los procesos de control — así sean encubiertos, silenciosos, conspirativos si se quiere — han estado presentes, como otra forma de equilibrio del poder. En Roma, Juvenal se preguntaba “*quid custodent custondens*”. La expresión es bastante elocuente: se trata de saber quién ejerce el control sobre el poder.

2. *Platón*

El problema del control está claramente planteado por Platón. En *La República* es frecuente la referencia a los “guardianes” (*epistates*) del gobierno, como aquellos que además de la facultad de ejercer el poder tienen a su cargo la tarea de impedir que el poder mismo se desvíe. En otras palabras, pasar del ejercicio racional a la utilización abusiva del poder era uno de los riesgos que Platón quería evitar (III, 412 a). Altusio (XXXVIII, 76) a su vez identifica como primordial la función de los éforos, a quienes correspondió “la potestad de castigar y reprender al príncipe”.

La actividad controladora de los “guardianes” era vista con cierta claridad. A ellos les correspondía cuidar “que los enemigos de afuera no puedan hacer mal ni los amigos de adentro deseen hacerlo” (III, 414 b). Esto no es, propiamente, una función policial de seguridad, como ha solido interpretarse; también representa una tarea de control del papel de la autoridad para evitar su desbordamiento. Por eso es que Platón impone severas limitaciones a la vida privada de la clase gobernante, aunque con esto exhibe uno de los puntos más débiles de su doctrina (Jaeger, p. 638).

Con todo, la preocupación de Platón, que se expresaba mediante la imposición de restricciones familiares y de limitaciones patrimoniales para el gobernante, preluó el sistema de responsabilidades públicas que se sustenta en la consideración de que si el hombre de gobierno dispone de atribuciones que exceden a las del hombre común, bien está que en otros aspectos tenga menores derechos. De alguna manera este es el entendimiento de que el servicio público se realiza a expensas de algunos derechos relacionados con la intimidad personal.

Esa misma perspectiva es la que permeó al Estado de derecho en tanto que la racionalización del poder no sólo implica la limitación de los órganos del poder al derecho; también, quizá incluso con mayor intensidad, supone la restricción de los titulares de los órganos para no excederse en el uso de sus atribuciones. En última instancia se trata de una expresión más de los controles públicos.

3. *Aristóteles*

El enunciado aristotélico también había sido clarísimo: tres son los elementos que deben contener las constituciones, “y si estos elementos están bien reglamentados, la Constitución está necesariamente bien ordenada” (*Política*, IV, 14, 1298a). Los elementos eran: *a*) “el cuerpo que delibera sobre los intereses comunes”, lo cual incluía la guerra y la paz, la formación y disolución de las alianzas, las leyes, y la elección y las rendiciones de cuentas de los magistrados, *b*) las magistraturas, que tenían a su cargo, entre otras cosas, “emitir órdenes” (*Política*, IV, 15, 1299a), y *c*) el cuerpo judicial, que comprendía ocho “especies de tribunales”, a saber, el de rendición de cuentas, el de los que dañaban algún interés público, el de “las cuestiones que atentan contra la Constitución”, el de “los magistrados y las personas privadas en las discusiones sobre penalidades impuestas por aquéllos”, el de los contratos privados “que alcanzan

una categoría importante”, el de los homicidios (que podían ser deliberados, involuntarios, conscientes o justificables), y el de los extranjeros (*Política*, IV, 16, 1300b).

4. Heródoto

Heródoto (III, p. 83) refiere la discusión de los consejeros persas previa al ascenso de Darío al poder. Las reflexiones de Otanes incluyen la consideración de que la corona se obtenga por “elección de la nación”. La posibilidad era apuntada sólo como una opción entre varias para escoger al gobernante. Las otras eran la fortuna (como la sucesión hereditaria), la designación oligárquica o la conquista del poder. En general, el origen del poder basado en la elección de los gobernados no es un concepto ajeno aun a las formas primitivas de organización. Si bien la forma de acceso al poder que ha prevalecido históricamente es la que tiene su origen en actos de fuerza, Heródoto demuestra cómo desde la antigüedad ha operado la voluntad colectiva de los gobernados como una fuente legitimadora que imponía límites en el ejercicio del poder.

5. Cicerón

Como se ve, el concepto de equilibrio constitucional está presente desde el pensamiento clásico. Aparece, por ejemplo, en Cicerón, cuya expresión “*temperationem rei publicae*” ha sido traducida como “constitución moderada” (*Sobre las leyes*, trad. Guillén, p. 223), o como “equilibrio constitucional” (*Las leyes*, trad. Labrousse, p. 141). En realidad la idea viene de más atrás, como el propio Cicerón lo reconoce: de Platón. El Estado debe ser “prudente”, se lee en *La República* (IV, 428 b).

También era un entendimiento generalizado el que encontraba en la naturaleza misma del poder que hubiera diferenciación de las magistraturas, que jugaban entre sí un papel equilibrador. Al parecer un amplio estudio sobre este tema fue realizado por Gracano Junio, a cuya obra *Potestatibus* hace alusión Ulpiano (*Digesto*, 1o., XIII, 1). Se postula allí el origen electoral popular de los cuestores, “desde el reinado de Rómulo”. Recuérdese en este punto que el derecho romano ha sido considerado un “instrumento para la construcción del Estado moderno” (García Pelayo, *Del mito...*, p. 185).

El atributo de la autolimitación del poder, como característica de la dictadura, aparece asimismo en Cicerón. Que “se contengan a sí mismos” (“*se et suos continento*”) es un deber de control que, por el ejercicio, legitimaba a quien transitoriamente ejercía la dictadura (*Las Leyes*, III, 9).

Cicerón (*Sobre los deberes*, p. 155) relata un elocuente ejemplo de cómo, en Atenas, las asambleas populares ejercían un eficaz control aun en casos relacionados con secretos de Estado:

Temístocles, después de conseguida la victoria (contra los persas) dijo en una asamblea del pueblo que tenía un proyecto sumamente saludable para la república, pero que no era conveniente proponerlo en *público*. Pidió que el pueblo designara a un ciudadano a quien poder confiarlo. El designado fue Aristides. Temístocles le dijo que era muy fácil incendiar secretamente la escuadra de los lacedemonios... con lo cual se determinaría la caída del poder de Esparta. Habiéndolo escuchado Aristides, volvió a la asamblea que lo esperaba ansiosamente, y dijo que el plan era muy útil, pero no era muy honesto. En consecuencia los atenienses pensaron que lo que no era honesto no podía ser útil y rechazaron sin más toda aquella proposición que ni siquiera oyeron...

6. Marco Aurelio

Una figura admirable de la edad clásica fue, sin duda, Marco Aurelio. Sus *Pensamientos* siguen siendo una gran fuente de inspiración y nadie puede asomarse a ellos sin experimentar la grata sensación que produce la presencia de un hombre de Estado que además de cumplir con los preceptos de la ley se rige por los de la sabiduría.

En el erudito texto preliminar a la traducción de los *Pensamientos*, Antonio Gómez Robledo apunta cómo debió ser la unción imperial de Marco Aurelio:

al sentir llegarle la muerte, el emperador en funciones hacía pasar la estatua de oro de la Fortuna de su habitación a la del dichoso elegido... por este bello ritual [...] pasó en sus últimos momentos Antonino Pío, y todavía alcanzó a darle el santo y seña de la jornada al centurión que fue a pedírselo, con esta sola palabra: *aequanimitas*.

Y así, bajo el signo de la ecuanimidad, quedó ungido Marco Aurelio. Ese origen nos explica que entienda la idea de Estado de derecho “fundado en la igualdad de derechos y en la libertad de palabra para todos; un imperio que respete ante todo la libertad de los gobernados.” George Long utiliza

la voz “*polity*” en la traducción inglesa del clásico, en lugar de “Estado de derecho”, con que lo hace Gómez Robledo. La expresión original de Marco Aurelio es “*politeias*” (I,14).

Queda así caracterizada la autocontención del gobernante. No existe, en el pensamiento de Marco Aurelio, sino un principio de ética política que todavía tardaría dieciséis siglos para convertirse en un enunciado del constitucionalismo moderno. Lo que ahora es un precepto constitucional entonces era una actitud moral y una disposición de gobierno. Las similitudes en los resultados no deben llevar, empero, a confundir la naturaleza de las instituciones: una es la que deriva del acto de voluntad autónoma del gobernante, a quien en todo caso se puede reconocer por su sentido de responsabilidad, y otra la que se produce como parte de un proceso de decisiones adoptadas por el cuerpo gobernado. Se trata de la diferencia que media entre los derechos otorgados y los derechos reconocidos.

El caso de Marco Aurelio se menciona, por consiguiente, sólo para ilustrar que la presencia de mecanismos de autocontrol estaba implícita en lo que el pensamiento renacentista aludió con el eufemismo del “arte del buen gobierno”.

7. *Hobbes*

Hobbes llega a la conclusión de que entre el pueblo y el senado romanos funcionó una real separación de atribuciones, en tanto que ninguno de ellos “pretendía disponer del poder total”. No duda en calificar a esa situación, que traducía un entendimiento político equiparable a la separación de poderes, como una democracia que fue destruida por la guerra civil que culminó con el establecimiento del cesarismo (*Leviatán*, p. 396).

La diferenciación de las funciones públicas permitía el control recíproco y éste, a su vez, era la garantía de defensa ante los abusos que caracterizan al cesarismo. En una aparente paradoja, al abordar el tema de la división del poder, Hobbes expresa la tesis de “que el poder supremo se puede dividir” (“*Imperium summum dividi posse*”) pero resulta “fatal para el Estado”. “Los que hacen esa división, agrega, una de dos: o no dividen el poder mismo sino que el poder de verdad se lo dan a los que controlan el dinero o, si lo dividen, disuelven el Estado” (*El ciudadano*, pp. 106 y 107).

Lo que allí se apunta no es, sin embargo, contradictorio con lo que advirtió a propósito de la república romana. En el caso de Roma se preocupa por los efectos de la concentración del poder público, mientras que en la

segunda de las situaciones planteadas lo que tiene en cuenta es la unidad del Estado, reiterando la idea siempre presente de que cualquier poder susceptible de superar al del Estado es, en la realidad, el Estado mismo. En el caso de Hobbes el Estado total no es el Estado totalitario: la integralidad del poder no equivale a su ejercicio incontrolado, a menos que sobrevenga el cesarismo.

8. Montesquieu

Una fuente significativa de Montesquieu (p. 51) fue la obra de Tácito *Sobre las costumbres de los germanos*, también conocida como *Germania*. De los germanos, decía el autor francés, “han tomado los ingleses la idea de su gobierno político”. Se dice que la fuente es significativa porque, entre los múltiples precedentes que Montesquieu, lector infatigable de los clásicos, pudo haber localizado, optó por aquella que situaba la génesis de su tesis acerca de la separación de poderes en la colindancia de Francia, “en los bosques”, como él mismo dijo, y no en las más remotas, y también más distantes, construcciones políticas griegas e incluso persas, amén, por supuesto, de la propia Roma en la que Tácito escribía.

A Montesquieu lo sedujo una reflexión de Tácito que iba exactamente al centro de su concepción del poder: “el poder de los reyes [germanos] no es ilimitado ni arbitrario” decía Tácito (“*nec regibus infinita aut libera potestas*”, VII, 1). A continuación exponía el arreglo del poder que hacía posible esa limitación e introducía la racionalidad en el funcionamiento de la autoridad. Allí es donde se encuentra la idea profunda de la separación de poderes: en los límites políticos impuestos a la autoridad, y en la razonabilidad de sus actos. Enunciado así por Tácito, y seguido por Montesquieu, la idea de la separación y la del Estado de derecho quedan directamente vinculadas.

Desde el siglo I, como hemos dicho, en una ingeniosa obra de Juvenal (*Sátiras*, VI, p. 347) quedó planteada una duda: “¿quién custodia a los custodios?” Olvidada y recordada, alternativamente, esta interrogación se ha colocado, en nuestros días, como un capítulo central del poder. Los ámbitos del control público se van actualizando. Además de los que conciernen al control que se produce entre los diferentes órganos del poder, cuyo génesis se remonta a siglos atrás, en el último cuarto de siglo se han desarrollado de manera más intensa que en períodos previos, los controles dentro de los órganos del poder.

Estas nuevas modalidades tienen varias expresiones. En los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial del poder se han encontrado formas adecuadas a su naturaleza para establecer ese tipo de funciones de control interno. Dentro de la rama ejecutiva han prosperado dos mecanismos: uno de carácter administrativo, normalmente denominado contraloría, y otro de orden político, que consiste en atribuir mayores responsabilidades a los ministros, por lo menos cuando funcionan en gabinete. Incluso en los sistemas presidenciales ha aparecido una figura próxima a la de un primer ministro. Es el caso de las constituciones rusa, argentina y peruana, para sólo mencionar algunos ejemplos recientes.

Adicionalmente ha surgido una confusa corriente que pretende poner distancia entre los jefes de Estado y los partidos políticos en que hayan militado. Es el caso de la Constitución de Estonia, elaborada en el curso del presente lustro. Se pretende acentuar así, con un aparente propósito de pulcritud política, la neutralidad del jefe del Estado.

En cuanto al órgano Legislativo, una institución que va proliferando en los textos constitucionales surgidos después de la constitución española de 1978 es la de adscribir funciones públicas específicas a las fracciones parlamentarias. Dentro de los órganos legislativos, por tanto, no sólo participan los representantes populares a título individual, sino que también son depositarios de facultades específicas las fracciones partidistas, como se verá en el capítulo correspondiente. Tenemos, en esta medida, un instrumento novedoso que permite ejercer controles verticales, garantizando disciplina partidaria, y horizontales, articulando consensos.

La actividad judicial también ha sido objeto de innovaciones institucionales. En la Europa continental y en América Latina, fundamentalmente, ha tendido a separarse la función profesional de juzgar y la tarea gubernativa de administrar los tribunales. Con diferentes denominaciones pero con análogas atribuciones, han venido apareciendo los consejos de la judicatura o de la magistratura, que implican un mecanismo interno de control —por la diferenciación de responsabilidades— de los órganos judiciales del poder.

Ahora bien, aquí nos aparece nuevamente Juvenal con su pregunta, que podemos ampliar inquiriendo ¿quién custodia a los custodios de los custodios? La respuesta no es sencilla, pero puede sintetizarse así: si del mundo clásico tomamos la idea de democracia, en el mundo clásico encontraremos las respuestas para una parte de nuestros problemas. Una vez más el ciudadano es el tramo último de los eslabones del control; el ciudadano, que

a través de los procesos electorales dirime las controversias que los agentes políticos suscitan.

B. LA FUNCIÓN DEL CONTROL

1. *La relación entre los órganos del poder*

Uno de los temas dominantes de nuestra época está constituido por la relación entre los poderes públicos. Se dice que éste es, solamente, uno de los temas, porque forma parte de una constelación de asuntos en torno a los cuales el debate es cada día más extenso.

Puede decirse que, con relación al poder, hay cuatro aspectos que resultan fundamentales: su origen, su forma, su ejercicio y su control.

En la teoría democrática el punto más importante de las preocupaciones está centrado en el origen del poder. A manera de sinónimo ese origen se equipara a la legitimidad misma del poder. Un poder es democrático si tiene su origen en la expresión general de voluntad, libre, secreta, incondicionada y periódica. Todos estos requisitos son indispensables. De no haber una periodicidad preestablecida para la elección de los titulares del poder, no habría una democracia propiamente dicha, pues las expresiones aisladas e irregulares de la voluntad popular harían nugatoria la libertad e incondicionalidad de su formulación.

No es necesario argumentar acerca de la libertad y del sigilo que deben garantizar la expresión del voto. El asunto se complica, sin embargo, cuando se plantea la incondicionalidad de la voluntad popular. ¿Qué tan posible es, realmente, superar los condicionamientos impuestos al elector? Estos condicionamientos pueden ser ambientales o pueden ser circunstanciales. Ambientales son aquellos que acompañan a la vida cotidiana del individuo y de la colectividad; circunstanciales son los que resultan de un momento determinado, particularmente de aquel en el que va a tomarse la decisión de elegir.

Los condicionamientos circunstanciales también pueden ser libremente aceptados por sus destinatarios, o inconscientemente incorporados a su fuero interno. En el primer caso, aun cuando la facultad de optar esté limitada, existe la capacidad de aceptar o rechazar la circunstancia condicionante impuesta desde el exterior; pero en el segundo, estamos ante la

presencia típica de un acto o de una serie de actos manipuladores de la opinión individual o colectiva.

Es en ese punto donde los sistemas democráticos encuentran uno de sus principales escollos. En los orígenes de la democracia moderna sus impugnadores negaban las posibilidades de una democracia real, basados en los diferentes niveles de información de los individuos. ¿Cómo, se preguntaban, es posible que personas sin conocimientos profundos de los problemas del Estado, puedan tomar decisiones que afectan al Estado, y por ende, al interés general de una sociedad? Esa aprehensión dio lugar a que se adoptaran criterios selectivos, por lo que se refiere a la configuración de la ciudadanía, con motivo de los cuales las democracias modernas fueron, en su génesis, altamente discriminatorias: el voto estaba limitado en función de la riqueza, de la educación, de la edad y del sexo.

Paulatinamente fueron superándose esas barreras. Primero se levantaron las restricciones de carácter económico y cultural. Luego, y merced a una denodada lucha, le fue reconocido el voto a la mujer. La edad, reducida en la actualidad, en algunos casos a los 18 y hasta a los 16 años, continúa siendo la única limitación considerada compatible con el ejercicio de los derechos de ciudadanía.

El problema que subsiste, sin embargo, es el de la vulnerabilidad que presentan los ciudadanos, de todas las edades, condiciones económicas y culturales, y de ambos sexos, frente a la manipulación. Si bien el riesgo de ser inducidos a un voto equivocado fue advertido desde la antigüedad griega cuando se identificó como pernicioso la acción del demagogo. (Aristóteles, *Ética...*, p. 22; Sagües, p. 97) y dio lugar a la institución del ostracismo, en nuestra época la capacidad de atraer al engaño y la desventaja en que coloca al ciudadano su situación de pasividad, que lo hace destinatario prácticamente indefenso de todo tipo de mensajes contradictorios, conscientemente perceptibles algunos y subliminales otros, impone restricciones para el ejercicio incondicionado de la capacidad de decidir.

Así como en el pasado fue posible superar las limitaciones que resultaban de los prejuicios, quizás en el futuro también sea posible superar las que se basan en la utilización de los medios concebidos originalmente para informar y orientar. Éste, en todo caso, es un tema que concierne al problema del origen del poder y a la consecuente elección de los titulares de los órganos de ese poder.

El segundo tema es el de la forma de organización del poder. Cada etapa histórica ha planteado sus propias vías con relación a este asunto, y es un

aspecto en torno al cual giró el debate político durante largo tiempo. Uno de los ejemplos más claros de este fenómeno se advierte en la polémica sobre federalismo y unitarismo, y entre monarquía y república, que fue común en diversos países iberoamericanos a raíz de su independencia. En general la disyuntiva entre monarquía y república también figuró en el centro del debate en España y en otros países europeos durante el siglo XIX y parte del XX.

La tercera cuestión atañe al ejercicio del poder. Éste es el aspecto al que habitualmente se alude como Estado de derecho. La adecuación de la actividad estatal a la norma jurídica que rige su ámbito competencial es lo que caracteriza la vigencia del Estado de derecho. El Estado contemporáneo, sin embargo, no es necesariamente un aparato neutral cuya única tarea consiste en crear y aplicar el derecho. Ocurre que los contenidos de la legislación ordinaria están determinados por otra norma de carácter supremo, que es la Constitución, y ésta a su vez recoge y transforma en precepto las ideas de naturaleza social y política en torno a las cuales gira la vida colectiva. Así, Estado de derecho y sistema político democrático son términos complementarios en el constitucionalismo moderno.

Una acepción limitada del constitucionalismo lo equipara al Estado de derecho. En realidad el constitucionalismo es más que eso. Presupone al Estado de derecho, como técnica de sujeción de los órganos del poder y de sus titulares al orden jurídico, pero implica también una serie de asignaciones a la ciudadanía que van más allá de la garantía procesal de sus derechos y que se traduce en la posibilidad real de intervenir en la elección, selección, funcionamiento y hasta remoción de los integrantes de los órganos del poder (Loewestein, p. 151).

La presencia de un Estado expansivo llegó a convertirse en una fuente de distorsión que generó abusos de poder, corrupción, retracción social e individual en la vida económica y cultural, burocratismo e ineficiencia. Como reacción radical se han planteado opciones muy próximas a las del simple y arcaico Estado policía, cuya única función era dejar hacer y dejar pasar. Ambos extremos resultan insatisfactorios: uno porque lleva a desmesura, y otro porque conduce a la evanescencia. Un Estado absorbente invade espacios de libertad que corresponden a la sociedad y a los individuos; pero un Estado replegado abandona la tutela de derechos que también corresponden a la sociedad y a los individuos. La eficacia del Estado no se mide por su tamaño, sino por su capacidad real de arbitrar, equilibrar y propiciar la distribución equitativa de la riqueza social.

Sería un error considerar que el debate sobre el Estado de bienestar está cancelado. Tal vez no sea, en este momento, un tema dominante en el mundo; pero es una de las cuestiones acerca de las cuales no pasará mucho tiempo sin que sea retomada. Las sociedades no podrán contemplar, indefinidamente, una situación en la que precisamente el tema social sea omitido.

Entremos al cuarto punto: el control del poder. Esta es una de las cuestiones comunes a todas las formas de organización del poder, a todos los sistemas políticos que ha existido y a todas las preocupaciones de las sociedades y de los individuos en cualquier lugar y en cualquier época de la historia.

Aun cuando, como hemos visto, es posible seccionar los cuatro grandes rubros que conciernen al poder, para así estudiar mejor sus respectivas implicaciones, no se debe perder la perspectiva global del fenómeno al que llamamos poder. Así adoptemos la acepción gramatical de poder como la simple capacidad de actuar y producir efectos; aceptemos la concepción weberiana que distingue entre un poder legal, un tradicional y otro carismático; o nos acojamos a cualquier otra teoría interpretativa y conceptualizadora del poder, llegaremos a la conclusión de que se trata de un fenómeno social y político global. Aun cuando nos refiramos a una sola de sus vertientes, por ejemplo la del control, tendremos que hacer frecuentes consideraciones relacionadas con los demás aspectos que ya fueron mencionados.

De acuerdo con lo anterior, las formas de control han estado presentes siempre en la organización y ejercicio del poder, aunque han variado de acuerdo con las concepciones dominantes de esa organización y de ese ejercicio, e incluso del origen mismo del poder.

2. Funcionamiento del control

El control del poder es, entre otras cosas, una forma de limitarlo y de responsabilizarlo. Aun el poder autocrático estaba limitado por las tradiciones, por la visión patrimonialista del Estado y hasta por los prejuicios de quienes lo ejercían.

Nunca ha existido un poder incontestado. Incluso en las etapas de más desenfrenado despotismo, el poderoso no escapaba a los efectos de la conspiración, de la intriga y de la traición. Si bien no se puede considerar que esas formas primitivas de relación con el poder hayan dejado algo

bueno, no se deben ignorar cuando se trata de analizar que, como en las relaciones interpersonales previas a la regulación procesal, en el mundo del poder primitivo también se daban formas de autodefensa y de auto composición que hoy podemos catalogar como mecanismos de control.

Las relaciones de vasallaje implicaban un condicionamiento de lealtades. Antes de que se racionalizaran los mecanismos de control del poder, éstos de todas maneras se expresaban, así fuera por las vías de un darwismo elemental. Los primeros trasuntos de justificación doctrinaria de esos niveles de control, fueron expresados durante la Edad Media por los monarcómacos (Mariana, LXVIII; Sanguinetti, p. 84), y en la edad clásica por Tácito (VII, I).

Los sistemas de control también tienen relación con los mecanismos adoptados para justificar el origen del poder. En tanto que se consideró que ese origen tenía naturaleza divina, el titular del poder respondía sólo ante su superior que, para estos efectos, era una deidad. Esto ocurrió durante la Edad Media, y fue frecuente en la Edad Antigua. El ungido de poder trataba de legitimizar su origen en una voluntad suprema e incontestable, y sólo ante ella rendía cuentas. Para hacer más ostensible esa relación eran hechos frecuentes, en la antigüedad, las prácticas adivinatorias, a través de las cuales se pretendía conocer la voluntad de aquel o de aquellos seres intangibles a quienes el hombre de mando debía la única sumisión posible (Tácito, X, I).

3. *Control y soberanía*

Un giro radical se debió al cambio de concepto, típicamente renacentista, de la soberanía. En tanto que el poder supremo fue transferido al Estado y más tarde al pueblo, es ante éste que se responde y es en nombre de éste que sus representantes actúan y, entre otras cosas, participan en las formas de ejercicio de control del poder. Por eso es tan importante el concepto de soberanía popular: porque explica el origen del poder, el ejercicio del poder, la forma del poder y el control del poder (De la Cueva, en Heller, pp. 13 y ss.).

El concepto de soberanía no es un postulado ideológico sino la base misma de la que se desprende la configuración del poder. Cuando se habla de soberanía popular, que sobre todo la doctrina francesa distingue de la soberanía nacional, se está aludiendo a que sólo los integrantes de la comunidad llamada nación pueden determinar la naturaleza, forma y alcances del poder que les gobierna. Cualquier concesión en este punto implica transferir,

también, la capacidad de decidir quién y cómo gobierna, y ante quién y cómo responde el gobernante. La soberanía es el problema central de la política y por ende de la vida de la sociedad y del Estado (Heller, pp. 214 y ss.)

La soberanía equivale a la racionalización política y jurídica del poder. Para Puffendorf era la *summa potestas*; para Bodino era la *plenitudo potestatis*. En ambos casos el concepto de poder estaba implícito en el de soberanía. La soberanía se expresa, jurídicamente, en el ejercicio del monopolio normativo y del monopolio coactivo (“*Jubendae ac tollendae leges summa potestate*” —el supremo poder de expedir y derogar las leyes— en la expresión de Bodino). Por eso en un Estado soberano solamente los órganos del poder propio pueden dictar normas y hacerlas cumplir. Ningún poder del Estado se explica sin el concepto de soberanía (Hegel, p. 245)

Por lo mismo las relaciones entre los poderes, y los controles que en ese proceso jurídico-político se ejercen, son instrumentos de preservación de la soberanía que recae en el pueblo. Los poderes no se relacionan y controlan entre sí como parte de una función mecánica, ni como resultado de una visión patrimonialista de la tarea pública. No se trata de que cada área del poder, o sus respectivos titulares, defiendan prerrogativas propias, como ocurrió en la Edad Media y nadie, en un sistema representativo, puede actuar en nombre y por interés propio. Lo hace en nombre y por interés de la comunidad que es titular del máximo poder: el soberano.

En este punto no se puede desconocer, desde luego, que el concepto de representación se encuentra en crisis. Numerosos factores han contribuido a afectar el funcionamiento de las instituciones representativas y a generar dudas en cuanto a los procedimientos para asignar tareas de representación. La idoneidad de los sistemas electorales y el comportamiento de los elegidos no siempre se traducen en una fuente de confianza para la ciudadanía, y de aquí ha resultado un cuestionamiento para el concepto de representación. Empero, la estructura dominante sigue siendo la de instituciones representativas, y son éstas las que tenemos que considerar para los efectos de las funciones de control político, aunque también es necesario tener presente que existen otros agentes de control, como los organismos no gubernamentales.

4. Control y separación de poderes

Cuando a partir de Locke y de Montesquieu comenzó a hablarse de los sistemas de equilibrio del poder y de la separación de poderes, para facilitar

las funciones de control basadas en la existencia de balances y contrapesos, se abrió una doble opción para la práctica de los controles del poder: si el control se ejerce en nombre de un derecho o de un interés propios de quien lo realiza, el resultado es la paralización de las funciones del gobierno, en perjuicio del gobernado. En esta medida se desnaturaliza el carácter representativo de las instituciones políticas y de sus titulares, y se retorna a la visión medieval, patrimonialista, de la función pública. Este es un riesgo siempre latente, cuyos efectos son desorganizar y desarticular el funcionamiento de las instituciones.

La otra forma de ejercer las funciones de control no es la de provocar la parálisis de los órganos del poder, sino la de contribuir corresponsablemente a su mejor desempeño. Si el gobierno existe como resultado de una decisión popular soberana, nadie tiene derecho a impedir que funcione en la forma y términos que el sistema constitucional establezca. El poder no puede ser visto como un maleficio público, porque sería una paradoja que quienes tienen la facultad de decidir acerca de su funcionamiento —los ciudadanos— lo hagan contra sus convicciones, derechos e intereses. Un sistema constitucional no puede, por definición, contener un poder inútil; lo que estatuye es un poder responsable, limitado y por tanto controlable.

En una sociedad moderna y dinámica las relaciones entre los poderes constituyen una garantía para los ciudadanos, en tanto que aplican formas de control eficaces. Aquí reside la esencia del Estado de derecho. El constitucionalismo moderno ha tenido como eje la defensa de la libertad y como consecuencia la limitación del poder. Esto, desde luego, implica establecer una amplia gama de instrumentos de control. El caso mexicano sirve, como cualquier otro ejemplo que se quiera tomar, para ilustrar esa tendencia.

A partir de la Constitución mexicana de 1917 el constitucionalismo ortodoxo fue objeto de una interpolación: los contenidos programáticos. Con ellos, la preceptiva constitucional incorporó un elemento ajeno a la concepción original del constitucionalismo. La protección de los derechos actuales se conjugó con la promoción de derechos potenciales. Esto, como es natural, dio lugar a una configuración constitucional diferente del modelo clásico, y también favoreció conductas que escapaban a los propósitos originales de la defensa de las libertades. En la medida en que tanto como la idea de libertad se postulara la de equidad, la Constitución rompió una especie de monopolio conceptual y abrió las puertas a la discrecionalidad en el ejercicio del poder. Toda una paradoja.

A partir de 1917 México ha venido construyendo un sistema constitucional centrado en la mejoría de las condiciones sociales; pero los aspectos relacionados con el funcionamiento político de las instituciones también han sido objeto de una evolución sistemática a partir de los primeros instrumentos constitucionales. El artículo 89 de la Constitución establece que el Ejecutivo tiene carácter unipersonal. Ésta es una definición jurídico-política de gran trascendencia, en tanto que perfila una de las bases de todo sistema presidencial. La naturaleza unipersonal del Ejecutivo entra en contraste con la característica multipersonal que identifica al sistema parlamentario, y con los ejecutivos de titularidad plural, no parlamentarios, que han estado en vigor —aunque sin éxito— en otros sistemas constitucionales, como es el caso del uruguayo, o con proyectos discutidos en la primera etapa de la vida constitucional mexicana.

El único texto constitucional mexicano que ha incluido la figura del Ejecutivo colegiado, es el artículo 132 de la Constitución de Apatzingán. De acuerdo con ella, el Supremo Gobierno estaría compuesto por tres individuos, iguales en autoridad, que se alternarían por cuatrimestres en el desempeño de la presidencia. Es comprensible que se haya tenido esta perspectiva equilibradora del poder, máxime si se tiene en cuenta el cercano ejemplo del Directorio revolucionario francés. Por otra parte el movimiento insurgente además de una vocación nacionalista, tenía una orientación antiautoritaria y, en el caso de Morelos, también social. Las tres cosas se complementaban, pues los movimientos antiautoritarios del siglo XIX tuvieron una fuerte tendencia de reivindicación social. La visión del poder, en el caso de Morelos, fue por lo mismo anticipatoria de los grandes procesos sociales que habrían de vivirse a lo largo del siglo XIX y en los inicios del XX.

Es evidente que las preocupaciones por el ejercicio eficaz del poder a fines del siglo XX no eran las que dominaban las decisiones adoptadas a principios del XIX. El sistema de equilibrios que preveía la Constitución de Apatzingán habría llevado al bloqueo recíproco de los órganos del poder. La elaboración normativa correspondía a una perspectiva libertaria pero distaba de contener los elementos adecuados a la organización y funcionamiento de los órganos de gobierno. En esa Constitución, y en los Sentimientos de la Nación que le precedieron, se encuentra la expresión de una idea moral del poder, mas no de una idea de Estado y de gobierno.

Manuel González Oropeza (“Comentario...”, pp. 941 y ss.) recuerda asimismo la idea de un Ejecutivo colegiado propuesta por el diputado

Demetrio del Castillo, en el seno del Congreso Constituyente de 1824. La idea del triunvirato postulada por Del Castillo se enfrentó a la convincente reflexión de Miguel Ramos Arizpe, cuyas tesis finalmente prevalecieron. La fórmula de Ramos Arizpe implicaba un matiz para el Ejecutivo unipersonal. Aun cuando el artículo 74 de la Constitución de 1824 es exactamente igual que el 80 actualmente en vigor, la primera Constitución también incluía la presencia de un consejo de gobierno, cuyo funcionamiento se extendió hasta 1853. La preminencia del Ejecutivo era amortiguada por la existencia de un órgano colegiado que si bien no tenía facultades decisorias, sí ejercía responsabilidades de vigilancia sobre las facultades correspondientes al presidente de la República.

En la Constitución de 1836 subsistió la norma del Ejecutivo unipersonal; pero para equilibrar sus poderes se instituyó la figura del poder conservador. Este órgano del Estado, inspirado en la idea del poder moderador o “neutral” de Benjamín Constant (pp. 323 y ss.) correspondía a la preocupación de control que desde los albores de la República mexicana se ha venido expresando. En realidad la propuesta del poder conservador, debida a Lucas Alamán, era ya un trasunto de su simpatía por la monarquía constitucional a la que también correspondía la idea del poder neutral de Constant (Sánchez Mejía, pp. 180-181)

Cuando se analiza el origen del sistema presidencial mexicano, normalmente se hace referencia a Benito Juárez y a su lucha para restablecer la segunda cámara, como un mecanismo para dividir el poder ejercido por el órgano Legislativo, y darle mayores márgenes a la acción del Ejecutivo. Sin embargo existe un factor que debe incluirse en el análisis de las características de ese sistema: el Constituyente de 1916-1917.

El discurso pronunciado por Venustiano Carranza, el 10 de diciembre de 1916, al instalar el Congreso Constituyente en Querétaro, y el dictamen presentado ante el pleno del Congreso el 16 de enero de 1917, establecen la base argumental de un Ejecutivo muy fuerte. Carranza reflexionó acerca de por qué México debía adoptar un sistema presidencial y no un sistema parlamentario. En su análisis de los antecedentes del ejercicio del poder en México aludió incluso, y con muy certero juicio, al abordamiento que de ese tema hizo Alexis de Tocqueville, en su obra clásica *La Democracia en América* (I, pp. 157 y ss.) Para justificar su posición ante el futuro, el propio Carranza señaló que hasta en tanto no hubiese en México partidos políticos bien estructurados, el único sistema viable sería el presidencial.

El Constituyente fue todavía más lejos. El dictamen, aprobado sin discusión por 140 votos contra 2, señalaba que el presidente es “la fuerza activa del gobierno”, que a él le toca la representación “de la dignidad nacional”, que su función simboliza “la conciencia de todo el pueblo mexicano” y que con motivo de lo anterior es “la encarnación de los sentimientos patrióticos y de las tendencias generales de la nacionalidad misma”.

Sorprende esa concepción del autoritarismo en un Congreso que por otra parte fue capaz de producir una Constitución social. La Revolución mexicana de 1910 era esencialmente un movimiento antiautoritario. Paradójicamente en este punto el dictamen se deslizó a lo apologetico, en términos como no lo registra ningún otro Congreso Constituyente en la historia de México. Como consecuencia el presidente de la República adquirió constitucionalmente el carácter de suprema autoridad educativa (artículo 30.), agraria (artículo 27), económica (artículo 28), migratoria (artículo 33), electoral (artículo 42) sanitaria (artículo 73), administrativa (artículo 89), militar (artículo 89), internacional (artículo 89), laboral (artículo 123), federal (anterior artículo 122), eclesiástica (artículo 130), comercial (artículo 131). La Constitución de 1917 fue socialmente vanguardista y políticamente cesarista.

En la actualidad la composición y el funcionamiento del Congreso, las nuevas atribuciones del Poder Judicial federal, el énfasis en el desarrollo del federalismo, suponen la posibilidad de establecer instrumentos más eficaces para el control del poder en México.

El mérito singular de la Constitución mexicana de 1917 fue haber ofrecido un estatuto jurídico a un poder de gran magnitud, basado en reivindicaciones de naturaleza social que relativizaban la aplicación de los controles políticos. La gran diferencia entre esta Constitución y la de Weimar es que la alemana, posterior a la mexicana, recogió análogas preocupaciones sociales pero no admitió que un sistema de prestaciones sociales exigiera una estructura de poder muy fuerte.

5. Modalidades del control

La Teoría de la Constitución de Karl Loewestein tiene en inglés un título equivalente a “Poder político y proceso gubernamental”. Con esto la obra refleja claramente lo que en su desarrollo expositivo también acredita:

un examen de la relación existente entre las normas que rigen el funcionamiento y el ejercicio del poder (pp. 25 y ss.).

La expresión de Karl Loewenstein (p. 49) es categórica: “la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”. Acorde con esa afirmación, concluye que la Constitución es “el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

A partir de Loewenstein se ha generalizado la utilización de la expresión “detentadores del poder”. Es evidente que Loewenstein no utilizó el verbo “detentar” ni el sustantivo “detentador” en el sentido peyorativo que tiene en español. Lo que se quiso significar con la utilización de esa voz en la traducción fue sinónimo de titularidad en un cargo, en una función o en un derecho. Reservas terminológicas aparte, el científico alemán plantea un concepto de fondo referente a la naturaleza de la constitución.

Para Loewenstein (pp. 62 y ss.) las funciones estatales son la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*), la ejecutora de la decisión (*policy execution*) y el control político (*policy control*). Al enunciar la primera de las funciones parecería acogerse la tesis decisionista de Carl Schmitt, pero en realidad sus puntos de vista sobre el proceso del poder se separan considerablemente de este autor. Así, el poder constituyente forma parte del Estado en tanto que dicta una norma (la suprema) y establece los órganos adecuados a su aplicación coactiva. No hay, pues, contradicción con su concepto de que la Constitución es un dispositivo para el control del proceso del poder, porque se refiere al poder creado (precisamente por la Constitución) y no al poder creador. Este último es un poder supremo del que emanan los controles.

En el desarrollo de su esquema de controles del poder político, que representa una trascendental aportación al constitucionalismo porque permite entender la naturaleza dinámica del ordenamiento jurídico-político, Loewenstein adopta dos conceptos: el de controles horizontales y el de controles verticales.

Los controles horizontales son aquellos que se aplican dentro y entre los órganos del poder nacional (controles intraorgánicos e interorgánicos, respectivamente). Los controles verticales son aquellos que se practican por los entes dotados de poder descentralizado: las entidades federativas y los

ciudadanos. “Vistos estructuralmente, los controles horizontales operan en el cuadro del aparato estatal, mientras que los controles verticales lo hacen al nivel en el que la maquinaria estatal se enfrenta con la sociedad” (Loewenstein, pp. 353 y ss.).

Al llegar a este punto procede hacer varias consideraciones. Una, que Loewenstein diferenciaba, para efectos de análisis, el proceso gubernamental del poder político; otra, que sin excluirlos como parte del Estado, distinguía también entre “maquinaria estatal” y sociedad; finalmente, que su referencia al federalismo se explicaba en tanto que escribía en Estados Unidos y tenía en cuenta a Alemania, por lo que en realidad se puede entender que aludía de manera general a todos los procesos de descentralización como integrantes de los controles a los que calificaba de verticales.

Aquí, sin embargo, podemos plantear una variante a propósito del esquema de Loewenstein (p. 354).

A primera vista, dice, estas tres clases de controles verticales (federalismo, derechos individuales y garantías fundamentales, y pluralismo) integrados en el proceso del poder, pueden parecer heterogéneos. El federalismo y las garantías fundamentales están institucionalizados en normas jurídicas, el pluralismo, en cambio, es una manifestación sociológica y, por tanto, metajurídica.

Ocurre que esa realidad metajurídica del pluralismo a que él aludía, se ha ido transformando en una realidad normativa. La adjudicación constitucional de facultades y obligaciones a los partidos políticos, y la participación de ciudadanos con carácter de autoridad electoral, ha transformado lo que era una manifestación sociológica en una función jurídica. Además, tal vez porque su fuerza expansiva todavía no los convertía en instituciones muy familiares en el constitucionalismo contemporáneo, las facultades constituyentes, legislativas y políticas del electorado a través del referéndum y del plebiscito, hacen de la ciudadanía una especie de órgano del poder.

Así considerado, a la clasificación de controles horizontales y verticales de Loewenstein, cabría agregar la existencia de un control global o general, porque incide por igual en los órganos de nivel nacional que en los de orden local. La acción controladora del ciudadano es ejercida cada vez con mayor frecuencia y comprende un cuadro competencial progresivamente más dilatado. A pesar del crecimiento de la población y de la complejidad de los asuntos políticos, los nuevos instrumentos de comunicación ofrecen opciones de información y participación que hasta hace pocos años no eran

imaginables. Diversos sistemas constitucionales avanzan en esa dirección, y sus efectos erosivos del sistema representativo comienzan a advertirse.

El control global guarda la misma relación con los órganos nacionales del poder que con los órganos regionales y locales. En un sistema democrático la ciudadanía es un agente de control común a todos los niveles de ejercicio orgánico del poder. El cuerpo de ciudadanos, por otra parte, no guarda una relación jerárquica con los diferentes órganos del poder. Más aún, es de las decisiones de ese cuerpo de las que resulta la integración de los órganos del poder e incluso las definiciones competenciales que rigen a los órganos y a sus titulares.

Un análisis exegético de la norma o un examen empírico del poder permiten tener un enfoque del campo de estudio que interese; pero sólo un cotejo entre la realidad política y el ámbito normativo es lo que permite determinar con precisión cómo están funcionando las instituciones en un país y en un momento determinados.

Es evidente que las relaciones de poder escapan en muchos aspectos a las previsiones normativas. Esto no se debe necesariamente a que tales previsiones sean deficientes o insuficientes; se debe a que no es posible desarrollar sistemas a tal punto casuistas que prevean todas las contingencias de su aplicación.

Por otra parte la norma debe complementarse con la conducta adecuada de los agentes encargados de su aplicación y cumplimiento. Aun las disposiciones más rígidas pueden ser desatendidas en su cumplimiento cuando existe el propósito de desnaturalizar su contenido. Además, las normas requieren márgenes de sedimentación. Ninguno de los sistemas constitucionales actuales, apreciados por ser la base normativa de sistemas políticos democráticos, produjo sus efectos desde su inicio. El caso británico es aún más significativo: su naturaleza fue emergiendo gradualmente.

El tema de nuestro tiempo, en lo que a controles concierne, es el de la relación entre Ejecutivo y Legislativo, y el control de ambos por parte del Judicial. Las nuevas experiencias constitucionales, particularmente las de América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú), y las de Europa del este (Estonia, Polonia, República Checa, Rumania y Rusia, por ejemplo), ofrecen un buen campo para el análisis. El debate ha desbordado, por supuesto, el sólo tema de los controles. Como se dijo antes, los diferentes aspectos del fenómeno del poder sólo pueden ser aislados para efectos de análisis, mas no por su naturaleza.

En ese contexto, en casi todos los ámbitos académicos donde son examinados los problemas del poder, ya desde una perspectiva exclusivamente política o desde un ángulo jurídico —si bien esta diferenciación sólo es metodológica— han puesto en el centro de la discusión a los sistemas presidencial y parlamentario. Casi en ningún lugar es posible encontrar a quien abogue actualmente por la prevalencia de cualquiera de esos sistemas, sin modalidades. Podría decirse que estamos entrando a una época en la que se procuran soluciones intermedias.

Para actualizar al sistema presidencial, por ejemplo, Dieter Nohlen propone tres objetivos: diferenciar las tareas de la jefatura del Estado y de la jefatura de gobierno; mejorar los términos de coordinación y cooperación entre los órganos Ejecutivo y Legislativo del poder, y sustraer al jefe de Estado de los abatares de la política cotidiana, para constituirlo en el punto de apoyo que permita equilibrar al sistema (Nohlen y Fernández, pp. 34 y ss).

A pesar de los indiscutibles efectos positivos del sistema parlamentario, no es posible afirmar de manera genérica que ese sistema sea invulnerable a las desviaciones autoritarias, a las ineficiencias políticas que generan inestabilidad, a los tropiezos de la corrupción y a un cierto grado de deficiencias en cuanto a la representación política de la ciudadanía.

España y Francia son ejemplos de cómo la corrupción puede producirse a pesar de la organización política parlamentaria o semiparlamentaria. En el caso de Italia las formas del ejercicio del poder han estado afectadas así mismo por la corrupción y por la inestabilidad política. En Alemania el sistema parlamentario no ha sido un impedimento para la permanencia en el poder de un mismo grupo, por un período sólo superado en el siglo XIX por Bismarck. En Portugal los conflictos interconstruidos entre el titular de la jefatura del Estado y el de la jefatura de gobierno han llevado ocasionalmente a la paralización parcial de las funciones administrativas normales. Otros ejemplos pueden mencionarse, como el de Israel, donde el parlamentarismo ha propiciado la fragmentación de los partidos políticos, dando lugar a que organizaciones políticas minoritarias, con fuertes motivaciones religiosas, sean capaces de bloquear, primero, y diferir, después, la acción mayoritaria que procura el establecimiento de la paz en Medio Oriente. Japón tampoco escapa a la crítica, en tanto que son conocidas las desviaciones del ejercicio del poder, a pesar de los estrechos controles parlamentarios existentes.

No obstante lo anterior, puede reiterarse que lo central de un sistema político no es, solamente, la forma como se organiza el ejercicio del poder; hay que ver igualmente los aspectos del procedimiento político, esto es, la manera como actúan los órganos del poder. También es relevante el sistema de distribución del poder. Un esquema constitucional que permite la adecuada integración de todas las fuerzas y corrientes políticas es lo que garantiza un sistema ordenado, responsable y eficaz, independientemente de que su expresión formal se traduzca en un sistema presidencial o parlamentario.

6. Distorsiones del control

Un sistema de controles mal entendido puede conducir al bloqueo del poder, por virtud del cual lo que uno hace lo deshace el otro, o a la inhibición del poder, como resultado del cual nadie hace lo que le corresponde. En contraste, un sistema de controles desatendido conduce a la indiferencia, en que nadie se preocupa por lo que hacen los demás, o a la complicidad, donde todos encubren los desaciertos propios con los ajenos.

En una democracia funcional el control del poder involucra a todos los órganos del poder e implica que el ejercicio de éste sea verificable, para que se pueda comprobar lo que cada quien ha hecho; responsable, para que se pueda sancionar a quien infrinja su deber; razonable, para que no se impida el cumplimiento de la función ajena; evaluable, para que se pueda medir la efectividad del cumplimiento de las asignaciones; renovable, para que no se interrumpa la capacidad creativa de las instituciones; revisable, para que se puedan corregir los errores, y equilibrable, para que no haya predominancias que perjudiquen el único interés supremo, que es el de los ciudadanos.

Es fácil decir lo anterior, pero para lograrlo el mundo moderno viene discutiendo las mejores opciones desde hace por lo menos dos siglos. Se ha avanzado y se seguirá avanzando, porque una de las ventajas de la vida institucional es que garantiza la acumulación de los esfuerzos sucesivos de cada generación. Las instituciones requieren de tiempos adecuados para dar resultados y para permitir la forja de nuevas opciones. Los cambios abruptos, aún los de naturaleza revolucionaria, sólo dan los resultados esperados cuando posteriormente se abren los espacios de prudencia necesarios. Se requiere tanta decisión para promover cambios, cuanto para obtener de ellos

los resultados esperados. Las instituciones son el resultado de la inteligencia, no de la impaciencia.

El tema concerniente a las relaciones entre los órganos Ejecutivo y Legislativo atrae más la atención de los legisladores y de sus representados que el concerniente a la participación del órgano o los órganos judiciales del Estado. La razón es comprensible, si se tiene en cuenta que las preocupaciones de nuestro tiempo dan por superada la cuestión del Estado de derecho y se centran en la del Estado democrático.

La impartición de justicia es de extraordinaria relevancia para la vida comunitaria, pero se estima en general que esta es una cuestión ya dirimida y resuelta, que no forma parte propiamente hablando de los dilemas del Estado contemporáneo. Claro está que se sigue abordando el tema, y que en la agenda actual sigue ocupando un lugar prioritario, pero de relevancia esencialmente técnica. Vale decir que la naturaleza del órgano o de los órganos judiciales del Estado no es considerada por ninguna corriente doctrinaria como un ingrediente de la tipología de los sistemas políticos. Tal vez esto constituya una seria omisión de la doctrina, porque después de todo la falta de instrumentos adecuados para acceder a la justicia, o la insuficiente objetividad, oportunidad o legalidad de la acción de éstos instrumentos, ha sido uno de los factores más sensibles de irritación y de frustración general.

Es indiscutible que, de haberse contado con mecanismos expeditos y con una organización competente, honesta y eficaz, muchos problemas, sobre todo de naturaleza social, habrían encontrado, en diferentes épocas y en distintos lugares, formas de canalización y de expresión institucional que hubieran prevenido, y quizá hasta evitado, episodios de violencia.

Esa omisión, en todo caso, corresponde al hecho de que los sistemas políticos son, esencialmente, esquemas para determinar la mejor forma de distribución del poder, en tanto que los sistemas jurídicos *stricto sensu* tienen como centro de interés la solución de los conflictos, cuando no es posible evitarlos, y atienden tanto a los intereses de carácter colectivo cuanto a los de naturaleza individual, mientras que los sistemas políticos sólo se definen, como es obvio, por las preocupaciones generales, así se le otorgue, como parte de esas preocupaciones, e incluso como un aspecto de su propia definición, importancia a los aspectos vinculados con el individuo. Los sistemas políticos pueden estar determinados por la atención de las expectativas sociales o por la prevalencia de las individuales, o por una combinación de ambas posiciones, pero en todo caso las soluciones que los

sistemas políticos ofrecen se encuentran referidas a la forma de organizar y hacer funcionar al poder.

Independientemente de las motivaciones que en cada lugar y tiempo se tengan, referidas a experiencias propias o a anticipaciones susceptibles de ser inferidas a partir de experiencias ajenas, lo cierto es que la relación institucional entre los órganos Ejecutivo y Legislativo del Estado son las que definen la naturaleza de un sistema.

Vale decir, también, que esas relaciones no son inmutables en lo jurídico y, menos aún, en lo político. De cómo esas relaciones se articulan, y de la manera en que fluyen, depende que la previsión normativa se cumpla y que los requerimientos de gobierno y de consensos se vayan dando. Las adecuaciones entre norma y comportamiento político son las que, en última instancia, van definiendo el contenido y el funcionamiento real de las instituciones.

7. Funciones del poder y control

En una enunciación muy esquemática de las funciones en las que se plantea la relación entre Ejecutivo y Legislativo, pueden mencionarse las siguientes: *a)* función legislativa, *b)* función gubernativa, y *c)* función representativa del Estado. Esta última es, por lo que al orden de las relaciones de poder respecta, la menos controvertida. En términos generales no se disputa que esa función la desempeñe el Ejecutivo y, en algunos casos, como en los sistemas monárquicos, incluso recae en la corona, que ni formal ni materialmente forma parte de los órganos Ejecutivo o Legislativo. Pero repárese en que nos referimos a la función de representar al Estado, no a la función de representación política, que es otro tema totalmente distinto.

Los problemas de definición medular son los dos primeros. En cuanto a la función legislativa la polémica es de fondo. No se trata sólo de la facultad reglamentaria, sino de lo que es propiamente una actividad normartiva.

Esta función legislativa se realiza a través de las siguientes acciones: *a)* iniciativa, *b)* aprobación, *c)* promulgación, *d)* veto, y *e)* consulta directa a la ciudadanía. Existen sistemas tan restrictivos, que niegan al Ejecutivo casi cualquier nivel de participación en esas materias, y otros tan permisivos que otorgan al Ejecutivo casi todas esas facultades. Como ejemplos de esos extremos, tenemos el caso de Rusia, cuya Constitución faculta al presidente de la Federación para expedir decretos con fuerza de ley (en ruso denominados *ucaz*), para vetar las leyes de la Duma y para, en casos concretos y

con objeto de eludir las facultades del Congreso, apelar directamente a la ciudadanía a través del referéndum. El caso inverso lo plantea la Constitución de Estonia, típicamente asambleísta.

Entre esos dos polos se mueven las instituciones contemporáneas. La búsqueda de los equilibrios está haciendo que los esquemas constitucionales se sometan a revisión. Lo saludable de estas tarea consiste en que puedan plantearse soluciones para facilitar la tarea de gobierno, no para impedirlo. Después de todo el derecho a gobernar corresponde a la ciudadanía, y nadie puede ni debe conculcárselo. Es un error considerar lo contrario y creer que la mejor forma de proteger el interés general es dejando a una comunidad nacional sin instrumentos eficaces de gobierno.

Es en este punto donde incide la cuestión concerniente a la función gubernativa. Así como en el caso de la actividad legislativa se pueden identificar los extremos apuntados, en el caso de la tarea gubernativa se produce el caso inverso, y a veces por descuidos de ingeniería constitucional se fabrican híbridos inservibles. Esto ocurre cuando al órgano Legislativo se le atribuyen las máximas funciones posibles para la elaboración de normas, y se le adjudican adicionalmente funciones de gobierno. Difícilmente se encuentran casos en los que el Ejecutivo quede fuertemente restringido en el área legislativa sin que a la vez se le impongan limitaciones considerables en lo que a gobernar respecta.

Los aspectos que en mayor medida permiten la intervención parlamentaria en el cuestiones de gobierno son: la designación del titular del órgano Ejecutivo, la integración del gobierno, el voto de confianza, y la moción de censura.

Cada uno de esos aspectos tiene, a su vez, numerosos desdoblamientos. Una es la relación que se establece si el Legislativo y el Ejecutivo tienen una misma fuente de legitimidad, la elección popular, por ejemplo, e incluso si los procesos electorales son o no coincidentes en tiempo. Otro asunto es si el Legislativo interviene o no en la designación del jefe de gobierno, y de intervenir, si lo hace como acto de nominación directa o sólo de ratificación, y si su participación se reduce a ese jefe de gobierno o alcanza también a los integrantes del gabinete.

En cuanto a la manifestación de confianza, los sistemas adoptados también varían. Hay casos no vinculantes (como el ruso), o condicionados a que al tiempo de aprobarse un voto de censura también se haga la designación del sustituto para la jefatura del gobierno (como ocurre en Alemania, España, Grecia y Polonia). Desde luego, la gama de posibilida-

des se abre de una manera muy extensa, y corresponde exactamente al propósito de que los controles sean eficientes, y que su uso no los desnaturalice.

La disolución del órgano Legislativo también es un problema que el constitucionalismo moderno se plantea, en tanto que no puede fortalecerse sólo uno de los órganos del poder sin, con ello, generar pérdidas de equilibrio que pongan en entredicho la capacidad de actuar de todos los órganos en su conjunto.

8. *El nuevo constitucionalismo*

En los nuevos sistemas constitucionales lo que se procura no es limitar facultades de unos para favorecer a otros, sino robustecer las de todos. Hay una larga experiencia, acumulada a partir de los sistemas paradigmáticos, como el de Westminster, el parlamentario francés y el norteamericano. En el curso del siglo XX se han ido elaborando nuevas y enriquecedoras experiencias. De éstas quizá la más innovadora fue la aportada por la V República francesa. Ninguna discusión constitucional en el mundo, posterior a 1958, ha podido ignorar las aportaciones del constitucionalismo francés, cuyo eje, claramente expuesto por Charles de Gaulle en su discurso de Bayeux, fue asegurar la capacidad de actuar del Ejecutivo y reformar el concepto, ya entonces cuestionado, de representación política (Williams, p. 342; Vanossi, p. 18).

Aunque es común atribuir más responsabilidad al Ejecutivo que al Legislativo en la crisis contemporánea de las instituciones, es un hecho ampliamente reconocido que donde se falla, con frecuencia, es en la articulación de relaciones entre representantes y representados. Suele verse sólo un aspecto de las relaciones del poder, y ahí está uno de los tropiezos que es necesario superar: las estrategias de reequilibrar el poder deben contemplarse en su aspecto positivo, precisamente como una necesidad que resulta del desarrollo político, y no como consecuencia de excesos que hasta ahora nos decidimos a denunciar.

En la última década muchos países han emprendido reformas institucionales de fondo. Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú, han puesto a debate modificaciones constitucionales imaginativas para dar respuesta al problema de la relación Ejecutivo-Legislativo. Sin embargo las modificaciones adoptadas, fundamentalmente en el sentido de introducir la figura —con diferentes denominaciones— de primer ministro, se han quedado por

debajo de las expectativas que los propios agentes del cambio promovieron, pero a las que después se encargaron de ir circunscribiendo a modificaciones más de orden formal que material.

La figura del primer ministro tanto en Argentina como en Perú tiene una estructura constitucional muy débil, de manera que aun cuando en apariencia se ha atendido una demanda de renovación institucional, en el fondo sólo se han dado los primeros pasos de un proceso que tendrá que profundizarse en el futuro. Tal vez esto sea lo más sensato, pero requerirá dejar abiertas las posibilidades de nuevas adecuaciones estructurales para no generar desencantos y frustraciones. En el caso de Brasil se llegó a plantear al electorado la disyuntiva entre parlamentarismo y presidencialismo. Habiendo triunfado la opinión favorable a este último sistema, en lugar de adoptarse mecanismos de franca apertura, solamente se introdujo la figura de un consejo de la república, con alcances bastante limitados que, como se aprecia por el comportamiento de las instituciones, no ha sido significativo para la composición de los problemas políticos existentes.

C. CONTROL Y RESPONSABILIDAD

1. *Responsabilidad pública*

La noción de control político debe vincularse a la de responsabilidad pública. No se trata de la responsabilidad individual que recae sobre cada servidor público con motivo del desempeño de un cargo oficial, sino de la que le corresponde en tanto que ejerce funciones constitucional y legalmente reguladas. El servidor público, de cualquiera de los órganos del poder de que se trate, está vinculado obligatoriamente al cumplimiento de las atribuciones del órgano del que forma parte. Las inhibiciones para actuar, muy frecuentemente impuestas por la conveniencia personal de escapar a la crítica pública o a la de otros servidores públicos (del mismo o de diverso órgano del poder) implican una vulneración al principio de que las funciones de derecho público no son de ejercicio potestativo.

La responsabilidad pública implica que un servidor no es libre de hacer algo contrario a lo que el desempeño de su función impone, pero tampoco lo es para dejar de hacer lo que con relación a esa misma función establece la norma de competencia. Una de las diferencias entre el derecho público y el privado es que el segundo es fuente, entre otros, de derechos subjetivos

que no se producen en el ámbito público. El ejercicio de las diversas expresiones de libertad corresponde en cada caso a una decisión individual, en tanto que el servidor público ejerce tareas que no fueron establecidas para que las ejerza merced a una decisión discrecional. La discrecionalidad del servidor público se encuentra restringida por las necesidad que impone, precisamente, la responsabilidad asignada.

Las normas constitucionales y ordinarias que rigen la función pública contienen una serie de comandos de cumplimiento ineludible para el servidor público, y las opciones que corresponden a éste resultan condicionadas por las circunstancias en las que tiene que actuar, por el bien público que debe satisfacer y por el mandato programático que la ciudadanía haya determinado.

Puede encontrarse un ejemplo de esas opciones en los actos de naturaleza expropiatoria. El servidor público que los practica sólo está facultado para hacerlo en los términos de las normas aplicables, pero debe aplicarlas tantas veces como el supuesto normativo se produzca. Puede argumentarse que en este caso se presenta un amplio margen interpretativo para el servidor público, y eso es cierto; por eso el supuesto normativo tiene que ser coonestado con las necesidades públicas para cuya atención se instituyen los órganos del poder, y con los mandatos programáticos que resultan con motivo de los procesos electorales.

Las responsabilidades en una concepción civilista están determinadas por la existencia de una voluntad razonable y libre. En una concepción pública los criterios de razonabilidad y libertad deben agregarse a los de necesidad, conveniencia y oportunidad. De no ser así, nos encontraríamos con un ejercicio patrimonialista de la función pública, y el servidor dispondría de acuerdo con su propio interés, y no en nombre del interés colectivo, del aparato del poder del que fuera titular en función de su designación o elección.

Es en el contexto de las responsabilidades públicas que se entienden los controles públicos. Como se verá, éstos no conforman otra cosa que un conjunto de facultades para determinar si el ejercicio de la función pública se adecua a lo preceptuado. El control no es sólo sinónimo de restricción, como pudiera entenderse en una acepción limitativa, sino también de verificación; no se aplica para impedir que quienes tienen una responsabilidad pública, la cumplan, sino precisamente para lo contrario: para que ningún órgano del poder y ningún servidor hagan lo que no les corresponde, ni dejen de hacer lo que les concierne.

2. *Autocontrol*

En todas las manifestaciones del poder se encuentran elementos de control. Como se ha dicho antes, incluso en el ejercicio autocrático del poder es posible identificar formas de control, así sean tan aleatorias y tenues como las que pueda ejercer el autócrata sobre sí mismo y sobre el aparato de gobierno que encabeza. Como ejemplo literario relevante son dignos de mención los intensos diálogos de *La vida es sueño*, de Pedro Calderón de la Barca. El drama sitúa al hijo del rey en prisión, sin saberse la causa. El monarca instruye a su ministro en el sentido de trasladar al príncipe al palacio real, dejándolo creer que vive un sueño, para poder apreciar sus reacciones cuando sepa que es el heredero de la corona. En cuanto el príncipe advierte su enorme poder comienza a actuar desordenada, irreflexiva y arbitrariamente, llegando a sostener un diálogo con su padre que ofende la investidura real de éste. El drama tiene feliz desenlace porque el príncipe rectifica y adquiere luego las características que el monarca tanto ansiaba: se vuelve de buen talante y en esta disposición de ánimo dicta órdenes llenas de generosidad. El proceso de autocontrol queda confirmado y el príncipe está apto para el ejercicio del poder: él, responsable sólo ante sí mismo, ha pasado la prueba de rectitud moral que el padre demandaba para transferirle la portentosa suma de facultades que representaba la corona.

En ese ejemplo encontramos reflejada, sin más rebuscamientos que los literarios, la percepción del poder en la era del absolutismo. Aunque había otras formas de ejercer presión sobre el monarca para obtener de él privilegios, nada demeritaba esa imagen de plenitud que ornaba al monarca; nada, que no fuera su avisada conciencia, limitaba su ejercicio del poder; nada, en la estructura institucional del mando se oponía a sus designios. El argumento de que su responsabilidad existía únicamente ante Dios impedía que hombre alguno se interpusiese en sus determinaciones, por un doble riesgo: el menor, de incurrir en desobediencia frente al monarca, de quien en todo caso se podría esperar el perdón, y el mayor, de incidir en pecado, por el vicio moral de desconocer los preceptos divinos que sustentaban la legitimidad del monarca.

3. *Percepción del control*

Todo control se ejerce para satisfacer los intereses políticos y jurídicos de quien lo ejerce, o de aquellos a quienes éste representa. Por eso, el grado

de concentración o de extensión del control refleja el nivel de centralización o descentralización del poder. El control ejercido por los barones en una sociedad estamental, ciertamente condiciona la acción del príncipe; pero de los resultados de ese control sólo se benefician los propios barones. Incluso en el ejemplo de Calderón de la Barca, el autocontrol practicado por el detentador del poder tiene efectos favorables para él mismo.

Durante siglos, sin que pueda precisarse qué tantos, porque cabe decir lo mismo del período clásico latino, de la Edad Media, de la Ilustración o de nuestra época, la literatura ha abordado problemas que, por la vía de ejemplaridad, aspiran a inculcar en el hombre de gobierno el temor por el desbordamiento de su poder. Lo que fue función del teatro en el período clásico y otra vez a partir del Renacimiento, lo es también de la cinematografía en nuestro tiempo. El mensaje es claro: al gobernante se le hacen ver las consecuencias negativas de sus excesos, en tanto que acentúa los niveles de fricción con los súbditos/ciudadanos, mientras que la tolerancia le reditúa mayores condiciones de obediencia.

Las invocaciones a la autocontención del gobernante tienen un registro que se perpetúa a lo largo de los siglos. Incluso en las manifestaciones más radicales de crítica a los abusos del poder, lo que se observa es la vocación de atribuir a la voluntad singular del que manda, la responsabilidad de todos cuantos actos de atropello se cometen o hayan podido cometerse. Un giro significativo aparece cuando, como en *El Proceso* o en *El Castillo* los excesos son atribuidos a las instituciones y no a los individuos. Más todavía, en *La construcción de la gran Muralla China*, también de Kafka, el mensajero del monarca resulta impotente ante los meandros del poder, ante la parafernalia burocrática que bloquea incluso al que manda. Aquí se produce una variante en cuanto a la interpretación de las expresiones del poder. No puede dejar de advertirse que, además de su genialidad literaria, Kafka estudió y practicó la abogacía.

4. *Formación de los controles*

En el orden de su adopción, los controles más antiguos que se pueden identificar son los que resultan de la impartición de justicia. La separación entre la función lata de gobierno y la estricta de juzgar fue históricamente la primera que se produjo. El fenómeno tiene importancia en tanto que garantizar relaciones de justicia —que incluye la seguridad de los individuos y de los grupos— es una de las causas eficientes del Estado. La

presencia de magistrados judiciales es identificable mucho antes de que se diera otro tipo de separación en el ejercicio de las funciones del poder.

En esa medida la justicia se convirtió en un control primario que no necesariamente se refería a la limitación de los actos del gobernante, sino a la limitación de sus facultades. Era, por lo mismo, un control precario. No se traducían en la posibilidad de supervisar lo que hacía, sino apenas en reducir el ámbito de sus amplísimas prerrogativas. La impartición de justicia como una forma de control eficaz sobre el gobernante es un producto, bastante cercano a nuestra época, del constitucionalismo: la limitación de los actos del gobernante en aras de la prevalencia de la Constitución.

El segundo estadio de los controles está representado por el surgimiento de los aparatos burocráticos. El registro, en este caso, es muy amplio. Hay instrumental burocrático eficaz en Egipto; lo hay en Persia, con la ingeniosa creación de las satrapías, que permiten demostrar cómo descentralizando la administración es posible centralizar el poder; y lo hay, ya con características relativamente modernas, en la creación de cuasi-ministerios (Kovalliov, III, p. 67) por el emperador romano Claudio.

El control político apareció asimismo en la antigüedad. Dos instituciones fueron relevantes en este sentido durante los períodos helénico y helenístico: las asambleas deliberantes y el ostracismo. Las primeras permitían a los ciudadanos el control sobre los hechos políticos presentes, en tanto que el segundo era una forma de control de naturaleza preventiva que procuraba evitar desbordamientos en el futuro.

El control social corresponde al cuarto estadio de este proceso evolutivo. Es evidente que las expresiones de inquietud social que han estado presentes a lo largo de la historia no son el equivalente de ese control. Para que se pueda hablar de un control se tiene que contar con una forma sistemática y organizada de actividad pública, dentro de la que no encuentran acomodo las manifestaciones ocasionales de violencia social. Las formas de control social corresponden a las múltiples formas de expresión de la opinión pública y de manifestación de la colectividad. Este tipo de control es el último en aparecer porque, incluso en nuestro tiempo, sólo existe en las sociedades abiertas. En las sociedades cerradas los instrumentos de opinión pública tienen una función inversa a la de las sociedades abiertas, pues se utilizan como medios de control sobre la sociedad. Ese es el dilema que debe ser resuelto: preservar los instrumentos de la sociedad para la sociedad,

sin incurrir en la paradoja de hacerlo a través de medidas autoritarias, o permitir que se deslicen de manera imperceptible hacia la manipulación.

5. *Poder de control*

El examen jurídico de los controles públicos no puede ignorar las circunstancias políticas en que esos controles surgen y son aplicados. Los enunciados normativos en materia de controles carecen de interés por sí mismos. Sólo el cotejo cuidadoso entre lo preceptuado y lo practicado permite determinar la idoneidad de la norma y la razonabilidad de la conducta.

En el ámbito de los controles públicos es donde se puede identificar una mayor interacción entre la norma y la conducta. Ya hemos comentado que los problemas centrales de un sistema político-constitucional se localizan en el origen, en la forma, en el ejercicio y en el control del poder. En cualquiera de esos aspectos la previsión normativa no agota todas las posibilidades reales de expresión de la conducta; pero en todo caso las previsiones en materia de procedimientos electorales, por ejemplo, están bastante más ceñidas a las acciones posibles que las de control político, con motivo de las cuales suele entremezclarse la objetividad de la norma con la subjetividad de quien la aplica o, literalmente, la utiliza.

El estudio de los instrumentos de control tiene que hacerse a partir de su génesis. Conocer el origen es lo único que permite determinar su causa y su propósito y, en esta medida, su función exacta. Hay, subyacente, un tema que corresponde a otro tipo de estudio: el poder. El estudio del poder —cratología, como podría llamársele empleando el término de Karl Loewenstein— pertenece a otra dimensión del fenómeno aquí examinado, por lo que para los efectos de este estudio lo dejamos en el ámbito de los problemas a que ya aludimos.

Desde esa perspectiva debe precisarse el alcance de la expresión “control del poder”. Parecería implicar que el poder es susceptible de un control que se ejerce desde fuera del poder. Esa operación se antoja impensable. Aquello que controle al poder no puede ser otra cosa que poder. En este punto el silogismo de Hobbes (*Leviatán*, p. 399) es inobjetable: lo que es capaz de subordinar al poder, es poder. El control es una función del poder, no algo que se caracterice por su alteridad. El control del poder, por consiguiente, sólo puede entenderse como parte inherente del poder mismo.

Cuando abordemos el examen particular de los controles a la luz de la teoría de la separación de poderes, veremos con más detenimiento que siendo una brillantísima construcción que permitió resolver los problemas del poder a través del sistema constitucional, no es susceptible de solucionar las demandas institucionales de nuestro tiempo. El modelo constitucional clásico —en deuda inequívoca con Montesquieu— permitió el tránsito de una sociedad cerrada a una sociedad abierta; el problema que ahora tiene que atender una nueva construcción institucional es el de una sociedad plural, que reclama márgenes máximos de tolerancia dentro de márgenes indispensables de cohesión. Conjugar ambas coordenadas es una tarea delicada, a cuyos efectos el modelo constitucional clásico seguirá siendo útil, pero no bastante.

6. *Control y descentralización del poder*

Hay un riesgo latente de pulverización en el universo institucional. Es más o menos fácil derivar hacia un pesimismo global que lleva a considerar que son pocas las opciones viables, o bien hacia un optimismo mecanicista que sigue viendo en las reformas constitucionales altisonantes el remedio para todos los problemas institucionales. Esta perspectiva, tan de moda durante el siglo XIX, reaparece de tanto en tanto. Tiene, en todo caso, la virtud de encauzar las presiones de la inconformidad por el sendero de la reforma de las instituciones.

Existen suficientes razones para alimentar el escepticismo colectivo. Después de haber depositado una gran dosis de confianza en que el Estado omnipresente habría de resolver todos los problemas de las sociedades, y de llegar a la conclusión de que la panacea se transformaba en espejismo, no se ha podido eludir la creencia inversa. El problema lo ve con diafanidad Alain Minc (*La nueva...*, p. 82): “Desde Hegel habíamos creído todos que el Estado es la culminación natural de las sociedades. ¡Craso error! Los Estados, como las mareas, se retiran y dejan al descubierto múltiples y extrañas realidades”.

Ese repliegue del Estado, forzado por la desconfianza, auspicia lo que Minc (*La nueva...*, pp. 85 y ss.) llama “zonas sin autoridad legal”, donde la ilegalidad se reinstala, aun “en el corazón de las democracias más avanzadas”; en que las mafias se vuelven una forma social en expansión, y las ciudades se insurreccionan contra la autoridad. En ese proceso de medievalidad “las instituciones permanecen ajenas a la conmoción... y no

controlan una parte cada vez mayor de la sociedad”. A partir de ese momento el Estado en retroceso va perdiendo funciones reales y propende a generar normas y a retener funciones de carácter formal, “que sólo sostienen el funcionamiento de la sociedad oficial”.

El error de Minc es que identifica las tendencias de entropía social con una hipotética dilución del Estado. Esto es virtualmente imposible, en tanto que el Estado constituye un fenómeno político que va más allá de su representación formal. Así cambie sus exterioridad, en tanto que subsista un poder cohesionante dotado de atributos para dictar y aplicar la ley podrá hablarse de una mutación en la estructura y en la representación del Estado, pero no podrá aducirse que éste haya desaparecido.

En lo que sí acierta Minc, y es lo relevante para los efectos de este trabajo, es en que al afectarse el nivel de facultades del Estado constitucional y al ir dejando que a su lado prosperen, amparadas en hipotéticos procesos de descentralización política, nuevas formas de ejercicio del poder, comienza a presentarse una realidad que si bien es nueva para nosotros, era característica de la Edad Media. En esta etapa del desarrollo histórico el poder estuvo descentralizado hasta un grado máximo. La reacción que entronizó al absolutismo se justificó precisamente como la respuesta del orden central frente a la dispersión. Resultó tan profunda esa perspectiva de la recuperación de la vida institucional que el discurso del orden subsistió hasta bien entrada la era del constitucionalismo moderno.

Conforme se asentaron las nuevas instituciones constitucionales, el discurso de la pluralidad y de la concertación reemplazó al del orden y resultó más afin con el de libertad, a su vez eje de la reacción antiabsolutista. Ahora bien, ¿qué situación plantea actualmente el surgimiento de zonas ajenas a la acción del Estado? Desde luego no la que apunta Minc, por las razones también ya señaladas: el poder estatal subsistirá, así sea bajo formas no convencionales. Lo que interesa es más importante: el constitucionalismo moderno trajo consigo mecanismos de control público que parecen estar perdiendo gradualmente, conforme cambian los centros de ejercicio del poder tradicionalmente atribuido al Estado.

Ese es un fenómeno que podría calificarse de preocupante. Una vez más nos encontramos con la necesaria diferenciación de los temas del constitucionalismo y podemos apreciar que con el llamado Estado mínimo se preserva el origen del poder y se pone más énfasis que nunca en los procesos de descentralización. También se acentúa la preocupación en torno al Estado de derecho, que no comporta más problemas que los de la mejor

adecuación posible del ejercicio del poder a la norma que lo rige. En este caso el contenido de la norma —y se trata de una vieja y muy conocida polémica— ya no importa. Pero ¿y los controles públicos?

El verdadero riesgo de la nueva Edad Media está en que, a semejanza de aquella etapa histórica, haya grandes tramos del poder que se sustraigan al ejercicio eficaz de los controles políticos. Es ostensible que las funciones públicas sujetas a transferencia hacia los particulares, van retrayéndose del control público. Al lado de las llamadas “privatizaciones” de las actividades económicas del Estado, se va gestando la paradójica privatización del interés público y se apunta ya también la del mismo orden público. Esto último es más o menos evidente en los órdenes jurídicos internos y en el internacional. Es un fenómeno al que aludimos previamente como “Estado intangible”.

En el orden interno de los Estados se está produciendo una tendencia en expansión para que los particulares ejerzan, cada día con mayor intensidad, funciones inherentes a la seguridad pública. El monopolio estatal de la fuerza parece irse transformando en una especie de nueva estructura de coordinación, que en última instancia implica que muchas acciones antes sólo posibles como propias del Estado, ahora se entienden normales en manos de los particulares. El problema para el constitucionalismo es que en tanto que las funciones de seguridad estaban en manos del Estado eran susceptibles de control, pero no lo son cuando se ejercen por los particulares y en nombre de la libertad.

El problema no es menor. Supone que hay una especie de nuevas baronías conforme a las cuales un número creciente de miembros de la sociedad ejerce derechos que corresponden a la sociedad plena, pero no rinde cuentas a la sociedad. A través de los mecanismos de control se puede apreciar una disminución de las responsabilidades de interés público sustraídas al control público.

También se registra un fenómeno inverso: el desarrollo natural de la actividad privada tiene efectos con relación a la sociedad, cuyas consecuencias no siempre han sido advertidas. El derecho social surgió, en buena medida, como un correctivo para la acción de los particulares. Cuando las relaciones de trabajo salieron del ámbito civil, por ejemplo, lo que se hizo fue atribuir responsabilidades públicas —aunque generalmente se utiliza el adjetivo “sociales”— a actividades desempeñadas por particulares. La tendencia se truncó. Hoy se entiende, por ejemplo, que sólo el Estado puede violar los derechos humanos; los actos de atropello cometidos por los

particulares contra otros particulares siguen siendo temas civiles o penales. Se trata de una visión conservadora con relación a la cual no se están aportando respuestas institucionales novedosas.

En cuanto a las cuestiones de orden público internacional el ejemplo más característico es la neoprivatización de la guerra. Si durante la Edad Media los sistemas de crédito surgieron como una forma de apoyo por parte de los particulares al comercio de otros particulares y a los Estados que, a través de acciones bélicas, protegían al comercio, en nuestro tiempo el comercio, regular o clandestino, de armas, es una forma significada de sustraerse a los controles públicos (Valadés, "Actualidad...", p. 506).

7. Representatividad y controles

Con una singular precisión, y abordando el tema sin concesiones, Bidart Campos (pp. 147 y ss.) afirma: "gobierna siempre un hombre o un elenco reducido de hombres, que son titulares o detentadores del poder político. Es así y no puede ser de otro modo... las fórmulas que atribuyen al pueblo el ejercicio del gobierno son meras creencias o representaciones colectivas..." Se trata de términos diáfanos y sinceros, como los que en todos sus trabajos caracterizan a ese jurista argentino. Por lo demás, no es común que se expresen con tanta llaneza conceptos que normalmente son objeto de matices.

Traigo a colación la afirmación de Bidart porque precisamente la solución al problema que plantea está en la eficacia de los controles políticos. Es verdad que la fórmula según la cual el pueblo gobierna corresponde al concepto de la soberanía popular y de la democracia representativa, entendiendo esta última como idea alternativa frente a la democracia directa. En esa medida Bidart tiene razón y se trata de una representación jurídico-política. Rousseau habría estado de acuerdo. Sabemos, pero no siempre lo aceptamos, que las técnicas de la representación política se basan, en buena medida, en una ficción jurídica. Es por esto que se realizan esfuerzos por conjuntar lo que en estricta teoría no era posible: las formas de democracia directa, a las que a veces se denomina "participativas", con las de democracia representativa. De ahí que instrumentos como el plebiscito y el referéndum vayan conquistando nuevos espacios, a pesar de que es bien sabido que constituyen una derogación parcial de las instituciones representativas e influyen negativamente en el ejercicio de los controles.

8. Control y eficacia política

La eficacia de cualquier sistema de la democracia constitucional reside en que los sistemas de control adoptados hagan funcional al poder. Es común que cuando se debate acerca de la idoneidad de los sistemas presidencial o parlamentario para determinar cuál es el más adecuado para preservar la estabilidad política, se omita que los resultados de cualquiera de ellos dependen de un buen diseño institucional de controles públicos.

Aunque muchos de los controles que se practican en cada uno de esos sistemas se han considerado como exclusivos e incluso excluyentes, lo cierto es que en la práctica constitucional contemporánea se está demostrando que son intercambiables, y que su adopción sólo se ve rigidizada por concepciones academicistas de la organización constitucional. Como se puede afirmar al estudiar las más recientes construcciones constitucionales, cualquier modelo político resiste la adopción de los instrumentos de control que se consideren más adecuados para que, al tiempo que se hace funcional al poder, se garantice la fluidez de los procesos políticos.

Desde luego sería un alarde reduccionista, amén de una exageración sin base científica, afirmar que todos los procesos se pueden encauzar merced a un eficaz sistema de controles políticos. Lo que esencialmente se procura con un sistema político, además de garantizar el origen legítimo del poder, es la capacidad de absorber las elevadas demandas de participación en el poder, propias de las sociedades abiertas. En la medida en que la democracia consensual cuenta con nuevos adeptos, el diseño institucional de la democracia mayoritaria, al que corresponde el modelo constitucional clásico, puede resultar estrecho para satisfacer el nuevo orden de expectativas y demandas políticas.

Para alcanzar el objetivo de los consensos que hacen funcionales a las nuevas democracias conviene la adopción de instrumentos que faciliten el acuerdo. Y es justamente en ese punto donde el arreglo de los controles públicos adquiere importancia, porque de su buena factura y operación depende que se alcancen o no los objetivos que forman parte de los acuerdos políticos.

La quiebra de la democracia, como acertadamente denomina Juan Linz (pp. 32 y ss.) obedece en no pocos casos a un mal diseño o a una aplicación distorsionada de los mecanismos de control. Arturo Valenzuela (*The Failure...*, p. 67) aporta un buen ejemplo: los desajustes institucionales chilenos rigidizaron las relaciones entre los órganos del poder, crearon “presiones

políticas que hicieron difícil estructurar políticas nacionales capaces de contender con los problemas del subdesarrollo” y contribuyeron a que se desencadenara el golpe militar contra Salvador Allende en 1973. En la historia constitucional de México también se puede ilustrar esa misma situación con el golpe de Estado de Ignacio Comonfort en 1857, y con la irregular propuesta de reformar la Constitución por la vía del referéndum a que convocó Benito Juárez en 1865.

D. CONTROL Y ESTADO DE DERECHO

1. *Limitaciones del Estado de derecho*

Para la organización y el funcionamiento del poder es relevante el control de su ejercicio. El problema no es nuevo. De varias maneras se ha planteado desde la antigüedad y, por supuesto, cobra especial importancia en nuestro tiempo. El tema está vinculado, a su vez, al del Estado de derecho, que convencionalmente se entiende como la sujeción de los órganos del poder a los preceptos de la ley. El problema de un entendimiento lato del Estado de derecho es, sin embargo, el de la naturaleza de la ley a la que el Estado y la comunidad política quedan sujetos.

Se han producido numerosas disquisiciones sobre ese aspecto de la legalidad. Aunque Aristóteles planteó la diyuntiva de qué era preferible, si el gobierno del rey o el de la ley, Cicerón suscitó las dudas de qué hacer frente a leyes que ostensiblemente repugnasen a la razón y fuesen, por ende, contrarias a la naturaleza humana y a la justicia. Este problema ha continuado siendo revisado y es objeto de polémica entre diversas corrientes jusfilosóficas.

Vale la pena tener presente esa consideración porque, independientemente de la posición doctrinaria que se asuma, todo indica que el concepto escueto de “Estado de derecho” no parece resolver todos los problemas de la relación gobierno-gobernado.

2. *El Estado moderno*

El concepto mismo de Estado se ha venido ajustando a nuevas perspectivas. Aun cuando el entendimiento generalizado es en el sentido de que el concepto del Estado moderno parte de Maquiavelo, no pueden desconocerse

antecedentes relevantes como el provisto por Federico de Suabia, o Federico II, en el siglo XIII.

Si entendemos que estamos en presencia del Estado moderno cuando nos encontramos con el fenómeno de una organización política dotada de facultades para crear derecho e imponerlo coactivamente, es evidente, como lo demostró Manuel García Pelayo, que nos encontramos ante una realidad estatal. Esto fue precisamente lo que ocurrió con las constituciones dictadas en Sicilia por Federico II.

La cultura de ese monarca y su capacidad para entender el fenómeno del poder le permitieron anticipar ideas que sólo en nuestro tiempo se han venido abriendo paso. Tal es el caso de su señalamiento de que en materia delictiva es más importante para una comunidad prevenir la comisión de delitos, que castigar aquellos en que se haya incurrido.

Pero lo medular de su aportación reside en la forma como organizó al poder público, suprimiendo los privilegios feudales, organizando una compleja estructura administrativa y judicial, aboliendo las prácticas mágicas en el orden procesal, estableciendo en normas escritas reglas de conducta de gobernados y gobernantes, a las que él mismo se sujetó (prolegómenos del Estado de derecho) y reivindicando las facultades del poder temporal ante el poder espiritual.

En suma, Federico de Suabia representa la transición de la alta a la baja Edad Media al fijar la técnica de sujeción de los órganos del poder y de sus titulares al orden jurídico, al tiempo que establecía el absolutismo monárquico que a partir del Renacimiento caracterizaría al Estado, como una expresión política encaminada, entre otras cosas, a la supresión del feudalismo medieval.

Pero el Estado no podía permanecer por mucho tiempo como una expresión de autoritarismo como el que postularía Thomas Hobbes. Por eso tanto Locke como Montesquieu representarían, más adelante, la vanguardia en la lucha intelectual por la racionalización del poder político.

3. Separación de poderes

Es plenamente reconocido el gran aporte al constitucionalismo moderno significado por Montesquieu. Su enunciación de la separación de poderes nutrió a las grandes elaboraciones constitucionales, particularmente a partir de las revoluciones norteamericana y francesa. Después, a lo largo de los siglos XIX y XX, el principio de la separación de poderes ha sido incorpo-

rado en prácticamente todas las estructuras constitucionales, independientemente de su grado de aplicación afectiva.

Desde luego, la diferenciación de facultades entre los distintos órganos del poder ha estado presente incluso en muy antiguas concepciones políticas. Aristóteles la identifica en la constitución de Atenas; Séneca la plantea en el discurso que escribe para Nerón y que éste pronuncia ante el senado romano cuando es ungido emperador; y Montesquieu la encuentra en la célebre historia de los germanos escrita por Tácito.

Lo importante, en todo caso, no es la originalidad del enunciado, sino su oportunidad. Además, a pesar de los remotos ejemplos que podamos encontrar de la práctica de una diferenciación de funciones en la antigüedad, lo relevante es que en el constitucionalismo moderno se convirtió en un elemento definitorio más del Estado de derecho, con lo cual se pudo superar el dilema ciceroniano de la obediencia a la ley injusta.

Ocurre, sin embargo, que el sólo postulado de la separación de poderes no explica, en nuestro tiempo, la compleja trama del poder. Cuando Montesquieu escribía no existían las organizaciones políticas que hoy denominamos partidos, ni las organizaciones sociales que conocemos como sindicatos, ni los medios de comunicación tenían la presencia alcanzada en la actualidad, ni había emergido la modalidad bastante llamativa de las denominadas “organizaciones no gubernamentales”, ni era de imaginar la aparición de nuevos órganos del poder no encuadrados en los tres tradicionales, como los *ombudsman*, o los organismos electorales autónomos, o los bancos centrales.

Todo lo anterior ha llevado también a la reconsideración del Estado de derecho como un concepto que sólo de manera parcial engloba al gran fenómeno político de nuestro tiempo. Las sacudidas del siglo XX han tenido también un considerable impacto en la redefinición del Estado y del derecho. Además, el concepto mismo de Estado de derecho no escapa a la duda. Sin entrar en la disquisición de la naturaleza coactiva de la norma o de la función promocional que también se le atribuye a algunas disposiciones jurídicas, y sin abundar acerca de las fuentes del derecho, el hecho es que el Estado sólo se sujeta a las leyes que el propio Estado crea.

Con cierto escepticismo Maurice Hauriou (p. 280) afirmaba: “hay que desconfiar de las afirmaciones que se ocultan tras de frases como el *imperio del derecho*, el *reinado de la ley*, la *sumisión del Estado al derecho*, el *gobierno de las leyes* o el *gobierno del derecho*, etcétera. Todo son hipérbolos”. El párrafo es duro; quizá excesivo. Por eso el propio autor luego

desarrolló una elaborada argumentación sobre la limitación del poder por la Constitución. Sin embargo, calificativos aparte, hay un aspecto central en el origen de la crítica, que el escueto "Estado de derecho" no puede resolver y que se puede enunciar así: en el Estado de derecho el Estado se somete al Estado, porque es el autor de su propio derecho y, por lo mismo, define sus propios límites.

Digamos lo anterior en otras palabras: en el Estado de derecho puro y simple, el Estado juega con sus propias reglas, define sus propios límites, establece sus responsabilidades, fija sus atribuciones y modifica lo que quiere modificar, cuando quiere hacerlo y como él mismo determina que deba hacerse.

Aquí se produciría la impresión de que entre el Estado de derecho y la dictadura no hay diferencia. Es en este punto donde tienen que incluirse otros elementos del Estado moderno. Entre ellos el sistema representativo, los mecanismos de descentralización del poder y un complejo instrumental de controles que impiden la transformación de un Estado de derecho en un Estado absoluto. También es el momento en el que hay que introducir otros aspectos distintivos del constitucionalismo moderno, que enriquecen el concepto de Estado de derecho.

Las revoluciones sociales como la mexicana y la rusa, y la crisis económica que dejó como secuela la primera guerra mundial, dieron lugar a la incorporación de las garantías sociales en el ámbito constitucional, con lo cual surgió el Estado social de derecho. A partir de la Constitución de Querétaro y luego la de Weimar, el constitucionalismo de la primera posguerra adquirió una tendencia marcadamente social.

A su vez, la necesidad de prevenir el resurgimiento de modernas tiranías como las que llevaron al enfrentamiento en la segunda guerra mundial, obligaron a pensar en la incorporación creciente de mecanismos democráticos que permitieran conjurar riesgos y garantizar libertades. El constitucionalismo de la segunda posguerra ha sido, por ende, típicamente democrático.

Todo lo anterior permitió configurar un nuevo Estado social y democrático de derecho que luego entró en crisis por la más reciente sacudida internacional, el fin de la guerra fría, entre cuyas consecuencias se produjo la de considerar que el Estado, en su magnitud tradicional, es más o menos prescindible. Friedrich Hayek y Robert Nozick se convirtieron en los apóstoles del Estado pequeño aun antes de que se diera por terminada la polarización entre este y oeste. La tendencia empequeñecedora del Estado

(el fin de una ilusión, como ahora expresa Furet) se ha propagado con fuerza. La posición, empero, tampoco es tan reciente: era sostenida por las corrientes anarquista y nihilista desde el siglo pasado. Nietzsche llegó a escribir en su célebre *Aurora* que el mejor Estado sería el más pequeño, incluso uno tan chico en que él mismo fuera su propio Estado. En ese punto se aproximan nihilistas y liberales, sobre todo cuando éstos se acogen, con todas sus consecuencias, a los viejos postulados del *laissez faire, laissez passer*.

De alguna forma el nuevo desafío para el Estado es el de un retorno al medioevo. Como ya hemos mencionado son ya muchos los signos que apuntan en este sentido. La intensa "antipoliticidad" que se observa en un número creciente de comunidades nacionales, la multiplicación de las llamadas "zonas sin autoridad legal", como señala Alain Minc, los acelerados e indiscriminados procesos de privatización, que muchas veces representan la transferencia al sector privado de actividades que hasta hace poco eran consideradas de interés e incluso de orden público (como las relacionadas con aspectos de seguridad y de justicia), están sustrayendo al control público funciones de gran importancia.

En términos generales el Estado se encuentra en un proceso de repliegue con relación a tareas que le eran y le son consustanciales. El papel de árbitro de conflictos, de equilibrador de los intereses y fuerzas sociales y de distribuidor eficaz de la riqueza, se va diluyendo paulatinamente. En la actualidad hablar de Estado de bienestar es casi un anatema, porque no hace sino recordar la relevante participación del Estado en la vida cotidiana de la sociedad.

Esa retracción es particularmente sintomática en algunos países. Significativamente las sociedades comienzan a reaccionar en lo que apuntaría a ser una nueva forma de relación gobierno-gobernados. Diversas encuestas en Gran Bretaña (*Sunday Times*, octubre 21 de 1995) acreditan que siete de cada diez electores se inclinan por una política de centro.

La retracción del Estado en diversas áreas ya ha comenzado producir efectos negativos. Alexander Stille ha demostrado que en Italia la transferencia del poder político a entidades ajenas al poder público está favoreciendo el triunfo de las mafias sobre un Estado muy poroso y, por lo mismo, vulnerable. Otro tanto comienza a preverse con relación a Rusia y ha ocurrido parcialmente en Myanmar, para sólo mencionar algunos casos.

4. *Extensión del control político*

Todo lo anterior nos lleva a la necesidad de buscar instrumentos jurídicos que, en el contexto de las nuevas realidades del Estado, nos permitan encontrar los mecanismos para su funcionamiento eficaz. Aquí es donde aparece la consideración y relevancia de los controles políticos, porque constituyen el conjunto de disposiciones y actividades que permiten mantener el equilibrio de las instituciones para evitar que se desvíen de las atribuciones constitucionales que les corresponden, sin afectar sus niveles de eficacia y efectividad. La idea de control político comprende los siguientes elementos: *a)* normas jurídicas, *b)* acciones jurídicas, *c)* acciones políticas, *d)* equilibrio institucional, *e)* atribuciones constitucionales, que incluyen facultades y obligaciones, *f)* eficacia institucional, y *g)* efectividad institucional.

Esa amplia gama de elementos se explica en tanto que los controles tienen como objeto mantener el dinamismo institucional y no desmontar el aparato de gobierno. Limitar la acción de las instituciones no es sinónimo de entorpecerla. Una cosa es sujetar la actividad de las instituciones a reglas conocidas, claras, precisas, viables y reformables, y otra es afectar sus posibilidades reales de eficacia y efectividad.

Los instrumentos de control no existen por sí y para sí, sino como parte de un orden constitucional que, a su vez, es el fundamento del Estado social y democrático de derecho. Ese Estado tutela derechos activos, como los de libertad, igualdad, acceso a la justicia y propiedad; pero también incluye derechos de ejercicio pasivo, el más importante de los cuales es el derecho al buen gobierno.

Consideramos derechos activos aquellos que el orden constitucional garantiza y que los gobernados ejercen discrecionalmente o como resultado de la resolución de una controversia; por otra parte aludimos por derechos públicos subjetivos de ejercicio pasivo a aquellos que también resultan del orden constitucional, pero en cuyo cumplimiento los gobernados dependen del acertado funcionamiento del sistema representativo.

El gobernado dispone, en el constitucionalismo contemporáneo, de nuevos instrumentos para hacer sentir su voluntad y condicionar la de sus representantes. Al sufragio, derecho tradicional, cuyo ejercicio es periódico y tiene efectos efímeros, como señaló Rousseau, se adiciona la presencia permanente de los partidos políticos, de los medios de comunicación, de los medios de participación directa como el plebiscito, para cuestiones

políticas, y el referéndum, para decisiones normativas, y de instrumentos para la revocación del mandato de los representantes.

A pesar de los correctivos que se han introducido a los sistemas representativos para hacerlos más funcionales, no necesariamente se han producido todos los efectos esperados, e incluso se han combinado, y tal vez hasta contaminado, instituciones de democracia representativa con instituciones de democracia semidirecta.

Sólo el examen cuidadoso de los resultados que se obtengan permitirá hablar de éxito o de fracaso. Entre el eclecticismo y el hibridismo la distancia suele ser muy corta. En todo caso los sistemas constitucionales se han venido construyendo a partir de la inclusión de diferentes componentes, como fue el caso de los derechos sociales, que en su momento parecieron aberrantes a muchos constitucionalistas. El balance, empero, fue positivo. Tanto, que no deja de sorprender, por paradójica, la moda de recortarlos paulatinamente.

5. Derecho al buen gobierno

El derecho al buen gobierno se expresa por la garantía de que las instituciones funcionen en los términos de eficacia y eficiencia que el orden constitucional democrático dispone. La construcción de las instituciones incluye los mecanismos de control, que deben ser compatibles con los de su funcionamiento razonable y efectivo. De no ser así, parecería que las instituciones sólo pueden bloquearse recíprocamente, como parte de los controles que entre sí practiquen.

En la práctica política lo común es que los mecanismos de control institucional sean utilizados para dirimir luchas por el poder. Se trata de una distorsión del propósito institucional y de una mala lectura de las atribuciones constitucionales.

Entender lo que significa el derecho al buen gobierno, que equivale a un derecho de ejercicio pasivo de los gobernados, corresponde por igual a quienes desempeñan tareas de gobierno y a quienes aspiran a sustituirlos. Para alcanzar este propósito el orden constitucional prevé los instrumentos adecuados. Es así como puede advertirse la importancia de los controles públicos en una democracia constitucional. Justamente por darse en el ámbito una democracia constitucional, donde existe la posibilidad de alternancia en la titularidad de los cargos representativos, también está contemplado que los controles deban funcionar en términos de hacer operantes las

atribuciones institucionales. Gobernar eficazmente es un derecho activo de quien accede a la titularidad de los órganos representativos, y un derecho pasivo de la comunidad en general, no sólo de quienes integraron la corriente electoral mayoritaria.

Una de las dificultades en el ejercicio de los controles resulta, por tanto, de eventuales errores de lectura y de inercias políticas. Por ejemplo, en sistemas políticos de poca competencia, la lucha política suele centrarse en la utilización de los controles como instrumento de descalificación, más que como mecanismo para velar por la adecuada actividad institucional.

Esas inercias no necesariamente cambian con la misma celeridad que las normas y las decisiones que transforman un sistema cerrado o semicerrado en uno abierto. Ocurre en tales casos que los sistemas de control se convierten en un obstáculo para el razonable funcionamiento de las instituciones y pueden llegar a plantear efectos contrarios a los que animaron su adopción y al sistema institucional en su conjunto.

Cuando se proponen cambios institucionales no siempre se tienen en cuenta las inercias generadas por los sistemas previos. Ésta suele ser una omisión muy costosa que se paga con cargo a los nuevos arreglos institucionales, adicionándoles cargas de inoperancia de las que no siempre salen airosos. Muchas de las frustraciones colectivas con relación a los arreglos institucionales residen en que no se tuvieron en cuenta las necesidades de modificar las reservas y aprehensiones previas, o en que ingenuamente se supuso que los cambios normativos traerían aparejada la transformación de la conducta de los agentes políticos.

Es por esas razones que los controles políticos tienen que examinarse tanto en su enunciado normativo cuanto en las actitudes que condicionan. También hay que encuadrarlos en los procesos de transición política como un ingrediente a considerar. Los procesos de reforma paulatina tienen, entre otras ventajas, la de una cuidadosa adecuación de las conductas políticas a las nuevas normas; pero en contrapartida permiten sumar algunas inercias a los nuevos arreglos institucionales, con el frecuente distanciamiento entre los objetivos deseados y los alcanzados. Los procesos de reforma radical ofrecen la desventaja de la incertidumbre transitoria, pero presentan la conveniencia de interrumpir buena parte de las inercias. Evaluar la conveniencia de cualquiera de ambos procesos en un momento y en un lugar determinados, a la luz de lo que puede esperarse de ellos, corresponde al arte de la política.

El lastre de las inercias o de la imposibilidad de resolver las controversias políticas mediante elecciones confiables suele expresarse a través de una utilización equivocada de los controles. De aquí la importancia del problema y de las soluciones que cada sistema constitucional ofrezca.

Los desentendimientos entre los órganos Ejecutivo y Legislativo del poder, a veces por equivocaciones en la lectura del papel que le corresponde a la oposición en una democracia constitucional, implican la pérdida de los equilibrios institucionales y preludian, en la terminología de Juan Linz, la quiebra de la democracia. Por eso es previsible que crezca el interés por el estudio de los controles públicos como capítulo central de las democracias constitucionales y, por ende, del Estado social y democrático de derecho.

6. *Creencias constitucionales*

Hauriou (xlii) apuntó que la forma que adopten las instituciones constitucionales es menos importante que las creencias políticas. Luego, dejando de lado cualquier riesgo de caer en la ingenuidad, reconoció que según la historia ninguna institución “tiene por sí sola la virtud de realizar el justo equilibrio entre el poder, el orden y la libertad”.

El criterio de Hauriou está fundado en la constatación empírica. Es bueno tenerlo presente porque un problema de las construcciones institucionales es que alimentan aspiraciones ideales. Tiende a creerse en una especie de función mágica de las instituciones, que a veces parte de la ingenuidad y a veces se explica por una suerte de desidia social. Hay ingenuidad cuando se considera que las conductas pueden verse modificadas con la misma facilidad que lo es una norma; hay desidia cuando, para no tener que realizar un esfuerzo colectivo con liderazgos individuales, se opta por la solución simplista de legislar para remediar deformaciones conductuales.

La adaptabilidad de las instituciones está condicionada por la flexibilidad de las conductas. Lo importante, en última instancia, es que en cualquier institución que se adopte, sus postulados realmente funcionen. Los enunciados abstractos pueden cumplir un papel programático, característico por lo demás de las normas promocionales, pero requieren para su objetivación de las llamadas “creencias políticas” que, es evidente, incluyen la capacidad de positivizar la norma.

Esas “creencias” (también llamadas “constitucionales” por Hauriou) pueden leerse como un argumento jusnaturalista. En realidad así lo utilizó el autor de la expresión. Empero, también se le puede dar otro alcance: el

de identificar normalidad y normatividad. Es este el sentido que le queremos dar, máxime cuando hablamos de controles políticos, en cuyo caso la relación entre el precepto y la conducta es lo que define su alcance real.

La desconfianza con relación a los políticos y con relación al gobierno mismo son fenómenos que se producen en la mayor parte de las democracias. Se trata de dos cuestiones diferentes. Por una parte, con relación a los políticos, la reserva hacia ellos deriva de la frecuencia con la que se producen hechos de corrupción; con relación a los gobiernos, resulta de la imagen de inutilidad que proyectan, en unos casos, o bien de la percepción de que la acción gubernamental reduce los espacios para la actividad de los particulares.

En ambos casos es necesario establecer qué tan exacto es el juicio —o el prejuicio— que los afecta, cuál o cuáles son las posibles causas de esas apreciaciones, y cuáles pueden a su vez ser las consecuencias que producen.

Ralph Dahrendorf ha hecho un sugerente examen de las implicaciones que trae consigo la fuerte impugnación dirigida en contra de los políticos e, implícitamente, de la política misma. Una de ellas, acaso la más significativa, es que puede poner en la titularidad de los órganos del poder precisamente a personas que carecen de capacidad, de experiencia, de interés en el servicio público, o de todas esas cosas a la vez. De alguna manera esa es una de las más frecuentes reacciones que se están observando en numerosas democracias. Recuérdese, a manera de ejemplo, cómo el señor James Carter tuvo un considerable éxito electoral a partir de un estribillo que él mismo se encargó de propalar: "*Jimmy who?*" ("¿Jimmy quién?"). Fue una expresión que al principio de su campaña para obtener la candidatura presidencial por el Partido Demócrata parecía tener una implicación peyorativa que lo ponía en desventaja frente a los demás aspirantes, pertenecientes todos ellos al denominado "establecimiento político"; sin embargo, Carter advirtió rápidamente que lo que sus oponentes utilizaban como un arma de desprestigio tenía efectos no previstos que se traducían en creciente simpatía para su precandidatura. Con habilidad supo sacar ventaja de su aparente desventaja, y sin temor alguno se refugió en lo que para muchos era su punto más débil. De alguna forma la rotundidad de su triunfo electoral, ya como candidato presidencial, evidenció hasta qué punto el electorado emitía una voz de desconfianza hacia el político profesional.

El fenómeno no es nuevo ni siquiera en Estados Unidos. Años atrás, siendo presidente de Estados Unidos, Richard Nixon optó por atender las

expectativas de las llamadas “mayorías silenciosas” favoreciendo el acceso a la vicepresidencia de Spiro Agnew. Ciertamente no se trata del mismo fenómeno, aunque sí de una consideración semejante, en tanto que se estimó que esas mayorías se identificarían con mayor facilidad con una persona de proyección vulgar, cuyo perfil lo distanciaba de los políticos profesionales más vinculados con los intereses de los grupos dominantes en Washington.

Esta disposición de rechazo o de duda frente al gobierno es oscilante; se acentúa o atenúa en diferentes épocas. Los controles políticos producen diferentes efectos en ese contexto. Fue por la presión de los medios y del Congreso que Richard Nixon renunció a la presidencia de Estados Unidos. El hecho ofreció nuevos argumentos para recelar de los políticos, al tiempo que confirmaba la confiabilidad de las instituciones, que no se veían afectadas por la virtual remoción de un presidente.

E. CONTROL Y ORDEN

1. *Fragmentación del poder*

Al finalizar el siglo XX se advierte un proceso de erosión del poder altamente concentrado que prevaleció casi a todo lo largo de la centuria y que alcanzó proporciones desmesuradas en los sistemas totalitarios y en las dictaduras militaristas. En una etapa de la historia contemporánea estas dictaduras llegaron a imponerse a la mayoría de los pobladores del orbe.

El riesgo de una reacción proporcional al ejercicio autoritario del poder es llegar a la fragmentación del propio poder, generando dispersiones como las que caracterizaron a los estados europeos en la fase previa a los grandes procesos de reunificación. Es llamativo el caso de Alemania, si se considera que antes de la reunificación del Estado prusiano llegaron a existir más de cien entidades políticas autónomas en el territorio de ese país.

Las alteraciones bruscas no representan una garantía para definir la idoneidad de las nuevas instituciones. Tan nocivo como el inmovilismo, puede ser el cambio abrupto a una organización política de signo totalmente opuesto al del sistema que lo sustituye. Aquí cobra importancia el concepto de transición, que se diferencia del concepto de mutación. Ambos implican cambios; pero en el primer caso la sustitución es paulatina y no necesariamente implica erradicar todo lo precedente; en la segunda hipótesis la transformación es radical.

Si se parte de la consideración prudente de que ningún sistema de gobierno es perfecto, se puede llegar a la conclusión de que entre más radicales son los cambios, más abultadas resultan las expectativas y, por consecuencia, más profundas llegan a ser las decepciones. Los mecanismos de transición, por el contrario, permiten la adaptación progresiva de nuevas normas y conductas políticas, y dan lugar a apreciar razonablemente los resultados obtenidos y a corregir las deficiencias observadas.

Con la quiebra del Estado de bienestar, el poder político ha perdido uno de los instrumentos más eficaces para garantizar la estabilidad. Independientemente de que se trate de un sistema parlamentario o presidencial, el soporte representado por la capacidad del poder político para distribuir bienes sociales fue, durante la mayor parte del siglo XX, un instrumento ampliamente utilizado para prevenir y resolver conflictos. El New Deal es un ejemplo de cómo una sociedad tan dinámica y abierta como la norteamericana aceptó el ejercicio del poder de un Ejecutivo a quien en su época muchos llegaron a denunciar por prácticas consideradas, en los términos norteamericanos, dictatoriales. En ese mismo país el reforzamiento de programas sociales como el llamado Plan Apalachia se utilizó para mitigar la inconformidad proveniente de la guerra de Vietnam.

Otros tantos ejemplos podrían derivarse de las democracias francesa, alemana y británica, en el período de la posguerra. Paradójicamente los instrumentos de bienestar también fueron utilizados por los sistemas totalitarios y dictatoriales, con el propósito de suavizar los efectos del ejercicio negativo del poder.

La aparición, cada día más frecuente y extendida en el mundo, de organismos no gubernamentales, es un síntoma de la crisis de los sistemas representativos. En los ámbitos nacional e internacional, las organizaciones no gubernamentales van teniendo paulatinamente una mayor presencia. Lo que comenzó siendo un novedoso y útil mecanismo para garantizar la participación social en el análisis de problemas y en la definición de soluciones, también expresa la creciente desconfianza de la sociedad hacia sus dirigentes políticos y la erosión de las instituciones representativas concebidas en el período de la ilustración y parcialmente actualizadas en el de la segunda posguerra.

La sociedad política contemporánea plantea desafíos nuevos para la actual generación, pero no para la historia de la humanidad. Tal como se registró en la alta Edad Media hoy existe un importante impulso para constituir centros de poder al margen del poder político del Estado. Esas

formas políticas de expresión tienen carácter gremial, regional, religioso, económico, profesional. Hay una propensión aislacionista en muchos de esos grupos y organizaciones y también se advierte la adopción de posiciones militantes en torno a temas que se sustraen de una agenda general de preocupaciones para convertirse en el centro único de la actividad política. Tal es el caso de los movimientos ecologistas y de su expresión política a través de los partidos verdes.

2. *Estabilidad del poder*

Lipset (pp. 67 y ss.) planteó que la estabilidad de un sistema democrático depende, además del desarrollo económico, de la eficacia y la legitimidad de las instituciones políticas. Con relación a la eficacia apunta su carácter instrumental y subraya que “una democracia estable requiere una tensión relativamente moderada entre las fuerzas políticas en pugna. Y la moderación política está facilitada por la capacidad del sistema para resolver los problemas clave de desarmonía antes de que surjan otros nuevos”.

Como es comprensible, Lipset alude a tensiones y entendimientos de naturaleza estrictamente política. Esos fenómenos se pueden dar y se dan en espacios políticos no regulados, pero también pueden producirse como parte del funcionamiento normal de los sistemas institucionalizados de control. Es el caso de las facultades de control político que ejercen los congresos frente a los órganos de gobierno.

Desde una perspectiva constitucional la eficacia a que alude Lipset como requisito para la estabilidad democrática se puede expresar de varias maneras. Una de ellas, la más convencional, es que los órganos del poder actúen de acuerdo con sus normas de competencia y produzcan los resultados mínimos a que se comprometieron o que de ellos se esperan. En esta medida el ejercicio de los controles no debe entenderse como una acción de bloqueo de la acción del poder, porque conduciría a la pérdida de uno de los factores de estabilidad del sistema constitucional en su conjunto.

Juan Linz (*La quiebra...*, pp. 43 y ss.) se adhiere en este punto a las consideraciones de Lipset, y adiciona la efectividad como elemento que contribuye a la estabilidad de los sistemas democráticos. Sin entrar en el análisis de las categorías efectividad-eficacia, lo cierto es que ambos autores coinciden al apuntar la importancia que tiene para la estabilidad política el cumplimiento satisfactorio de las funciones de los órganos del poder. En su concepto de democracia, por ejemplo, Linz (*La quiebra...*, p. 17) incluye

un elemento que considero central: el derecho para gobernar que corresponde a los líderes una vez que se legitima su acceso al poder mediante la elección.

De acuerdo con lo anterior, podemos entender al control como el conjunto de instrumentos jurídicos y políticos que permiten mantener el equilibrio de las instituciones para evitar que se desvíen de las atribuciones constitucionales que les corresponden, pero sin afectar sus niveles de efectividad.

Uno de los supuestos de una democracia es la posibilidad de la alternación en el poder de los diversos agentes de la lucha política. El mecanismo aceptado para ventilar esa competencia es de naturaleza electoral. A través del sufragio se faculta indirectamente al ciudadano para practicar un voto de confianza o de censura con relación a un partido determinado, con lo que también asume uno de los aspectos del control político.

Cuando se utilizan los instrumentos de control como elemento de combate político el riesgo que se corre no es el de precipitar la caída del gobierno, sino del sistema completo. Existen numerosos ejemplos acerca de cómo la ruptura de los equilibrios institucionales trae aparejado el colapso, sea porque prevalezcan las fuerzas centrípetas y se genere una vigorosa concentración del poder, como ocurrió con la caída de la República de Weimar, sea porque dominen las fuerzas centrífugas y se origine la dispersión del poder, como sucedió con la República española.

La extensión de esa posibilidad depende, en buena medida, de cómo estén estructurados los mecanismos de control. La importancia de los mecanismos de control reside en que son ellos los que posibilitan el funcionamiento equilibrado de las instituciones. Si bien la caracterización de un sistema está asociada a los procedimientos de legitimación (elecciones), a la estructura constitucional de los órganos del poder, y a las normas de competencia que rigen el ejercicio de los órganos del poder, las funciones de control recorren todo el espectro del sistema. Debe determinarse dónde se localizan y cómo se ejercen los controles en el proceso electoral, en el funcionamiento de los órganos del poder y en la relación entre éstos y los gobernados.

A través de las distintas etapas de la historia de las instituciones se puede constatar la presencia constante de mecanismos de control. La conclusión natural permite afirmar que el control es inmanente al poder. Lo que debe analizarse es: *a)* en qué consisten las funciones de control en una democracia constitucional, *b)* dónde están constitucionalmente ubicadas, y *c)* cómo se ejercen formal y materialmente.

3. Teoría de los órdenes

En 1972 Manuel García Pelayo publicó su ensayo *Contribución a la teoría de los órdenes*. Once años después, en la nota preliminar del volumen en que se recogían varios estudios, entre ellos el mencionado, el eminente publicista manifestaba no poder determinar si su trabajo sería útil en un sentido práctico o solamente se trataba de un ejercicio intelectual. “Es algo, agregaba, sobre lo no voy a opinar aquí” (*Idea...*, p. XII). A pesar de que discretamente lo calificó como una “contribución”, lo cierto es que su ensayo contiene una completa teoría de los órdenes. Con apoyo en ella, y para demostrar su utilidad práctica, podemos explicar la intrincada red de relaciones que suponen los controles políticos. En general, esa teoría fue resultado de un detallado conocimiento de las expresiones del poder a partir del estudio de la historia, de la filosofía, del derecho y de la política. Veamos, pues, así sea en grandes trazos, la teoría de García Pelayo y sus relaciones con el fenómeno del control.

García Pelayo entiende por orden “un conjunto constituido por una pluralidad de componentes que cumplen determinadas funciones y ocupan ciertas posiciones con arreglo a un sistema de relaciones relativamente estables o pautadas” (*Idea...*, p. 46). Como se aprecia, el concepto es complejo.

La función está entendida como la actividad de los componentes, y es relevante de acuerdo con los resultados que produce, no con el sustento que la origina o legitima. En el sentido de los resultados, la función puede ser positiva (eufuncional) o negativa (disfuncional). Además, si el resultado alcanzado es el previsto, se habla de una función principal; si es diverso, se habla de una función derivada.

El esquema se complica un poco cuando el autor diferencia entre funciones intencionales y efectivas: “Debe distinguirse, además, entre la función intencional, querida y nominalmente proclamada por un modelo normativo o por un esquema ideológico, y la función efectiva, es decir, su resultado y significación real. Ambas funciones pueden coincidir o no coincidir” (*Idea...*, p. 46). La función relevante para los efectos de la teoría es aquella que produce resultados, por lo que la “intencional” (esto es, la que se queda en la mera intención), no llega a ser significativa. Por su parte la efectividad puede ser general o parcial.

Vista así la primera parte de de la teoría puede pensarse que su utilización en el campo de los controles políticos es posible conforme al siguiente esquema:

Función:

Positiva (A)	Principal (C)	Efectiva (E)
Negativa (B)	Derivada (D)	Inefectiva (F)

El número de combinaciones posibles es, ciertamente, muy elevado. Piénsese, por ejemplo, en una relación típica de control entre los órganos Ejecutivo y Legislativo en un sistema presidencial. Un desempeño ideal de la función se expresaría A+C+E, con lo que se preservaría el equilibrio institucional y se mantendría el dinamismo del sistema. Por el contrario, en el caso de B+D+E, veríamos los máximos efectos posibles de las acciones de bloqueo.

El ejemplo más directo del primer caso se puede apreciar en el ejercicio de la función legislativa: la iniciativa corresponde indistintamente al legislador o al Ejecutivo, pero sólo el legislador puede aprobar la norma y el Ejecutivo promulgarla y aplicarla. En tanto que este proceso se cumpla, estaremos ante funciones positivas, primarias y efectivas.

Por el contrario, con el mismo ejemplo, pensemos que la ley en cuestión corresponde al presupuesto, y que el legislador demora su aprobación o simplemente la rechaza, para poner al gobierno en situación de colapso, el que finalmente se produce. Aquí la función es negativa (la atribución legislativa es para legislar, no para evitar hacerlo), derivada (aunque en ese sistema constitucional no existe moción de censura, en la práctica los efectos de no aprobar el presupuesto pueden ser muy semejantes) y en tanto que se produce el colapso del gobierno, el propósito previsto por los agentes que adoptaron las medidas fue efectivo, pero no lo fueron los controles en su formulación normativa.

García Pelayo distingue también entre las posiciones ordenadoras que se manifiestan a través de funciones condicionantes, y las posiciones ordenadas que lo hacen por medio de funciones condicionadas (*Idea...*, pp. 47 y ss.). Esta distinción es importante, porque de ella se desprende que un orden sea monocéntrico (si sólo existe una posición ordenadora) o pluricéntrico. Éste, a su vez, admite tres posibilidades, según el número de posiciones ordenadoras: duocéntrico, oligocéntrico y multicéntrico (*Idea...*, pp. 54 y ss.).

Para identificar un orden con alguna de esas tres categorías no basta con determinar el número de posiciones ordenadoras, sino que exista o no simetría en las funciones condicionantes realizadas. Incluso en el orden monocéntrico, jerárquico por ende, puede darse una sucesión de intermedios que se encuentran en posiciones supra y subordinadas respectivamente, lo cual por sí solo no convierte al orden en pluricéntrico.

García Pelayo agrega la posibilidad de identificar relaciones mixtas, en que ciertos órdenes mantengan relaciones simétricas entre sí y asimétricas con otros órdenes. Piénsese, por ejemplo, en las relaciones de control en un sistema federal. Aun cuando no exista simetría entre las funciones ordenadoras federales y las funciones ordenadoras federadas, esto no habla más que de la especialización de atribuciones en un orden multicéntrico.

La simetría, por tanto, no consiste en una equivalencia directa de las funciones, que simplemente acarrearía confusión, sino en una diferenciación efectiva que lleva al siguiente desarrollo de la teoría. El orden, continúa García Pelayo, puede ser: *a)* competitivo, *b)* cooperativo, y *c)* jerárquico, traduciéndose en este último caso en relaciones de dominación o de participación.

En un orden monocéntrico sólo se advierten relaciones asimétricas y jerárquicas, en tanto que en cualquiera de las modalidades del pluricéntrico pueden darse, simultáneamente relaciones simétricas y asimétricas de naturaleza competitiva, cooperativa y jerárquica.

Ese punto es relevante para el adecuado diseño constitucional de los controles políticos. Pensemos en el caso de una democracia constitucional con un sistema presidencial. Un esquema bien elaborado reportaría las relaciones de competencia a la lucha entre los partidos políticos, reservaría las de cooperación para las relaciones entre las instituciones y mantendría la jerarquía en el interior de cada una de las instituciones. Habría un conjunto de relaciones regidas por el principio de la simetría y otro por el de la asimetría.

Ahora bien ¿cómo se expresa la relación entre los órdenes? Aun cuando García Pelayo sólo nos habla de que esa relación se establece por medio de reglas convenidas, cuando surgen por decisión de sus participantes, o reconocidas, cuando los participantes se adhieren a reglas ya establecidas (*Idea...*, p. 83), para el propósito de este estudio podemos ampliar el esquema de las reglas. Tanto las convencionales como las reconocidas pueden, a su vez, clasificarse en: *a)* permanentes o transitorias, *b)* generales o especializadas, y *c)* escritas o consuetudinarias.

Las posibilidades de intercambio entre esas categorías son amplísimas. Pueden coexistir reglas reconocidas, permanentes, especializadas y consuetudinarias, como las denominadas de cortesía parlamentaria, con reglas convencionales, transitorias, generales y escritas, como los acuerdos de control para la transición política. La amplitud de esa gama de reglas es lo que singulariza la adaptabilidad de los diversos sistemas constitucionales.

Finalmente García Pelayo aborda el tema de la racionalidad del orden, que puede tomar dos formas: organización u ordenación. Las características distintivas son también relevantes para el efecto de los controles públicos. La organización es un orden estructurado o que pretende ser estructurado por una racionalidad previa a la realidad ordenada, en tanto que la ordenación es un orden estructurado por una racionalidad immanente a la realidad misma (*Idea...*, p. 100).

Como consecuencia de lo anterior, la organización se constituye para la consecución de un objetivo previamente planteado, mientras que en la ordenación no hay planteamiento previo ni del objetivo ni de la secuencia o articulación de los objetivos; "es la praxis misma". Asimismo, la organización pretende ordenar las cosas sometiénolas a un arquetipo, en tanto que el orden carece de modelo previo. La distinción que formula García Pelayo no implica que ambos fenómenos (organización y ordenación) se produzcan siempre por separado.

Los sistemas de control permiten apreciar que hay aspectos que derivan de un modelo y otros que resultan del ejercicio mismo del poder. Esto significa que el ámbito de discrecionalidad en la adopción de un modelo es más o menos limitado, supuesto que no se podría, por ejemplo, adoptar la moción de censura en un sistema presidencial, o negarlo categóricamente en un sistema parlamentario, sin que de manera simultánea se estuviera modificando la esencia de cada uno de los respectivos sistemas.

Lo anterior sugiere que, al analizar las instituciones, se vea lo que les corresponde en tanto que organización y lo que les caracteriza como ordenación, para no incidir en contradicciones que hagan inviable su funcionamiento, o que produzcan la aparición de funciones negativas y derivadas cuyos efectos cancelen o desvien los objetivos previstos y deseados.