

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS, A.C.**



**EL PODER MODERADOR EN AMÉRICA LATINA:  
EL FRACASO DE UNA ALTERNATIVA DE DISEÑO CONSTITUCIONAL.**

**TESIS**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES  
PRESENTA**

**FRANCISCO ANTONIO EISSA BARROSO**

**DIRECTOR DE LA TESIS: GABRIEL L. NEGRETTO PÉREZ.**

**MÉXICO, D.F. DICIEMBRE 2004.**

A mis padres,

A Pau,

## **Agradecimientos.**

Este proyecto derivó de un trabajo realizado durante el semestre de otoño de 2001 en el curso de Historia de las Ideas Políticas II del Dr. José Antonio Aguilar Rivera. Tengo una gran deuda con él por haberme sugerido el tema para realizar mi trabajo de investigación, por haberme animado a dar mis primeros pasos en la investigación de archivo, por sus valiosos comentarios a la versión preliminar de aquel trabajo y por haberme señalado la posibilidad de que fuera el punto de partida para un artículo o para mi tesis.

En la elaboración de aquella primera versión, el Dr. Luis Barrón me ayudó a seleccionar la bibliografía básica y me facilitó una copia del *Discurso* de Sánchez de Tagle, por lo que le estoy muy agradecido. La profesora Josefina Zoraida Vázquez y el Dr. Reinaldo Sordo Cedeño también hicieron sugerencias muy útiles sobre la bibliografía.

El proyecto definitivo del presente trabajo tomó forma gracias a las múltiples sugerencias que hicieron los doctores Allyson Benton y Antonio Ortiz-Mena en el marco de su valioso seminario de titulación. Presenté una versión preliminar del capítulo V en el curso de América Latina Contemporánea de los profesores Guadalupe González y Jorge Schiavon cuyos comentarios así como los de mis compañeros de la generación 1999-2003 de la Licenciatura en Ciencia Política y Relaciones Internacionales del CIDE me fueron de suma utilidad. Recibí, además, una inesperada y gran ayuda de la profesora Anne Hofmann, del Institut Benjamin Constant de la Universidad de Lausana quien no sólo me facilitó las versiones electrónicas de dos artículos sobre la experiencia del poder moderador en Brasil sino que se ofreció a buscarme varias fuentes adicionales sobre la teoría del poder neutro en la obra de Constant y me extendió una invitación para visitar el IBC.

Mención especial merece el Dr. Antonio Annino con quien he disfrutado de un valioso intercambio intelectual desde que realicé mi primer trabajo sobre este tema hasta la

conclusión de la tesis. Me ha resultado imposible dar el crédito correspondiente a las múltiples ideas y aportaciones del Dr. Annino que han quedado reflejadas en el presente trabajo pues son el resultado no sólo de sus comentarios sobre el tema sino de varios años de sincera amistad y de la valiosa oportunidad que me ha dado al trabajar como su asistente.

Quiero agradecer también al Dr. Gabriel L. Negretto por toda su ayuda antes de que se convirtiera en mi director de tesis, durante el Seminario de Diseño y Elección de Instituciones en el semestre de otoño de 2003, y a lo largo de todo este último año. No hay manera de medir la importancia de sus comentarios y de sus ideas. Sin su colaboración este trabajo nunca habría sido lo que es.

Nunca podré agradecer lo suficiente a Bertha Tejeda, de la oficina de préstamo interbibliotecario del CIDE, sin cuya extraordinaria ayuda la realización de éste y muchos otros trabajos me habría costado mucho más tiempo y esfuerzo.

La Fundación Alberto y Dolores Andrade, IAP, financió el trabajo que le dediqué a la tesis durante los primeros seis meses de este año, por ello y por todo el apoyo que me dio en los últimos once años le estaré eternamente agradecido. Quiero agradecer también al Dr. Enrique Florescano por haberme permitido ser su asistente durante los últimos dos años y por la paciencia ejemplar que ha tenido para permitirme terminar este trabajo.

Tengo una inmensa deuda, tanto académica como personal, con la Dra. Clara García Ayuardo por su incondicional apoyo, su confianza, sus incontables favores, sus muy acertados consejos y su acendrada amistad. Su contribución a mi formación académica y mi carrera profesional es invaluable. José Antonio Correa Ibargüengoitia, Esteban Manteca Melgarejo y Gilda Eissa Barroso me han escuchado hablar incesantemente sobre el poder moderador durante los tres últimos años. Por sus valiosas ideas, su tolerancia, apoyo

incondicional y sobre todo por su amistad y los incontables buenos ratos les estoy muy agradecido. Paulina Hoyos M. revisó de cabo a rabo el manuscrito corrigiendo mis infinitos errores e incongruencias, por ello le debo medio millón de comas y acentos; pero sobre todo estaré infinitamente en deuda con ella por la inspiración que me brindó, por su inagotable paciencia cada vez que me desesperaba con el trabajo y estaba ahí para tranquilizarme y volverme a poner en el camino correcto, y más que nada por todo su amor y cariño.

Finalmente quiero agradecer a mis padres por todos sus esfuerzos y sacrificios a lo largo de los últimos 24 años, por siempre haberme animado a dar lo mejor de mí en cualquier cosa que emprendiera y por haberme dado las bases para convertirme en lo que soy. Gracias por su apoyo, su amor y su paciencia. Todo se los debo a ustedes, muchísimas gracias.

Aunque muchas personas intervinieron en la elaboración de este trabajo sobra decir que toda la responsabilidad por sus defectos y errores es enteramente mía.

## Contenido.

<b><u>I. INTRODUCCIÓN.</u></b>	<b>1</b>
<b><u>II. BENJAMIN CONSTANT Y EL PODER MODERADOR: UN ÁRBITRO NEUTRAL PARA EVITAR EL CONFLICTO ENTRE PODERES.</u></b>	<b>9</b>
1. LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO EN LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.	10
2. EL PODER MODERADOR: UN ÁRBITRO QUE MANTENGA A LOS PODERES EN SUS RESPECTIVAS ESFERAS.	12
3. EL PODER NEUTRAL DE BENJAMIN CONSTANT: CÓMO GARANTIZAR QUE EL GUARDIÁN NO ABUSE DE SUS PODERES.	17
<b><u>III. EL PODER MODERADOR EN AMÉRICA LATINA: BOLÍVAR Y LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA.</u></b>	<b>28</b>
1. SIMÓN BOLÍVAR Y EL PODER NEUTRAL: UN ÁRBITRO QUE SEA TAMBIÉN DEFENSOR.	29
2. LOS CHOQUES EXTERNOS Y LOS PODERES DE EMERGENCIA.	36
3. LA TEORÍA DE LA NECESIDAD CIVIL Y LA VETA DE PENSAMIENTO REPUBLICANO EN AMÉRICA LATINA.	38
4. LA PUERTA FALSA DE UN PODER NEUTRAL: INCOMPATIBILIDAD ENTRE FACULTADES DE CONSERVACIÓN Y FACULTADES DE REACCIÓN.	45
<b><u>IV. LA EVOLUCIÓN PRÁCTICA DEL PODER MODERADOR: DOS MODELOS ALTERNATIVOS.</u></b>	<b>52</b>
1. EL MODELO POLÍTICO: EL MONARCA Y LA RESPONSABILIDAD MINISTERIAL.	53
2. EL MODELO JURISDICCIONAL: UN TRIBUNAL MODERADOR.	59
3. LOS DOS MODELOS EN EL ESPEJO: UN PRIMER VISTAZO A LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA.	66
<b><u>V. EL FRACASO DE LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA: BRASIL Y MÉXICO.</u></b>	<b>70</b>
1. EL CASO DE BRASIL: ¿EL REY REINA MAS NO GOBIERNA?	70
2. EL CASO DE MÉXICO: LA INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD NACIONAL Y LA PROVISIÓN DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS.	81
<b><u>VI. EL LEGADO DEL FRACASO: CONSECUENCIAS INSTITUCIONALES.</u></b>	<b>92</b>
1. EL PASO QUE NO SE DIO: DEL PODER MODERADOR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	93
2. MODERAR SIN UN PODER NEUTRAL: EL PRESIDENTE EN AMÉRICA LATINA.	101
<b><u>VII. CONSIDERACIONES FINALES.</u></b>	<b>107</b>

## **I. Introducción.**

Las distintas corrientes de pensamiento constitucional que florecieron en América Latina durante la primera mitad del siglo XIX tenían una característica común. Tomando prestada una frase de Emilio O. Rabasa, podríamos decir que se trataba de intentos concientes de “trasplantar a su medio lo más adelantado del pensamiento [político] del siglo XVIII y lo mejor de las doctrinas constitucionales de la época”.<sup>1</sup> Fue así como la teoría constitucional de Benjamin Constant, y en particular la idea del poder neutral, se difundió ampliamente entre los pensadores de toda la región, en buena medida, a través de la influencia de Simón Bolívar. Sin embargo, al terminar el siglo XIX todos los países que habían experimentado con este modelo constitucional lo habían abandonado.

La popularidad de este modelo, que constituyó una de las vertientes más importantes del constitucionalismo conservador latinoamericano, y el hecho de que ninguna de sus encarnaciones haya sobrevivido al siglo XIX, nos llevan a plantearnos la siguiente pregunta: ¿a qué se debió que los esquemas constitucionales que incluyeron un poder neutral colapsaran (o fueran abandonados) sin lograr evolucionar hacia un modelo constitucional distinto del presidencialismo liberal (que dominó la región a finales del siglo XIX)? Responder a ella no se ofrece como una tarea fácil, particularmente porque la literatura disponible sobre el tema es escasa, la que existe casi no ofrece estudios comparados y, muchas veces, aborda el tema sólo tangencialmente o detrás de grandes prejuicios ideológicos. Además, las fuentes primarias que podrían suplir la ausencia de literatura sobre el tema son inexistentes o muy difíciles de conseguir. Sin embargo, el

---

<sup>1</sup> Emilio O. Rabasa. 1994. *Historia de las Constituciones mexicanas*. Segunda ed. México: UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas., p. 10. Rabasa se refería aquí específicamente a los constituyentes mexicanos de 1823-24, sin embargo la generalización es válida para la gran mayoría de los constitucionalistas latinoamericanos del siglo XIX.

estudio de este modelo constitucional es importante no sólo desde el punto de vista de la historia de las ideas políticas, sino que también tiene importantes repercusiones para el estudio de las instituciones latinoamericanas contemporáneas.

Entender las condiciones bajo las que opera satisfactoriamente el “poder neutral” – al que sería mejor llamar “poder moderador” o “poder conservador” ya que su función es la de moderar los conflictos que pudieran surgir entre las ramas del gobierno, conservando así el equilibrio entre los poderes y el orden constitucional– es de vital importancia, particularmente en un contexto institucional presidencial como el de América Latina. Como señala Juan Linz, en un sistema parlamentario, el jefe de Estado “puede responder a un cambio en la constelación de fuerzas políticas en el parlamento; el poder de disolución o la amenaza de su uso puede llevar a la reestructuración del gobierno en una situación de crisis; y un líder de gobierno que ha fallado puede por lo general ser reemplazado, con su colaboración”.<sup>2</sup> En un sistema presidencial la situación es distinta puesto que el presidente es electo para un periodo fijo y no puede ser removido legítimamente sin incurrir en costos muy altos. En estas condiciones, “cambiar al gobierno en un régimen presidencial cuando el presidente no está dispuesto [...] requiere un rompimiento con las reglas democráticas de elección del jefe del ejecutivo: [por lo tanto,] las crisis de gobierno generalmente se convierten en crisis de régimen”.<sup>3</sup>

En una república presidencial, la falta de un poder neutral o moderador que disfrute de legitimidad democrática como el rey en una monarquía constitucional o el presidente en una república parlamentaria, ocasiona que, como demuestra la experiencia latinoamericana, “los militares frecuentemente asuman la función ‘moderadora’. A menudo [...] instigados

---

<sup>2</sup> Juan J. Linz. 1978. *Crisis, Breakdown, & Reequilibration*. Editado por J. J. Linz y A. Stepan, *The Breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: The John Hopkins University Press, p. 74.

<sup>3</sup> *Idem*.

por una oposición frustrada y [sintiéndose] ‘legitimados’ por provisiones constitucionales que los designan defensores de la constitución”.<sup>4</sup> Sin embargo, esta intervención “implica apartarse del liderazgo democráticamente responsable [...] y con él la desnaturalización y la pérdida de sustancia del proceso democrático” como tal.<sup>5</sup> Algunos constitucionalistas del siglo XIX parecían haber previsto este problema de los sistemas republicanos e intentaron remediarlo creando cuerpos legítimos que ejercieran la función moderadora o conservadora. Estos cuerpos fracasaron, por alguna razón, y esa es la pregunta que ahora nos interesa. Las conclusiones de este trabajo deberían arrojar algo de luz sobre cómo se podría solucionar este problema en los sistemas presidenciales del mundo de hoy.

Por otro lado, Bruce Ackerman, en su artículo “The New Separation of Powers” propone una separación funcional de poderes que implica la creación de cuerpos técnicos especializados en una cierta función gubernativa o administrativa, de manera que dicha función quede fuera de la esfera del conflicto político en manos de un actor presuntamente neutral.<sup>6</sup> En esta misma línea, los creadores de algunas constituciones contemporáneas han tratado de crear cuerpos que moderen entre las fuerzas políticas en un área específica o en otra. Tal es el caso de los poderes electorales neutrales, como el Instituto Federal Electoral en México o los tribunales constitucionales –independientes de las cortes supremas– cuyos miembros son electos por consenso, como en Guatemala, o de las instancias burocráticas encargadas de la jurisdicción contencioso-administrativa. El diseño de estas instituciones, al buscar que desempeñen funciones similares a las que buscaban los constitucionalistas decimonónicos, es susceptible de caer en los mismos errores que ellos cometieron y por lo tanto el estudio de estos también debería resultar benéfico para aquél.

---

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>6</sup> Bruce Ackerman. 2000. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review* 113 (1999-2000).

Desafortunadamente, como ya había mencionado, la experiencia latinoamericana con el poder moderador ha recibido una atención particularmente escasa por parte de los politólogos. La mayoría de los estudiosos que han tratado el tema han sido historiadores o juristas y en no pocas ocasiones han tachado a la idea del poder neutral y sus encarnaciones constitucionales de innovaciones “singular[es] [...] extravagante[s]”,<sup>7</sup> consagradas a lograr que “el poder [...] residi[era] [en un...] órgano de las clases privilegiadas”.<sup>8</sup> Pese a esto, aunque no existe ningún trabajo que trate la experiencia con el poder moderador de forma comparada y suficientemente profunda en toda América Latina, existen algunos estudios que han abordado el tema con seriedad e imparcialidad en alguno o algunos casos particulares. Entre estos, se ha argumentado que los esquemas constitucionales que incluían un poder neutral no lograron evolucionar hacia ningún otro tipo de modelo constitucional porque los cuerpos o individuos que ejercían este poder carecían por completo de poder político y por lo tanto fueron incapaces de moderar en los conflictos entre poderes. Esto ocasionó que dichos regímenes nunca lograran consolidarse haciendo imposible su subsistencia y evolución.

Si el poder moderador fue realmente débil y prácticamente insignificante entonces deberíamos ver que, durante los periodos de vigencia de estas constituciones, los otros poderes luchaban unos contra otros constantemente, ignorando al poder neutral. También esperaríamos que estos regímenes cayeran más o menos rápidamente como resultado de un enfrentamiento fuerte entre el ejecutivo y el legislativo o del abuso constante a las facultades constitucionales de cualquiera de los dos. Es decir, esperaríamos que la

---

<sup>7</sup> Emilio Rabasa. 2002. *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*. 9a ed. México: Porrúa, p. 9.

<sup>8</sup> Jesús Reyes Heróles. 1982. *El liberalismo mejicano*. 3 vols. Vol. 2. México: Fondo de Cultura Económica, p. 228.

participación del poder moderador en la vida política cotidiana fuera completamente nula o irrelevante.

Si, por el contrario, encontramos que constituciones que incluían un poder moderador no sólo rigieron durante periodos más o menos largos sino que además, en la práctica otorgaron un excesivo poder político al poder neutral, entonces podríamos poner en duda esta explicación. La constitución monárquica de Brasil, vigente entre 1824 y 1889, representa precisamente un caso con estas características. Se trata de una constitución que incorporaba el poder moderador, al que de una forma u otra dotaba de poderes políticos extraordinarios y que duró casi 70 años en vigor.

A la luz de estos hechos propongo una nueva explicación sobre la falta de evolución y el colapso de los regímenes con poder moderador. Mi hipótesis es que en América Latina la solución propuesta por la teoría del poder moderador fue abusada. Mientras que en Europa esta institución era pensada como un mecanismo capaz de facilitar el equilibrio entre poderes y con ello la subsistencia del orden constitucional, los latinoamericanos que recurrieron a él creyeron haber encontrado la solución no sólo a los problemas de separación de poderes, sino también a la inestabilidad política y social que amenazaba a sus jóvenes naciones. Siguiendo esta lógica los latinoamericanos, al diseñar sus poderes moderadores, a menudo los dotaron de facultades que les permitían garantizar el orden en situaciones de crisis incluso a costa de la propia constitución, convirtiéndolos entonces en instituciones con propósitos internamente contradictorios. A fin de cuentas, como señaló George Tsebelis, los objetivos de proveer estabilidad —en el sentido de apego a las reglas y conservación del orden institucional— y capacidad de reacción —para responder a

situaciones inesperadas— son opuestos. Se tiene que elegir entre uno y otro, y una institución que pretenda cumplir con ambos está destinada al fracaso.<sup>9</sup>

Desafortunadamente, la falta de atención que ha recibido el tema, incluso desde el punto de vista teórico, es abrumadora. El último gran debate en torno a dicho poder se dio en la Alemania de entre guerras cuando Carl Schmitt argumentaba que el presidente de la república de Weimar debía actuar como poder neutral y defensor de la constitución, a lo que se oponía Hans Kelsen.<sup>10</sup> Desde entonces, el tema parece haber desaparecido del debate académico excepto por algunas alusiones esporádicas y a menudo confinadas a los apéndices, como en el caso arriba citado de Juan Linz. El deplorable estado del campo, por lo tanto, impone ciertas limitaciones y obliga algunos objetivos al trabajo que me propongo realizar.

En primer lugar, mi tesis pretende, por lo menos, llamar la atención de politólogos e historiadores sobre este tema crucial para el diseño institucional que ha sido dejado de lado. Este objetivo implica, desde luego, la definición y el refinamiento de conceptos que han estado acumulando polvo durante mucho tiempo y que han perdido exactitud. También es indispensable realizar una reconstrucción detallada del problema teórico que vamos a tratar y por lo tanto hay que sacrificar un poco el trabajo empírico en pro de un enfoque más bien teórico y descriptivo en la mayor parte del trabajo. Habiendo aclarado esto podemos pasar entonces a la estructura de la tesis.

El primer capítulo ofrece una reconstrucción de la evolución histórica de la idea del poder moderador desde su aparición en Inglaterra en el siglo XVII hasta su formulación más

---

<sup>9</sup> Véase entre otras obras de Tsebelis, George Tsebelis. 2000. Veto Players and Institutional Analysis. *Governance: An International Journal of Policy and Administration* 13 (4), particularmente la sección “Veto players and constitutional design” en las páginas 469-470.

<sup>10</sup> Véase Carl Schmitt. 1998. *La defensa de la Constitución*. Traducción de M. Sánchez Sarto. Editado por P. de Vega. 2a ed. Madrid: Tecnos. y Hans Kelsen. 2002. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de R. J. Brie. Madrid: Tecnos.

elaborada en la teoría desarrollada por Benjamin Constant a principios del siglo XIX. La relevancia de la teoría de Constant radica en que incorporó por primera vez el elemento de neutralidad del poder moderador como garantía de su actuación moderada, y sobre todo en que fue aparentemente la versión más influyente en la América Latina de la primera parte del siglo XIX.

En el segundo capítulo desarrollo la versión bolivariana del poder moderador para demostrar que esta difería de la Constant por lo menos en un aspecto muy particular: Bolívar presentaba una gran preocupación por proteger a la constitución de choques externos<sup>11</sup> mucho mayor que la de Constant. Es decir que, al cruzar el Atlántico, el poder neutral pasó de ser un mero árbitro entre los poderes a ser un defensor de la constitución y del Estado. En este capítulo trato de explicar también el origen teórico de esta preocupación latinoamericana con las situaciones de emergencia. Finalmente argumento que precisamente fue la mezcla de estas facultades con las del poder moderador lo que imposibilitó la institucionalización y evolución de dichos cuerpos en la región.

El capítulo tres analiza el camino que siguieron, en la práctica, dos de las distintas formas en las que se trató de solucionar el problema del equilibrio de poderes. En primer lugar reviso el modelo inglés, que sería el caso paradigmático del poder neutral, en el cual el rey, dotado de legitimidad histórica o tradicional, va renunciando gradualmente a su poder político hasta que se llega a un régimen parlamentario en el que el poder moderador se encuentra completamente fuera de la esfera de la competencia partidista. En segundo lugar me refiero a la versión americana, en la que se trató de eliminar la necesidad de un poder moderador mediante el artificio de los frenos y contrapesos, pero en la que a fin de

---

<sup>11</sup> Al hablar aquí, y en adelante, de “choques externos”, me refiero a choques externos al aparato constitucional, no sólo a choques resultantes de factores internacionales.

cuentas se le terminó otorgando, en la práctica, el poder moderador a la Suprema Corte de Justicia, un actor generalmente reputado como un protector neutral de la constitución.

El cuarto es el capítulo con mayor contenido empírico. En él analizo mi hipótesis a la luz del estudio de dos casos: Brasil, que me ha servido para poner en duda la hipótesis tradicional, y México, uno de los casos más logrados por lo menos en términos teóricos. Sin embargo, cabe mencionar que esta elaboración empírica es sólo un complemento para el argumento teórico y no la parte central del trabajo. De cualquier forma puedo decir que, en ambos casos, el actor que ejerce el poder neutral es un actor constantemente involucrado en la vida política cotidiana mediante acciones cuya constitucionalidad es a menudo cuestionable.

En el último apartado me propongo extraer algunas de las implicaciones de mis hallazgos. En particular, las consecuencias que tuvo el fracaso de los modelos de poder neutral en la experiencia institucional de Latinoamérica. Dos son evidentes.

En primer lugar está el hecho de que rechazar los modelos conservadores, en los que un actor que reclamaba para sí una legitimidad moral o tradicional debía ser el guardián de la constitución, junto con el rechazo de los modelos radicales que asignaban esta función al pueblo, no dejó otra alternativa constitucional que la del presidencialismo liberal que confiaba en el sistema de frenos y contrapesos para mantener el equilibrio. Pero, en segundo lugar, cuando el sistema de frenos y contrapesos se ve en serias dificultades para operar en un contexto de inestabilidad extraconstitucional y de cortes débiles, la función de poder moderador recae en el agente más fuerte y a menudo con mayor legitimidad, es decir, el presidente. El problema es que el presidente, como jefe de partido, se convierte entonces en juez y parte en las crisis de gobierno, y esto lleva a la ya conocida inestabilidad del sistema presidencial en América Latina.

## **II. Benjamin Constant y el poder moderador: un árbitro neutral para evitar el conflicto entre poderes.**

El problema de cómo mantener a los distintos poderes del Estado en equilibrio ha acompañado a la teoría de la separación de poderes casi desde su nacimiento. La necesidad de mantener a los poderes separados ha sido, durante casi tres siglos, un paradigma pocas veces cuestionado, dentro del que todo diseño constitucional debe tener lugar, si el objetivo es crear un gobierno limitado o moderado. Sin embargo, la teoría sólo ofrece ciertos lineamientos que deben seguirse, pero no establece un procedimiento específico que garantice su funcionamiento. Esto ha dado lugar a múltiples debates y a distintas interpretaciones de lo que “separación de poderes” realmente quiere decir. La teoría del poder neutral o moderador es sólo uno de tantos artilugios que se diseñaron, en un momento u otro, para solucionar las fallas de la teoría de la separación de poderes en su versión más general.

Se trata, sin embargo, de un recurso que gozó de una popularidad extraordinaria durante los últimos años del siglo XVIII y los primeros del XIX y que ha llegado hasta nuestros tiempos, si bien de forma algo velada, tras la máscara del control de constitucionalidad. En las páginas siguientes ofrezco un recuento de la historia de esta idea desde sus orígenes en la guerra civil inglesa hasta los primeros años del siglo XIX. La formulación de Benjamin Constant sobre el poder moderador neutral emerge como un momento particularmente importante en la historia de esta idea tanto por la relevancia de su teoría en sí misma, dentro de la historia del poder moderador —ya que su idea de forzar al poder moderador a ser neutral resolvió uno de los problemas fundamentales de la teoría general—, como por la gran influencia que tuvo en los constitucionalistas latinoamericanos de la primera mitad del siglo XIX.

### ***1. La búsqueda del equilibrio en la teoría de la separación de poderes.***

Podemos rastrear, junto M. J. C. Vile, los orígenes de la teoría de la separación de poderes hasta la Grecia clásica y la Roma republicana para darnos cuenta, sin embargo, de que su articulación formal no tuvo lugar sino hasta la guerra civil inglesa.<sup>12</sup> Uno de los antecedentes más directos de la separación de poderes se encuentra en la teoría de la constitución mixta que aparece ya en Aristóteles, se consolida en Roma y llega hasta la Inglaterra del siglo XVII a través de la escolástica medieval. Esta teoría abogaba por un equilibrio entre las partes o clases integrantes de la polis. Su objetivo era evitar que una de estas partes acaparara el gobierno y aniquilara a las otras, y el mecanismo indicado para lograr esto era que todas las partes participaran en las funciones esenciales del gobierno, particularmente en la legislación. Los ingleses del siglo XVI y principios del XVII creían tener una constitución que funcionaba según estos principios, pero los conflictos entre el parlamento y Carlos I, que terminarían en la guerra civil, introdujeron algunas dudas al respecto. Con la eliminación del rey y la Cámara de los Lores, durante el protectorado, la idea de las distintas partes integrantes de la polis interactuando perdió todo su sentido y la manera de evitar un gobierno tiránico se buscó, entonces, en la idea de separar las funciones legislativas de las ejecutivas. La restauración forzó a una especie de amalgama entre las dos teorías y así surgió lo que Vile define como la teoría de la constitución balanceada, una de las versiones más puras de la teoría de la separación de poderes.

Sin embargo, la versión más articulada de la teoría de la separación de poderes no vería la luz sino hasta la primera mitad del siglo XVIII con la obra del Barón de

---

<sup>12</sup> M. J. C. Vile. 1998. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund. La versión que presenta Vile sobre el desarrollo de la teoría de la separación de poderes en los capítulos 2, 3 y 4 de su libro es el argumento central de esta sección, por lo tanto sólo he incluido las referencias cuando se presenta una cita textual.

Montesquieu. En *Del Espíritu de las Leyes*, obra que además fue la principal responsable de la difusión y popularización de la teoría, Montesquieu resumía el argumento en su fórmula ya clásica:

La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta seguridad exista es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro. [...] Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.<sup>13</sup>

Partiendo de esta expresión y algunas otras de finales del siglo XVII y principios del XVIII, Vile establece que la teoría de la separación de poderes en su versión “pura”, sostenía simplemente que:

Es esencial para el establecimiento y mantenimiento de la libertad política que el gobierno esté dividido en tres ramas o departamentos, [...] A cada una de estas ramas le corresponde una función gubernativa claramente identificable, legislativa, ejecutiva o judicial. Cada rama del gobierno debe estar confinada a su propia función sin que se le permita interferir en las funciones de las otras ramas. Más aún, las personas que componen estas agencias de gobierno deben mantenerse separadas y distintas [...] En esta manera cada una de las ramas será un freno a las otras y ningún grupo de gente podrá controlar la maquinaria del Estado.<sup>14</sup>

El contenido de la teoría era, entonces, una receta para evitar la concentración de poder y el uso, o mejor dicho abuso, arbitrario de éste. El problema era precisamente que esta aproximación negativa no especificaba “cómo una agencia, o el grupo de personas que la controla[ban], deb[ía] ser restringida si en realidad intenta[ba] ejercer su poder de manera impropia interfiriendo en las funciones de otra agencia”.<sup>15</sup> Para solucionar esta carencia se

---

<sup>13</sup> Charles Secondat Barón de Montesquieu. 1998. *Del espíritu de las leyes*. Traducción de N. Estévez. México: Porrúa, p. 104.

<sup>14</sup> Vile. *Constitutionalism*, p. 14.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 19.

vuelve indispensable “la adaptación de otras ideas para complementar la teoría de la separación de poderes y, así, modificarla”.<sup>16</sup>

## **2. *El poder moderador: un árbitro que mantenga a los poderes en sus respectivas esferas.***

Los problemas y limitaciones de la teoría de la separación de poderes, que ya habían sido entrevistados en la Inglaterra del siglo XVII, se volvieron especialmente patentes a finales del siglo XVIII cuando americanos y franceses trataron de solucionar los problemas a los que se enfrentaban sus respectivas naciones proponiendo nuevos arreglos constitucionales republicanos que se adaptaran a las enseñanzas de Locke y Montesquieu. Pero aplicar los principios del *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu era más fácilmente dicho que hecho. Casi desde el principio se desarrollaron interpretaciones contrapuestas sobre cómo debía interpretarse la teoría de la separación de poderes y para “finales del siglo XVIII [existían], por lo menos dos interpretaciones distintas: la de *pesos y contrapesos* y la de *límites funcionales*”.<sup>17</sup>

Como señala Bernard Manin, en la corta vida de las constituciones independientes de las trece colonias angloamericanas, entre 1776 y 1787, ya se había visto que “en un sistema de límites funcionales, la legislatura tenía simultáneamente la motivación [...], la capacidad [...], e incluso el pretexto para indebidamente expandir su poder”<sup>18</sup> a costa del ejecutivo y el judicial. Si se quería garantizar la subsistencia de una constitución que se apegara a la teoría de la separación de poderes había entonces que abandonar la versión

---

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> José Antonio Aguilar Rivera. 2000. *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*. México: Fondo de Cultura Económica / CIDE, p. 96.

<sup>18</sup> Bernard Manin. 1994. Checks, balances and boundaries: the separation of powers in the constitutional debate of 1787. En *The Invention of the Modern Republic*, editado por B. Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, p. 50.

más pura de la teoría y buscar una versión modificada que permitiera la coexistencia de los poderes, se necesitaba algún tipo de árbitro.

En la convención de Filadelfia de 1787 se había reconocido claramente esta necesidad, y se plantearon por lo menos dos soluciones alternativas para limitar efectivamente a los tres departamentos del gobierno. Ambas soluciones ya habían sido consideradas por los ingleses en el siglo XVII. La primera, defendida en Estados Unidos por los federalistas, era un mecanismo interno que consistía en “dar injerencia parcial a un poder en los asuntos de los otros [para] crea[r] una estructura de incentivos en la cual no es racional la extralimitación de atribuciones”;<sup>19</sup> es decir, un sistema de pesos y contrapesos; una interpretación muy cercana a la constitución balanceada de la restauración inglesa. La segunda propuesta era crear un árbitro externo, ya que “si una autoridad capaz de castigar las transgresiones a los límites era establecida, una mera distribución funcional del poder podía convertirse en equilibrio”.<sup>20</sup>

Esta idea de un árbitro de la constitución había sido desarrollada en la Inglaterra de la guerra civil y en cierta forma estaba relacionada a la teoría de la constitución mixta. Tras el fracaso del protectorado y el resurgimiento del Partido Incondicional, los republicanos comenzaron a temer que una restauración fuera inevitable, además,

la dominación irrestricta de los Incondicionales después de 1648 había sido vista por una gran mayoría de la gente como un tiranía colectiva [...] Por esto en los años de 1658-60 se ventiló la idea de que debía instituirse un consejo, con los éforos [de Esparta] por modelo, que pudiera controlar al parlamento en dos sentidos: por un lado al frenar las violaciones de los derechos fundamentales del pueblo como la libertad de conciencia, y por el otro al evitar que un parlamento futuro destruyera la constitución republicana votando una restauración de la monarquía.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Aguilar Rivera. *En pos de la quimera*, p. 100.

<sup>20</sup> Manin. *Checks, balances and boundaries*, p. 52.

<sup>21</sup> Wilfried Nippel. *Ancient and modern republicanism: 'mixed constitution' and 'ephors'*. En *The Invention of the Modern Republic*, editado por B. Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, p. 23.

Sin embargo, cuando los ingleses volteaban hacia las constituciones antiguas en busca de mecanismos que pudieran servir para solucionar el problema de la división y abuso de poderes, hacían una lectura muy particular de las dos instituciones que en los ejemplos más clásicos de constitución mixta llamaron su atención: los Eforos espartanos y los Tribunos romanos. Tras la experiencia del breve periodo republicano, ambas instituciones fueron vistas como “metáforas de instrumentos de control que un legislador debía instituir para garantizar que [...] la constitución fuera considerada [...] como un cuerpo legal que no estaba sujeto a alteraciones por actos legislativos simples y que servía simultáneamente para preservar la distribución de las funciones gubernativas según los arreglos del Legislador (Law-giver) así como para proteger los derechos de los individuos”.<sup>22</sup> Así pues, si bien la idea de un poder moderador fue tomada de las constituciones clásicas, su función se transformó desde el principio al punto en que “ahora eran entendidos como instituciones muy distintas de las históricas, especialmente porque ya no se suponía que defendieran intereses particulares ni que participaran en asuntos legislativos y ejecutivos, sino que solamente funcionarían como una especie de corte constitucional que entraría en acción sólo si el orden constitucional estaba en peligro”.<sup>23</sup> Es decir que, para evitar el problema de que el guardián se tuviera que autocontener, se optó por situarlo fuera de los conflictos constitucionales como un mero árbitro que mantendría a los otros poderes en su lugar.

Rescatando este argumento, los anti-federalistas norteamericanos propusieron una suerte de Convenciones Constitucionales que debían ser las encargadas de redactar y enmendar la ley fundamental, pero también debían reaccionar cuando hiciera falta controlar

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 26.

a los poderes y prevenir abusos por parte de la legislatura.<sup>24</sup> Estas convenciones eran expresiones de la idea de que “si se instituía una autoridad capaz de castigar las transgresiones a los límites, una distribución puramente funcional del poder podía convertirse en equilibrio: [pues] ninguna rama estaría dispuesta a desviarse de ella por los costos asociados a tales desviaciones”.<sup>25</sup> Sin embargo, estos órganos fueron duramente criticados por los federalistas; especialmente por Madison quien, en los artículos 49 y 50 de *El Federalista*, señaló con su agudeza característica que recurrir a este procedimiento sería contraproducente por dos razones. En primer lugar, se corría el riesgo, según Madison, de dañar la imagen del gobierno y de la constitución, pues si se recurría al pueblo cada vez que había una violación de la constitución, “cada llamada al pueblo acarrearía una implicación de que había un defecto en el gobierno, [y por lo tanto] frecuentes llamadas privarían, en gran medida, al gobierno de esa veneración que el tiempo imprime a todas las cosas, y sin la cual tal vez el más sabio y libre gobierno no poseería la necesaria estabilidad”.<sup>26</sup> Pero quedaba aún otro problema y era que “las decisiones que probablemente resultarían de tales convenciones no resolverían el problema de mantener el equilibrio constitucional del gobierno”,<sup>27</sup> pues era fácil imaginar que llegarían a ver “sus aptitudes para aplicar la constitución, al mantener a los varios departamentos dentro de sus respectivos límites, [...] como provisiones para alterar la constitución en sí misma”.<sup>28</sup>

Sin embargo, las críticas de los americanos no bastaron para aniquilar la idea.

Algunos años después en 1795, en Francia, el abate Emmanuel-Joseph Sieyès propondría la

---

<sup>24</sup> Sobre las convenciones populares durante la revolución y los primeros años de los Estados Unidos, véase Gordon S. Wood. 1998. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press, pp. 306-343.

<sup>25</sup> Manin. Checks, balances and boundaries, p. 52.

<sup>26</sup> Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. 1961. *The Federalist Papers*. Editado por C. Rossiter. New York: Mentor Books, p. 314.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 317.

creación de una Corte Constitucional (*jurie constitutionnaire*) “que t[uviera] la misión especial de juzgar las reclamaciones que se pu[dieran] hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución [;... que fuera] una salvaguardia a la Constitución, un freno saludable que mant[uviera] a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial”.<sup>29</sup> Para lograr esto el abate pedía

a la *jury constitutionnaire* tres servicios: 1) que vel[ara] efectivamente por la guardia del depósito constitucional; 2) que se ocup[ara], al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que pu[dieran] servir para perfeccionar la Constitución; 3) por último, que ofre[ciera] a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar h[ubiera] olvidado su justa garantía. En otras palabras consider[aba] a la *jury constitutionnaire*: 1) como tribunal de casación en el orden constitucional; 2) como taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución; 3) finalmente, como suplemento de jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva.<sup>30</sup>

Finalmente, en la Constitución del 22 de frimario del año VIII (trece de diciembre de 1799) se incorporaría la idea de un Senado Conservador “un ‘guardián constitucional’ muy semejante al *jury* propuesto por Sieyès”. Este cuerpo “estaba formado por ochenta miembros con una edad mínima de cuarenta años, y sus funciones esenciales consistían en la facultad de anular todos los actos que eran impugnados como inconstitucionales por el tribunal de casación o por el gobierno. En 1804 se ampliarían sus facultades y se le daría también la competencia necesaria para proteger las libertades públicas”.<sup>31</sup> En un principio, el Senado Conservador actuaría como contrapeso a la creciente influencia napoleónica, pero terminaría por desaparecer bajo las críticas y presiones del Emperador.

---

<sup>29</sup> Emmanuel de Sieyès. 1993. *Escritos políticos de Sieyès*. Editado por D. Pantoja Morán. México: Fondo de Cultura Económica, p. 247.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>31</sup> Pablo Mijangos y González. 2003. El primer constitucionalismo conservador. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* XV: p. 262.

Había, sin embargo, un problema que ninguno de estos cuerpos había logrado superar. En palabras de Manin,

[l]a institución de un guardián de la constitución, cualquiera que fuera su forma (ya fuera una convención o una corte constitucional), inevitablemente remitía al problema clásico: ¿quién cuidará al guardián? Un guardián de la constitución es necesariamente el cuerpo constitucional supremo y no puede ser controlado ni castigado por otra autoridad constitucional. Debe por lo tanto limitarse *espontáneamente* al desempeño de sus funciones.<sup>32</sup>

Un sistema constitucional que requiriera de un cuerpo que desempeñara esta función “sólo podía ser aceptado si era razonable esperar que [dicho cuerpo] estuviera motivado por una mera ‘reverencia hacia las leyes’”.<sup>33</sup> Pero una la manera de garantizar esto sólo sería teorizada a principios del siglo XIX por el publicista y político francés Benjamin Constant bajo la figura del poder moderador, dotado de una característica especial de neutralidad.

### ***3. El poder neutral de Benjamin Constant: cómo garantizar que el guardián no abuse de sus poderes.***

La riqueza y complejidad de la obra política de Constant es testimonio de la interesante evolución de su pensamiento, de modo que constituye un cuerpo “a la vez consistente y marcado por una serie de importantes rompimientos y novedosas formulaciones”.<sup>34</sup> A lo largo de su vida, el pensamiento político de Constant “se mantuvo fiel a la meta estratégica de descubrir un sustituto institucional para la autoridad monárquica en tiempos democráticos. Este programa implicaba elecciones orientadas a limitar el poder político, frenar, al mismo tiempo que reconocer, a la democracia y alcanzar la estabilidad, neutralidad y gobernabilidad” necesarias para el buen funcionamiento del Estado.<sup>35</sup> Sin

---

<sup>32</sup> Manin. Checks, balances and boundaries, p. 54.

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> Andreas Kalyvas y Ira Katznelson. 1999. 'We are Modern Men': Benjamin Constant and the Discovery of Immanent Liberalism. *Constellations* 6 (4): p. 516.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 514.

embargo, hay quienes han identificado etapas claramente marcadas en este devenir. Andreas Kalyvas e Ira Katznelson, por ejemplo, hablan de tres etapas principales en el proceso de maduración del pensamiento político de Benjamin Constant que “se movió de una posición inicial republicana, [...] a una orientación puramente liberal, culminando en un híbrido sintético [...] que engloba tres principios de legitimidad aparentemente opuestos: el democrático, el liberal y el tradicional”.<sup>36</sup>

Kalyvas y Katznelson argumentan que la necesidad de contar con un elemento de neutralidad que constituya “una norma externa orientada hacia la regulación de la interacción conflictiva entre ideologías y doctrinas políticas competitivas”,<sup>37</sup> está presente a lo largo de toda la obra de Constant, como hilo conductor. Pero también señalan que la idea de crear una institución que encarne a la neutralidad en la forma de un poder moderador sólo se encuentra presente en la primera y la última faceta de su pensamiento. La primera etapa, intensamente republicana y presumiblemente antimonárquica, se identifica con el manuscrito titulado *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*,<sup>38</sup> en tanto que la fase más madura del pensamiento de Constant quedó plasmada en dos obras fundamentales: los *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution de la France* y la *Collection complète des ouvrages publiés sur le Gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France, formant une espèce de Course de Politique constitutionnelle*.<sup>39</sup> En las páginas siguientes ofrezco una

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 525.

<sup>38</sup> Esta obra no fue publicada durante la vida de Constant, aunque fue escrita entre 1800 y 1803. La primera edición del manuscrito es: Benjamin Constant. 1991. *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*. Editado por H. Grange. Paris: Aubier.

<sup>39</sup> Ambos textos vieron una amplia circulación durante la vida de Constant e incluso fueron traducidos al español y al portugués. En este trabajo utilizare las siguientes ediciones: Benjamin Constant. 2000.

reconstrucción de la idea del poder moderador como fue presentada por Constant en estas dos últimas obras, aunque tomaré algunos elementos de los *Fragments* que complementan la teoría.

Luis Barrón señala que la tradición francesa del poder moderador tiene sus orígenes en “1795 [cuando] la asamblea constitucional [...] enfrentaba el problema de tratar de detener el caos que la Revolución había comenzado”.<sup>40</sup> Identifica, asimismo, a la obra *Réflexions philosophiques sur l'égalité* de Jacques Necker, como una de las primeras en destacar las contradicciones entre la igualdad como principio supremo y el gobierno representativo, que sirvió como punto de partida para las reflexiones que llevaron a Madame de Staël a proponer su jurado constitucional, quizá antecedente directo de la propuesta de Constant. Henri Grange, al reconstruir el linaje de esta idea, identifica, además de las ideas de Necker, la propuesta ya mencionada del *jury constitutionnaire* de Sieyès, quien era amigo cercano tanto de Madame de Staël como de Constant.<sup>41</sup> En cualquier caso, es evidente que “escribiendo en el periodo posterior a la Revolución Francesa” la principal preocupación de Constant era “estabilizar la nueva república en contra de dos orientaciones opuestas pero igualmente peligrosas: la reacción conservadora del *ancien régime* y los impulsos excesivos del partido radical. [Ya que] ambos [según

---

*Principios de Política*. Traducción de A. Cuesta B. México: Gernika. y Benjamin Constant. 1825. *Curso de Política Constitucional*. México / París: Librería de Parmantier.

<sup>40</sup> Luis F. Barrón. 2003. La tradición republicana y el nacimiento del liberalismo en Hispanoamérica después de la Independencia: Bolívar, Lucas Alamán y el 'Poder Conservador'. En *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política.*, editado por J. A. Aguilar Rivera y R. Rojas. México: Fondo de Cultura Económica, p. 254.

<sup>41</sup> Véase Henri Grange. 1991. Introduction. En *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, editado por H. Grange. Paris: Aubier. Constant, por su parte, asegura, en el *Curso de política constitucional*, que él tomó la idea del poder moderador de M. de Clermont Tonnerre (p. 2), aunque Grange sostiene que lo que tomó Constant de Clermont Tonnerre fue sólo la separación entre el poder real y el ejecutivo. Como quiera que sea, tanto el linaje sugerido por Barrón como el que propone Grange no son del todo descabellados, ya que Madame de Staël, su padre Necker y Constant, vivieron durante mucho tiempo juntos en el castillo de Coppet.

Constant], habían fallado al tratar de compensar la falta de una contraparte moderna, estable y efectiva del monarca caído”.<sup>42</sup>

Constant entendía que, de acuerdo con la teoría de la separación de poderes, “[l]os [tres] poderes políticos [...] el ejecutivo, el legislativo y judicial son tres resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general” del cuerpo constitucional.<sup>43</sup> Sin embargo, la experiencia de la Francia posrevolucionaria demostraba que estos poderes no siempre cooperaban y a menudo abusaban unos de otros generando “una arbitrariedad y una tiranía sin límites [...] excesos de las asambleas del pueblo en las repúblicas [...] o del] poder ejecutivo [convertido en] despotismo”.<sup>44</sup> El problema, según lo veía Constant, era que “todos los frenos que [se] h[abían] ensayado contra los distintos poderes [eran] insuficientes para impedir que estos poderes luch[aran] entre sí, [ya] que ninguno [podía] moder[ar] la lucha y ponerle fin” sin destruir a la constitución.<sup>45</sup> Por lo tanto, hacía falta algo más que la mera división de las facultades para asegurar que el edificio constitucional se mantuviera en pie: hacía falta un árbitro moderador.

Un ejemplo de este árbitro moderador se encontraba, según Constant, en la constitución inglesa, donde el rey tenía la función de “poner fin á toda lucha peligrosa, y [...] restablecer la armonía entre los demás poderes”.<sup>46</sup> Constant aseguraba que, en el Reino Unido,

---

<sup>42</sup> Kalyvas y Katznelson. 'We are modern men'. p. 517.

<sup>43</sup> Constant. *Curso de Política Constitucional*, p. 2. En otros pasajes, Constant reconoce la existencia de más poderes que estos. Identifica en el mismo *Curso*, por ejemplo, cinco poderes constitucionales: los tres políticos más el real y el municipal. En los *Principios* había hablado de cinco “poderes en las organizaciones políticas [...] 1. el poder real; 2. el poder ejecutivo; 3. el poder representativo de la continuidad; 4. el poder representativo de la opinión; 5. el poder judicial”; aunque el tercero y el cuarto comparten el ejercicio de la función legislativa (p. 31). A pesar de esta aparente confusión podemos decir, sin temor a equivocarnos que Constant identificaba tres poderes políticos activos –el ejecutivo, el legislativo y el judicial– y uno pasivo –el real, moderador o neutral–.

<sup>44</sup> Constant. *Curso de Política Constitucional*, p. 6. En todas las citas he mantenido la ortografía original.

<sup>45</sup> Constant. *Fragments*, p. 377.

<sup>46</sup> Constant. *Curso de Política Constitucional*, p. 5.

[s]i la acción del poder ejecutivo resulta[ba] peligrosa, el rey destitu[ía] a los ministros. Si la de la Cámara hereditaria resulta[ba] funesta el rey le da[ba] una tendencia nueva mediante la institución de nuevos pares. Si la de la Cámara electiva se vislumbra[ba] amenazante, el rey hac[ía] uso de su veto, o [disolvía] a dicha Cámara. En fin, si la propia actividad del poder judicial e[ra] demasiado represiva en la aplicación de la ley en actos individuales imponiendo penas generales demasiado severas, el rey la modera[ba] mediante su derecho de gracia.<sup>47</sup>

Pero imitar el ejemplo de Inglaterra no era algo sencillo.<sup>48</sup>

La principal complicación era que la fuerza que correspondía al poder moderador “no p[odía] existir en ninguno de los tres [poderes políticos], porque serviría para destruir á los demás; y así, deb[ía] estar fuera, y ser neutra en cierta manera”.<sup>49</sup> Es decir, que el arbitro tenía que ser un guardia neutral que mantuviera el equilibrio constitucional, evitara que los poderes se atacaran unos a otros y al mismo tiempo debía ser “un poder constitucional [...] que no pu[diera] condenar, ni encarcelar, ni despojar, ni proscribir, sino que se limit[ara] a quitar el poder a los hombre y a las asambleas que no s[upieran] ejercerlo más tiempo sin peligro”.<sup>50</sup>

Para lograr esto, era indispensable depositar el poder moderador en un cuerpo, individual o colectivo, cuyos intereses se combinaran de tal forma “que su ventaja más evidente, más perdurable y más segura consist[iera] en que cada [poder] t[uviera] límites a sus atribuciones respectivas”.<sup>51</sup> Es decir que, el poder moderador no debía tener “interés en deshacer el equilibrio, sino, al contrario, [el] máximo interés en conservarlo”;<sup>52</sup> debía

---

<sup>47</sup> Constant. *Principios de Política*, p. 32.

<sup>48</sup> Vale la pena mencionar, aunque sea sólo de pasada, que Constant no fue el primero en ver en la figura del monarca a una suerte de poder moderador. Aunque en forma mucho menos teorizada, Rousseau ya había apuntado en esta dirección cuando en 1771 había sugerido que el rey de Polonia, privado por distintas reformas de “los medios de dañar y seducir [...] conservar[a] el orden y la tranquilidad del Estado” (Jean Jacques Rousseau. 1988. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma. En *Proyecto de Constitución para Córcega / Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Madrid: Tecnos, p. 100.)

<sup>49</sup> Constant. *Curso de Política Constitucional*, pp. 2-3.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 26-27.

<sup>52</sup> Constant. *Principios de Política*, p. 31.

tratarse de un individuo o grupo de individuos que no dependiera de nadie, cuyo interés fundamental estuviera en “el mantenimiento de la constitución que los honra y los enriquece”.<sup>53</sup>

En los *Fragments*, Constant recurría a un intrincado sistema de nominación y al carácter vitalicio del cargo para garantizar que los miembros del *pouvoir préservateur* alcanzaran la neutralidad indispensable a su función. En los *Principios* y el *Curso de política constitucional*, en cambio, asignaba la función moderadora a un monarca constitucional confiando en que “el rey, en un país libre, es un ser aparte, superior a la diversidad de opiniones, [...] sin poder jamás entrar en la condición común, inaccesible, en consecuencia, a todas las pasiones que tal condición hace nacer y a todas las que la perspectiva de volver a ella alienta en el corazón de los agentes que están investidos de una potestad momentánea”.<sup>54</sup>

Constant concluía, entonces, que la neutralidad era una característica indispensable del poder moderador, ya que sólo mediante esta le era posible colocarse

por encima de las turbulencias humanas, [al mismo tiempo que se ubicaba] en el seno mismo de los disentimientos, sin los cuales ninguna libertad es posible, [y constituir] una esfera inviolable de seguridad, de majestad, de imparcialidad que permite el despliegue de esos disentimientos sin ningún peligro siempre que no excedan ciertos límites, y que, cuando aquel se perfila, le pon[e] término por medios legales, constitucionales y no arbitrarios.<sup>55</sup>

Kalyvas y Katznelson aseguran que la diferencia fundamental entre las versiones del poder moderador de la primera y tercera etapas del pensamiento constantiano es, que en los *Principios* y el *Curso de política constitucional*, “el rey no puede pasar por encima de la

---

<sup>53</sup> Constant. *Fragments*, p. 439.

<sup>54</sup> Constant. *Principios de Política*, pp. 34-35. Cabe mencionar que, tanto en los *Principios* como en el *Curso de política constitucional*, Constant rechaza la posibilidad, que había abrazado en los *Fragments*, de crear un poder neutral en una república ya que, según él, mantener la separación entre el poder neutral y el ejecutivo se vuelve imposible cuando el único principio legitimador es la elección popular. Queda la duda, sin embargo, de qué tan convencido de esto estaba Constant, pues muchos de quienes han estudiado su obra creen que fue republicano hasta el final y sólo abrazó la monarquía constitucional por fines prácticos. Véase *infra* pp. 27-28.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 35.

constitución. Sus intervenciones deben siempre mantenerse dentro de los límites delineados por las normas y provisiones constitucionales”,<sup>56</sup> en tanto que en los *Fragments*, el *pouvoir préservateru* debía encontrarse “libre de toda norma existente, debía, de hecho, ser un poder ‘discrecional’ ubicado por encima de los arreglos constitucionales existentes, de manera que su capacidad quedara asegurada por la ausencia de garantías constitucionales en su contra”.<sup>57</sup> Esta diferencia, sin embargo, parece difícil de sostener a la luz de los principios que eran más importantes para Constant y de los comentarios de la mayoría de quienes han estudiado su obra.

Como bien señalan Tzvetan Todorov, Lourdes Quintanilla y Henri Grange, entre otros, para el propio Constant las obras que Kalyvas y Katznelson señalan como representativas del primer y segundo periodo de su pensamiento son en realidad partes complementarias de un mismo ‘gran tratado’. En 1810, al preparar algunas correcciones y adiciones para los *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* (1802-1806), obra que Kalyvas y Katznelson consideran representativa del segundo periodo “puramente liberal”, Constant escribió que “[e]ste escrito contenía originalmente dos partes: las instituciones políticas y los derechos de los individuos, en otras palabras, los modos de garantizarla y los principios de la libertad”. Pero añadía inmediatamente “he retirado de mi obra todo aquello que tenía que ver con las formas de gobierno. [Pues ya] he tratado este tema en toda su extensión”; y como prueba presentaba una larga lista de títulos de capítulos que coincide prácticamente a la perfección con el índice de los *Fragments* (1800-1803), obra distintiva del primer periodo según Kalyvas y Katznelson.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Kalyvas y Katznelson. 'We are modern men'. pp. 529-530.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 521.

<sup>58</sup> Citado en Grange. Introduction, pp. 19-20. Véase también Lourdes Quintanilla Obregón. 1998. Benjamin Constant: La fragilidad política. Tesis de Doctorado, Facultad de Ciencias Políticas, UNAM, México. y

Al reconocer la complementariedad entre estas dos obras, la aseveración de Kalyvas y Katznelson sobre cómo en los *Fragments* el poder neutral se encontraba por encima de todos los preceptos constitucionales se vuelve imposible de sostener. Uno de los axiomas del pensamiento de Constant, que lo acompañó a lo largo de toda su vida, encuentra una de sus primeras expresiones precisamente en los *Fragments*: el “hombre es anterior a la sociedad, [y] tiene derechos anteriores a toda asociación”, derechos cuya protección debe ser el fundamento de toda organización política.<sup>59</sup> Por lo tanto ningún poder, ni siquiera el poder moderador, podía estar por encima de estos “principios fundamentales” ya que si “para que el poder moderador esté revestido de un poder discrecional con respecto a los otros poderes políticos, uno lo inviste de una prerrogativa paralela a la de los individuos, en ese mismo acto uno crea la institución más execrable, el instrumento de todos los odios, el anunciador de todas las tiranías”.<sup>60</sup> A fin de cuentas, como señala Biancamaria Fontana, Constant insistió incesantemente a lo largo de toda su obra en que “‘división de poderes’ significa –debe significar—la división de un poder que ya era en sí mismo limitado”. La división de poderes que el poder moderador debía garantizar “estaba encaminada a evitar que cada uno [de los poderes constituidos] abusara de los otros. Pero si la suma total de sus poderes era ilimitada, si juntos podían cometer cualquier abuso, nada evitaría que unieran fuerzas para oprimir a los súbditos”,<sup>61</sup> por lo tanto ningún poder podía estar por encima de los principios fundamentales, los derechos, de cada individuo.

---

Tzvetan Todorov. 1999. *A passion for democracy*. Nueva York: Algora Pub. Nótese también que los periodos de elaboración de estas dos obras se traslapan, lo que hace difícil pensar en que pertenezcan a etapas de pensamiento significativamente distintas.

<sup>59</sup>Constant. *Fragments*, pp. 400-401.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>61</sup> Biancamaría Fontana. 1991. *Benjamin Constant and the post-revolutionary mind*. New Haven: Yale University Press, p. 59.

Habiendo desechado esta objeción, podemos entonces preguntarnos si existía alguna otra diferencia entre las dos encarnaciones del poder moderador teorizadas por Constant. En mi opinión la respuesta es No. Ya hemos visto que la Monarquía Británica sirvió de modelo a Constant en los *Principios de Política* y el *Curso de Política Constitucional*, también lo hizo en los *Fragments*. Como señala Grange: “[p]ara crear su tercer engranaje, el autor de los *Fragments* no hizo más que conformar su proyecto de constitución republicana al modelo que le ofrecía la constitución inglesa”,<sup>62</sup> y el mismo Constant reconocía que “el poder preservador deb[ía] ser eso que es el poder monárquico en Inglaterra, con las diferencias exigidas por la naturaleza del gobierno republicano”.<sup>63</sup>

Pero queda la diferencia más evidente: mientras que en los *Fragments* Constant propone un poder moderador con forma de una asamblea electa, tanto en los *Principios* como en el *Curso* lo define como una institución unipersonal y hereditaria, un monarca. Sin embargo, este problema tampoco ofrece muchas dificultades para ser sobrepasado. Hemos dicho ya que los *Fragments* junto con el primer *Principes* constituían, en la visión de Constant, un “gran tratado”, es decir, se trataba de reflexiones sobre los principios abstractos de la organización política. La naturaleza de los *Principios* de 1815 y del *Curso de Política Constitucional* es significativamente distinta. Los *Principios* de 1815 eran un comentario al *Acta Adicional*, preparada por el mismo Constant para el imperio de los 100 días.<sup>64</sup> De igual forma, el *Curso* se refería en particular a la constitución francesa durante la restauración y no a un cuerpo abstracto en una nación abstracta.

---

<sup>62</sup> Grange. Introduction, p. 53.

<sup>63</sup> Constant. *Fragments*, p. 403.

<sup>64</sup> Véase Quintanilla Obregón. Benjamin Constant: La fragilidad política, pp. 46-66. El texto del Acta puede ser consultado en L'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815. 1995. En *Les Constitutions de la France depuis 1789*, editado por J. Godechot. Paris: GF Flammarion.

A fin de cuentas, “Constant demostró una marcada preferencia por las instituciones republicanas, en tanto que su modelo político estaba basado en la soberanía popular, la abolición de los privilegios hereditarios y la igualdad política [y] [e]n este respecto no hay ningún cambio detectable en su posición teórica desde sus primeros escritos hasta la restauración”.<sup>65</sup> Pero al mismo tiempo, como el hombre práctico que era, nunca dejó de reconocer que las instituciones existentes siempre tenían la ventaja de ya estar ahí y no necesitar ser creadas a partir de la nada. Así pues, “Constant estaba de acuerdo en que en la práctica a menudo resultaría difícil crear *ex novo* alguna institución que encajara con la descripción ideal del poder neutral. Cuando no era posible, [...] era mejor conferir [estas facultades] a una institución tradicional existente —como una monarquía o una cámara hereditaria— en lugar de no tener ningún tipo de poder moderador”.<sup>66</sup> Después de todo, mientras no existiera “un hombre o un cuerpo cuyo interés fuera distinto del de los gobernantes, es decir, tan comprometido con la libertad como los gobernados; pero también distinto del de la maza de los ciudadanos, por lo tanto tan preocupado por la estabilidad como los gobernantes mismos [...] ninguna institución, cuerpo o magistratura representaría a un poder independiente” y los ciudadanos jamás podrían ser libres.<sup>67</sup>

Así, la teoría de Benjamin Constant sobre el poder neutro o preservador llegó a representar el punto más avanzado de la evolución teórica de la idea de un poder moderador hasta el siglo XIX: un agente encargado de mantener a los poderes activos de la constitución dentro de sus esferas constitucionalmente establecidas. El poder real o preservador de Constant, era simplemente un órgano neutral, cuya capacidad de acción era predominantemente

---

<sup>65</sup> Fontana. *Benjamin Constant and the post-revolutionary mind*, p. 65.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 63.

reactiva, y cuya función última era la protección de los derechos y garantías individuales contenidas en la constitución mediante el control de los actos del gobierno —incluyendo tanto a la legislación y la judicatura como al ejecutivo— que pudieran violar el principio de separación de poderes o cualquier otro contenido en la ley fundamental para limitar al gobierno.

Habiendo explicado en detalle la teoría detrás de la idea de un poder moderador y particularmente la construcción del poder neutral de Constant, podemos ahora voltear hacia la experiencia latinoamericana con dicha teoría para entender, antes que otra cosa, qué particularidades tenía la visión de Bolívar y otros latinoamericanos de dicho poder. A fin de cuentas, esto constituye el punto de partida esencial para descubrir las causas que llevaron al fracaso a todas las constituciones de la región que incorporaron explícitamente un poder moderador.

### III. El poder moderador en América Latina: Bolívar y las situaciones de emergencia.

Entre los pocos trabajos que han abordado la cuestión del poder moderador en América Latina, la mayoría comete un error significativo al asumir que la versión latinoamericana era equivalente a la ideada por Benjamin Constant. Por ejemplo, Luis Barrón asegura, refiriéndose a la constitución boliviana de 1826, que “Bolívar siguió [...] el diseño de Constant para un cuarto poder político [...muy] de cerca: creó la ‘Cámara de los Censores’, equivalente al poder conservador [que...] tenía casi todos los atributos que Constant había propuesto”.<sup>68</sup> Y luego, hablando sobre la constitución mexicana de 1836 insiste en la similitud diciendo que “Lucas Alamán y Sánchez de Tagle siguieron casi al pie de la letra a Constant. Propusieron al congreso un poder conservador que sería ‘neutral’ [...] siguiendo a Constant hasta en la terminología”.<sup>69</sup>

En este capítulo, sin embargo, sostengo que la similitud entre las propuestas francesa y latinoamericanas para crear un poder neutral es sólo aparente. En el capítulo anterior revisé a fondo la teoría constantiana del poder real o neutral, ahora procedo a un detallado análisis de las ideas desarrolladas por Simón Bolívar en torno al poder moderador. Mi objetivo es demostrar que la versión bolivariana del poder neutral difiere de la de Constant por lo menos en un aspecto muy particular: Bolívar demuestra una preocupación por proteger a la constitución de choques externos<sup>70</sup> mucho mayor que la de Constant. Es decir que, al cruzar el Atlántico, el poder neutral pasó de ser un mero árbitro entre los poderes a ser un agente encargado de la protección de la constitución hacia adentro del Estado y del Estado hacia fuera de éste. Presumiblemente, esta complicación en el rol del

---

<sup>68</sup> Barrón. La tradición republicana, p. 276.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 280.

<sup>70</sup> Como mencioné en la introducción, al hablar aquí de “choques externos” me refiero a choques externos al aparato constitucional, no sólo a choques resultantes de factores internacionales.

poder neutral contribuyó de manera significativa a volver francamente inoperante una institución que ya de por sí requería de un equilibrio institucional muy delicado y de circunstancias políticas muy particulares para sobrevivir en un contexto republicano.

### ***1. Simón Bolívar y el poder neutral: un árbitro que sea también defensor.***

Al mismo tiempo que Constant escribía en Francia, en América Latina se libraban las guerras de independencia y las jóvenes naciones se enfrentaban a la difícil tarea de constituirse a sí mismas. Entre los personajes que jugaron un papel más importante, tanto en la guerra misma como en el proceso de formación de los nuevos Estados, destacó Simón Bolívar, máximo héroe libertador de la América meridional.

El pensamiento político de Bolívar es rico y sumamente complejo; algunos autores dividen su evolución hasta en seis etapas. Pero, al igual que en el caso de Constant, el pensamiento político de Bolívar tiene ciertos hilos conductores que corren a lo largo de toda su obra; hilos que, además, parecen confluír bastante a menudo con los que articulaban el pensamiento del publicista francés. Junto con los pensadores de la Francia posrevolucionaria, Bolívar reconocía que “[e]l gran problema de una República es, ciertamente, la *igualdad*, [...] ¿cómo lograrla en ‘[una] *sociedad heterogénea*’ [?] [...] ¿Cómo asegurar libertad e igualdad sin mengua de ‘la *seguridad* y la *estabilidad*’?”<sup>71</sup> Si este problema era importante para los franceses que buscaban una salida al caos revolucionario, era de crucial importancia en el contexto del pensamiento bolivariano cuya principal preocupación era “cómo organizar sólida y eficientemente las nuevas sociedades

---

<sup>71</sup> Manuel Fraga Iribarne. 1962. La evolución de las ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado, y sus relaciones. En *El Pensamiento Constitucional de Latinoamérica; 1810-1830*, editado por Academia Nacional de la Historia. Madrid: Ediciones Guadarrama, p. 81. Énfasis en el original.

americanas”.<sup>72</sup> La respuesta de Bolívar era también muy parecida a la de Constant, era la respuesta “del estadista que aplica los [...] principios de unidad, estabilidad y eficiencia a la organización política definitiva, y cuya fórmula es la de una República conservadora, bajo la dirección de una élite intelectual y moral”.<sup>73</sup>

Hay, sin embargo, diferencias importantes entre ambos pensadores; diferencias impuestas por el contexto en el que cada uno escribió. Quizá una de las más notables sea el hecho de que Constant podía, como a fin de cuentas hizo, recurrir a la monarquía constitucional como alternativa para reintroducir el principio de legitimidad y garantizar la neutralidad del poder moderador en el edificio constitucional. Para Bolívar, en cambio, esta alternativa estaba cerrada. Casi toda la América española “amando lo más útil, animada de lo más justo y aspirando a lo más perfecto al separase [...] de la nación española, ha[bía] recobrado su independencia, su libertad, [...] su soberanía nacional [y] [c]onstituyéndose en [...] república[s] democrática[s], [había] proscrito la monarquía”.<sup>74</sup> Como señala Anthony Pagden, “los nuevos estados americanos sólo podían ser constituidos formalmente como repúblicas, porque, en el vacío político y moral que había seguido inevitablemente al colapso del gobierno español, sólo una república podía crear el tipo de sociedad [...] al que hombres libres podían ofrecer su fidelidad voluntariamente”.<sup>75</sup>

Esto, sin embargo, no le impedía a Bolívar voltear, junto con Constant, hacia Inglaterra en busca de un modelo “que h[ubiera] reunido a un tiempo poder, prosperidad y

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>73</sup> Víctor Andrés Belaundé. 1938. *Bolívar and the political thought of the Spanish American Revolution*. Citado en Fraga Iribarne. La evolución de las ideas de Bolívar, p. 76.

<sup>74</sup> Simón Bolívar. 1999c. Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, día de su instalación. En *Escritos Políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa, p. 121.

<sup>75</sup> Anthony Pagden. 1990. *Spanish Imperialism and the Political Imagination*. New Haven: Yale University Press, p. 136.

permanencia”.<sup>76</sup> Pero cualquier imitación tenía fuertes limitaciones. Lo más que Bolívar podía soñar era un sistema en el que “en lugar de un rey h[ubiera] un poder ejecutivo electivo, cuando más vitalicio, y jamás hereditario [...], una cámara o senado [...] hereditario, que en las tempestades políticas se inter[pusiera] entre las olas populares y los rayos del gobierno, y un cuerpo legislativo, de libre elección”.<sup>77</sup>

Así pues, Bolívar encontró también en Inglaterra un tipo de árbitro moderador que limitaba los conflictos entre la cámara legislativa, representante de la voluntad popular, y el gobierno, encarnado en el poder ejecutivo. Pero, a diferencia de Constant y como parecía haber hecho Montesquieu, vio este árbitro en la Cámara de los Lores y no en el rey.<sup>78</sup> Esta institución pasó inmediatamente a formar parte fundamental de la propuesta constitucional de Bolívar, a la que Manuel Fraga Iribarne describe como compuesta por un “Poder Ejecutivo fuerte, preferiblemente vitalicio; un cuerpo hereditario, de carácter intermediario entre gobernantes y gobernador; una Cámara popular. En definitiva, una constitución mixta, en la mejor tradición romana”.<sup>79</sup> Bolívar trató de poner este modelo en práctica en por lo menos dos ocasiones: la constitución venezolana de 1819, también llamada de “la Angostura”, y la constitución boliviana de 1826, apodada la “Constitución vitalicia”.

---

<sup>76</sup> Bolívar. Discurso de Angostura, p. 121.

<sup>77</sup> Simón Bolívar. 1999a. Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla. En *Escritos Políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa, p. 86. Este documento es la, a menudo llamada, “Carta desde Jamaica”.

<sup>78</sup> Luis Barrón asegura que Bolívar viajó a Francia a principios del siglo XIX y que ahí “tuv[o] oportunidad de leer la obra de Constant, a quien [...] también conoc[ió]” (p.269). Si esto es cierto, Bolívar debió haber conocido al filósofo francés durante la época en que éste preparaba los *Fragments*; de ahí quizá deriven algunas de las similitudes entre las cámaras moderadoras de Bolívar y el *pouvoir préservateur* de Constant. Sin embargo, no tengo pruebas contundentes al respecto. Por otro lado, Anthony Pagden cita entre los “autores favoritos, y los que más claramente influyeron su pensamiento político [de Bolívar] [...] [a] Filangieri (con el comentario de Constant)”, que fue publicado entre 1822 y 1824, después de la aparición tanto de los *Principios* como del *Curso de Política Constitucional*. Véase Pagden. *Spanish Imperialism*, p. 168. Nota 1. Casi no hay duda de que Bolívar leyó a Constant, el origen de sus cámaras moderadoras, sin embargo, sigue siendo algo dudoso.

<sup>79</sup> Fraga Iribarne. La evolución de las ideas de Bolívar, p. 79.

En su “Discurso de la Angostura” Bolívar, en una argumentación que parece sacada directamente de Constant, reconoce como algo indispensable el que “en todos los gobierno exista un cuerpo neutro que se ponga siempre de parte del ofendido y desarme al ofensor. Este cuerpo neutro para que pueda ser tal no ha de deber su origen a la elección del gobierno, ni a la del pueblo, de modo que goce de una plenitud de independencia que ni tema, ni espere nada de estas dos fuentes de autoridad”.<sup>80</sup> Este cuerpo debería adoptar la forma de un senado que “en las tempestades políticas pararía los rayos del gobierno y rechazaría las olas populares”<sup>81</sup> y cuya neutralidad estaría garantizada por su carácter hereditario. Este Senado consagraría “a los más destacados de la generación de los libertadores [...] perpetuando[los] [...] y apartándolo[s] de la lucha civil”,<sup>82</sup> dándoles un estatus muy similar al que, según Constant, disfruta el rey y del que emana su neutralidad. “El Senado sería de este modo un ‘institución moderada’, y, por lo mismo, *moderadora*, destinada a templar la ‘democracia absoluta’”.<sup>83</sup>

El poder moderador encarnado en un senado neutral sería la piedra angular de la constitución de Venezuela o, por lo menos, eso pensaba Bolívar. Estaba seguro de que “[e]n todas las luchas la calma de un tercero viene a ser el órgano de la reconciliación, así el senado de Venezuela ser[ía] la traba de este edificio delicado y harto susceptible de impresiones violentas, ser[ía] el Iris que calmar[ía] las tempestades y mantendr[ía] la armonía entre la cabeza y los miembros del cuerpo”.<sup>84</sup> Desafortunadamente para Bolívar esta constitución casi no estuvo en vigor, pero eso no implicó que el Libertador se diera por

---

<sup>80</sup> Bolívar. Discurso de Angostura, p. 127.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> Fraga Iribarne. La evolución de las ideas de Bolívar, p. 82.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p.83. Énfasis en el original.

<sup>84</sup> Bolívar. Discurso de Angostura, p. 128.

vencido, al contrario, volvería a intentarlo unos años más tarde en la recién formada república que llevaba su nombre.

La constitución boliviana de 1826 mantenía una estructura muy similar al senado de la constitución de la Angostura a la que Bolívar dio el nombre de Cámara de Censores y era, según Luis Barrón, “equivalente al poder conservador” de Constant.<sup>85</sup> Las atribuciones de dicho cuerpo eran muy similares a las del poder real: “[l]os censores serían elegidos para toda la vida, estarían a cargo de la revisión judicial de las leyes y podrían pedir al Senado que despidiera al vicepresidente y a los ministros (es decir, el poder ejecutivo), pero no podía disolver la asamblea legislativa”,<sup>86</sup> ni conceder indultos.

Pero la constitución vitalicia incluía otra innovación, de la que, de hecho, tomó su nombre. Se trataba de un presidente vitalicio que “v[enía] a ser [...] como el sol que, firme en su centro, da vida al universo. Esta suprema autoridad deb[ía] ser perpetua, porque en los sistemas sin jerarquías [es decir, en las repúblicas] se necesita[ba] más que en otros, un punto fijo alrededor del cual gir[asen] los magistrados y los ciudadanos, los hombres y las cosas”.<sup>87</sup> Este presidente vitalicio también tenía un carácter neutral ya que “[s]e le ha[bía] cortado la cabeza para que nadie tem[iera] sus intenciones, y se le ha[bían] ligado las manos para que a nadie dañ[ara]”.<sup>88</sup> Bolívar lograba esto separando el poder ejecutivo del neutral de la misma forma en que Constant lo había hecho: estableciendo un ministerio responsable. Así pues, al presidente no le quedaban más que las facultades para nombrar a los “empleados de hacienda, paz y guerra [y] manda[r] el ejército”, en tanto que “[l]a administración pertenec[ía] toda al Ministerio, responsable a los censores, y sujeto a la

---

<sup>85</sup> Barrón. La tradición republicana, p. 276.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 276-277.

<sup>87</sup> Simón Bolívar. 1999b. Discurso del libertador al congreso constituyente de Bolivia. En *Escritos Políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa, p. 197.

<sup>88</sup> *Idem*.

vigilancia celosa de todos los legisladores, magistrados, jueces y ciudadanos”.<sup>89</sup> Esta institución de un presidente vitalicio fue duramente criticada por los contemporáneos de Bolívar que la acusaban de tiránica y despótica.<sup>90</sup> Sin embargo “él, y también la Comisión de Negocios Constitucionales de Bolivia, en su dictamen, vieron en el Presidente vitalicio, [...] ‘aquel poder neutro o intermediario tan aplaudido por los escritores modernos, para mantener el equilibrio de los otros’”.<sup>91</sup>

Efectivamente, en la constitución de Bolivia, Bolívar “dividió [...] lo que Constant había llamado poder ‘neutral’ o ‘real’ entre el presidente y los censores, equilibrando el poder entre las diferentes ramas del gobierno para evitar la tiranía”.<sup>92</sup> Pero al mismo tiempo lograba otro fin: constituía en el presidente, a cuyo mando directo se encontraba el

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>90</sup> Los observadores de la Constitución de Bolivia de 1826, desde sus contemporáneos hasta nuestros días, “han sido obsesionados por el proyecto de la presidencia vitalicia; lo que les indujo a denunciar la tendencia del Libertador a la monarquía o a una monarquía disfrazada” (Charles Minguet. 1993. Democracia y poder en el pensamiento político de Simón Bolívar. En *Bolívar y el Mundo de los Libertadores*, editado por C. Minguet, et al. México: UNAM - Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, p. 12.). Los distintos autores que han tratado el tema del pensamiento político de Bolívar se encuentran divididos entre los que, como Luis Alberto Cabrales y S. de Madariaga, pensaron que “Bolívar fue un convencido monarquista, y que sólo las circunstancias le hicieron adoptar un sistema republicano aristocrático” (Citado en Fraga Iribarne. La evolución de las ideas de Bolívar. p. 114), y los que como el propio Fraga Iribarne y C. Parra-Pérez aseguran que “[h]ay una cosa que puede darse por cierta: y es que Bolívar jamás pensó en tomar para sí una corona imperial o real” (Citado en *Ibidem*, p. 116). Desafortunadamente, este debate se ha centrado casi en su totalidad en torno a la aspiración de Bolívar por una corona ignorando las manifestaciones que pudieran tener lugar en sus proyectos constitucionales. Los pocos que han llamado la atención sobre este punto como Charles Minguet terminan, generalmente, desviándose del problema para discutir el mayor riesgo representado por el ‘poder moral’ o la ‘dictadura’. Lo cierto es que, a fin de cuentas, Bresson el ministro francés en Bolivia, en 1826, no exageraba al reportar a su gobierno que “[l]a Constitución que se da, que he visto y que enviaré a V.E., es la nuestra poco más o menos, sin el nombre de Rey” (Citado en *Ibidem*, p. 115). El texto de la constitución deja poco espacio para dudas: Bolívar estaba sin duda llevando al límite la idea de constituir a las nuevas naciones con una estructura “formalmente republicana”, pero conciente de las ventajas derivadas del modelo Británico, intentó construir una monarquía no hereditaria basada en los principios de soberanía popular e igualdad entre los ciudadanos. Sin embargo, me parece que esta elección no constituía un paso hacia su propia coronación ni mucho menos, para Bolívar era claro que una monarquía tal cual no sólo no sería aceptada por sus conciudadanos, sino que, además sería impracticable en una sociedad cuya aristocracia era “miserable [...] y cubierta de pobreza e ignorancia” (Citado en Pagden. *Spanish Imperialism*, p. 136.). Si Bolívar optó por una monarquía disfrazada, lo hizo en mi opinión por razones de diseño constitucional. Ya que la república había demostrado su inestabilidad en las dos primeras constituciones venezolanas y la monarquía no era una alternativa viable, la solución debía ser un camino intermedio: una república con instituciones cuasi monárquicas.

<sup>91</sup> Fraga Iribarne. La evolución de las ideas de Bolívar, p. 98.

<sup>92</sup> Barrón. La tradición republicana, p. 277.

ejército, un poder que además de árbitro entre los otros poderes podría actuar como guardián o defensor de la constitución en contra de choques causados por actores externos a la estructura de separación y equilibrio de los poderes constituidos.

La preocupación de Bolívar, que no era compartida por Constant, con los choques externos al aparato constitucional, como las revueltas provinciales y los alzamientos de caudillos regionales, ya se había hecho patente desde 1812. En la “Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un Caraqueño” o “Manifiesto de Cartagena”, Bolívar había atribuido el fracaso de la primera república Venezolana “a la naturaleza de su constitución”,<sup>93</sup> y aseguraba que “las primeras pruebas que dio [el] gobierno de su insensata debilidad [que terminó por llevarlo a la ruina], las manifestó con la ciudad subalterna de Coro, que denegándose a reconocer su legitimidad, lo declaró insurgente y lo hostilizó como enemigo”, auxiliando después a los españoles en la reconquista.<sup>94</sup> Junto con Bolívar muchos latinoamericanos compartían este miedo a los choques externos, ya fuera “por la preocupación que aún inspiraban España, la Santa Alianza y el Brasil, por el ejemplo de la anarquía ya existente en México, Buenos Aires y Chile [o] por temor a [...] la sublevación de las razas, que tanto temía el propio Bolívar”.<sup>95</sup>

Esta preocupación acompañaría al Libertador prácticamente toda su vida, e iría ocupando un lugar cada vez más importante en su pensamiento. Ya en la constitución de la Angostura encontramos vestigios de ella plasmados en una facultad presidencial que se tradujo casi literalmente en el artículo 128 de la constitución de la Gran Colombia o constitución de Cúcuta que establecía que “[e]n los casos de conmoción interior a mano

---

<sup>93</sup> Simón Bolívar. 1999d. Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un Caraqueño. En *Escritos políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa., p. 8. Este documento también suele ser llamado “Manifiesto de Cartagena”.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>95</sup> Fraga Iribarne. La evolución de las ideas de Bolívar, p. 99. Véase también Minguet. Democracia y poder.

armada que amenace la seguridad de la República, y en los de una invasión exterior repentina, puede [el presidente], [...] dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables y que no estén comprendidas en la esfera natural de sus atribuciones”.<sup>96</sup> La expresión máxima de la preocupación de Bolívar con estos temas se vería algunos años después cuando terminaría por asumir la dictadura como Libertador protector de la Gran Colombia, confiando en que dicha magistratura “con su omnipotencia fundir[ía] todos los partidos, y los har[ía] entrar en el silencio [permitiendo así...] consultar la voluntad nacional para saber qué quiere”.<sup>97</sup>

Así pues, hacia el final de su vida Bolívar, a diferencia de Constant, estaba convencido de que no bastaba mantener el equilibrio entre los poderes políticos del edificio constitucional mediante un poder neutral. Se necesitaba además un poder capaz de “repeler la invasión exterior o contener los conatos sediciosos” y esto sólo podría lograrse mediante la creación de un guardián defensor del Estado en la figura de una magistratura similar a la dictadura.<sup>98</sup> Sólo una institución de este tipo podía salvar al Estado “del desmembramiento y de la anarquía, a la que Bolívar temía quizá más que a la tiranía”.<sup>99</sup>

## ***2. Los choques externos y los poderes de emergencia.***

Esta preocupación con las grandes situaciones de emergencia, que se había vuelto tan importante para Bolívar y que muchos latinoamericanos compartían, no era nueva en forma alguna. En realidad, el pensamiento político clásico había desarrollado una rica teoría en torno a estos problemas comúnmente llamada teoría de la necesidad civil. El punto de

---

<sup>96</sup> *Constitución de la Gran Colombia de 1821*. 2000. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [citado Diciembre 2003]. Disponible en

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67939477328025728500080/p0000001.htm#I\\_21\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67939477328025728500080/p0000001.htm#I_21_).

<sup>97</sup> Simón Bolívar. 1826. “Carta a Santander, 14 de octubre de 1826”. Citado en Fraga Iribarne. *La evolución de las ideas de Bolívar*, p. 101.

<sup>98</sup> Fraga Iribarne. *La evolución de las ideas de Bolívar*, p. 105.

<sup>99</sup> Pagden. *Spanish Imperialism*, p. 152.

partida era el reconocimiento de que existen ciertas situaciones críticas en las que no sólo la constitución, si no el Estado mismo y hasta la sociedad, se encuentran en peligro. Estas situaciones “pueden requerir respuestas rápidas, contundentes y eficientes [y l]os procedimientos y capacidades gubernamentales ordinarios pueden ser insuficientes para hacer frente a la crisis”.<sup>100</sup> Dado este razonamiento se pueden llegar a prever circunstancias en las que

el Estado ‘debe tener todas las facilidades y la mayor libertad para defenderse contra la destrucción’ [incluso si esto significa que] acciones represivas por parte de los oficiales del gobierno violen los derechos y las libertades de que disfrutaban los ciudadanos en circunstancias ‘normales’. Estas medidas represivas se justifican sólo ‘para preservar la sociedad’ que garantiza los derechos y libertades ahora suspendidos temporalmente. Tan pronto como la amenaza a la sociedad y el orden público es eliminada —esto es, los amotinados dispersos, el saqueo detenido, el peligro político o militar superado— las autoridades gubernamentales vuelven a ser responsables de sus acciones bajo las leyes ordinarias [...] Esto crea un régimen de excepción, un orden legal y político para tiempos de crisis.<sup>101</sup>

En el mundo clásico quizá el ejemplo más renombrado, y probablemente también el mejor logrado, lo constituyó la magistratura romana extraordinaria conocida como dictadura. Este régimen de excepción garantizaba el regreso al sistema ordinario de gobierno mediante un complejo mecanismo de incentivos que desalentaba la usurpación e incentivaba la neutralidad política del dictador o depositario de las facultades de emergencia.

El cuerpo encargado de determinar que existía una emergencia era el Senado. Una vez que hacía la declaración, el Senado se eclipsaba. Los senadores no tenían ningún incentivo para inflar las amenazas, porque no eran ellos los que ejercían la autoridad extraordinaria durante las situaciones críticas. Una vez declarada la emergencia, los cónsules eran los encargados de nombrar a un dictador; usualmente se trataba de un ciudadano prominente de Roma [pero...] los cónsules en funciones no podían convertirse en dictadores. Cuando un

---

<sup>100</sup> Brian Loveman. 1993. *The Constitution of Tyranny. Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, p. 15.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 13.

dictador era nombrado, los cónsules también se eclipsaban [...] Puesto que los cónsules deseaban reanudar lo más rápido posible su función normal, buscaban nombrar a personas que, *ex ante*, no parecieran capaces de usurpar su autoridad extraordinaria. Los dictadores tenían límites muy importantes. Este magistrado extraordinario no podía cambiar la constitución. Era nombrado para lograr una tarea específica, y tan pronto como la emergencia terminaba, cesaba también la autoridad dictatorial [y además...] los magistrados ordinarios aunque estuviesen privados de su poder durante la emergencia, estaban protegidos de actos dictatoriales.<sup>102</sup>

Aunque los pormenores del diseño institucional de este mecanismo se fueron ocultando con el paso de los siglos, la idea de los regímenes de excepción para hacer frente a las situaciones de emergencia continuó presente en el pensamiento republicano, primero entre los pueblos del norte de Italia, luego en Inglaterra y en el resto de Europa continental. Así, no ha sido poco común el que

poderes gubernamentales de emergencia [...] hayan sido justificados activando provisiones y estatutos constitucionales previamente contemplados. [De forma que] [d]e acuerdo con la constitución, todos o parte de los procedimientos constitucionales existentes y de las garantías individuales son suspendidas. Al mismo tiempo, la autoridad gubernamental es ampliada y a menudo redistribuida [...] de oficiales legislativos a ejecutivos o de autoridades civiles a militares.<sup>103</sup>

### ***3. La teoría de la necesidad civil y la veta de pensamiento republicano en América Latina.***

Estas ideas de una forma u otra, llegaron a Bolívar y a otros latinoamericanos a través de la mezcla de ideas que se comprimía en su sincrético pensamiento político.<sup>104</sup> El

---

<sup>102</sup> José Antonio Aguilar Rivera. 2001. *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México 1821-1876*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 19.

<sup>103</sup> Loveman. *The Constitution of Tyranny*, p. 12. Sobre mencionar que a menudo un diseño deficiente de estas medidas ha dado pie al establecimiento de gobiernos autoritarios que no han estado dispuestos a regresar al orden constitucional una vez pasada la emergencia, así como en otras ocasiones han sido utilizados como pretexto para lanzar un golpe de Estado militar o revueltas deseosas de legitimarse. Al respecto véase el mismo libro de Loveman y la crítica de Aguilar Rivera. *El manto liberal*.

<sup>104</sup> Sobre esto véase también Aguilar Rivera. *En pos de la quimera*. En esta misma línea, Reynaldo Sordo dice sobre los centralistas mexicanos de los años 1830 y 1840, autores del experimento mexicano con el poder moderador, que “desarrollaron un pensamiento coherente, fruto de la reflexión, de la experiencia de los años del federalismo y de la influencia de la bibliografía política inglesa. Las ideas políticas de los centralistas serían entonces una síntesis de pensadores europeos conservadores y [...] de muchas ideas del liberalismo

imaginario político de estos hombres era una compleja mezcla de liberalismo y republicanismo clásico que llamó la atención incluso en vida de estos personajes, al punto que el propio Constant había señalado a Bolívar y su dictadura, en un artículo publicado en el *Courrier français* el primero de enero de 1829, “como un ejemplo de los tiránicos excesos que se podían cometer en el nombre de la libertad de los antiguos”.<sup>105</sup>

En los últimos años muchos estudiosos de la historia del pensamiento político hispanoamericano han comenzado a demostrar que, contrario a lo que se pensaba anteriormente, esta región del mundo no nació liberal, sino que “pasó por una etapa republicana, igual que Europa y Norteamérica, de la que surgió posteriormente el liberalismo para convertirse en la ideología hegemónica en la región durante la segunda mitad del siglo XIX”.<sup>106</sup> La existencia de una fuerte corriente de pensamiento republicano en la América Latina de principios del siglo XIX se explica fácilmente si tomamos en cuenta que, tras las guerras de independencia, la caída de la “monarquía centralista y absolutista [...] no dejó [...] institución estable o legítima alguna”.<sup>107</sup> No había ningún Estado al cual limitar según los principios del liberalismo; por el contrario, había que terminar con la anarquía y la guerra civil y crear primero un Estado fuerte que – parafraseando a James Madison – pudiera controlar a los gobernados antes de exigirle que se controlara a sí mismo. Frente a esta situación, el liberalismo no ofrecía una solución. Ésta se encontró, en cambio, en el republicanismo, que se preocupa más por la organización y los fines de la

---

moderado” (Reynaldo Sordo Cedeño. 1999. El grupo centralista y la constitución de las Siete Leyes, 1835-1837. En *México y sus Constituciones*, editado por P. Galeana. México: Archivo General de la Nación / Fondo de Cultura Económica, p. 104). Este sincretismo ideológico fue característico de la mayoría de las corrientes de pensamiento que se manifestaron en América Latina durante el siglo XIX.

<sup>105</sup> Pagden. *Spanish Imperialism*, p. 148.

<sup>106</sup> Barrón. La tradición republicana, p. 250.

<sup>107</sup> Gabriel L. Negretto. 2003. Repensando el republicanismo liberal en América Latina: Alberdi y la Constitución argentina de 1853. En *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, editado por J. A. Aguilar Rivera y R. Rojas. México: Fondo de Cultura Económica / CIDE, p. 214.

comunidad política como tal. En palabras de Gabriel Negretto, partiendo de un “medio social y político adverso en el que no sólo predominaban la ignorancia y la desigualdad, sino que además se carecía de autoridades establecidas y aceptadas capaces de dirimir los conflictos que enfrentaban a la propia clase política”,<sup>108</sup> los republicanos latinoamericanos se dieron a la tarea de construir una “nueva legitimidad política, contrapuesta a la de la monarquía hereditaria, [respaldada por] un poder estatal que, como en la monarquía, fuese capaz de decidir en forma última e inapelable en los conflictos internos entre grupos políticos que pugnaban por monopolizar la representación popular”.<sup>109</sup>

Este grupo de autores está convencido de que el pensamiento republicano se plasmó en toda la región en textos constitucionales que incorporaban elementos de la constitución “mixta” —como el poder moderador. Esta influencia se manifestó mediante “elecciones indirectas, la creación de cuerpos políticos no electivos y el estricto control de los gobiernos sobre el proceso electoral” junto con la adopción “*de iure o de facto* [de] formas unitarias de gobierno o formas centralizadas de federalismo [...] la creación de segundas cámaras legislativas [...] y] el surgimiento de ejecutivos unipersonales, elegidos de forma independiente de la legislatura y dotados de poderes de veto [...] y capacidad para decidir en materia de emergencias”.<sup>110</sup>

Pero lo importante aquí es que esta veta de pensamiento clásico o republicano, claramente presente en el pensamiento político latinoamericano de la primera mitad del siglo XIX, creaba una puerta de entrada para la teoría de los poderes de emergencia que el liberalismo Europeo del momento, y en particular Benjamin Constant, rechazaba

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 215-216.

tajantemente.<sup>111</sup> Esta teoría, de hecho, se hallaba ya bastante difundida entre los pensadores latinoamericanos desde principios del siglo y había jugado un papel importante en la resolución de la primera gran crisis política del mundo ibérico en 1808.<sup>112</sup>

Así, en el contexto de las discusiones sobre si reconocer que la soberanía en ausencia del monarca podía residir en la autonombraada Junta Suprema de España e Indias residente en Sevilla, algunos de los vocales que asistieron a las juntas convocadas por el virrey novohispano José de Iturrigaray argumentaban en contra de Sevilla y a favor de convocar un congreso de los representantes de todo el virreinato para auxiliar al virrey en la conducción de los asuntos del gobierno hasta que se restableciera el orden. Cuando los ministros de la Real Audiencia los confrontaron, indicando que dicha reunión de los representantes de los ayuntamientos de las Indias era contraria a lo textualmente estipulado en la Recopilación de Indias, varios de los partidarios del congreso esgrimieron la necesidad de tomar medidas extraordinarias, aún contrarias a las leyes que operaban en circunstancias normales, para solucionar la crisis. Así, por ejemplo, el Licenciado Juan Francisco Azcarate, miembro del ayuntamiento de la Ciudad de México, justificaba ante el virrey la violación de las leyes de Indias y la convocación del congreso porque:

se hace en un caso extraordinario, raro, y muy particular para mantener la quietud publica del Reyno, su felicidad, de la que depende en mucha parte la de la

---

<sup>111</sup> Véase Aguilar Rivera. *El manto liberal*. Capítulo 1. Para Constant era claro que “[n]ingún derecho garantido por la constitución a los individuos podía ser legalmente suspendido por ningún periodo de tiempo [puesto que,] [e]ventualmente, [...] estas acciones solamente empeorarían las cosas” (Gabriel L. Negretto y José Antonio Aguilar Rivera. 1999-2000. Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship. *Cardozo Law Review* 21: p. 1800.). A fin de cuentas, “[l]a arbitrariedad no sirve de nada a un gobierno desde el punto de vista de su seguridad. Cuanto haga un gobierno legalmente en contra de sus enemigos, éstos no podrán hacerlo contra él legalmente, porque ésta [la legalidad] es precisa y formal; mas lo que hace contra ellos arbitrariamente, ellos pueden también hacerlo contra él, porque lo arbitrario es ambiguo y sin límites” (Constant. *Principios de Política*, pp. 242-243.).

<sup>112</sup> De hecho la teoría de los poderes de emergencia llegó a Iberoamérica a través de la muy particular tradición jurídica del mundo hispánico en la que jugaba un rol significativo. Brian Loveman rastrea los principios de esta tradición a la constitución de Cádiz, pero en realidad se trata de un costumbre que existía desde antes en la práctica del sistema de leyes fundamentales.

Monarquía, lo que hace deban adoptarse medidas extraordinarias por no ser justo, prudente ni posible regular los casos de esta naturaleza por las reglas ordinarias; y la necesidad también obra el prodigioso efecto de que sea lícito durante ella lo que en el tiempo regular prohíben las Leyes según el proloquio común (*Quod nom este licitum in lege, necessitas facit licitum*). [Además de] que la utilidad pública es la suprema Ley que exige no se cumpla otra alguna (Cicerón Lib. 3o, de Legibus= *Salus populi suprema lex esto*): y V.E. como Virrey del Reyno está obligado en conciencia a solicitarla, y promoverla en uso de las facultades superiores que le conceden las Leyes principalmente en un tiempo tan crítico como el presente, en el qual con la Junta de las Ciudades y Villas se organizarán los puntos pendientes del modo más quieto y tranquilo en veneficio del Rey y del Reyno.<sup>113</sup>

Esta tradición permeó al esquema jurídico latinoamericano e, incluso después de las independencias, muchos constitucionalistas y políticos latinoamericanos adoptaron la práctica de otorgar facultades extraordinarias o declarar regímenes de excepción incluso si las constituciones no los contenían explícitamente. A esto se unía el ejemplo de Inglaterra, modelo de diseño constitucional para muchos, donde “si condiciones de emergencia lo requerían, fuera por amenazas a la salud y seguridad pública o seguridad nacional, el Parlamento podía y llegó a suspender o modificar las libertades civiles y los derechos civiles o a alterar los procedimientos gubernamentales de rutina”.<sup>114</sup> Sea como fuere, los estadistas latinoamericanos de principios del siglo XIX reconocieron la importancia y la necesidad de establecer poderes de emergencia cuyo diseño debatieron en múltiples

---

<sup>113</sup> Juan Francisco Azcarate. 1808. Voto del Licenciado Don Juan Francisco Azcarate miembro del Ayuntamiento de la Nobilísima Ciudad de México porque no se reconozca por ahora soberanía en las juntas de Sevilla y Oviedo. En Archivo General de la Nación: Ramo historia. Tomo 47, cuaderno 13. Fojas 310 a 315. México.

<sup>114</sup> Loveman. *The Constitution of Tyranny*, p. 17. Cabe mencionar que esta facultad del Parlamento británico se debe a la falta de una constitución escrita, sin embargo, esta particularidad del caso inglés parece haber pasado desapercibida a los latinoamericanos cuyos congresos, como sucedió con Bolívar en varias ocasiones, estuvieron siempre dispuestos a otorgar facultades extraordinarias, no previstas en la constitución, si las circunstancias lo requerían.

ocasiones<sup>115</sup> y cuyo recurso utilizaron quizá aún más a menudo, incluso si tenían que recurrir a la costumbre y no a la constitución para legitimarlos.

En este contexto y en la constante busca de soluciones institucionales para todos los problemas políticos y sociales de la nación que caracterizó a la primera mitad del siglo XIX en América Latina, y en el mundo Atlántico en general, era lógico asociar al poder moderador, encargado de resolver crisis constitucionales, con los poderes de emergencia y los regímenes de excepción, utilizados para sobreponerse a crisis extra constitucionales, no sólo porque la lógica operativa de ambas funciones era similar, sino porque además era deseable en ambos casos que el encargado de ejecutar dicho papel fuera un actor neutro. La respuesta latinoamericana fue, entonces, una articulación de ambas funciones en un solo poder: un poder moderador con facultades de emergencia.

Así pues, como ya vimos, a lo largo de su vida política, Bolívar recurrió en varias ocasiones a la dictadura —si bien una dictadura institucionalmente mucho menos desarrollada que la romana— para enfrentar situaciones críticas. En estos casos, Bolívar nunca se designó dictador a sí mismo, sino que fue investido con poderes extraordinarios por distintos congresos, en distintas ocasiones. Por lo tanto, las dictaduras bolivarianas, dentro de la tradición hispánica, pueden ser consideradas legítimas puesto que fueron establecidas por los congresos como representantes del pueblo, y no por puro capricho del libertador. Incluso, si “dicha autoridad no estaba prevista en las constituciones,<sup>116</sup> [y por

---

<sup>115</sup> Un ejemplo es el caso del Diputado Juan Cayetano Portugal, quien en las discusiones de la constitución mexicana de 1824, se oponía a la parte 21 de artículo 14 que otorgaba al congreso la capacidad de “Dar facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo cuando en los casos de rebelión o invasión lo exija la salud de la patria”, argumentando que dichas facultades correspondían únicamente a los gobiernos de los estados y no de la nación en un sistema Federal. Véase Juan A. Mateos. 1997. Historia parlamentaria de los congresos mexicanos de 1821 a 1857. Facsímil de la edición de 1878. En *Enciclopedia parlamentaria de México*, editado por F. Zertuche Muñoz y F. Remolina Roqueñí. México: Cámara de Diputados. Vol. 2, Apéndice p. 336.

<sup>116</sup> De hecho en alguna ocasión ni siquiera había una constitución vigente bajo la cual nombrar un dictador.

ende] no se trataba de un *procedimiento constitucional* sino de un mandato *ad hoc*”,<sup>117</sup> fenómeno que resultaría ser sumamente común en toda América Latina.

Previendo esto, Bolívar incluyó tanto en la constitución de la Angostura como en la “Vitalicia” ciertas provisiones para este tipo de situaciones.<sup>118</sup> Entre estos dos mecanismos, llama la atención el incorporado en la constitución boliviana de 1826 en la que Bolívar creó, como ya vimos, un poder moderador dividido en dos cuerpos —un presidente vitalicio y una cámara de Censores electos también para toda la vida— y asignó a ambos un papel en la declaratoria o supresión de una emergencia. Los censores, en sesión conjunta con las otras dos cámaras del congreso, declaraban la emergencia y otorgaban facultades especiales al presidente para lograr la salvación del Estado. Si bien Bolívar nunca hizo mucho énfasis en la importancia de que los censores participaran en la declaratoria de la emergencia,<sup>119</sup> sí lo hizo en la de que fuera el Presidente el magistrado dotado de facultades extraordinarias para hacerle frente, al grado de asignarle el mando del ejército y el nombramiento de todos sus oficiales incluso en tiempos ordinarios. A fin de cuentas, pese a que Bolívar no lo dijera explícitamente, es evidente que la misma neutralidad que hacía al Presidente vitalicio de Bolivia ideal como centro del Estado lo

---

<sup>117</sup> Aguilar Rivera. *En pos de la quimera*, p. 168. Énfasis en el original.

<sup>118</sup> En la Constitución de Venezuela de 1819, “Constitución de la Angostura”, el título 7, sección 3ª, Artículo 20 establecía que el presidente, “[e]n caso de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad del Estado, puede suspender el imperio de la Constitución en los lugares conmovidos o insurrectos por un tiempo determinado, si el Congreso estuviere en receso. Las mismas facultades se le conceden en los casos de una invasión exterior y repentina, en los cuales podrá también hacer la guerra; pero ambos Decretos contendrán un artículo convocando el Congreso para que confirme, o revoque las suspensión.” En la Constitución de Bolivia de 1826, “Constitución Vitalicia”, la fracción 5ª del artículo 30 declaraba que era facultad del congreso reunido “[i]nvestir en tiempo de guerra, o de peligro extraordinario, al Presidente de la República, con las facultades que se juzguen indispensables para la salvación del Estado.” Véase *Constitución política del Estado de Venezuela de 1819*. 2000. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [citado mayo 2004]. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/03582950111139395208968/index.htm>. y *Bolivia. Constitución política de 1826*. 2000. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, [citado mayo 2004]. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/00366177775903087410046/index.htm>.

<sup>119</sup> Es probable que la participación de los censores en este proceso se debiera únicamente a su carácter legislativo y no moderador, por eso participaban solamente como parte de una sesión conjunta del Congreso Nacional.

hacía el candidato más lógico para ser su defensor, funciones que, además, no siempre distinguía claramente.

Aunque Bolívar tal vez haya sido el primero en relacionar la neutralidad del poder moderador con la neutralidad deseable en un defensor emergente del Estado, no fue ni el único ni el último. En América Latina, y luego en el resto del mundo —en Alemania, por ejemplo—, muchos constitucionalistas creyeron que estas funciones eran compatibles, y crearon en más de una ocasión cuerpos que detentaban ciertas funciones moderadoras y que gozaban de facultades extraordinarias en situaciones de emergencia, muchas veces otorgadas por sí mismos. Pero aunque esta combinación llegó a ser algo casi común siempre hubo quienes, si no mediante un razonamiento elaborado sí por instinto, criticaron esta asociación, dándose cuenta de la incompatibilidad de ambas funciones.

#### ***4. La puerta falsa de un poder neutral: incompatibilidad entre facultades de conservación y facultades de reacción.***

Hemos visto ya cómo la idea del poder moderador y la de los poderes de emergencia se vieron asociadas en el pensamiento político latinoamericano del siglo XIX. Sin embargo, queda aún por explicar claramente por qué la compatibilidad entre la neutralidad de un poder moderador y la de un defensor emergente del Estado es sólo aparente, de modo que atribuir funciones de emergencia al poder moderador puede romper el delicado balance institucional que requiere para su subsistencia.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> Para este momento ya deben ser evidentes las diferencias entre el defensor emergente del Estado, o depositario de los poderes de emergencia, y el poder moderador. El defensor emergente debe ser una institución o procedimiento encargado de proteger al aparato constitucional en su conjunto de ataques provenientes de fuera de él. Se trata, en realidad, del depositario de los poderes de emergencia y quizá sería mas ilustrativo llamarlo defensor del régimen o del sistema constitucional. El poder moderador, en cambio, es una institución encargada de mantener el equilibrio interno de la constitución, si se quiere, proteger al aparato constitucional de ataques perpetrados por sus propias partes. Esta es la función específica de un árbitro constitucional que, a lo más, es un defensor del equilibrio interno del aparato constitucional.

La función del Poder moderador como arbitro constitucional implica que este poder debe actuar siempre dentro del marco constitucional. Su función es lograr que los otros poderes no se ataquen unos a otros y no lleguen por esto a estar en una posición desde la cual puedan violar las garantías constitucionales y atacar al pueblo. La constitución es, a fin de cuentas, el garante de la libertad (como sea que esta se defina) y, si uno de los poderes constituidos se sale de su esfera y absorbe los poderes de otro, automáticamente se rompe el resguardo de los derechos del pueblo (o de la sociedad o de los grupos, etc.) y puede, entonces, sobrevenir la tiranía. La función del poder moderador es evitar esto; mantener siempre la estructura y el imperio de la constitución evitando que las propias partes de la maquinaria constitucional sean la causa de su ruina.

Para poder controlar a los otros poderes el poder moderador debe estar investido de un poder discrecional, que no es ilimitado. Pero para que dicho poder sea efectivamente discrecional, “ninguna garantía constitucional puede ser establecida en su contra. [Pues] uno no puede poner una garantía a la garantía misma. Sin embargo esta garantía existe, en una relación, en el que el poder preservador [o moderador] no puede ordenar nada a los individuos. Si se arroga el derecho de mandarlos, no tiene ningún modo de forzarlos a obedecer”.<sup>121</sup> Es decir que, como el poder moderador siempre actuará dentro de la constitución y como el pueblo no es una parte creada por ésta, el poder moderador no puede actuar directamente sobre él. Al no tener poderes políticos, no puede causar ningún daño a los ciudadanos, sólo puede actuar como garante del orden interno de la constitución evitando que los otros poderes violen la separación de poderes. Al hacer esto, indirectamente evita que ataquen los derechos de los ciudadanos, pero sólo de manera indirecta. Como ya vimos —en el capítulo anterior— el poder moderador debe actuar

---

<sup>121</sup> Constant. *Fragments*, p. 451.

como garante de la libertad al asegurar la subsistencia de la división de poderes, que en palabras de Constant, era “excelente porque acerca tanto como es posible el interés de los gobernantes y el de los gobernados [...] Al separar la creación de las leyes de su ejecución uno alcanza el objetivo de que quienes hacen las leyes, si son gobernantes en principio, son gobernados en la práctica, y quienes las ejecutan, si son gobernantes en la práctica son gobernados en principio”.<sup>122</sup>

Al mismo tiempo, como el poder moderador no tiene medios para ejercer ningún poder político, no conoce fuente de poder, de autoridad o de prestigio que no sea la constitución misma. Esto lo hace radicalmente distinto de los otros poderes que disfrutan de facultades potencialmente tiránicas, que sólo están limitadas por la constitución. Así, los poderes políticos representan una amenaza mutua, pues cualquiera puede ejercer sus funciones más allá de los límites impuestos por la constitución; el poder moderador, en cambio, no representa una amenaza puesto que sus funciones no están limitadas por la constitución sino que no existen fuera de ella. El poder moderador no es una amenaza para los poderes políticos porque el abuso de sus funciones a lo más entorpece la marcha del gobierno sin llegar nunca a destruir uno de los poderes.

Cuando la amenaza a la constitución no viene de dentro del sistema creado por ella sino de fuera —es decir, de una amenaza internacional, una sublevación o rebelión interna o tal vez, incluso un desastre natural— no corresponde al poder moderador intervenir. Este tipo de situaciones deben ser solucionadas mediante el recurso a los poderes de emergencia pero en manos de los poderes activos, u otra magistratura especial.

El poder moderador no debería participar en el otorgamiento y mucho menos en el ejercicio de los poderes de emergencia, que es una función eminentemente política. Al

---

<sup>122</sup> Citado en Fontana. *Benjamin Constant and the post-revolutionary mind*, pp. 59-60.

contrario, debería de permanecer en su esfera superior como observador dispuesto, en el peor de los casos, a exigir cuentas una vez terminada la emergencia o a intervenir si en el curso de ésta uno de los poderes intenta ir más allá de sus facultades, incluso extraordinarias, y eliminar definitivamente al otro. Controlar a los gobernados es una función que compete a los que Constant llama poderes políticos o poderes activos, mientras que al moderador sólo le corresponde controlar a éstos.

El poder moderador es una institución conservadora, o mejor dicho pereservadora, en el sentido de que su función es evitar cambios drásticos en la estructura del Estado. Su labor es vetar aquellas acciones de los otros poderes que amenazan a la constitución. Los poderes de emergencia, al contrario, buscan acelerar la capacidad de reacción del Estado eliminando ciertas trabas constitucionales para actuar con rapidez y eficiencia en circunstancias críticas. Estas dos funciones son incompatibles. Al respecto, dice George Tsebelis que “[l]as instituciones [...] promueven o la estabilidad y la credibilidad de los compromisos o tienen la capacidad para cambiar [pero no ambas]. Quienes diseñan instituciones deben tener esto en mente y no tratar de obtener estabilidad y cambio al mismo tiempo”.<sup>123</sup> Además, en el caso particular del poder moderador, la combinación de estas facultades termina con la neutralidad y con su naturaleza.

Si el poder moderador interviene en el control de los gobernados, es decir, en una función política, su neutralidad se ve comprometida pues queda en una función tal que puede actuar sobre los ciudadanos sin que nadie tenga control sobre él. En palabras de Constant, “el poder preservador que haya pronunciado, contra los ciudadanos, no importa que pena, bajo no importa que pretexto, habrá pervertido sus funciones y abjurado de su

---

<sup>123</sup> Tsebelis. Veto Players and Institutional Analysis. p. 469.

naturaleza”.<sup>124</sup> Como la simple participación en una declaración de emergencia u otorgamiento de facultades extraordinarias permite al poder moderador actuar sobre los ciudadanos, la declaración de una emergencia y el ejercicio de los poderes que proceden de ella no son materia para el poder moderador, que en realidad puede ser entendido como un poder *imparcial* ante los otros poderes para mantener el equilibrio entre estos, dejando caer su peso de un lado u otro según sea el caso y *neutro* ante los ciudadanos al no poder causarles ningún daño.

Además, el ejercicio de poderes de emergencia también convierte al poder moderador en una amenaza para los otros poderes, ya que, al estar facultado para intervenir en situaciones de emergencia no es sólo una potestad reactiva cuyas funciones se activan sólo para contrarrestar los abusos de otros poderes, sino que se convierte en una potestad proactiva capaz de abusar por sí misma, de intervenir en la esfera de acción legítima de cualquiera de los poderes políticos o incluso de apoyar o facilitar a uno de estos la destrucción de otro. De nueva cuenta en palabras de Constant, si un poder moderador puede actuar contra los ciudadanos los otros poderes deberían oponérsele “pues él usurpará también sus poderes”.<sup>125</sup> El poder moderador se convierte así en una amenaza más para los otros poderes —y para la sociedad misma— que ya no encuentran utilidad alguna en su existencia y que, por lo tanto, lo atacan constantemente como un potencial enemigo o como un estorbo constante. Constant comentó sobre las constituciones francesas que “hac[ía] falta en todos los gobiernos una autoridad no ilimitada, pero sí discrecional. H[abían] confundido estados dos cosas; y de esta confusión ha[bían] resultado muchos males”. Lo mismo sucedió en América Latina, las facultades del poder moderador, discrecional, y

---

<sup>124</sup> Constant. *Fragments*, p. 452.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 451.

neutro fueron vistas como la solución ideal para el problema de la supervivencia y unidad estatal, convirtiéndolo así en un poder ilimitado. Constant había previsto este riesgo, desafortunadamente su precaución permaneció en un cajón hasta más de 130 años después de su muerte; la sentencia en los *Fragments* era inequívoca: “Si porque el poder preservador está revestido de un poder discrecional sobre los otros poderes políticos, uno lo inviste de una prerrogativa paralela sobre los individuos, en ese acto uno creará la institución más execrable, el instrumento de todos los odios, el anunciador de todas las tiranías”.<sup>126</sup>

Queda claro entonces que la versión latinoamericana del poder neutral o moderador presentaba una innovación respecto a la versión europea encarnada en la obra de Benjamin Constant. Esta innovación era la preocupación con los choques externos a la constitución, particularmente con las revueltas internas, los conatos de secesión y los alzamientos provinciales.

Constant, escribiendo en 1815, no tenía que preocuparse por estos problemas ya que el Estado francés se encontraba fuertemente centralizado y dominado como resultado de la experiencia napoleónica. Bolívar, y otros latinoamericanos como Sánchez de Tagle, se enfrentaban a un contexto radicalmente distinto. En la mayor parte de la América española, como consecuencia de que “la lucha insurgente [...] había mostrado a los pueblos su fuerza y la Constitución [de Cádiz] de 1812 les había otorgado representación en los ayuntamientos constitucionales”,<sup>127</sup> las provincias se habían convertido en un foco

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>127</sup> Josefina Zoraida Vázquez. 1999. El contexto histórico del constituyente de 1824. En *México y sus constituciones*, editado por P. Galeana. México: Fondo de Cultura Económica / Archivo General de la Nación, pp. 87-88.

constante de rebeliones y continuarían siéndolo durante la mayor parte del siglo XIX. Varios proyectos constitucionales intentaron solucionar este problema asignando al poder neutro o moderador facultades extraordinarias que le permitieran lidiar con las situaciones de emergencia; solución que resultó ser un error de diseño institucional. Como veremos en los próximos capítulos, el papel que desempeñaba el poder moderador en las situaciones de emergencia fue un factor significativo en el colapso de los regímenes que incluían este tipo de poder en América Latina. La neutralidad y la confiabilidad del poder moderador dependen de su incapacidad para afectar directamente al ciudadano, si se remueve esta limitación entonces el poder moderador pierde su razón de ser. Por un lado, puede convertirse en un poder político activo, como el ejecutivo o el legislativo que puede igualmente tener interés en acumular más y más poder, saliéndose constantemente de su esfera de acción hasta convertirse en un potencial tirano. Por el otro, si permite constantes abusos de los poderes de emergencia simplemente se vuelve un sinsentido, pues deja de garantizar la libertad, mediante la permanencia y equilibrio de la constitución, que es, a fin de cuentas, su función última.

#### **IV. La evolución práctica del poder moderador: dos modelos alternativos.**

En los dos capítulos anteriores analizamos el problema teórico del poder moderador. En los dos siguientes me propongo revisar las aproximaciones prácticas a la misma institución. Comienzo en este capítulo con el análisis de dos modelos de tradiciones muy distintas pero cuyas experiencias pueden considerarse exitosas. Por un lado el caso británico, que Constant tomó por modelo para desarrollar su teoría —aunque en la práctica no necesariamente operaba como él lo imaginaba—, en el que, mediante el artificio de la responsabilidad ministerial, el monarca iría cediendo su poder gradualmente hasta dar paso a un sistema de gobierno parlamentario. Por otro, el caso de los Estados Unidos, donde pese a la pretensión de que el mecanismo de frenos y contrapesos hacía innecesaria la incorporación de un poder moderador, la Suprema Corte de Justicia terminó desempeñando dicho papel.

Las diferencias entre ambos modelos son realmente significativas. Por un lado el modelo inglés comenzó con la existencia de un poder moderador que permitió la evolución del sistema político en su conjunto hasta que dicho órgano se volvió superfluo y sus funciones prácticamente desaparecieron. En los Estados Unidos, en cambio, como ya mencioné, el poder moderador fue surgiendo y evolucionando muy gradualmente a lo largo de más de dos siglos. Desde otro punto de vista se trata, además, de aproximaciones teóricas muy distintas, pues mientras el modelo británico constituye una aproximación eminentemente política al problema de la constitucionalidad de los actos del Estado, el modelo americano tiene un carácter mucho más claramente jurisdiccional y es precisamente en este sentido que constituyen modelos alternativos. Pero sea como fuere, ambos ejemplos lograron su cometido garantizando la subsistencia y la evolución gradual de los

modelos constitucionales de los que formaron parte. Por lo tanto, será útil crearnos una idea general de la operación y evolución de estos modelos antes de entrar de lleno al análisis de la fallida experiencia latinoamericana.

### ***1. El modelo político: el monarca y la responsabilidad ministerial.***

Como vimos en el primer capítulo, Constant fue quizá el primero en ofrecer una articulación sólida y completa de la teoría del poder moderador y su característica de neutralidad política: institución que creía ver emerger en la figura del rey inglés al cual tomaba por modelo. Constant, sin embargo, no fue el primero en notar ciertas características particulares en la conformación de la constitución británica, que desde finales del siglo XVII era objeto de admiración para propios y extraños.

Después de la revolución gloriosa de 1688 y del “Act of Settlement” de 1701, se empezó a considerar que la constitución histórica inglesa había sido restaurada y las bases del sistema político fijadas de forma definitiva.<sup>128</sup> Entre estas bases, la idea de una constitución internamente balanceada era fundamental y el rey jugaba un papel particularmente importante en este contexto. Ya para mediados del siglo XVIII, casi al mismo tiempo que Montesquieu elaboraba su teoría de la separación de poderes en *El Espíritu de las Leyes*, el jurista inglés Sir William Blackstone resaltaba, en sus *Commentaries on the Laws of England*, las características especiales del monarca británico —a las que daba el nombre de “prerrogativa real”— que según él estaban constituidas de tal forma que “la corona no tiene poder alguno de hacer el mal, sino meramente el de

---

<sup>128</sup> Al respecto, véase el capítulo 7 de Scott Gordon. 1999. *Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

prevenir que el mal sea hecho”.<sup>129</sup> Sin hablar en ocasión alguna de un monarca neutral o de un poder moderador, Blackstone hace referencia en varias ocasiones al hecho de que el poder del rey —la prerrogativa real—, cuando está limitada por los otros poderes, “fortalece a la máquina en su conjunto y permite que cada parte de ésta obedezca el fin para el que fue creada”,<sup>130</sup> asegurándose de que cada parte se mantenga en su posición; es decir, el rey modera la actuación del parlamento, los ministros y los jueces. Sin embargo, Blackstone jamás insinúa que al rey pertenezca un poder distinto del ejecutivo —y un cierto grado de participación legislativa— pese a reconocer la importancia de que la persona del monarca no pueda ser considerada responsable de los actos del gobierno, que serán imputados a los ministros.<sup>131</sup>

Así pues, la característica principal de la constitución británica era, a los ojos de Blackstone, la prerrogativa real —que incluía los poderes para nombrar embajadores, declarar la guerra, nombrar miembros de la Cámara de los Lores, vetar leyes, hacer tratados, emitir moneda, conceder perdones, etc.— garantizada por la inviolabilidad del monarca. Esto era la piedra angular de todo el aparato constitucional porque “sin todo esto es imposible mantener al poder ejecutivo con la debida independencia y vigor”.<sup>132</sup> En otras palabras, para Blackstone la importancia del monarca no radicaba en su capacidad para evitar que los poderes chocaran unos contra otros —pues a fin de cuentas él era uno de ellos—, sino en su función como contrapeso para mantener el balance una vez que el choque ya se había dado, para evitar que el parlamento o el poder legislativo en su conjunto adquiriera una preeminencia indeseable que podría llevar de nueva cuenta a la revolución.

---

<sup>129</sup> Sir William Blackstone y Gareth Jones. 1973. *The Sovereignty of the Law. Selections from Blackstone's Commentaries on the Laws of England*. Edimburgo: Macmillan, p. 66.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 94-100.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 93.

En este sentido, la importancia de la prerrogativa real no le venía de sí misma sino de su interacción con las facultades del parlamento, ya que, según Blackstone, “es justamente en esto que consist[ía] la verdadera excelencia del gobierno inglés, que todas sus partes constitu[ía]n un contrapeso o restricción (check) las unas de las otras”.<sup>133</sup> Así pues, la esencia del gobierno británico de mediados del siglo XVIII era que el monarca actuara como garante de la estructura constitucional siendo el defensor de la parte más débil de las tres ramas en choque constante: el ejecutivo —siendo las otras dos los lores y los comunes.

Esta visión predominó durante la mayor parte del siglo XVIII; sin embargo, para la segunda década del siglo XIX, la operación del sistema británico, y la lectura que de éste se hacía, se encontraba en una fase de cambio. Si en 1778 la característica más importante de la constitución británica era la inviolabilidad del rey que se lograba mediante el requisito de que todas sus órdenes fueran ratificadas por uno de sus ministros, a principios del siglo XIX esta combinación tomaba un nuevo cariz con la idea de la responsabilidad ministerial. Ya no bastaba que los ministros pararan la furia dirigida contra el gobierno y que el rey los removiera cada vez que una medida adoptada por él e implementada por el ministerio era recibida con disgusto. Ahora los ministros eran también responsables ante pueblo que, mediante la Cámara de los Comunes, podía destituir a los ministros que habían aceptado firmar órdenes reales que eran contrarias al interés de los ciudadanos.

Esta nueva dinámica era precisamente lo que permitía a Constant ver dos poderes distintos en el monarca: el ejecutivo, realizado por medio de los ministros, y el moderador.

La responsabilidad ministerial, que era entendida entonces como el derecho y la obligación

---

<sup>133</sup> *Ibidem.*, p. 66. La obra de Blackstone adquirió gran popularidad tanto en Gran Bretaña como en América, e incluso algunos autores consideran que desempeñó un papel importante en la conformación del sistema político estadounidense. Posteriormente, jugó un papel importante en el diseño de algunos poderes moderadores latinoamericanos, especialmente el mexicano, pues es precisamente a su obra a la que Sánchez de Tagle cita como prueba de que en Gran Bretaña existían los frenos y contrapesos gracias a la existencia de un poder neutral como el que él trataba de crear. A este respecto véase *infra* sección V.2

del poder legislativo de llamar a juicio a aquellos ministros que hubieran abusado del poder legal a ellos conferidos como parte del poder ejecutivo, debía tener como fin separar del gobierno a los ministros que se comportaran impropriamente. Se trataba de un proceso complejo en el que la cámara baja acusaba a los ministros y la alta los juzgaba y sancionaba, pero en un contexto en el que el gobierno seguía siendo formado por el rey y los ministros designados por él sin consultar al legislativo. Este artilugio permitía que el monarca se distanciara cada vez más del ejercicio efectivo del gobierno dedicándose a “reinar sin gobernar”. En este contexto surgía efectivamente la función del poder moderador.

La verdadera importancia de este desarrollo consistía en que, mediante la implementación de este incipiente sistema de responsabilidad ministerial, se lograba acercar los intereses y las opiniones del ejecutivo y el legislativo, de esta forma se pasaba a un modelo constitucional basado más en el equilibrio, en la identidad de intereses, y menos en la interacción de contrapesos y la confrontación de poderes. De esta manera, el monarca pasaba a desempeñar un papel estrictamente moderador apartándose cada vez más del ejercicio del gobierno y de sus funciones políticas. Así, el rey de Blackstone, un actor eminentemente político, se convertía poco a poco en el rey de Constant, una figura significativamente más institucional y menos política. Este contexto implica una situación en la que el rey puede actuar como un tercero neutral que modera el conflicto mediante el acercamiento de los intereses de los otros poderes, interviniendo cada vez menos en la actividad política a medida que se desarrollan “un ministerio homogéneo, una mayoría estable y una oposición netamente diferenciada de esa mayoría”,<sup>134</sup> y dedicándose cada vez más exclusivamente a los esporádicos conflictos institucionales más propios de su función

---

<sup>134</sup> Constant. *Principios de Política*, p. 145.

—como el uso del veto para prohibir las leyes pasadas por el legislativo y contrarias a los derechos fundamentales del pueblo inglés.

Pero como dije, esta fase era una de transición; con el tiempo, en la práctica, el castigo a los ministros se fue volviendo menos significativo que la amenaza constante de incurrir en éste. Ya en 1815, Constant señalaba que entre los ingleses “todos sus ministros [están] expuestos a una responsabilidad indefinida y perpetuamente denunciados por la oposición, [y que sin embargo,] son muy pocos los que han sido sometidos a proceso, sin que ninguno haya sido castigado”.<sup>135</sup> Los pocos castigos se debían a que, sin necesidad de desarrollar el juicio por completo, “el culpable pierde la autoridad, porque no puede continuar gobernando el Estado frente a una mayoría que le acusa, ni crearse mediante nuevas elecciones una nueva mayoría, ya que en tales elecciones la opinión popular llevaría de nuevo a la asamblea a la mayoría acusadora”.<sup>136</sup> Así, preveía Constant que a la larga “la confianza de que goza un ministro o la desconfianza que inspira se pr[obará] por la mayoría que le sostiene o que le abandona. Ese es el medio legal, la expresión constitucional”.<sup>137</sup>

Sin embargo, llegar a este punto implicaba una nueva lógica en la operación del Estado, un modelo basado en la completa armonía entre el gobierno y el parlamento, completamente opuesto a la visión de los frenos y contrapesos de Blackstone y que para mediados del siglo XIX ya se encontraba en operación en Inglaterra.<sup>138</sup> El esquema que operaba bajo esta nueva lógica era lo que conocemos hoy como gobierno parlamentario: “una teoría de gobierno que [...] combinaba las características deseables del gobierno

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>138</sup> De hecho, los cimientos de este proceso pueden ser rastreados hasta casi un siglo antes en 1721 cuando Rober Walpole fue nombrado primer ministro por el rey, pero contrario a la práctica de entonces, optó por no renunciar a la Cámara de los Comunes, de que era miembro, y continuar asistiendo a los debates para defender la posición del gobierno.

limitado y balanceado con todos los requisitos de armonía y cooperación entre las partes del Estado que demandaban las condiciones modernas.”<sup>139</sup>

Esto es lo que Walter Bagehot denominaba el principio esencial del gobierno inglés: “la fusión” de los poderes ejecutivo y legislativo en el elemento central del sistema parlamentario: el gabinete.<sup>140</sup> Esto equivalía a la eliminación de prácticamente todas las fuentes de conflicto en el aparato constitucional.<sup>141</sup> Así las cosas, la inamovilidad del rey establecida para garantizar el balance de la constitución, evitando la supremacía legislativa, que había requerido de la creación de un ministerio responsable para ejercer el poder ejecutivo, había llevado a fin de cuentas a un sistema en el que tanto el rey como la Cámara de los Lores parecían superfluos. En la práctica, el rey mantuvo ciertas facultades que le permitieron actuar como un jefe de Estado por lo menos formalmente y como poder moderador en crisis institucionales esporádicas.<sup>142</sup> Aunque formalmente toda ley sigue requiriendo la sanción del rey, el veto no se ha usado en más de un siglo y el poder de disolución es ya sólo ceremonial. Desde finales del siglo XIX, cuando el monarca ha recurrido a las facultades de su “prerrogativa”, las ha usado más como herramientas para defender a la constitución que para evitar el conflicto político, aunque cada vez menos a

---

<sup>139</sup> Vile. *Constitutionalism*, p. 234.

<sup>140</sup> Véase el capítulo I de Walter Bagehot. 1996. *The English Constitution*. Ithaca: Cornell Paperbacks.

<sup>141</sup> M.J.C. Vile argumenta que lo que en realidad había sucedido es que, dado el aumento en la importancia que tenía la Cámara de los Comunes en la política británica, los tres órdenes sociales que componían la constitución balanceada habían buscado, y conseguido, tener representación dentro de este cuerpo. Por lo tanto, el conflicto que se daba anteriormente entre los lores, los comunes y el rey se daba ahora esencialmente al interior de la Cámara de los Comunes, dando la impresión de que el conflicto había desaparecido del sistema cuando en realidad sólo se había desplazado a una esquina de este. “Mediante este medio de resolver los conflictos en la Cámara de los Comunes misma, el balance de la constitución, en riesgo de ser destruido por el creciente poder de la cámara baja, se preservó al ser transferido al interior de dicha asamblea” Vile. *Constitutionalism*, pp. 237-238.

<sup>142</sup> Al respecto, Bagehot dice que el monarca inglés de la segunda mitad del siglo XIX era primordialmente una fuente de unidad nacional y una manera de mantener entretenido al público pero que podía llegar a jugar un papel fundamental en mantener el orden y la estabilidad del sistema en algunas crisis y cambios de gobierno. Véase el capítulo II de Bagehot. *The English Constitution*.

menudo hasta que se convirtieron en facultades formales cuyo ejercicio es prácticamente impensable.<sup>143</sup>

En resumidas cuentas, en el modelo británico, el rey fungió como poder moderador, como árbitro constitucional en un periodo de transición permitiendo la consolidación de la monarquía constitucional en un sistema parlamentario moderno. En este proceso, se fue apartando cada vez más de las funciones políticas del poder moderador y centrándose más y más en las meramente institucionales hasta que, con el paso del tiempo, se convirtió en una figura fundamentalmente simbólica representante de la unidad del reino y prácticamente nada más.<sup>144</sup>

## **2. El modelo jurisdiccional: un tribunal moderador.**

En los Estados Unidos de América la situación se volvió radicalmente distinta de la británica con el establecimiento de una república presidencial. Antes de la revolución de independencia el pensamiento político americano difícilmente constituía una vertiente autónoma diferenciada del pensamiento inglés. En este sentido el punto de partida en 1776 era muy similar a la teoría del balance constitucional que imperaba en la Inglaterra del siglo XVIII y los constitucionalistas americanos se enfrentaban a problemas muy similares a los

---

<sup>143</sup> De hecho, el monarca se considera una figura meramente ceremonial desde los tiempos de Carlos IV. Desde entonces, aunque el monarca sigue ejerciendo algunas funciones, lo hace principalmente con carácter protocolario. Por ejemplo, cada vez que participa en la formación del gobierno, lo hace encargando la administración a un gabinete previamente discutido y organizado en la Cámara de los Comunes. Véase la primera sección del capítulo 9 de Gordon. *Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today*.

<sup>144</sup> Es creíble, sin embargo, que si se presentara una crisis institucional mayor —como un intento de golpe de estado a manos de ciertos sectores del ejército— o una situación en la que un primer ministro rechazado por la mayoría se negara a abandonar el gobierno el monarca pudiera intervenir, como hizo el rey Juan Carlos de España en 1981 en un caso parecido al primero. Por otro lado, vale la pena mencionar que algunas funciones del poder moderador en el sentido más moderno del término, como una suerte de tribunal constitucional, han recaído en los Law Lords de la Cámara de los Lores que alienados del proceso legislativo han asumido un papel judicial similar al de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Scott Gordon menciona que en la actualidad la Cámara de los Lores, con su facultad para suspender por un año la aprobación de casi cualquier ley aprobada por el parlamento y en particular los Law Lords en su función de Instancia Judicial Suprema, representan el freno institucional más importante para actuación de la Cámara de los Comunes. Véase *Idem*.

de los constitucionalistas ingleses, sobre todo: cómo evitar el abuso por parte de las legislaturas.

En esta lógica, las primeras constituciones de los nuevos estados, después de la independencia, establecieron algunos mecanismos para controlar a dichos órganos y mantenerlos dentro de sus esferas constitucionalmente delimitadas. Tal fue el caso de las convenciones constitucionales, entendidas como organismos representativos del pueblo, convocados con un carácter especial, que se encontraban por encima de las asambleas legislativas ordinarias, y que eran las únicas facultadas para modificar la constitución y para velar por su cumplimiento.<sup>145</sup> Uno de los casos más llamativos de este tipo de cuerpos fue el instituido en la constitución de Pennsylvania de 1776 para velar periódicamente por la integridad de la ley fundamental. De acuerdo con Gordon Wood,

para determinar “si la constitución ha sido preservada sin violaciones en todas sus partes y si las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno han ... ejercido otros o más amplios poderes de los que les otorga la constitución”, un cuerpo inquisidor particular, un Consejo de Censores, debía ser electo por el pueblo cada siete años para sesionar por no más de uno y “para pasar censura pública, ordenar juicios políticos (impeachments), y para recomendar a la legislatura la revocación de aquellas leyes que a sus ojos parecieran haber sido promulgadas contrariando los principios de la constitución.”<sup>146</sup>

La creación de este tipo de instituciones moderadoras obedece probablemente a un entendimiento de la teoría de la división de poderes como límites funcionales que, según ha demostrado Bernard Manin, era común en los Estados Unidos en los años hasta a la redacción de la constitución de 1787.<sup>147</sup> Sin embargo, dicha visión sería prácticamente abandonada una vez que la ratificación de la constitución de Filadelfia pasara a significar el

---

<sup>145</sup> Véase Wood. *Creation of the...* pp. 306-334.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>147</sup> Véase Manin. *Checks, balances and boundaries.*

triunfo absoluto de los Federalistas, partidarios de una división de poderes por frenos y contrapesos.

Ambas visiones se enfrentaron cara a cara durante los debates previos a la ratificación de la constitución, donde Federalistas y Anti-federalistas discutieron ampliamente la teoría de la división de poderes y la forma de organizarlos en la constitución. Manin argumenta que los Anti-federalistas comenzaron el ataque contra la nueva constitución señalando que la organización de los poderes en ella violaba la norma de separación de poderes al asignar a cada rama del gobierno ingerencia en la esfera principal de las otras. “Cuando [los Anti-federalistas] invocaban el axioma de Montesquieu, tenían en mente el principio de que *ninguna rama debe ejercer más de una de las tres funciones de gobierno* [y] [e]ra con base en este principio que se oponían a [las] provisiones [... de] frenos y contrapesos”.<sup>148</sup> En lugar del sistema ideado por la convención de Filadelfia, los Anti-federalistas “insistían en que la constitución debía establecer de la forma más clara e inteligible los límites que circunscrib[ían] las jurisdicciones de los distintos cuerpos gubernativos”.<sup>149</sup>

Madison y los Federalistas, sin embargo, se habían dado cuenta de que “la propuesta Anti-federalista de un sistema de límites claros y estables dejaba una pregunta clave sin respuesta: ¿cómo se implementarían estos límites?”<sup>150</sup> La respuesta podría parecerse sencilla: un poder moderador. Sin embargo, en la década de 1780 con la teoría todavía en pañales, esta solución no era obvia y los mismos Anti-Federalistas dudaban sobre cómo resolver el problema. Así las cosas, Madison respondió directamente al ataque de los opositores de la constitución en sus distintos artículos de *El Federalista*. Para

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 47.

empezar, en el artículo 37, Madison tachaba de irrealizable el proyecto de los Anti-federalistas al establecer que

la experiencia nos ha enseñado que ninguna habilidad en la ciencia del gobierno ha sido capaz de diferenciar y definir, con suficiente certeza, su tres grandes provincias —el legislativo, ejecutivo y judicial; o ni siquiera los privilegios y poderes de las distintas ramas legislativas. A diario se presentan preguntas en la práctica [del gobierno] que sondean la oscuridad que reina en estas materias, y que confunden a los más grandes adeptos de la ciencia política.<sup>151</sup>

Por si esto no fuera suficiente problema, quedaba la cuestión de cómo hacer que los límites se respetaran. Madison se daba cuenta de que un “sistema de límites funcionales requería que [los poderes] se controlaran a sí mismos por el mero propósito de obedecer el documento constitucional.” Y precisamente criticó la “futilidad de esta confianza en el puro auto-control —en oposición al interés y el miedo al castigo— [...] con la metáfora de las ‘barreras de papel’,” en el tan popular *Federalista 48*.<sup>152</sup>

A fin de cuentas, la única solución viable era “organizar la estructura interna del gobierno de forma tal que sus diversas partes constitutivas pu[dieran], mediante sus relaciones mutuas, ser los medios de mantener a cada una dentro de su propio lugar”.<sup>153</sup> En palabras de Manin, “[c]ada departamento deb[ía] tener los medios para ejercer cierta influencia y control sobre otro. Todas las ramas del gobierno debían estar conectadas por una red de medios de influencia recíprocos [...] cada rama debía participar parcialmente en las funciones principalmente ejercidas por otra”.<sup>154</sup> La consecuencia lógica de esta organización era que los límites se mantendrían por sí solos, es decir, un poder moderador

---

<sup>151</sup> Hamilton, Madison y Jay. *The Federalist Papers*, p. 228.

<sup>152</sup> Manin. *Checks, balances and boundaries*, p. 51. Madison no se daba por satisfecho con eso, continuaba con una crítica de las convenciones constitucionales como mecanismos externos para mantener el equilibrio entre los poderes, es decir, como poder moderador, y las hallaba poco convincentes, difíciles de establecer y poco confiables. Estos argumentos fueron comentados más arriba (capítulo II). Véase para más detalle Hamilton, Madison y Jay. *The Federalist Papers*. No. 49 y 50.

<sup>153</sup> Hamilton, Madison y Jay. *The Federalist Papers*, p. 320.

<sup>154</sup> Manin. *Checks, balances and boundaries*, p. 56.

era algo completamente innecesario. Se trataba en realidad de: “un sistema endógeno de limitación de poderes. La ‘estructura interior del gobierno’ era tal que cada rama podía ser mantenida en jaque por otra, es decir, por una autoridad colocada en el mismo nivel constitucional. *No había necesidad de una agencia implementadora externa, como un guardián de la constitución*”.<sup>155</sup>

En la práctica, sin embargo, no es muy claro que las cosas hayan funcionado exactamente así. Para finales del siglo XIX se había ya desarrollado y comenzaba a establecerse de facto un poder moderador en la Corte Suprema Justicia. Ésta, mediante un cada vez más amplio ejercicio del poder de revisión constitucional, actuaba efectivamente como un guardián de la constitución en el mismo sentido en que Hans Kelsen teorizaría su tribunal constitucional a principios del siglo XX.

La historia de la facultad de revisión constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos es compleja. El texto de la constitución de Filadelfia no es claro respecto a si la corte está dotada de esta facultad o no.<sup>156</sup> Alexander Hamilton, en sus artículos de *El Federalista*, le asigna efectivamente dicha función como mecanismo para limitar el voluntarismo de la cámara de representantes,<sup>157</sup> pero la tradición del derecho constitucional americano se inclina por negar que dicha facultad hubiera estado contenida en la constitución y considera que se incorporó a ella hasta 1803, con la sentencia del caso *Marbury contra Madison*.<sup>158</sup> Como quiera que sea, dicha teoría se encontraba ya en

---

<sup>155</sup> *Idem*. Énfasis añadido.

<sup>156</sup> De hecho, el artículo III de la constitución no establece ninguna facultad propia de la Corte Suprema que difiera de las otorgadas a todos los jueces federales, excepto el tratar en jurisdicción ordinaria los casos contra diplomáticos o que tuvieran a un estado de la federación por parte. Véase *The Declaration of Independence / The Constitution of the United States of America*. Washington, D.C.: United States Information Agency, pp. 21-22.

<sup>157</sup> Véase Hamilton, Madison y Jay. *The Federalist Papers*. No. 78.

<sup>158</sup> Véase John A. Garraty. 1987. *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper Torchbooks, pp. 7-19. Cabe mencionar que, si bien en esta sentencia se estableció que la corte contaba con la facultad de

formación desde antes de la independencia y algunas de las primeras constituciones de los estados entre 1776 y 1787 de hecho asignaron dicha facultad a sus cortes supremas (Nueva Jersey, Nueva York, Rhode Island y Carolina del Norte).

De acuerdo con John Garraty, los fundamentos de la idea de la revisión constitucional se pueden rastrear hasta Lord Coke quien “había declarado temprano en el siglo diecisiete que ‘la ley común (common law) controla los actos del parlamento’.”<sup>159</sup> Esta idea había sido desarrollada luego por Jame Otis, uno de los ideólogos legales más importantes de la independencia americana, quien reclamaba que las leyes de Asistencia (Writs of Assistance) eran nulas por ser contrarias a los derechos del pueblo inglés. Pero quizá la elaboración más sólida vendría con James M. Varnum, quien en 1786 argumentaría en la corte de Rhode Island mediante “una distinción más moderna entre la ley fundamental de la constitución y las leyes estatutarias ordinarias [que...] era el deber de la judicatura [...] medir las leyes de la legislatura contra la constitución y los derechos del pueblo [...]. La tarea especial de la judicatura era ‘rechazar todos los actos de la Legislatura que [fueran] contrarios a la confianza puesta en ella por el pueblo’.”<sup>160</sup>

El lenguaje de esta defensa de la revisión constitucional es llamativo, pues nos aclara que no se trata solamente de un mecanismo de frenos y contrapesos para que el poder judicial se defienda a sí mismo, sino de una garantía de la constitución contra el abuso por cualquiera de los poderes. En palabras de Gordon Wood,

[l]a separación de poderes [...] requería que el departamento más débil en lo que se había convertido en la en la división tripartita del gobierno americano fuera dotado de poder para defender su independencia en contra de abusos por parte de los otros departamentos. *Pero como los gobiernos americanos eran [gobiernos] limitados, el*

---

revisión constitucional (judicial review) de las leyes del congreso y los decretos del presidente, dicha facultad no fue utilizada de nuevo hasta la guerra civil a mediados del siglo XIX.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>160</sup> Wood. *Creation of the...* p. 460.

*poder judicial debía también defender la constitución contra violaciones de los otros departamentos, particularmente de la legislatura.*<sup>161</sup>

Así pues, pese al supuesto de que en un sistema de frenos y contrapesos no era necesaria la creación de un órgano independiente que mediara entre los poderes y garantizara el apego a la constitución, con el tiempo, y de forma muy gradual, se desarrolló en los Estados Unidos, en la figura de la Corte Suprema, un órgano que si no intervenía en los conflictos entre los poderes —o por lo menos sólo en los casos más escandalosos— sí se convirtió en un guardián permanente de la constitución en contra de las violaciones de ésta hechas por los otros poderes.<sup>162</sup> A diferencia del caso británico, en el sistema político americano no impera la armonía —o la ficción de esta— en la esfera política, pues la elección directa del presidente como jefe del ejecutivo por separado de la elección de los miembros de las cámaras prácticamente asegura el conflicto entre ambas ramas, sin embargo, de todas formas se establece un árbitro que limita el abuso de las facultades institucionales aunque el conflicto político se mantenga como parte integral del sistema, que en ocasiones se traba. El guardián constitucional de los Estados Unidos emergió de tal forma que los conflictos políticos entre las cámaras y el ejecutivo nunca estuvieron comprendidos entre los asuntos que debía resolver, su función fue desde su consolidación una mucho más institucional, más moderna en el sentido de un guardián de constitucionalidad de origen jurisdiccional y que sistemáticamente se mantuvo alejado de los conflictos políticos.<sup>163</sup> Nació pues como un árbitro independiente y judicializado: un tribunal moderador.

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 462. Énfasis añadido.

<sup>162</sup> De hecho, aquí se incluye el mismo poder judicial (si bien no la propia corte), pues al actuar como corte de apelación en última instancia y con derecho de atracción, la Corte Suprema puede corregir las violaciones y abusos de los tribunales inferiores.

<sup>163</sup> En este sentido, hay que hacer notar que la Corte Suprema ejerció primero como protector del gobierno federal contra los estados, después como garante de los derechos individuales y sólo tardíamente, hasta el

### ***3. Los dos modelos en el espejo: un primer vistazo a la experiencia latinoamericana.***

La lógica operativa de estos dos modelos, como hemos visto, era distinta, aunque en cierta forma complementaria, y ambos se adaptaban claramente a la teorización hecha por Constant aunque en la práctica hayan funcionado de formas significativamente distintas. Volteando ahora hacia la experiencia latinoamericana que, siguiendo las recomendaciones de Constant, dada la diferencia contextual de un caso y otro, creó, entre otras, dos encarnaciones tan distintas entre sí como el rey de Inglaterra y la Suprema Corte de los Estados Unidos: el monarca de Brasil y el poder conservador de México. Dos interpretaciones que, pese a sus diferencias, tienen importantes similitudes y comparten la característica latinoamericana de que hemos hablado anteriormente, la asimilación entre el poder moderador y la capacidad de reacción frente a situaciones de emergencia.

En realidad, ambos casos fueron creados con Inglaterra por modelo y muy probablemente con Constant por guía. En el caso de Brasil no hay duda alguna, pues se trataba de establecer un régimen “Monárquico Hereditario, Constitucional y Representativo”<sup>164</sup> que explícitamente “ponía en práctica algunas de sus tesis [de Constant] sobre la monarquía constitucional”,<sup>165</sup> al grado de que el mismo Constant siguió de cerca el desarrollo de dicha carta y comentó sobre ella en algunas ocasiones. Como ha demostrado Silvana Mota

---

siglo XX, ha intervenido en algunos conflictos entre poderes. De hecho, es probable que el desarrollo y legitimidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos se debieran precisamente a esta tardía participación en conflictos políticos. A fin de cuentas, el modelo jurisdiccional que asigna la función moderadora a un tribunal parte del poder judicial siempre está expuesto a que, en un contexto de conflicto político excesivo, las cortes se vean desbordadas y terminen perdiendo su legitimidad al involucrarse en asuntos para cuya solución no están bien capacitadas.

<sup>164</sup> “Constituição política do imperio do Brasil” en Themistocles Brandão Cavalcanti. 1958. *Las Constituciones del Brasil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Artículo 3.

<sup>165</sup> Silvana Mota Barbosa. 2000. L'influence de l'oeuvre de Constant sur la pratique politique brésilienne: présentation d'un inédit". *Annales Benjamin Constant* 23-24: p. 217.

Barbosa, la obra de Constant se encontraba bastante difundida entre la opinión pública del Brasil del primer cuarto del siglo XIX, e influía significativamente en el pensamiento político de los constitucionalistas más importantes de la época.<sup>166</sup> La constitución de 1824, pese a ser una carta otorgada era “un texto innovador para la época, pues ponía en práctica la teoría de los cuatro poderes concebida por Benjamín Constant. De modo que el artículo que definía el cuarto poder era una traducción literal del texto constantiano, excepto porque el termino «poder moderador» remplazaba el de *poder real* o *neutral* empleado por Constant”.<sup>167</sup>

El caso de México era algo distinto. Se trataba de un régimen republicano y presidencial en él que el poder moderador recaía en un cuerpo *ad hoc* denominado Supremo Poder Conservador completamente independiente, por primera vez en América Latina, tanto del ejecutivo, como del legislativo y del judicial. Tanto Alfonso Noriega como Luis Barrón no han tenido la más mínima duda en señalar a Constant como la fuente de inspiración de Francisco Manuel Sánchez de Tagle y la Comisión de Reorganización que diseñó dicho cuerpo,<sup>168</sup> a pesar de que en ninguno de sus textos principales se le menciona explícitamente.<sup>169</sup> De cualquier forma, es cierto que el lenguaje utilizado y la institución creada por ellos es significativamente parecida al del constitucionalista francés. De lo que no queda duda es de que Tagle tomaba a Inglaterra por modelo, pues aunque reconocía la

---

<sup>166</sup> El hecho de que uno de los grandes generales republicanos de la segunda mitad del siglo haya llevado el nombre del publicista francés contribuye a confirmar este hecho.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>168</sup> Véase Alfonso Noriega. 1993. *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*. México: UNAM. y Barrón. La tradición republicana.

<sup>169</sup> Véase Francisco Manuel Sánchez de Tagle. 1835. *Discurso del señor Don Francisco Manuel Sánchez de Tagle en la sesión del 15 de diciembre, sobre creación de un Poder Conservador*. México: Imprenta de J.M. Fernández de Lara. y Comisión de Reorganización. 1835. Segunda Ley Constitucional 1835. En Archivo General de la Nación. Ramo Historia, Vol. 560. Fojas 111-119. México. Como he argumentado en un trabajo previo, es llamativo que a quien se menciona explícitamente en el discurso de Tagle como el testigo de que existe un poder neutral en la constitución inglesa es Blackstone y no Constant.

utilidad del sistema de pesos y contrapesos (“contraposición y choque de [...] fuerzas”<sup>170</sup>) para limitar a los poderes, reconocía en una línea particularmente similar a la de Blackstone que este sistema existía en dicho país; pero siguiendo más a Constant, no dudaba en aseverar que donde “si [...] tienen hoy vigor esas travas de acción, es [...] porque allí [en Inglaterra] existe el poder *neutro* [...en la figura del] rey como lo han observado políticos profundos; allí el poder ejecutivo está en el ministerio, y en el rey la imposibilidad de hacer el mal y todos los arbitrios ó para impedir que lo hagan los demás ó para neutralizar el que hicieren”.<sup>171</sup>

En cualquier caso, aún si ambos modelos de poder moderador estaban inspirados en Inglaterra y la teoría de Constant, sus respectivos contextos constitucionales y su organización institucional les imponían patrones de desarrollo radicalmente distintos. Para el caso de Brasil es claro que su constitución, con un emperador que fungía como poder moderador, lo ponía en el camino inglés a un sistema parlamentario. Sin embargo, en casi ochenta años de experiencia con dicha carta nunca se avanzó significativamente en este sentido, y cuando la constitución fue abandonada se le reemplazó con una republicana y presidencial como las que operaban en el resto del continente americano.

En el caso de México el Supremo Poder Conservador parecía tener todo lo necesario para funcionar como un tribunal constitucional.<sup>172</sup> Sin embargo, dicho cuerpo tuvo fuertes choques con el congreso y la presidencia, y la constitución de 1836 terminó siendo abandonada menos de seis años después, dando paso a la experimentación con varias otras constituciones sin que nunca más se incorporara la idea de un poder moderador independiente del poder judicial.

---

<sup>170</sup> Sánchez de Tagle. *Discurso sobre creación de un poder conservador*, p. 13.

<sup>171</sup> *Idem*.

<sup>172</sup> Véase al respecto Juan José Mateos Santillán. 1995. El Supremo Poder Conservador, primer tribunal de constitucionalidad mexicano en 1836. *Revista Jurídica Jalisco* 5 (2). y Manuel Martínez Sospedra. 1996. Sieyès en México: acerca de las fuentes del Supremo Poder Conservador. *Revista Jurídica Jalisco* 6 (3). Partiendo de este hecho, Martínez Sospedra considera que la fuente ideológica del SPC era Sieyès y no Constant. Sin embargo, Sieyès tampoco merece mención alguna por parte de los autores del SPC.

A fin de cuentas, la pregunta es la misma en ambos casos: ¿por qué ninguno de los dos experimentos de poder moderador evolucionó según los modelos exitosos que hemos visto en este capítulo? ¿Por qué la constitución brasileña de 1824 no dio paso a un sistema parlamentario donde el poder moderador del monarca se eclipsaba paulatinamente dando lugar al surgimiento de un tribunal constitucional más o menos limitado como en el caso inglés? ¿Por qué el Supremo Poder Conservador mexicano no pudo convertirse en un verdadero tribunal constitucional encargado de velar por la obediencia de la constitución garantizando la subsistencia de un gobierno limitado como hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos? ¿Por qué, a fin de cuentas, en ninguno de los dos casos se llegó a un modelo en que el poder moderador completamente institucionalizado se convertía en un garante de la constitución ajeno al conflicto político, con un carácter neutral y legal aceptado por su sociedad? Ahora que hemos reunido todos los elementos necesarios para contestar estas preguntas es hora de volver nuestra mirada hacia el diseño y operación de esos dos modelos. Esto es lo que haré en el capítulo siguiente.

## V. El fracaso de la experiencia latinoamericana: Brasil y México.

Los constitucionalistas brasileños de 1824 y mexicanos de 1836 redactaron constituciones que incorporaban modelos muy diferentes de poder moderador. Sin embargo ambos fracasaron, a mi entender, porque sus encarnaciones del poder moderador fueron vistas como mecanismos para mantener el orden político y social, más allá del mero sostenimiento del sistema constitucional, por lo que no lograron convertirse en instituciones efectivamente neutrales sino que, por el contrario, estuvieron siempre involucrados en actividades políticas, lo que los llevó a chocar constantemente con los otros poderes. Este capítulo ofrece una revisión, bastante sintética, de la experiencia práctica de estos dos modelos de poder moderador, desde su conformación institucional, en sus respectivas constituciones, hasta su desempeño en la vida política diaria. Veremos cómo el colapso de dichas instituciones estuvo relacionado con las facultades que derivaban de la preocupación marcadamente latinoamericana por hacer frente a las situaciones de emergencia.

### 1. El caso de Brasil: ¿el rey reina mas no gobierna?

La constitución brasileña de 1824 fue, tal vez, la que siguió la teoría de Constant más de cerca, en buena medida porque establecía un régimen “Monárquico Hereditario, Constitucional y Representativo”<sup>173</sup> tal como recomendaba el publicista francés, algo que era difícil de conseguir en el resto del continente, incluyendo al México de 1835;<sup>174</sup> pero sobre todo porque sus autores

---

<sup>173</sup> “Constituição política do imperio do Brasil” en Cavalcanti. *Las Constituciones del Brasil*. Artículo 3.

<sup>174</sup> Vale la pena mencionar, sin embargo, que Edmundo O’Gorman creyó ver en el Supremo Poder Conservador mexicano, y en la constitución de 1836 en su conjunto, un intento por crear “una monarquía disfrazada con máscara republicana; [...] una república monárquica, valga la expresión, o si se prefiere, [...] una monarquía sin príncipe, pero con soberano colegiado” Edmundo O’Gorman. 1986. *La supervivencia política novo-hispana. Monarquía o República*. México: Universidad Iberoamericana, p. 26. Lo cierto es que los centralistas mexicanos de la primera mitad del siglo XIX trataron de crear una república, que tal vez podríamos catalogar de oligárquica, que disfrutara de los beneficios de orden y estabilidad de una monarquía, pero nada más. La idea de constituir a México en una verdadera monarquía, frustrada después del imperio de

creían estar siguiendo el modelo de la carta constitucional francesa de 1814 y del acta adicional a la constitución del imperio de 1815 preparada por el propio Constant para Napoleón.

La Constitución del Imperio Brasileño fue propiamente una carta y no una constitución puesto que fue otorgada. Tras la disolución de la Asamblea Constituyente, originalmente convocada para dar una constitución al recién independizado imperio, el Emperador Don Pedro I encargó a los integrantes de su Consejo de Estado la elaboración de una ley fundamental que él otorgaría a su pueblo.<sup>175</sup> Esto es desafortunado porque no hay registro de las discusiones que llevaron al Consejo a preparar la constitución que finalmente fue adoptada y por lo tanto las fuentes que nos permitirían conocer las razones detrás de la creación de un poder moderador permanecen ocultas.<sup>176</sup> Sin embargo, podemos hacer una estimación más o menos certera basándonos en los diversos comentarios y estudios que se han publicado sobre el texto constitucional en cuestión.

La constitución, presuntamente basada en la Carta Constitucional francesa de junio de 1814, y el Acta Adicional a la Constitución del Imperio de 1815,<sup>177</sup> establecía que “[l]os Poderes Políticos reconocidos [en...] el Imperio de Brasil son cuatro: el Poder Legislativo, el Poder

---

Iturbide, sólo volvería a cobrar fuerza después de 1840, tras la caída de las Siete Leyes y en la víspera de la guerra con Estados Unidos.

<sup>175</sup> Cabe mencionar que la mayoría de los miembros del consejo habían sido miembros de la asamblea. Lo que hizo el emperador en realidad fue una purga, encarceló a los miembros más radicales de la asamblea, dispersó a algunos otros y dejó que los más adictos a él redactaran la carta. Entre los diez miembros del Consejo destacaban Maciel da Costa, Marqués de Queluz, quien había sido Presidente de la Asamblea disuelta, Alvarez de Almeida, Marqués de Santo Amaro, también exconstituyente y Carneiro de Campos, Marqués de Caravelas, principal autor de la carta. Véase Afonso Arinos De Melo Franco. 1957. *El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX*. En *El Constitucionalismo a Medios del siglo XIX*, editado por H. Krüger, et al. México: UNAM, p. 313.

<sup>176</sup> El proyecto de constitución elaborado por la Asamblea antes de ser destituida es muy similar a la constitución definitiva, según diversos autores. Sin embargo, pese a que existen los registros de los debates de dicha Asamblea, el proyecto que en ella se preparó no incluía un poder moderador —y la posibilidad de crearlo apenas fue discutida— por lo tanto su importancia para el tema que hoy nos ocupa es limitada —sin mencionar la imposibilidad de conseguirlos fuera de Brasil. Véase *Ibidem*, pp. 304-311.

<sup>177</sup> Los textos pueden ser consultados en La Chartre Constitutionnelle du 4 juin 1814 y L'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815. 1995 [1815]. En *Les Constitutions de la France depuis 1789*, editado por J. Godechot. Paris: GF Flammarion. pp. 209-240.

Moderador, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial”.<sup>178</sup> El poder moderador se encontraba regulado en el capítulo primero del título quinto. En el artículo 98 quedaba establecido que “[e]l Poder Moderador es la llave de toda la organización política, y es delegado exclusivamente al Emperador, como Jefe Supremo de la Nación y su Primer Representante, para que incesantemente vele sobre el mantenimiento de la Independencia, equilibrio y armonía de los demás Poderes Políticos”.<sup>179</sup> Inmediatamente después se establecía la inviolabilidad de la persona imperial (artículo 99) y las funciones del poder moderador (artículo 101) que incluían: la nominación de los senadores vitalicios, la convocatoria a sesiones extraordinarias del congreso, la sanción (o el veto) de los decretos y resoluciones del mismo congreso, la aprobación o suspensión de los decretos de las asambleas provinciales, la disolución de la cámara de diputados, la nominación y remoción de los ministros de estado, el derecho de gracia y de amnistía. Además, en el ejercicio de todas estas funciones, menos en la relativa a los ministros de estado, el Emperador debía escuchar la opinión de su Consejo de Estado según establecía el artículo 142.

En el papel parecía que el poder moderador en Brasil cumplía con la característica de neutralidad señalada por Constant y con todas las facultades que éste le asignaba sin interferir en asuntos extraños como en el caso de la constitución boliviana de 1826 y, como veremos, el de México de 1836. Pero en la práctica esto no quedaba tan claro; particularmente porque era difícil distinguir entre las facultades ejecutivas y moderadoras del monarca y sobre todo porque al declararlo “llave de toda la organización política” y “Jefe Supremo de la Nación” parecía colocársele por encima de todo, incluso de la propia carta.

El Emperador, al convocar a la Asamblea Constituyente, le había encomendado la creación de “[u]na constitución en la que los tres poderes estén bien divididos para que no puedan

---

<sup>178</sup> “Constituição politica do imperio do Brasil”, Artículo 10.

<sup>179</sup> *Ibidem*, Artículo 98.

arrogarse derechos que no les competan, pero que estén organizados y armonizados en forma tal que les sea imposible, aun por el decurso del tiempo convertirse en enemigos y puedan concurrir entonces cada vez más al logro de la felicidad general del estado”.<sup>180</sup> Quizá por la misma razón “fue el propio D. Pedro I quien hizo insertar en el texto [constitucional definitivo] aquella nueva prerrogativa de la corona [el poder moderador] inexistente en el proyecto del Constituyente”.<sup>181</sup>

Pero los fines del Emperador no se limitaban a los defendidos por Constant. Ya en la Asamblea Constituyente el diputado Maciel da Costa, un monarquista extremo, había promovido sin éxito el establecimiento del ‘supremo’ poder moderador en manos del Emperador “a fin de que supervisara todo el imperio”.<sup>182</sup> En palabras del propio diputado, el Emperador debería actuar, investido de este poder, como un “centinela permanente [...] que con cien ojos supervise todo, observe todo [...] toque todo, ponga todo en movimiento, conduzca todo, arregle todo, componga todo para hacer todo aquello que la nación haría si pudiera”.<sup>183</sup>

Como bien señala Silvana Mota Barbosa, esta concepción “estaba muy alejada de la idea del poder neutral de Constant”.<sup>184</sup> Y en la práctica, el poder moderador brasileño se mantuvo también muy alejado del ideal de Constant, pues al no establecer la responsabilidad política de los ministros, la separación entre el poder ejecutivo y el moderador prácticamente desaparecía.<sup>185</sup> La constitución brasileña “daba al ‘poder moderador’ una posición de superioridad con respecto a los otros poderes, y por lo tanto, no hacía explícita la distinción, tan importante para Constant, entre el poder inviolable del monarca y los otros poderes”.<sup>186</sup>

Las razones por las que los artífices de la constitución brasileña decidieron optar así no

---

<sup>180</sup> *Annais da Assembléa Constituinte de 1823*, sesión de 3 de mayo. Citado en De Melo Franco. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX, p. 294.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 321.

<sup>182</sup> Mota Barbosa. L'influence de l'ouvre de Constant... p. 219.

<sup>183</sup> *Annais da Assembléa Constituinte de 1823*, t.V, p.208. Citado en *Idem*.

<sup>184</sup> Mota Barbosa. L'influence de l'ouvre de Constant... p. 219.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 220-221.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 221.

son de todo difíciles de entrever. El Brasil de la década de 1820 se encontraba rodeado de repúblicas amenazantes, completamente opuestas al principio monárquico y al establecimiento de cualquier monarquía americana. Enfrentaba, además, constantes rebeliones e intentos secesionistas de las provincias más alejadas y de las élites políticas opuestas a la creación de un centro fuerte.<sup>187</sup> José Bonifacio de Aranda e Silva, a quien Emilia Viotti da Costa llama “el padre fundador brasileño”,<sup>188</sup> había ya advertido a la Asamblea Constituyente el riesgo de no crear un poder central fuerte capaz de mantener al imperio en orden a como diera lugar, previniéndola contra la experiencia de las otras naciones iberoamericanas que “[h]ac[ía] 14 años [...] se desgarr[aban] [por...] pretende[r] establecer una libertad licenciosa y, después de haber nadado en sangre, no [eran] más que víctimas del desorden, de la pobreza y de la miseria”.<sup>189</sup>

La prueba de que Brasil podía seguir por ese camino se presentó poco tiempo después de la promulgación de la constitución cuando el nordeste brasileño se vio abrasado por una “grave rebelión republicana”.<sup>190</sup> El emperador recurrió inmediatamente a sus amplios poderes, derivados de un poder moderador que no era neutral, para reprimir con “innecesaria violencia [...] la revolución federalista del nordeste, que proclamó en 1824 la llamada Confederación del Ecuador [y] poco después [...] en [l]as guerras del Sur, originadas por el movimiento de independencia del Uruguay”.<sup>191</sup> Don Pedro I, en el ejercicio del poder moderador, cometió el mismo error que Constant había temido que ocurriera en Brasil ya en 1826 cuando aseguró que “un príncipe amigo del bien se irrita muy fácilmente con los obstáculos que se encuentra y para

---

<sup>187</sup> Richard Graham. 2003. Formando una nación en el Brasil del siglo XIX. En *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, editado por A. Annino y F.-X. Guerra. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 630-635.

<sup>188</sup> Véase Emilia Viotti da Costa. 2000. *The Brazilian Empire. Myths and Histories*. Chapel Hill, NC.: University of North Carolina Press.

<sup>189</sup> *Annais da Assembléa Constituinte de 1823*, sesión de 5 de mayo. Citado en De Melo Franco. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX, p. 294.

<sup>190</sup> De Melo Franco. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX, p. 315.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 329.

superarlos hace cualquier cosa poco de acuerdo con los principios de la propia libertad que busca establecer”.<sup>192</sup> El modo en que se puso en práctica el poder moderador durante el reinado del primer emperador de Brasil hacía suponer, como muchos constitucionalistas brasileños aseguraron posteriormente, que “[c]uando D. Pedro I introdujo en la constitución el mecanismo imaginado por Benjamín Constant, lo hizo probablemente, más con la intención de ampliar su poder personal, que de establecer un equilibrio neutro entre los demás poderes”.<sup>193</sup>

Sea como fuere, el monarca no dejó de abusar de sus poderes durante el resto de su reinado gobernando como si la cámara de diputados no existiera y él no tuviera más limitaciones que su voluntad. Así las cosas, la situación del Imperio se agravó progresivamente durante todo el reinado de Pedro I hasta que éste se vio forzado a abdicar, a favor de su hijo de cinco años, y partir de regreso a Portugal a mediados de 1831.<sup>194</sup> Durante la regencia que estuvo a cargo del gobierno hasta 1840 se pasó la única reforma oficial a la constitución imperial eliminando al Consejo de Estado, institución en cuya existencia “[l]os conservadores veían [...] a la [...] del poder moderador”,<sup>195</sup> y cuya supresión representaba “un gran triunfo de la idea liberal, puesto que anulaba en su esencia el poder moderador, causa de tantas aprehensiones durante el primer reinado”,<sup>196</sup> dando así fin a la primera experiencia brasileña con el poder moderador, que no había sido más que una excusa para que el Emperador abusara sus facultades constitucionales so pretexto de garantizar el orden y la estabilidad.

Pero la institución tendría otra oportunidad durante el reinado de Pedro II, a quien se le reconoció la mayoría de edad en 1840 para que pudiera tomar el trono. Entre las primeras acciones importantes del nuevo monarca, en noviembre de 1841 se promulgó una ley

---

<sup>192</sup> Benjamin Constant. [1827] “Lettre du le 28 juillet 1827 à propos de l’opportunité du retour au Portugal de Don Pedro I<sup>er</sup>” en Mota Barbosa. *L’influence de l’oeuvre de Constant...* p. 231.

<sup>193</sup> De Melo Franco. *El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX*, p. 323.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 329-330.

<sup>195</sup> Cavalcanti. *Las Constituciones del Brasil*, p. 211.

<sup>196</sup> Teófilo Otoni, citado en *Idem*.

restableciendo el Consejo de Estado y la práctica del poder moderador que continuó prácticamente igual que antes. De acuerdo con Richard Graham

Pedro II recurrió al consejo [...] en busca de asesoramiento para el ejercicio del Poder Moderador, especialmente su derecho para nombrar y remover al gabinete. Aún más, como cada Gabinete debía mantener la confianza del parlamento o pedir al Emperador nuevas elecciones, el Consejo de Estado opinaba sobre si conceder o no la solicitud. Otras atribuciones del Poder Moderador en las que el consejo era escuchado incluían la selección de senadores vitalicios [...] y] como cualquier decreto o ley necesitaba la sanción del Emperador, y él normalmente consultaba al Consejo antes de darla, el Consejo de Estado (a través de sus comités) también se convertía en un asesor del Gabinete en muchos asuntos legislativos [...] Finalmente, el Consejo de Estado actuaba como una corte que consideraba casos que involucraban disputas entre las ramas de gobierno y demandas presentadas contra el gobierno, ejerciendo así una revisión judicial sobre la constitucionalidad de leyes y decretos.<sup>197</sup>

Sin embargo, Pedro II tenía un carácter mucho más moderado que su padre y en general supo manejarse mejor que él en el trono.<sup>198</sup> A pesar de esto, pronto se volvió evidente una de las deficiencias fundamentales de la Constitución de 1824, aquella que impedía al monarca convertirse en un poder propiamente neutral evitando que tuviera ingerencia constante en los asuntos del gobierno: la falta de un ministerio realmente responsable ante la asamblea.

Como bien señala Afonso Arinos de Melo Franco, en la constitución imperial de 1824, “la irresponsabilidad jurídica asegurada al emperador y su derecho para destituir y nombrar libremente a los ministros, no eran correspondidos [...] por la responsabilidad política de los ministros, expresamente determinada por el art. 13 de la Carta de Luis XVIII”.<sup>199</sup> El mismo

---

<sup>197</sup> Richard Graham. 1990. *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*. Stanford, CA.: Stanford University Press, p. 57. Aquí Graham señala dos hechos que no he podido comprobar plenamente. Primero, el hecho de que el gabinete tuviera que mantener la confianza del parlamento, aunque sí podía pedir al Emperador nuevas elecciones si las cosas no iban muy bien. Segundo, la facultad del Consejo de Estado para actuar como tribunal constitucional. Sólo en otra ocasión he oído alusiones a esta facultad que llevó a algunas personas a pensar que el poder moderador de Brasil estaba dividido entre el Emperador y el Consejo. Esto es falso puesto que, a fin de cuentas, todos los miembros del Consejo eran designados personalmente por el Emperador.

<sup>198</sup> Esta opinión es generalizada entre los estudiosos del periodo. Véase por ejemplo De Melo Franco. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX, p. 327.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 324. Silvana Mota Barbosa nota también esta deficiencia y llama la atención sobre la “Ley sobre la responsabilidad de los ministros y secretarios de Estado y de los Consejeros de Estado” promulgada

Constant había señalado la importancia de esta correspondencia en sus distintas obras. Así, en un artículo publicado en el *Courrier Français* el 27 de julio de 1826, había escrito claramente que:

[I]a monarquía constitucional crea ese poder neutro indispensable a toda libertad bien proporcionada. Pero se pierde esta inmensa ventaja ya sea en rebajar el poder real al nivel del poder ejecutivo, sea en elevar al poder ejecutivo al nivel del poder real. Entonces mil cuestiones se vuelven insolubles, por ejemplo, la de la responsabilidad. Cuando no se considera a los ministros más que como simples agentes del poder ejecutivo, parece absurdo hacer al instrumento responsable y declarar inviolable al brazo que sirven. Pero si se considera al poder ejecutivo, es decir a los ministros como un poder a parte al que el poder real está destinado a reprimir mediante la destitución, como reprime por la disolución a las asambleas representativas, la responsabilidad del poder ejecutivo se vuelve razonable, y la inviolabilidad del poder real está garantizada.<sup>200</sup>

Evidentemente, como bien señala Silvana Mota Barbosa, “estas líneas de Constant parecen refutar el montaje de los poderes establecido por los textos constitucionales brasileño y portugués, en los que el monarca ejercía el «poder moderador» por sí mismo, y el poder ejecutivo con los ministros por agentes”.<sup>201</sup>

Así, después de “la década de 1850 [que] se había distinguido por la estabilidad política, como lo demostraba la conciliación de los partidos políticos imperiales —el Partido Conservador y el Partido Liberal—”,<sup>202</sup> con el paso del tiempo y sobre todo en las décadas de 1860 y 1870, la “controversia jurídico-política en el Brasil imperial” fue girando cada vez más en torno a la necesidad de crear un régimen efectivamente parlamentario. En estas condiciones “[t]omando como centro de sus preocupaciones el funcionamiento del poder moderador, los publicistas liberales se esforzaban en demostrar que aun dentro del texto de la constitución y sin contrariarlo

---

el 15 de octubre de 1827 que no tenía por objeto “la responsabilidad política, sino la responsabilidad penal” de los ministros y consejeros Mota Barbosa. *L'influence de l'ouvre de Constant...* p. 220.

<sup>200</sup> *Le Courrier Français*, 27 de julio de 1826, citado en *Ibidem*, p. 225.

<sup>201</sup> *Idem*. La constitución portuguesa a que hace mención Mota Barbosa es la Carta de 1826 otorgada por el mismo Emperador don Pedro primero de Brasil a la muerte de su padre, don João VI Rey de Portugal. Llama la atención que en su artículo sobre ambas constituciones, Constant no destaca esta diferencia fundamental entre las cartas y su teoría, pero como explica Mota Barbosa bien puede deberse a la importancia que asignaba Constant a la ratificación de la Carta en Portugal y su intención de no crear razones para que esta fuera rechazada abriendo el campo a la Santa Alianza.

<sup>202</sup> Ilmar Rohloff de Mattos. 2003. La experiencia del Imperio del Brasil. En *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, editado por A. Annino y F.-X. Guerra. México: Fondo de Cultura Económica, p. 619.

en su espíritu, se imponía la conclusión de la responsabilidad de los ministros por los actos practicados por el poder moderador”.<sup>203</sup> Los grandes estadistas conservadores los refutaron defendiendo las prerrogativas del monarca, a menudo confundiendo la estabilidad constitucional con el poder del Emperador.<sup>204</sup>

Pero el problema en la realidad operativa era claro. Como bien resumió Joaquim Nabuco, en el Brasil de la segunda mitad del siglo XIX “[e]l Poder Moderador p[odía] llamar a quien qui[siera] para organizar ministerios; esa persona hac[ía] la elección porque h[abía] de hacerla; esa elección hac[ía] la mayoría. He ahí el sistema representativo de nuestro país”.<sup>205</sup> De esta descripción quedaba clara “la pequeña importancia de la representación de los partidos políticos en la cámara a la vez que [se] destacaba el peso que tenían los poderes Moderador y Ejecutivo” entre los que no había, y durante la vida de la constitución no llegaría a haber, diferenciación en la práctica.<sup>206</sup>

Pero el problema no paraba ahí. En el periodo entre 1840 y 1889, Pedro II, “disolvió al parlamento once veces; y sólo siete parlamentos terminaron su periodo de cuatro años. Así, un total de dieciocho elecciones nacionales tuvieron lugar durante su mandato”.<sup>207</sup> Si pensamos que sólo son seis más de las que habría habido si todos los parlamentos hubieran terminado su mandato no parece tanto. Sin embargo, no debemos olvidar que, a fin de cuentas, “[c]omo el Gabinete que supervisaba las elecciones podía, a través del patrocinio (patronage), conseguir la cámara de diputados que quería, se seguía que, como un político comentó irónicamente en aquel entonces, ‘la mejor y más valiosa prerrogativa del Poder Morderador’ consistía en ‘el derecho de

---

<sup>203</sup> De Melo Franco. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX, p. 325.

<sup>204</sup> Véase Mattos. La experiencia del Imperio del Brasil. y De Melo Franco. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX.

<sup>205</sup> Joaquim Nabuco. 1975. *Um Estadista do Império*. Río de Janeiro: Nova Aguilar, p. 663.

<sup>206</sup> Mattos. La experiencia del Imperio del Brasil, p. 620.

<sup>207</sup> Graham. *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*, p. 79.

elegir a los representantes de la nación”<sup>208</sup>.

Teniendo todo esto en cuenta, parece bastante probable que, como señala Thomaz Diniz Guedes, los constitucionalistas brasileños “hayan adoptado la idea del «poder moderador» a fin de salvaguardar el mínimo de poder personal necesario frente a la disolución de la Asamblea durante los periodos peligrosos”.<sup>209</sup> Pero dada la falta de separación entre este poder y el ejecutivo, a la larga la particular versión brasileña del poder moderador se convirtió a los ojos del monarca, y de las fuerzas conservadoras más allegadas a él, en la garantía última de un poder fuerte. Desde el punto de vista de los *saquaremas*, o conservadores, “[s]ólo un poder fuerte podría ofrecer ‘suficientes garantías al orden público y a una bien entendida libertad’ y hacer posible que se oyese la voz de la ‘Razón nacional, única y verdadera indicadora del pensamiento y de las necesidades públicas’”.<sup>210</sup> De esta necesidad de un poder fuerte para garantizar la unidad de la nación, “así como de la asociación entre poder fuerte y centralización, los *saquaremas* llevaban a deducir la conclusión de la imposibilidad de aplicarse al Imperio la fórmula ‘el rey reina, pero no gobierna’. Sostenían, por el contrario, la fórmula del vizconde de Itaboraí, según la cual, en el Imperio de Brasil, ‘el Emperador reina, gobierna y administra’”.<sup>211</sup> Y así sería incluso después del declive del poder conservador a finales de la década de 1870 y hasta la caída del imperio en 1889.

Así pues, a pesar de que en el papel el poder moderador brasileño tenía todas las cualidades necesarias para desarrollarse de forma similar al modelo inglés hasta establecer un sistema parlamentario, en la práctica las cosas funcionaron de una manera radicalmente distinta. Durante la duración del imperio de Brasil la institución del poder moderador fue vista realmente

---

<sup>208</sup> *Idem.*

<sup>209</sup> Thomaz Diniz Guedes. 2000. Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824. *Annales Benjamin Constant* 23-24: p. 246.

<sup>210</sup> Mattos. La experiencia del Imperio del Brasil, p. 621.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 621.

como la llave del Estado, como punto de control de toda la maquinaria estatal. Bajo el argumento de que era necesario un poder fuerte y unificado para mantener la estabilidad y unidad del reino el Emperador excedió sus facultades aumentando la importancia práctica del poder moderador y del ejecutivo haciendo menos a los otros poderes, particularmente a la legislatura. Así pues, so pretexto de reprimir las revueltas provinciales, de hacer frente a las amenazas externas o de suprimir los alzamientos de esclavos y clases bajas el monarca brasileño no renunció jamás al ejercicio directo del poder ejecutivo al punto de que don Pedro II estaba convencido de que debía

gobernar directamente y por sí mismo, ciñéndose a la Constitución y a las formas del sistema parlamentario; pero como él sólo e[ra] árbitro de cada partido y de cada estadista, y como est[aba] en sus manos el hacer o deshacer los ministerio, el poder e[ra] prácticamente suyo. La investidura de los gabinetes e[ra] corta, su título precario —en cuanto agradasen al monarca; [...] La tradición, la continuidad del gobierno est[aba] en él solo. Como los gabinetes dura[ban] poco y él e[ra] permanente, solo él e[ra] capaz de implementar políticas que necesitaran tiempo; sólo el p[odía] esperar, contemporizar, continuar, ayudar, sembrar para cosechar más tarde, en tiempo cierto.<sup>212</sup>

En este contexto era imposible que el monarca adquiriera un papel verdaderamente neutral y se dedicara a garantizar la subsistencia y orden de la constitución. Los brasileños habían creído encontrar en el poder moderador la forma de garantizar la existencia e integridad del imperio; a la larga lograron esto, pero sacrificando la idea constantiana de un poder moderador neutral a favor de un poder moderador que sin mucha exageración podía ser visto como “una novedosa invención maquiavélica, la clave de la opresión de la nación brasileña y el más fuerte garrote de la libertad de los pueblos”.<sup>213</sup>

La deficiencia de este modelo fue evidente durante el reinado de don Pedro I, lo que llevó a su virtual remoción de la constitución durante la regencia con la enmienda de 1834. Después de su reinstauración a principios del gobierno de Pedro II el poder excesivo del monarca fue tolerado

---

<sup>212</sup> Nabuco. *Um Estadista do Império*, pp. 937-938.

<sup>213</sup> Frey Joaquim do Amor Divino Caneca, “Carta de Pitias a Damão”, citado en Guedes. *Le pouvoir neutre*. p. 246.

entre 1840 y 1870 por la amenaza más patente que nunca de las revueltas internas primero y de los conflictos externos después, pero a medida que el orden regresaba al reino y una nueva generación de políticos entraba en escena el vicio del sistema se volvió nuevamente evidente. Sería absurdo decir que el mal diseño del poder moderador brasileño fue lo que causó la caída de la monarquía casi setenta años después de su creación, pero sin lugar a dudas jugó un papel importante en la incapacidad del sistema para adaptarse a las necesidades de un Brasil que comenzaba a experimentar los efectos de la revolución industrial y los avances tecnológicos de finales del siglo XIX.<sup>214</sup> En cualquier caso, la caída de la monarquía y el poder moderador dieron paso a una república federal del mismo tipo presidencial liberal que imperaba en el resto de América Latina a finales del siglo XIX y principios del XX. Pero la idea de un poder neutral no desapareció completamente, como prueba “la proposición, casi cien años más tarde, de un cuarto poder para la República brasileña. A fin de cuentas, si la neutralidad no fue alcanzada por el poder moderador, la necesidad de un poder neutro, de un poder juez de los otros poderes, continúa siendo un tema significativo de la política brasileña”.<sup>215</sup>

## ***2. El caso de México: la interpretación de la voluntad nacional y la provisión de facultades extraordinarias.***

Más de diez años después de que naciera la constitución del Imperio del Brasil, vio la luz una de las versiones más ambiciosas de un poder moderador ensayadas en América Latina. Ésta fue la diseñada por Francisco Manuel Sánchez de Tagle, uno de los políticos mexicanos más brillantes del siglo XIX,<sup>216</sup> en la segunda ley constitucional de 1836. Ésta formaba parte de la primera

---

<sup>214</sup> Sobre las causas de la caída de la monarquía véase el capítulo 8 de Viotti da Costa. *The Brazilian Empire. Myths and Histories*.

<sup>215</sup> Guedes. *Le pouvoir neutre*. p. 246.

<sup>216</sup> Sánchez de Tagle, pese a ser el autor del Acta de Independencia de México, ha sido prácticamente olvidado por la historia oficial y la historiografía nacional. Sólo lo recuerda una estatua sobre el Paseo de la Reforma en la capital de la república erigida por su estado natal, Michoacán. Uno de los trabajos que han

constitución centralista de México, llamada coloquialmente la constitución de las Siete Leyes y fue la primera en contener un poder moderador aunque la idea había sido discutida desde 1822.<sup>217</sup>

El proyecto de ley constitucional elaborado por la comisión de reorganización del congreso constituyente de 1835-36, presidida por Sánchez de Tagle, fue defendido en la primera sesión de debate por un discurso que dio éste ante el Congreso el 15 de diciembre de 1835. En él hacía una argumentación inspirada claramente en la teoría de Constant. Reconocía el valor de la separación de poderes así como su incapacidad para mantener al ejecutivo y al legislativo separados y cooperando en el terreno práctico. Pero atribuía esta incapacidad no a la teoría en sí misma sino a la situación política de México caracterizada por una ciudadanía inmadura y un estado de constantes pronunciamientos y revoluciones.<sup>218</sup>

Con esto en mente, Tagle abogaba por la creación de un poder neutro, “un dique [...] que interpuesto entre los poderes sea el *hasta aquí* de su respectivo movimiento, sea la presa que los mantenga en la altura conveniente para que produzcan los bienes á que están destinados, y no por bajar de su nivel artificial, se hagan del todo inútiles”.<sup>219</sup> La experiencia constitucional de los años previos lo llevaban a concluir que “en vano organiza[ríamos] entre nosotros los poderes *legislativo, ejecutivo y judicial*, lo mejor que nos fuera posible, por medio de restricciones y travas establecidas para cada uno, si no *arbitra[bamos]* un modo de que [*fueran*] *efectivas esas*

---

abordado más profundamente a este distinguido poeta y político mexicano es Lázaro Valdez Gómez. 2000. *Francisco Manuel Sánchez de Tagle, su declaración preparatoria, en la Constitución de México de 1836*. México: Edición del Autor.

<sup>217</sup> Véase Mateos. Historia parlamentaria. Vol. 1. pp. 506 y 517-518. Desafortunadamente carecemos de información respecto al contenido de esta propuesta que fue hecha y defendida por el diputado Toribio González. También en 1823, el proyecto de constitución elaborado por la comisión encargada del asunto en el primer congreso constituyente de la república, incluyó un senado conservador. Este proyecto, sin embargo, nunca fue discutido porque inmediatamente después de su introducción el congreso se disolvió emitiendo la convocatoria para una nueva elección.

<sup>218</sup> Sánchez de Tagle. *Discurso sobre creación de un poder conservador*. El discurso fue reproducido en su totalidad en Alfonso Noriega. 1979. Sánchez de Tagle y el Supremo Poder Conservador. *Revista de la Facultad de derecho de México XXIX* (112).

<sup>219</sup> Sánchez de Tagle. *Discurso sobre creación de un poder conservador*, p. 10.

*travas* y cada poder se circunscrib[iera] a sus límites constitucionales”.<sup>220</sup> El problema para los miembros de la Comisión de Reorganización presidida por Tagle era claro: los poderes, en particular el ejecutivo y el legislativo, en diversas ocasiones se habían coludido o atacado mutuamente paralizando al gobierno o violando la prohibición constitucional de “que *jamás se reunieran dos ó mas poderes*”.<sup>221</sup> Sin embargo, consideraban como causa última de esto a la inestabilidad social y política, las continuas revoluciones y pronunciamientos que alteraban el orden constitucional del país.

Los autores del proyecto mexicano reconocían la utilidad del sistema de pesos y contrapesos —“contraposicion y choque de [...] fuerzas”<sup>222</sup>—, ideado por los norteamericanos, para limitar a los poderes, pero creían que se necesitaba de dos condiciones para que funcionara apropiadamente, ninguna de las cuales estaba presente en el México de 1835. La primera era paz, estabilidad, pero como bien decía Sánchez de Tagle:

nuestro estado no e[ra] de paz y órden habitual, sino de frecuentísimas alternativas revolucionarias: esto hac[ía] necesario, no solo el contener á cada uno de los poderes en su esfera sino el reponerlos en ella cuando fueren disueltos [...] y esto no se p[odía] hacer por la *igualación y contraposicion de las fuerzas* [...] [T]oda revolucion dá una fuerza superviniente á alguno de los poderes y desde entónces todo el trabajo de la constitución en igualarlos fue perdido.<sup>223</sup>

La segunda condición era que estas prácticas se hubieran convertido en costumbres. Sánchez de Tagle dividía las trabas que se pueden usar para limitar al poder en dos tipos: de prohibición y de acción. Aquéllas correspondían a los límites funcionales y él creía que la historia había dejado clara su ineficacia en México. Las segundas eran las usadas en Inglaterra y Estados Unidos, “consist[ían] en dar á cada poder alguna facultad *reactiva*”.<sup>224</sup> Pero, según

---

<sup>220</sup> Comisión de Reorganización. Segunda Ley, pp. 1-2. Énfasis en el original.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 4. Énfasis en el original.

<sup>222</sup> Sánchez de Tagle. *Discurso sobre creación de un poder conservador*, p. 13.

<sup>223</sup> *Idem*. Énfasis en el original.

<sup>224</sup> *Idem*. Las cursivas en el original.

nuestro autor, estas facultades recibían su mayor fuerza de las costumbres de los pueblos y donde éstas no eran propicias, de nada servían las trabas de acción.

Crear las costumbres, sin embargo, no era imposible. Largos periodos de práctica con las instituciones terminan por convertirlas en costumbre. Pero la gravedad y la urgencia de la situación en México no permitía seguir el camino de Inglaterra, cuya constitución “ha[bía] sido obra de centenares de años, y cada una de sus instituciones fue nueva, fue resistida, fue inútil, y aun causó daños mucho tiempo hasta que se convirtió en costumbre, y entonces empezaron los pueblos á sacar de ella todos sus buenos resultados. ¿El enfermo á que nosotros asis[tíamos], aguantará tan larga curación?”<sup>225</sup>

Para acelerar este proceso se requería una institución particular, la misma que requirió Inglaterra donde “si [...] t[enían] [entonces] vigor esas travas de acción, e[era] [...] porque allí exist[ía] el poder *neutro* [...en la figura del] rey como lo ha[bían] observado políticos profundos; allí el p[ó]der ejecutivo est[aba] en el ministerio, y en el rey la imposibilidad de hacer el mal y todos los arbitrios ó para impedir que lo h[icieran] los demás ó para neutralizar el que hicieren”.<sup>226</sup> Esto era exactamente lo que buscaba crear la comisión dirigida por Sánchez de Tagle.

Pero el problema central, el enemigo contra quien se luchaba en última instancia, era la revolución, ese demonio que azotaba incesantemente a México y que exigía características particulares al Supremo Poder Conservador. No bastaba que mediara entre los poderes y que redujera las intromisiones protegiéndolos a unos de otros como había propuesto Constant; ni que fuera él quien decidiera si el presidente estaba moral o físicamente impedido (art. 11, frac. II<sup>227</sup>),

---

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 14. Las cursivas son mías.

<sup>226</sup> *Idem*.

<sup>227</sup> Este artículo y las fracciones corresponden al Proyecto de Segunda Ley Constitucional antes de las modificaciones sobrescritas en Comisión de Reorganización. Segunda Ley, pp. 7-8. En la ley como

si era necesario y conveniente remover a la totalidad de los ministros del gabinete (frac. VIII), o de la Suprema Corte (frac. III), suspender las sesiones del Congreso o llamar a los suplentes (frac. IV) o declarar la nulidad e inconstitucionalidad de alguna ley (frac. I y IX),<sup>228</sup> siempre requiriendo la excitación de uno de los otros tres poderes para actuar. Se necesitaba además “que [fuera] el verdadero iris en las diversas tormentas políticas”.<sup>229</sup> Como “la opinión pública y la voluntad de la nación son siempre el pretexto de todas las convulsiones; y en varios casos es de necesidad decidir cuales sean y por donde están”,<sup>230</sup> debía tener la capacidad de “declarar [...] cual e[ra] la voluntad de la nación en cualquier caso extraordinario en que [fuera] conveniente conocerla”.<sup>231</sup> Se necesitaba que pudiera presentarse “á la nación como el centro de la unidad, el oráculo de la razón y buen *sentido*”,<sup>232</sup> un verdadero “Oráculo Social”, que lograra, sino evitar las revoluciones, sí disipar “de luego á luego, el aturdimiento, sopor y miedo en que entra[ban] las legislaturas y los ciudadanos, por falta de luz y de apoyo; y [restablecer] el orden constitucional, que estuvo interrumpido meses, [...] en horas ó en días”.<sup>233</sup>

Así pues, siguiendo la misma lógica que el Emperador de Brasil y que Bolívar, para resolver el problema de los caudillos, sus planes y sus rebeliones, Tagle y compañía otorgaron al Supremo Poder Conservador la capacidad de identificar o definir la voluntad nacional; una facultad completamente innovadora que además constituía la única facultad de emergencia contemplada en la constitución de 1836. Esta facultad y la de ejercer control sobre la

---

finalmente se aprobó, se trata del artículo 12 y las fracciones corresponden a la IV, IX, V, VI, I y X respectivamente. Véase, Felipe Tena Ramírez. 1999. *Leyes Fundamentales de México 1808-1999*. México: Porrúa, pp. 210-211.

<sup>228</sup> La redacción de esta fracción era particularmente interesante pues hacía referencia específicamente a leyes y decretos *inconstitucionales*: “Declarar la nulidad de una ley o decreto cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución”. Se trata de una de las primeras manifestaciones de un verdadero control de constitucionalidad en la historia de América Latina.

<sup>229</sup> Comisión de Reorganización. Segunda Ley, p. 4.

<sup>230</sup> Sánchez de Tagle. *Discurso sobre creación de un poder conservador*, p. 11.

<sup>231</sup> Comisión de Reorganización. Segunda Ley, p. 8. (art.11, frac. VII).

<sup>232</sup> Sánchez de Tagle. *Discurso sobre creación de un poder conservador*, pp. 11-12.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 19.

constitucionalidad de los actos de los poderes ejecutivo y legislativo fueron las más constantemente utilizadas por este poder durante su breve y tormentosa existencia.

El Supremo poder Conservador fue formalmente integrado a principios de 1837. El 30 de marzo las Juntas Departamentales nombraron a los miembros que debían integrar dicho poder y el 8 de mayo se presentaron las ternas al congreso para que eligiera a los miembros y los suplentes. “Los miembros del Poder Conservador presentaron juramento al asumir el cargo el 23 de mayo y el Presidente publicó su instalación el 24. Al día siguiente los miembros [...] eligieron a Melchor Múzquiz, presidente y a Sánchez de Tagle, secretario”.<sup>234</sup> Durante el primer año de operación, el Conservador no tomó ninguna decisión espectacular y se limitó a hacer los nombramientos que le correspondían y certificar las elecciones del senado; pero a partir del segundo año de funciones emitió múltiples decisiones, la mayoría de ellas relacionadas con el control de constitucionalidad o con la facultad para declarar la voluntad de la nación.

De las más o menos 15 decisiones importantes que tomó el poder moderador en los poco más de cuatro años y medio que estuvo en funciones, ocho, prácticamente la mitad, fueron declaraciones sobre la voluntad de la nación, cinco, acciones de inconstitucionalidad y las restantes son difíciles de clasificar.<sup>235</sup> De las cinco acciones de inconstitucionalidad que trató el

---

<sup>234</sup> Anne Worthington Surget Macneil. 1969. *The Supreme Harmonizing Power (El Supremo Poder Conservador) 1837-1841*. Tesis de Maestría, Departamento de Historia, University of Texas, Austin, p. 59. Los otros miembros del SPC eran José Justo Corro, Rafael Mangino, e Ignacio Espinoza. Los tres suplentes fueron Carlos María de Bustamante, Cirilo Gómez Anaya y José María Bocanegra. Durante el primer año de funciones del Conservador, Mangino y Espinoza murieron. Bustamante fue nombrado miembro permanente en sustitución de Mangino, y Bocanegra asumió el puesto de Espinoza hasta que José María Tornel fue electo para el puesto permanente. Estos datos y los que siguen sobre las decisiones tomadas por el Conservador fueron tomados del capítulo tres de Macneil, el recuento más detallado de las actividades del SPC. Un recuento similar aunque menos claro y con algunos errores se puede ver en Noriega. *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*.

<sup>235</sup> Los dos últimos asuntos en que se vio envuelto el SPC son considerablemente confusos. El primero de octubre de 1841 el gobierno le pidió al Conservador que nombrara un presidente interino que pudiera obtener la confianza y apoyo de la mayoría de los departamentos ante la evidente incapacidad del gobierno de Anastasio Bustamante para mantener el país bajo control. El Conservador no emitió una decisión sobre esta petición, en parte porque no tuvo tiempo y en parte porque no estaba facultado para hacer tal cosa; podía decretar la incapacidad moral del presidente para continuar en el cargo pero sólo a instancias del Congreso y

Conservador cuatro tenían que ver con acciones del gobierno que violaban los derechos de los ciudadanos o que usurpaban funciones del legislativo, la otra se refirió a un decreto del congreso que ordenaba juzgar a todos los ladrones y sus cómplices bajo jurisdicción militar, en un intento desesperado por acabar con el problema de los robos.

Pero las decisiones más interesantes son aquellas que tuvieron que ver con la facultad para declarar la voluntad de la nación. En realidad sólo una de ellas tuvo por objeto declarar que la voluntad de la nación era que se mantuvieran las autoridades supremas establecidas por la constitución y que nadie —específicamente no los rebeldes— se hiciera con el poder despóticamente. El resto de las decisiones fueron, en realidad, permisos para violar la constitución.

No cabe duda alguna de que los casi cinco años que estuvo en vigor la constitución de 1836 fueron una época sumamente tormentosa en la historia de México.<sup>236</sup> La rebelión de Texas, la primera intervención francesa y una interminable lista de alzamientos de caudillos regionales confluyeron en este breve periodo de tiempo. Sería difícil argumentar que esos años no constituyeron una de esas épocas críticas en las que se “requ[ieren] respuestas rápidas, contundentes y eficaces [y] los procedimientos y capacidades gubernamentales ordinarios s[on] insuficientes para hacer frente a la crisis”.<sup>237</sup> Bajo este entendido, el Supremo Poder Conservador autorizó al presidente el 17 de diciembre de 1838 a utilizar en la administración personas cuya participación en el gobierno estaba prohibida por ocupar otros cargos constitucionales. El 23 de

---

sólo podría haber nombrado a un presidente interino, como hizo a principios de su gestión, si el presidente del Consejo de Estado constitucionalmente declarado como interino en caso de ausencia o falta del presidente no hubiera podido asumir el cargo. La otra decisión tiene que ver con una petición que le hizo Santa Anna en su calidad de jefe supremo del ejército sublevado para que declarara inconstitucionales los actos de Bustamante, que hacía un último intento de mantener el control proclamando la federación, y lo removiera del cargo. Santa Anna no pedía ser nombrado presidente interino pero aseguraba al Conservador que, de hacer lo que se le pedía, encontraría un aliado y protector en el cuartel general desde dónde le escribía.

<sup>236</sup> Una excelente fuente para la historia de este periodo es Michel P. Costeloe. 2000. *La República central en México, 1835-1846*. México: Fondo de Cultura Económica.

<sup>237</sup> Loveman. *The Constitution of Tyranny*, p. 15.

enero de 1839 nombró a un presidente interino con facultades extraordinarias para restaurar a los poderes nacionales si llegaban a ser destruidos durante la guerra.<sup>238</sup> En noviembre de ese mismo año, autorizó al Congreso a comenzar la discusión de reformas constitucionales sin esperar que transcurrieran los seis años especificados en la 7ª ley constitucional.<sup>239</sup> Posteriormente, en otras decisiones el Conservador negó que la voluntad de la nación fuera acorde a las solicitudes del gobierno o el Congreso, pero esto no cambió el hecho de que la función de declaración de la voluntad nacional se entendió desde el principio como un procedimiento para otorgar facultades extraconstitucionales a los otros poderes.<sup>240</sup>

Lo sorprendente de que se usara esta facultad como un mecanismo para otorgar facultades extraordinarias, que no eran otra cosa que permisos para violar la constitución, es que el espíritu de tal acción era explícitamente contrario al del Supremo Poder Conservador. Si el Conservador era, como dice José Barragán, “el encargado de conservar intangible el texto constitucional de 1836 [...] vigilan[do] la constitucionalidad de los actos de los demás poderes”,<sup>241</sup> era a todas luces contradictorio que también tuviera la facultad para hacer “tolerables” ciertas violaciones. Para colmo de males, una función semejante lo convertía en un actor prácticamente soberano pues podía a su propia voluntad autorizar cambios —aunque fueran temporales— en la constitución.

---

<sup>238</sup> Algún tiempo después esta decisión llevaría al general Tornel, quien se había separado del SPC para ocupar el ministerio de la guerra mediante la decisión anterior, a acusar al SPC de haber proclamado a Santa Anna dictador, a pesar de que el decreto que le otorgaba facultades extraordinarias nunca entró en vigor.

<sup>239</sup> Sin embargo, el SPC indicó también que el Congreso debía proceder a las reformas apegándose al procedimiento establecido por la constitución y sin alterar sus principios fundamentales.

<sup>240</sup> Entre las peticiones negadas destaca una solicitud del gobierno en octubre de 1840 para que se declarara ser la voluntad nacional el que, mientras se terminaba la reforma de la 4ª Ley Constitucional, referente al poder ejecutivo, éste pudiera recurrir a cualquier medio para contener las rebeliones. El SPC también se pronunció en contra de que se otorgaran al ejecutivo facultades para remover a funcionarios judiciales y nombrar interinos así como para retener en prisión preventiva a cualquier persona hasta por treinta días.

<sup>241</sup> José Barragán Barragán. 1999. Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836. En *México y sus Constituciones*, editado por P. Galeana. México: Fondo de Cultura Económica / Archivo General de la Nación, p. 120.

Es difícil atribuir directamente al Conservador el fracaso de la constitución de 1836, pues las circunstancias en que ésta tuvo que operar fueron particularmente difíciles. Sin embargo, la extendida desconfianza en el Conservador, derivada en buena medida de su novedad, y el hecho de que éste fuera considerado como el principal instrumento de la constitución, no ayudaron a que ésta se consolidara. Así, cuando Santa Anna y Anastasio Bustamante firmaron los acuerdos de la Presa de Estanzuela, el cinco de octubre de 1840, mediante los cuales el Presidente reconocía y se adhería al Plan de Tacubaya, la Constitución de 1836 dejó de existir. En ese momento “feneció el Supremo Poder Conservador y con él las aspiraciones de Aláman y de Sánchez de Tagle [...] a favor de la existencia de un poder neutro, moderador de los demás poderes. Asimismo, en este momento, se consumó el fracaso del primer intento de dar vida política a un órgano encargado de mantener la pureza y vigencia de la ley fundamental”.<sup>242</sup> La idea de crear un poder moderador no volvería a considerarse seriamente en México, e incluso hasta nuestros días no se ha creado ninguna institución que se asemeje tanto a un tribunal constitucional europeo del siglo XX como el Supremo Poder Conservador.<sup>243</sup>

De lo anterior debe resultar claro que los modelos brasileño y mexicano de poder moderador, aunque inspirados prácticamente en las mismas fuentes y creados con los mismos objetivos en mente, siguieron caminos significativamente distintos y, sin embargo, ambos terminaron por ser abandonados sin que el sistema constitucional del que formaban parte pudiera evolucionar de manera gradual. El poder moderador brasileño, que recaía en la figura del Emperador, estaba

---

<sup>242</sup> Noriega. *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*, p. 242.

<sup>243</sup> Manuel Martínez Sospedra asegura que la similitud entre el Conservador y los tribunales constitucionales europeos es fuerte por lo menos en tres puntos: se trataba de un tribunal único, externo al poder judicial y con capacidad para ejercer control sobre los actos de éste; operaba por vía de acción y realizaba un control técnicamente abstracto de normas y; su actuación estaba limitada a órganos constitucionales o fracciones de los mismos. Véase Martínez Sospedra. *Sieyès en México. También Mateos Santillán. El SPC, primer tribunal de constitucionalidad.*

diseñado, en base al rey de Inglaterra y, en menor grado, a la propuesta de Constant, como un mecanismo predominantemente político para la protección de la constitución y la procura del funcionamiento de las instituciones creadas por ésta. El Supremo Poder Conservador mexicano, pese a haberse creado con el monarca inglés en la mente, estaba constituido de forma tal que recordaba más los senados conservadores de Sieyès y la Corte Suprema de los Estados Unidos, es decir, se trataba de un modelo predominantemente jurisdiccional. Aunque los constitucionalistas mexicanos dieron un paso más allá incorporando también algunas funciones de control político de modo que su poder moderador era más un híbrido entre el modelo estrictamente político y el estrictamente jurisdiccional, más similar, por lo tanto a la propuesta de Constant en los *Fragments* y a los tribunales constitucionales europeos del siglo XX.<sup>244</sup> Sin embargo, tanto brasileños como mexicanos cometieron el error de asignar a sus respectivos poderes moderadores ingerencia en el uso y control de facultades extraordinarias.

Como hemos visto, la versión latinoamericana del poder moderador se apartaba, efectivamente, de la versión ideada por el propio Constant creando un poder que no era neutral. En la práctica los poderes moderadores mexicano y brasileño fueron vistos como herramientas capaces de jugar un papel importante, más que como meros guardianes de la constitución, en contra de choques externos al aparato político constituido. Ya fuera que se les dotara de una facultad especial, como en el caso de México, que permitiera hacer frente a situaciones críticas y así garantizar la integridad y estabilidad nacional, o que esta función cobrara importancia ya en el ejercicio de sus funciones constitucionales, como en el caso de Brasil, el hecho es que en ambos casos la idea del poder moderador ideada por Constant fue “entendida como un cúralo todo”.<sup>245</sup> Al convertir al poder moderador en un garante de la integridad y unidad del Estado e incluso del

---

<sup>244</sup> Respecto al carácter híbrido del SPC véase la muy interesante exposición de Martínez Sospedra. Sieyès en México.

<sup>245</sup> Macneil. *Supreme Harmonizing Power*, p. 153.

orden social establecido,<sup>246</sup> los brasileños y los mexicanos, al igual que el propio Bolívar, habían destruido la verdadera función de dicho poder. Los brasileños impidieron que el monarca se volviera un agente neutral garante del orden constitucional al dotarlo de una participación excesiva en el poder ejecutivo para que pudiera ser el poder fuerte necesario para mantener al imperio bajo control. Los mexicanos, por su parte, hicieron imposible que el Supremo Poder Conservador actuara como un verdadero tribunal constitucional al dotarlo al mismo tiempo de las facultades necesarias para defender la constitución contra los actos de los otros poderes, y de la capacidad para modificar la constitución a su voluntad.

---

<sup>246</sup> Esto es mucho más claro en el caso de Brasil, sin embargo, en el caso de México también fue importante puesto que los centralistas de 1836 trataron de perpetuar, mediante los estrictos requisitos censatarios que imponía la constitución, una sociedad oligárquica dirigida por los “hombres de bien”. Sobre los conservadores y el mantenimiento del orden social y esclavista en Brasil véase Mattos. La experiencia del Imperio del Brasil. Para el caso de México el estudio más detallado de los requisitos censatarios de la constitución se encuentra en Costeloe. *La República central en México, 1835-1846*.

## **VI. El legado del fracaso: consecuencias institucionales.**

Hemos visto cómo la peculiar organización que se dio al poder moderador en América Latina hizo que esta institución no pudiera ser un árbitro efectivamente neutral que garantizara la subsistencia del orden constitucional. Al incorporar las preocupaciones con las situaciones de emergencia y, más en general, los choques externos al aparato constitucional, los latinoamericanos crearon diversas encarnaciones del poder neutral que fueron incapaces de seguir el camino tanto del poder moderador de carácter político, como en Inglaterra, como el del moderador puramente jurisdiccional, como en Estados Unidos.

El fracaso de esta herramienta de diseño constitucional, en el contexto particular de América Latina, tuvo consecuencias serias para el desarrollo del modelo presidencial liberal que se volvería hegemónico en la región a finales del siglo XIX y a lo largo del XX, pues la función de moderador del conflicto político interno tuvo que recaer necesariamente en el presidente por lo que éste se vio, a menudo, en la necesidad de ser juez y parte. En tanto que el ejercicio del control de constitucionalidad recayó en sistemas judiciales débiles, a menudo corruptos y controlados por el propio ejecutivo.

La historia de la idea del poder moderador, sin embargo, no terminó en el mismo caos que su experiencia en América Latina. A principios del siglo XX en la Alemania de entre guerras la teoría experimentaría una suerte de resurgimiento cuando Carl Schmitt la usara para defender la posición según la cual el presidente del Reich alemán debía ser el “guardián de la constitución” de Weimar. Pero el argumento de Schmitt sería duramente criticado por Hans Kelsen, cuya teoría del tribunal constitucional pasó a representar, en muchos sentidos, la formulación más moderna de la idea del poder moderador.

### ***1. El paso que no se dio: del poder moderador al tribunal constitucional.***

Como hemos visto, la teoría del poder moderador que había comenzado a desarrollarse desde la Inglaterra del siglo XVII alcanzó su máximo desarrollo y nivel de popularidad a principios del siglo XIX. En este contexto llegó a América Latina donde, al igual que muchos otros desarrollos teóricos provenientes de Europa, fue puesta a prueba y adaptada a las condiciones locales en múltiples ocasiones. Sabemos también que los cuerpos moderadores diseñados en la región durante la primera mitad del siglo XIX terminaron por fracasar debido a la asociación que hicieron sus creadores entre la defensa del orden constitucional al interior del Estado y la de éste contra choques provenientes de fuera de él. Aunque en América Latina la teoría fue abandonada después de estas experiencias, éste no fue su fin absoluto. Y quizá de forma aún más sorprendente tampoco fue el fin del error cometido por los constitucionalistas latinoamericanos.

Más o menos 100 años después de que la teoría del poder moderador hiciera su aparición en las constituciones latinoamericanas, en la Alemania de entre guerras, el teórico político alemán Carl Schmitt regresó a los argumentos de Constant para argumentar que el presidente del Reich, aprovechando sus cualidades neutrales, debía actuar como poder moderador y como depositario de poderes de emergencia. Al hacer esto, Schmitt cometía prácticamente el mismo error que habían cometido los latinoamericanos al asociar las facultades de emergencia y las facultades del poder moderador.

En su obra *La defensa de la constitución*, Schmitt presentó su teoría, que fue elaborada a partir de la Constitución de Weimar y no desde un plano teórico, más abstracto, por lo que tomaba por sentadas características exclusivas de dicho marco constitucional —

interpretadas, además, de forma un tanto cuestionable<sup>247</sup>— introduciendo así algunas deficiencias importantes en su argumento. Para empezar, Schmitt nunca ofreció una definición clara de lo que era o debía ser, desde su punto de vista, un defensor constitucional; asumía alternativamente que esta figura debía proteger a la constitución de choques externos y de desequilibrios internos y luego recurría a la institución que estaba facultada para hacer una u otra de estas cosas, esgrimiendo sus características como justificación para su función. Como punto de partida Schmitt reconocía, como aparentemente hicieron los constitucionalistas latinoamericanos, que el actor encargado de defender la constitución en casos de emergencia debía ser un actor neutral, y con esto en mente se lanzaba a examinar a los candidatos más obvios.

Rechazaba primero al poder judicial por estar limitado a actuar exclusivamente dentro de la ley. Es decir, que “aunque representa[ba] una instancia neutral, su neutralidad consist[ía] precisamente en su dependencia de la ley y su inhabilidad para tomar decisiones políticas concretas”.<sup>248</sup> El parlamento tampoco era el candidato óptimo, pues, su neutralidad era cuestionable y “aunque t[enía] la capacidad para adoptar decisiones políticas y contribu[ía] en el proceso de formación de la voluntad del Estado, estaba [...] fragmentado por una pluralidad de intereses partidistas antagónicos”.<sup>249</sup> Finalmente recurría al presidente del Reich, concebido por los creadores de la constitución de Weimar como un jefe de estado con capacidades para iniciar la formación de gobierno. “En suma, diferente del ejecutivo en una constitución presidencial el presidente del Reich podía ser considerado como una institución independiente cuyo papel principal fuera el de mediar entre el

---

<sup>247</sup> Negretto y Aguilar Rivera. *Liberalism and Emergency Powers*. pp. 1816-1821.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 1818. Para el argumento completo véase Schmitt. *Defensa de la Constitución*. Capítulo I.

<sup>249</sup> Negretto y Aguilar Rivera. *Liberalism and Emergency Powers*. p. 1818. Véase también Schmitt. *Defensa de la Constitución*. Capítulo II.

gobierno y el parlamento”.<sup>250</sup> El presidente del Reich estaba dotado de los poderes que Constant le asignaba al poder moderador y además estaba designado para ejercer las facultades de emergencia consignadas en el artículo 48 de la constitución. Aunque quizá la característica más importante para Schmitt, siguiendo el ejemplo de Constant, a quien da crédito por la elaboración de la teoría,<sup>251</sup> era la neutralidad y representatividad del presidente derivadas de su peculiar legitimidad. Una legitimidad plebiscitaria, que en el caso del presidente del Reich, provenía de su elección directa por todo el pueblo alemán que lo facultaba, según Schmitt, para actuar en nombre de toda la nación como defensor de la constitución. En palabras de Schmitt:

El presidente del Reich se halla[ba] en el centro de todo un sistema —construido sobre fundamentos plebiscitarios— de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él est[aba] condicionada la ordenación política del [...] Reich alemán [...] Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar exist[ía] ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich. Tanto su estabilidad y permanencia relativa (mandato por siete años, dificultad de su revocación, independencia con respecto a las cambiantes mayorías parlamentarias) como también el género de sus atribuciones (las que le competen según el artículo 45 y s. RV., de la facultad de disolver el Reichstag, [...] la de promover un plebiscito, [...] el refrendo y promulgación de las leyes [...], la ejecución por el Reich y la protección de la Constitución según el artículo 48) t[enían] por objeto en el orden político, como consecuencia de su relación inmediata con el conjunto del estado, crear una institución neutral que como tal [fuera] protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich.<sup>252</sup>

Y más adelante:

Que el Presidente del Reich [fuera] el protector de la Constitución correspond[ía] también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa[ba] la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich e[ra] elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) [eran], por naturaleza, una «apelación al pueblo» [...] La Constitución procura[ba] especialmente dar a la autoridad del Presidente del Reich posibilidades para

---

<sup>250</sup> Negretto y Aguilar Rivera. *Liberalism and Emergency Powers*. p. 1812.

<sup>251</sup> Véase Schmitt. *Defensa de la Constitución*, pp. 212-225.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 249.

enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación.<sup>253</sup>

Así, el argumento de Schmitt tomaba por característica definitoria al tipo de legitimidad del Presidente, distinta a la de los otros poderes, que lo dotaba de una neutralidad que los otros actores políticos no tenían lo que lo hacía ideal para defender la constitución.

Pero la visión de Schmitt no convenció a todo el mundo. Casi inmediatamente surgieron las réplicas; una de las más prominentes fue la de Hans Kelsen, el otro gran jurista alemán del momento, quien respondió a la teoría de Schmitt en un libro llamado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* En él, Kelsen reaccionaba esencialmente contra el rechazo que había hecho Schmitt del Tribunal Constitucional del Reich como principal defensor de la constitución, cuestionando la neutralidad que realmente podía tener el Presidente y defendiendo, mediante una exposición mucho más organizada y más teórica, el papel de un Tribunal Constitucional, exclusivamente dedicado a atender asuntos de constitucionalidad, como poder moderador de la constitución.<sup>254</sup>

Kelsen, a diferencia de Schmitt, sí comenzó con una definición clara de lo que entendía por defensor de la constitución: “un órgano cuya función e[ra] defender la Constitución contra las violaciones” aclarando que “la Constitución p[odía] ser violada sólo por aquellos que deb[ían] cumplirla [...] Los órganos de los que tales violaciones p[odían] provenir [eran] órganos constitucionales directos y est[aban] bajo el control de la Constitución”.<sup>255</sup> Es decir que, lo que tenía este autor en mente era un poder moderador, un

---

<sup>253</sup> *Ibidem*, pp. 250-251.

<sup>254</sup> Cabe mencionar que Kelsen había comenzado a desarrollar su teoría mucho tiempo antes. De hecho, ya había tenido la oportunidad de verla en práctica como miembro del tribunal constitucional de Austria que él mismo había ayudado a crear en 1920. Para un análisis puramente teórico del tribunal constitucional como garante de la constitución según Kelsen véase Hans Kelsen. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: UNAM - IIIJ.

<sup>255</sup> Kelsen. *¿Quién debe ser el defensor...?*, pp. 1-2.

actor capaz de contener a los poderes creados por la constitución dentro de los límites que ésta misma les imponía.

Pero gracias al importante desarrollo que había experimentado el entendimiento del poder judicial a finales del siglo XIX y principios del XX, Kelsen podía dar un paso más allá de los constitucionalistas de principios del XIX y entender mejor la naturaleza del poder moderador. Retomando, quizá inadvertidamente, la metáfora de Constant<sup>256</sup> según la cual el poder moderador debía actuar entre los poderes como el poder judicial entre los ciudadanos, Kelsen consideraba que el actor mejor capacitado para desempeñar esta función era un tribunal constitucional que estuviera encargado de revocar los actos de los poderes —particularmente el ejecutivo y el legislativo— que constituyeran una violación a las funciones de estos o las garantías que otorga la constitución a los ciudadanos.

Kelsen consideraba que este papel debía ser desempeñado por un tribunal pues se trataba de una función de naturaleza esencialmente judicial, ya que dicho poder debería actuar como un juez de hecho que se pronunciara sobre la legalidad de las acciones y no como un juez moral o político que se preocupara por su bondad o su conveniencia. Es decir, “la [constitucionalidad o] inconstitucionalidad de la ley radica en su promulgación; por lo tanto no en si es o no pertinente, sino en el hecho de haber sido promulgada. El «hecho concreto», que en la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley es subsumido bajo la norma constitucional, no es una *norma* [...], sino que es la generación de una norma”, prevista por la constitución.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> Es importante hacer notar que Kelsen conocía la obra de Constant pero que la criticó duramente. Es lógico pensar, sin embargo, que lo hizo sólo porque se oponía a la idea de que la función del poder moderador estuviera en manos del monarca y sobre todo porque Schmitt la había usado como defensa de su argumento. Véase *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>257</sup> *Ibidem*, pp. 25-26. Para todas las citas de Kelsen el énfasis viene del original.

Además, el hecho de que el encargado de revisar estos actos fuera un tribunal tenía otros meritos, pues la forma judicial o contenciosa empleada en los tribunales era ideal para resolver los problemas a los que se enfrentaría un defensor de la constitución. Así, Kelsen aseguraba, refutando a Schmitt, que

se desconoce el verdadero sentido de la así llamada «forma judicial» [...] si no se ve el hecho sociológicamente fundante del cual surge la organización del proceso contencioso: el hecho de que —lo mismo que en una determinada figura jurídica— también en la sentencia de un Tribunal, y en especial en la de un «defensor de la Constitución», participan intereses *opuestos*, de manera que toda «decisión» se toma acerca de la oposición de intereses, es decir, a favor de uno u otro, o en el sentido de una mediación entre ambos; así, un procesos contencioso, aun cuando no llegare a nada, es bueno *por exponer claramente la real situación de los intereses*.<sup>258</sup>

Con todo esto en mente, Kelsen criticaba además, con no poco acierto, la neutralidad que se podía esperar del Presidente del Reich, un actor significativamente involucrado en las funciones del poder ejecutivo por tratarse de una república semi presidencial, comparada con la que se podía esperar de un tribunal como el que él proponía. Se preguntaba, entonces, si

¿E[ra] de un Tribunal designado para ninguna otra cosa que no sea el control de constitucionalidad o e[ra] del jefe de estado de quien p[odía] decirse que e[ra] un poder neutral «junto a los otros poderes», un poder especialmente neutral? ¿Es de un Tribunal semejante o de un jefe de Estado de quien deb[ía] decirse que —en caso de que [fuera] llamado a cumplir la función de defensor de la Constitución— se le confía[ba] esta función «adicionalmente» y así adquir[ía] un «predominio» frente al otro poder instituido por la Constitución con lo cual «podría autosustraerse del control»?<sup>259</sup>

Y también estaba en lo cierto al señalar que

---

<sup>258</sup> *Ibidem*, pp. 41-42.

<sup>259</sup> *Ibidem*, pp. 66-67. En esta cita de Kelsen, las frases entre llaves se refieren a la definición de neutralidad del propio Schmitt, según la cual un poder neutral es aquel “que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención. Si lo que interesa [...] es [...] una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control” Schmitt. *Defensa de la Constitución*, pp. 213-214.

ver en la elección una garantía de independencia, como lo hac[ía] Carl Schmitt, sin duda e[ra] posible solamente si se c[erraban] los ojos ante la realidad [...] ¿dónde está la garantía de que no sea elegido como jefe de Estado un «correligionario», y desde cuándo los partidos políticos, aun fuera del Parlamento, no tienen la posibilidad de que dependan de ellos los órganos elegidos por ellos o con su apoyo? Si la neutralidad, garantizada por la «independencia», e[ra] la condición esencial de la función de un defensor de la Constitución, entonces el jefe de Estado —*por lo menos*— no t[enía] ventaja alguna frente a un Tribunal independiente. Esto, sin tomar en consideración un factor que no se deb[ía] sobrestimar, pero que fundamenta[ba] una cierta ventaja del Tribunal: que el juez, por fuerza de su ética profesional, está empujado a la neutralidad.<sup>260</sup>

Kelsen, sin embargo, no desdeñaba las funciones particulares del presidente del Reich, particularmente las contempladas bajo el artículo 48 de la Constitución de Weimar, pero hacía una diferenciación importante. Así señalaba, por ejemplo, que “[n]adie [iba] a negar que el Presidente del Reich funciona[ba] *también* como garante de la Constitución *junto* al Tribunal de Justicia Estatal del Reich [...] cuando de acuerdo al artículo 48 [...] obliga[ba] con la ayuda de la fuerza armada a un Territorio (*Land*) que ha[bía] violado la Constitución del Reich al cumplimiento de sus obligaciones”.<sup>261</sup> Pero acotaba inmediatamente su aseveración apuntando que esta función del Presidente del Reich se desempeñaba “bajo la condición de que aquí él solamente ejecuta[ba] un pronunciamiento de un Tribunal que ha[bía] verificado previamente la violación de la Constitución en un proceso objetivo”.<sup>262</sup> Insistiendo pues en poner el énfasis en “el control de constitucionalidad” como labor primaria del defensor de la constitución, Kelsen continuaba señalando que, en el caso del uso de la fuerza por parte del Presidente del Reich para someter a un Territorio, “el Presidente del Reich act[uaba], por lo tanto, sólo como órgano

---

<sup>260</sup> Kelsen. *¿Quién debe ser el defensor...?*, pp. 63-65. Aquí Kelsen incluso reconoce que un monarca está mejor facultado que un jefe de Estado electo para desempeñar esta función a pesar de que rechaza tajantemente por “ideológica” la propuesta original de Benjamin Constant a quien veladamente culpa de los desvaríos de Schmitt.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

ejecutor de un defensor de la Constitución”.<sup>263</sup> Y, más adelante, aseguraba que cuando al declarar la guerra o concluir la paz, comandar las fuerzas armadas, decidir sobre un plebiscito “y en especial todo aquello que faculta[ba] al jefe de Estado [...] por fuerza del artículo 48 [...] «def[endía]» a la Constitución, entonces «defensor de la Constitución» qu[ería] decir: *realizador* de la Constitución”,<sup>264</sup> en el sentido de que hace lo que ésta le manda, que no es lo mismo a asegurarse de que los demás cumplan con lo que les ha sido mandado.

Al hacer todo esto Kelsen formulaba, si bien de manera aún incipiente, la versión más moderna de la teoría del poder moderador; versión que desde la primera mitad del siglo XX dio pie a la construcción de los más eficientes agentes moderadores o, mejor dicho, “defensores del orden y principios constitucionales”: los tribunales de Constitucionalidad. Estas instituciones han llegado hasta nuestros días y que se han convertido, por excelencia, “en el órgano que ha de asegurar la constitucionalidad de determinados actos del Estado, en cuanto que ha de reaccionar de una determinada manera contra los violadores de la Constitución”.<sup>265</sup>

Esta elaboración más avanzada de la teoría del poder moderador, que se había ya dejado entrever en las facultades del Supremo Poder Conservador, y cuyo germen estaba ya presente en la obra de Benjamin Constant,<sup>266</sup> no hizo su entrada triunfal en América Latina

---

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>266</sup> Es claro que la preocupación principal de Constant, al igual que la de Sieyès, no era el control de constitucionalidad, sin embargo, como señala Martínez Sospedra, incluso si “es [...] la garantía de la división de poderes, y no tanto la de la protección del Poder Constituyente y de su obra, la Constitución, la que opera como motor principal de la propuesta [...] Si la división de poderes forma el núcleo de la Constitución, resulta obvio que la primera función de [dicho cuerpo] es precisamente asegurar el respeto de aquélla a fin de conservar el orden constitucional en el Estado” (Martínez Sospedra. *Sieyès en México*. pp. 256-157.). Sin embargo, también es importante hacer notar que el poder moderador de Constant, a diferencia del *Jury* de Sieyès, el Supremo Poder Conservador y el Tribunal Constitucional de Kelsen, no era un órgano jurisdiccional porque su decisión no era vinculada ni basada en regla de Derecho, no era resultado de un

sino hasta ya bien adelantada la segunda mitad del siglo XX. El ejemplo más notable es probablemente el Tribunal Constitucional de Guatemala, que no sólo vela por la constitucionalidad de las leyes y actos de los tres poderes del Estado, actuando desde una perspectiva predominantemente jurisdiccional, sino que además ha intervenido en cuestiones eminentemente políticas como el restablecimiento del orden constitucional después de un intento de golpe de estado en 1993,<sup>267</sup> actuando “simultáneamente como un órgano de justicia constitucional, de defensa jurídica de la Constitución, y un órgano de defensa política de la ley fundamental”.<sup>268</sup> Aún falta tiempo para poder pasar un juicio definitivo respecto a estos nuevos experimentos de control de constitucionalidad y garantía del orden y principios constitucionales en Latinoamérica, sin embargo, bien puede ser que finalmente la teoría del poder moderador esté regresando a la región para ofrecer una solución a los problemas de nuestras inestables y débiles democracias; mismos que quizá haya ayudado a crear después de su primer fracaso.

## ***2. Moderar sin un poder neutral: el presidente en América Latina.***

Podría decirse que América Latina —al igual que la mayor parte de occidente—, experimentó, en general, tres modelos constitucionales alternativos: uno radical, que tendía a un predominio de la autoridad ciudadana expresada en el mandato de las mayorías; otro conservador, que buscaba la existencia de un poder fuerte, centralizado, el predominio político de las élites y la defensa de valores tradicionales; y uno más liberal, que ponía énfasis en el predominio de los derechos individuales y en el sistema de frenos y

---

procedimiento sobre cuya iniciación el órgano decisor no tuviera autonomía ni adoptada en un procedimiento contradictorio por un órgano definido como un tercero super-partes (*Ibidem*, p. 269).

<sup>267</sup> Véase la nota 50 en *Ibidem*, p. 277.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 274.

contrapesos para garantizar-los frente al abuso de las autoridades.<sup>269</sup> De acuerdo con sus respectivas definiciones de libertad y derechos, cada una de estas corrientes de pensamiento buscó regular la vida política de sus respectivas sociedades mediante diversas técnicas constitucionales,<sup>270</sup> y pretendió garantizar de una forma u otra la supervivencia de dichas constituciones.

Por lo general, el radicalismo asignó la función de órgano supremo a la Legislatura, en su calidad de representante del soberano, facultándola para emitir todo tipo de leyes, interpretar y modificar la constitución y “condiciona[ndo] [...] los derechos [...] a los reclamos y necesidades de las mayorías”.<sup>271</sup> El conservadurismo, por su parte, recurrió a la monarquía o a órganos integrados por miembros de las élites y dotados de legitimidad tradicional para garantizar la estabilidad y la subsistencia del orden social y político establecido, tolerando el cambio sólo como “resultado de la prudencia, de la experiencia histórica y [sólo] para encauzar los procesos sociales en su sentido natural”,<sup>272</sup> y siempre y cuando no violente los valores tradicionales —derivados de la religión y las costumbres. El liberalismo, en cambio, pretendió defender los derechos y libertades de los ciudadanos en su calidad de agentes individuales limitando la capacidad de acción de los poderes y estableciendo mecanismos de defensa para los ciudadanos, generalmente a través del poder judicial.

---

<sup>269</sup> Para un análisis detallado y profundo de las características teóricas e historia constitucional de cada una de estas corrientes en América, véase Roberto Gargarella. *Manuscrito sobre constitucionalismo*: Sin Publicar.

<sup>270</sup> Es importante aquí tener en mente que el constitucionalismo no es, ni puede ser, el dominio exclusivo de ninguna corriente de pensamiento particular. En general, puede decirse que lo único que implican los términos “constitución” y “constitucionalismo” es “una limitación jurídica al gobierno, un intento por establecer o señalar límites normativos a los detentadores del poder en una comunidad política”. De hecho, como dice Pablo Mijangos podríamos afirmar que “el constitucionalismo es la técnica jurídica de la libertad. Ahora bien, [...] [a] lo largo de la historia, han sido diversas —e incluso contradictorias— las doctrinas políticas que han reclamado el establecimiento de una constitución; sus defensores han entendido por libertad cosas completamente diferentes, y por ello han propuesto técnicas opuestas para asegurarlas” (Mijangos y González. *El primer constitucionalismo conservador*. pp. 220-223.)

<sup>271</sup> Gargarella. *Manuscrito sobre constitucionalismo*, p. 2.

<sup>272</sup> Mijangos y González. *El primer constitucionalismo conservador*. p. 277.

Las naciones de América Latina en el siglo XIX, como Francia a partir de la revolución, experimentaron alternativamente con una u otra de estas corrientes o modelos constitucionales, descartando uno para pasar a otro y luego a otro más, sólo de vez en cuando volviendo a uno que ya había sido probado para volver a abandonarlo. El hecho innegable es que hacia finales del siglo XIX y sobre todo a lo largo del siglo XX prácticamente todos los modelos constitucionales democráticos que imperaban en la región podían clasificarse como presidenciales y liberales. Una de las grandes preguntas que la ciencia política y la historia constitucional de la región no han logrado responder del todo es por qué sucedió así. Desde luego que aquí no se puede, ni se trata, de responder de una vez y para siempre a esta interrogante. Simplemente pretendo ofrecer algunas reflexiones que se derivan del fracaso de los poderes moderadores en América Latina.

En primer lugar resalta el hecho de que, frente al cada vez más claro rechazo a cualquier tipo de orden monárquico en la región, los modelos constitucionales conservadores republicanos que incluían un poder moderador eran quizá la alternativa más moderada y plausible dentro de esta corriente de pensamiento político. Su rechazo implicaba, en una medida importante, el rechazo del constitucionalismo conservador en su conjunto. Esto, aunado al rechazo tajante a los modelos radicales que se dio temprano en el siglo XIX, dejaba como única alternativa al modelo liberal.

Sin embargo, el rechazo de la teoría del poder moderador creaba otro problema. Como mencioné desde el principio, uno de los hechos más llamativos de la experiencia latinoamericana con el poder moderador fue que ésta fue conducida casi exclusivamente por constitucionalistas conservadores. Esto es llamativo si uno toma en cuenta que Constant fue uno de los teóricos más importantes del liberalismo de principios del siglo. Como tal, aun cuando estuvo dispuesto a combinar fuentes de legitimidad tradicional y

democrática, sobre todo por razones prácticas, su objetivo era a fin de cuentas la protección de los valores y derechos liberales —esto explica en buena medida su rechazo tajante a todo tipo de medidas que pudieran parecer arbitrarias, incluyendo las prevenciones de emergencia<sup>273</sup>—. Al adaptar esta herramienta liberal al instrumental del constitucionalismo conservador, ésta no sólo se vio viciada con la preocupación por los choques externos al aparato constitucional —común a la mayoría de los latinoamericanos y no sólo a los conservadores— y con el mantenimiento del orden social y moral —este sí primordialmente conservador— sino que, además, se vio asociada irresolublemente con esta corriente de pensamiento. En Bolivia, Perú y Venezuela la teoría del poder moderador se volvió sinónimo de la dictadura bolivariana. En Brasil, ya desde la época de la regencia el poder moderador estaba asociado con el poder arbitrario del Emperador. En México, desde el momento en que los constituyentes del 36 presentaron el proyecto de Segunda Ley Constitucional, la prensa liberal criticó al Supremo Poder Conservador como una herramienta de la tiranía y el elitismo excluyente de los conservadores. Esta asociación del poder moderador con el conservadurismo simplemente equivalía a su eliminación del arsenal institucional de los liberales.

Con el poder moderador fuera de la escena, la opción más obvia para los liberales latinoamericanos era un sistema presidencial de frenos y contrapesos como el que los norteamericanos habían pretendido establecer en 1787. En un sistema como éste no hay posibilidad de encontrar un órgano político que desempeñe las funciones moderadoras, por lo tanto, la única solución es que el poder judicial, o el tribunal supremo dentro de éste, desempeñe dichas funciones, como sucedió en los Estados Unidos. Sin embargo, la tradición jurídica ibérica había dejado a la región con un serio problema: su aparato

---

<sup>273</sup> Véase Aguilar Rivera. *El manto liberal*. Capítulos Primero y Segundo.

judicial. En un sistema donde las sentencias no eran públicas y los procedimientos judiciales eran poco claros, la única manera de protestar un resultado era atacando al juez, acusándolo de corrupción o alguna falta similar. Esta práctica sólidamente establecida desde el siglo XVIII sólo podía tener una consecuencia: el descrédito y debilitamiento de sistema judicial que simplemente se fue volviendo más y más débil y más y más ineficiente. Incluso si los aparatos judiciales y las supremas cortes de distintos países tuvieron momentos más o menos luminosos a lo largo del siglo XIX,<sup>274</sup> a medida que los sistemas constitucionales liberales se iban asentando e iban transfiriendo a las cortes mayores cargas en materia de moderación política y limitación de los actos del gobierno, éstas, a menudo, no quisieron o no pudieron hacerles frente. De hecho, las deficiencias estructurales de los sistemas judiciales latinoamericanos se vieron agravadas al tener que actuar en contextos en los que, a diferencia de los Estados Unidos de finales del siglo XVIII y principios del XIX, el conflicto político era una constante. En estos ambientes inhóspitos, cuando las cortes intentaron mediar en el conflicto a menudo vieron sus capacidades rebasadas lo que redundó en un mayor debilitamiento de su ya de por sí cuestionable legitimidad.

En este contexto de cortes débiles, la única solución disponible era encargar al presidente —o los militares—, la figura más fuerte, y en muchas ocasiones la que gozaba de mayor legitimidad, la tarea de moderar los conflictos entre poderes y velar por la supervivencia del orden constitucional. Sobra mencionar el resultado que esto tuvo. El presidente, como jefe de partido, como actor eminentemente político y como juez y parte en la inmensa mayoría de los conflictos constitucionales, sería la principal fuente de

---

<sup>274</sup> Para el caso mexicano véase Linda Arnold. 1996. *Política y justicia. La Suprema Corte mexicana (1824-1855)*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. En particular llama la atención el hecho, señalado claramente por Arnold, de que la Corte Suprema fue el único órgano del Estado nacional que salió fortalecido del experimento centralista de 1836 pues fue el único que no fue disuelto por el plan de Tacubaya. Pese a ello la corte terminó por ser prácticamente borrada del mapa durante la república restaurada, el porfiriato y la revolución.

inestabilidad de los sistemas políticos latinoamericanos y una de las principales trabas para el avance de la democracia en la región.

El proceso que acabo de esbozar no pretende de ninguna manera ser algo definitivo. Como mencioné al principio de esta sección, se trata meramente de reflexiones sobre el impacto que el fracaso de los modelos de poder moderador puede haber tenido en la evolución institucional de América Latina. Aún se necesita mucho trabajo en esta área para que lleguemos a tener un entendimiento cabal de la historia y la evolución constitucional de nuestros países, de los problemas que hemos heredado de estos procesos y sobre todo de cómo encajan la historia del pensamiento político y del diseño institucional de la región en el contexto más amplio del mundo occidental del que forma parte.

## VII. Consideraciones Finales.

La experiencia latinoamericana con la teoría del poder moderador constituyó, a pesar de su fracaso práctico, una muestra clara de la importancia que tuvo la región, durante el siglo XIX, como campo de desarrollo y experimentación de muchas de las teorías de diseño institucional desarrolladas en Europa desde finales del siglo XVII hasta principios del XIX. Por lo menos seis constituciones latinoamericanas escritas entre 1819 y 1836 incluyeron un modelo de poder neutral.<sup>275</sup> El análisis de la teoría detrás de cuatro de ellas y de la experiencia práctica de las que fueron, quizá, las dos más importantes, ha demostrado que los latinoamericanos no sólo copiaron la teoría desarrollada por Constant, en la Francia de principios del siglo XIX, sino que la adaptaron y modificaron para tratar de aprovechar sus beneficios en la solución de problemas cuya importancia era fundamental para la región.

La teoría del poder moderador surgió en la Inglaterra de la guerra civil como un mecanismo para garantizar la estabilidad y el apego a la constitución. Durante los últimos años del siglo XVIII se consolidó como un mecanismo para solucionar las deficiencias de la teoría de separación de poderes. En este contexto el poder moderador se entendió como un árbitro capaz de evitar el conflicto y mantener el balance entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, el problema de cómo garantizar que este árbitro no abusara de sus facultades y no se convirtiera en un riesgo para el sistema que él mismo trataba de preservar no se solucionó sino hasta principios del siglo XIX. La teoría del poder neutral de Benjamin Constant ofreció la solución, al presentar a un agente moderador investido de neutralidad política y diseñado de tal forma que estaba en su propio interés mantener el orden y el equilibrio en el sistema.

---

<sup>275</sup> Venezuela 1819, Chile 1823, Brasil 1824, Costa Rica 1825, Bolivia 1826, México 1836.

La teoría de Constant circuló ampliamente en Europa y en América Latina y tuvo un gran impacto entre los primeros constitucionalistas de este lado del Atlántico. Sin embargo, siguiendo el ejemplo de Bolívar, estos hombres creyeron ver en el árbitro neutro ideado por Constant un vigilante supremo capaz de mantener no sólo el balance interno de la constitución, al garantizar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes, sino también una institución capaz de asegurar un ejercicio óptimo de las facultades extraordinarias necesarias para mantener el orden político y la subsistencia de los Estados de la región. Siguiendo esta lógica los constitucionalistas latinoamericanos facultaron a sus poderes moderadores para intervenir de una forma u otra en situaciones de emergencia, sin darse cuenta de que, al hacer esto, los privaban de la característica de neutralidad tan apreciada por Constant. Al adquirir ingerencia en la asignación o ejercicio de facultades de emergencia, los poderes moderadores latinoamericanos adquirirían poder para afectar directamente a los ciudadanos y para abusar de sus facultades en contra de los otros poderes constitucionales. Como había predicho Constant al dejar de tener un poder meramente discrecional y adquirir uno prácticamente ilimitado el poder moderador perdía la esencia de su neutralidad convirtiéndose en una amenaza para los ciudadanos y para los otros poderes. Esto, a la larga, terminaría por llevar a todos los experimentos latinoamericanos con esta teoría al fracaso.

Sin embargo, la experiencia latinoamericana con la teoría del poder moderador fue muy rica desde el punto de vista institucional. La constitución de Brasil de 1824 presentó un poder moderador de carácter predominantemente político que seguía muy de cerca el modelo instituido en la práctica por la constitución de Inglaterra. El experimento mexicano, en cambio, estableció un poder moderador de carácter predominantemente jurisdiccional, más similar, en este sentido, al surgido en los Estados Unidos. El Supremo

Poder Conservador de la constitución mexicana de 1836, sin embargo, iba un paso más allá del modelo norteamericano al conceder las facultades del poder moderador a un tribunal ajeno al poder judicial. Pese a esto, el vicio común a todas las experiencias latinoamericanas, que lo facultó para proteger al Estado de choques externos al aparato constitucional, ocasionó su fracaso al igual que el de todos los demás experimentos de la región.

Finalmente, la experiencia latinoamericana con la teoría del poder moderador fue incapaz de dar el último paso hasta la creación de verdaderos tribunales constitucionales como hizo Hans Kelsen en la Europa central de principios del siglo XX. Este fracaso hizo que los sistemas presidenciales liberales que imperaron en la región durante el siglo pasado se vieran en serios problemas para mantener el equilibrio y el orden constitucional en un contexto de cortes débiles incapaces de garantizar la constitución como hiciera la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los sistemas constitucionales de la región no tuvieron más remedio que recurrir al presidente como agente moderador lo que resultó en la inestabilidad y el autoritarismo característicos de la región a lo largo de sus primeros doscientos años de vida independiente.

En cualquier caso, debe quedar claro que los constitucionalistas latinoamericanos que experimentaron con la teoría del poder moderador creyeron ver en este mecanismo una herramienta capaz de solucionar el problema endémico de la inestabilidad política causada por rebeliones provinciales, alzamientos de caudillos y revueltas indígenas o de esclavos. Pese a que no lograron superar, y tal vez ni siquiera identificar, el problema de incompatibilidad interna en una institución a la que se le pedía velar por el mantenimiento de la constitución y a la vez indicar, o decidir, cuándo era lícito o necesario violarla, la riqueza y diversidad de las encarnaciones que le dieron al poder moderador es testigo de la

complejidad y la multiplicidad de influencias teóricas que entraron en el pensamiento de estos hombres. Además, como indican las significativas modificaciones que sufrió el proyecto de Bolívar entre la constitución venezolana de 1819 y la boliviana de 1826, o el enigma planteado por el Supremo Poder Conservador de México, con su prematura similitud a un tribunal constitucional y sobre cuyos orígenes filosóficos no se logran poner de acuerdo quienes lo han estudiado, el pensamiento constitucional latinoamericano del siglo XIX intentó reunir lo más avanzado del pensamiento político de Europa y los Estados Unidos y adaptarlo a su situación y experiencia previa.

Si bien creo haber ofrecido un cuadro claro de la evolución de la idea del poder moderador en occidente y del papel que la experiencia latinoamericana ocupó dentro de dicho proceso, es evidente que mi trabajo no está exento de deficiencias y que no ha podido agotar el tema ni mucho menos. Pese a que la evidencia parece sostener mi hipótesis inicial, sobre cómo en América Latina la solución ofrecida por la teoría del poder moderador fue abusada al ser vista no sólo como la respuesta a los problemas de separación de poderes, sino también a la inestabilidad política y social que amenazaba a las jóvenes naciones, aún quedan varios puntos en los que es necesario profundizar. Yo comencé mi trabajo atribuyendo la falla del poder moderador latinoamericano a la preocupación por mantener el orden en situaciones de emergencia; sin embargo, sería importante analizar en más detalle qué papel jugó en este mismo fracaso la preocupación conservadora por mantener el orden social establecido y hacer cualquier cambio de la forma más gradual posible, lo mismo que el efecto causado por las diferencias radicales entre los conceptos de libertad de los europeos que crearon la teoría y los americanos que la pusieron en práctica. Por otro lado, aunque es claro que el poder moderador brasileño no permitió la evolución gradual de su sistema político y que terminó por ser abandonado, hace falta una explicación

convinciente de por qué este modelo duró más de 60 años en funciones mientras que ningún otro pasó siquiera de seis. Por último, como ya mencioné en el capítulo anterior, hace falta un análisis más detallado del impacto que el fracaso de este modelo tuvo en el desarrollo institucional de la región en el mediano y largo plazo.

Finalmente es importante hacer notar que los hallazgos de este trabajo deben ser tomados en cuenta en el futuro por cualquiera que intente crear una institución que forme parte de “los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.<sup>276</sup> La experiencia latinoamericana con el poder moderador debe servir de ejemplo de los grandes riesgos y perjuicios que se pueden derivar del abuso de los fines y capacidades de una institución. En el contexto del siglo XXI, donde las instituciones autónomas, y presuntamente neutrales, encargadas de regular, moderar y supervisar el funcionamiento del Estado en áreas tan diversas como los procedimientos electorales, la supervisión de la función pública, la transparencia del funcionamiento del aparato estatal y las relaciones entre órganos y niveles de gobierno, es indispensable tener en cuenta el riesgo de asignar a una misma institución funciones aparentemente asimilables sin un cuidadoso análisis de las consecuencias que esto podría traer. Desde luego, esto no pretende ser una recomendación para multiplicar este tipo de cuerpos sin ton ni son, simplemente se trata de tener precaución al modificar las estructuras y funciones de los cuerpos existentes y al crear nuevos para evitar perder las ventajas que hemos ganado con su creación en pos del sueño de instituciones “cúralo todo”.

---

<sup>276</sup> Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, p. 10.

## Bibliografía:

- Ackerman, Bruce. 2000. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review* 113 (1999-2000): pp 634-729.
- Aguilar Rivera, José Antonio. 2000. *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*. México: Fondo de Cultura Económica / CIDE. 224 pp.
- Aguilar Rivera, José Antonio. 2001. *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México 1821-1876*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Arnold, Linda. 1996. *Política y justicia. La Suprema Corte mexicana (1824-1855)*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. 207 pp.
- Azcarate, Juan Francisco. 1808. Voto del Licenciado Don Juan Francisco Azcarate miembro del Ayuntamiento de la Nobilísima Ciudad de México porque no se reconozca por ahora soberanía en las juntas de Sevilla y Oviedo. En *Archivo General de la Nación: Ramo historia*. Tomo 47, cuaderno 13. Fojas 310 a 315. México.
- Bagehot, Walter. 1996 [1867]. *The English Constitution*. Ithaca: Cornell Paperbacks. 310 pp.
- Barragán Barragán, José. 1999. Breve comentario sobre las leyes constitucionales de 1836. En *México y sus Constituciones*, editado por P. Galeana. México: Fondo de Cultura Económica / Archivo General de la Nación. pp. 115-131.
- Barrón, Luis F. 2003. La tradición republicana y el nacimiento del liberalismo en Hispanoamérica después de la Independencia: Bolívar, Lucas Alamán y el 'Poder Conservador'. En *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política.*, editado por J. A. Aguilar Rivera y R. Rojas. México: Fondo de Cultura Económica. pp. 244-288.
- Blackstone, Sir William, y Gareth Jones. 1973. *The Sovereignty of the Law. Selections from Blackstone's Commentaries on the Laws of England*. Edimburgo: Macmillan. 254 pp.
- Bolívar, Simón. 1999a [1815]. Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla. En *Escritos Políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa. pp. 74-252.
- Bolívar, Simón. 1999b [1826]. Discurso del libertador al congreso constituyente de Bolivia. En *Escritos Políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa. pp. 195-203.
- Bolívar, Simón. 1999c [1819]. Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, día de su instalación. En *Escritos Políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa. pp. 117-137.
- Bolívar, Simón. 1999d [1812]. Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un Caraqueño. En *Escritos políticos de Simón Bolívar*. México: Porrúa. pp. 4-11.
- Bolivia. Constitución política de 1826*. 2000. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, [citado mayo 2004]. Disponible en

- <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/00366177775903087410046/index.htm>.
- Cavalcanti, Themistocles Brandão. 1958. *Las Constituciones del Brasil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Comisión de Reorganización. 1835. Segunda Ley Constitucional 1835. En Archivo General de la Nación. Ramo Historia, Vol. 560. Fojas 111-119. México.
- Constant, Benjamin. 1825 [1819]. *Curso de Política Constitucional*. México / París: Librería de Parmantier.
- Constant, Benjamin. 1991. *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*. Editado por H. Grange. Paris: Aubier. 506 pp.
- Constant, Benjamin. 2000 [1815]. *Principios de Política*. Traducción de A. Cuesta B. México: Gernika. 270 pp.
- Constitución de la Gran Colombia de 1821*. 2000. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [citado Diciembre 2003]. Disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67939477328025728500080/p0000001.htm#I\\_21](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67939477328025728500080/p0000001.htm#I_21).
- Constitución política del Estado de Venezuela de 1819*. 2000. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [citado mayo 2004]. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0358295011139395208968/index.htm>.
- Costeloe, Michel P. 2000. *La República central en México, 1835-1846*. México: Fondo de Cultura Económica.
- De Melo Franco, Afonso Arinos. 1957. El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX. En *El Constitucionalismo a Medios del siglo XIX*, editado por H. Krüger, H. Schneider, C. Sánchez Viamonte, et al. México: UNAM. pp. 275-343.
- The Declaration of Independence / The Constitution of the United States of America*. Washington, D.C.: United States Information Agency. 44 pp.
- Fontana, Biancamaría. 1991. *Benjamin Constant and the post-revolutionary mind*. New Haven: Yale University Press.
- Fraga Iribarne, Manuel. 1962. La evolución de las ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado, y sus relaciones. En *El Pensamiento Constitucional de Latinoamérica; 1810-1830.*, editado por Academia Nacional de la Historia. Madrid: Ediciones Guadarrama. pp. 65-120.
- Gargarella, Roberto. *Manuscrito sobre constitucionalismo*: Sin Publicar. 367 pp.
- Garraty, John A. 1987. *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper Torchbooks.
- Gordon, Scott. 1999. *Controlling the State. Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 395 pp.
- Graham, Richard. 1990. *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*. Stanford, CA.: Stanford University Press.
- Graham, Richard. 2003. Formando una nación en el Brasil del siglo XIX. En *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, editado por A. Annino y F.-X. Guerra. México: Fondo de Cultura Económica. pp. 629-653.
- Grange, Henri. 1991. Introduction. En *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, editado por H. Grange. Paris: Aubier. pp. 9-106.

- Guedes, Thomaz Diniz. 2000. Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824. *Annales Benjamin Constant* 23-24.
- Hamilton, Alexander, James Madison, y John Jay. 1961 [1788]. *The Federalist Papers*. Editado por C. Rossiter. New York: Mentor Books. 560 pp.
- Kalyvas, Andreas, y Ira Katznelson. 1999. 'We are Modern Men': Benjamin Constant and the Discovery of Immanent Liberalism. *Constellations* 6 (4): pp 513-537.
- Kelsen, Hans. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: UNAM - IIIJ. 107 pp.
- Kelsen, Hans. 2002 [1931]. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de R. J. Brie. Madrid: Tecnos. 82 pp.
- L'Acte Additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815. 1995 [1815]. En *Les Constitutions de la France depuis 1789*, editado por J. Godechot. Paris: GF Flammarion. pp. 225-239.
- Linz, Juan J. 1978. *Crisis, Breakdown, & Reequilibration*. Editado por J. J. Linz y A. Stepan, *The Breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: The John Hopkins University Press. 130 pp.
- Loveman, Brian. 1993. *The Constitution of Tyranny. Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Macneil, Anne Worthington Surget. 1969. The Supreme Harmonizing Power (El Supremo Poder Conservador) 1837-1841. Tesis de Maestría, Departamento de Historia, University of Texas, Austin.
- Manin, Bernard. 1994. Checks, balances and boundaries: the separation of powers in the constitutional debate of 1787. En *The Invention of the Modern Republic*, editado por B. Fontana. Cambridge: Cambridge University Press.
- Martínez Sospedra, Manuel. 1996. Sieyès en México: acerca de las fuentes del Supremo Poder Conservador. *Revista Jurídica Jalisciense* 6 (3): pp 249-284.
- Mateos, Juan A. 1997. Historia parlamentaria de los congresos mexicanos de 1821 a 1857. Facsímil de la edición de 1878. En *Enciclopedia parlamentaria de México*, editado por F. Zertuche Muñoz y F. Remolina Roqueñí. México: Cámara de Diputados.
- Mateos Santillán, Juan José. 1995. El Supremo Poder Conservador, primer tribunal de constitucionalidad mexicano en 1836. *Revista Jurídica Jalisciense* 5 (2): pp 255-290.
- Mattos, Ilmar Rohloff de. 2003. La experiencia del Imperio del Brasil. En *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, editado por A. Annino y F.-X. Guerra. México: Fondo de Cultura Económica. pp. 613-628.
- Mijangos y González, Pablo. 2003. El primer constitucionalismo conservador. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* XV: pp 217-292.
- Minguet, Charles. 1993. Democracia y poder en el pensamiento político de Simón Bolívar. En *Bolívar y el Mundo de los Libertadores*, editado por C. Minguet, L. Zea, H. E. Davis, et al. México: UNAM - Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos. pp. 7-16.
- Montesquieu, Charles Secondat Barón de. 1998 [1748]. *Del espíritu de las leyes*. Traducción de N. Estévez. México: Porrúa. 453 pp.
- Mota Barbosa, Silvana. 2000. L'influence de l'oeuvre de Constant sur la pratique politique brésilienne: présentation d'un inédit". *Annales Benjamin Constant* 23-24.
- Nabuco, Joaquim. 1975. *Um Estadista do Império*. Río de Janeiro: Nova Aguilar.
- Negretto, Gabriel L. 2003. Repensando el republicanismo liberal en América Latina: Alberdi y la Constitución argentina de 1853. En *El republicanismo en*

- Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, editado por J. A. Aguilar Rivera y R. Rojas. México: Fondo de Cultura Económica / CIDE. pp. 210-243.
- Negretto, Gabriel L., y José Antonio Aguilar Rivera. 1999-2000. Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship. *Cardozo Law Review* 21: pp 1797-1823.
- Nippel, Wilfried. 1994. Ancient and modern republicanism: 'mixed constitution' and 'ephors'. En *The Invention of the Modern Republic*, editado por B. Fontana. Cambridge: Cambridge University Press.
- Noriega, Alfonso. 1979. Sánchez de Tagle y el Supremo Poder Conservador. *Revista de la Facultad de derecho de México XXIX* (112): pp 281-295.
- Noriega, Alfonso. 1993. *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*. México: UNAM.
- O'gorman, Edmundo. 1986. *La supervivencia política novo-hispana. Monarquía o República*. México: Universidad Iberoamericana. 93 pp.
- Pagden, Anthony. 1990. *Spanish Imperialism and the Political Imagination*. New Haven: Yale University Press. 184 pp.
- Quintanilla Obregón, Lourdes. 1998. Benjamin Constant: La fragilidad política. Tesis de Doctorado, Facultad de Ciencias Políticas, UNAM, México.
- Rabasa, Emilio. 2002 [1912]. *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*. 9a ed. México: Porrúa. 246 pp.
- Rabasa, Emilio O. 1994. *Historia de las Constituciones mexicanas*. Segunda ed. México: UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 104 pp.
- Reyes Heróles, Jesús. 1982. *El liberalismo mejicano*. 3 vols. Vol. 2. México: Fondo de Cultura Económica. 506 pp.
- Rousseau, Jean Jacques. 1988 [1771]. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma. En *Proyecto de Constitución para Córcega / Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Madrid: Tecnos. pp. 51-158.
- Sánchez de Tagle, Francisco Manuel. 1835. *Discurso del señor Don Francisco Manuel Sánchez de Tagle en la sesión del 15 de diciembre, sobre creación de un Poder Conservador*. México: Imprenta de J.M. Fernández de Lara.
- Schmitt, Carl. 1998 [1931]. *La defensa de la Constitución*. Traducción de M. Sánchez Sarto. Editado por P. d. Vega. 2a ed. Madrid: Tecnos. 251 pp.
- Sieyès, Emmanuel de. 1993. *Escritos políticos de Sieyès*. Editado por D. Pantoja Morán. México: Fondo de Cultura Económica. 275 pp.
- Sordo Cedeño, Reynaldo. 1999. El grupo centralista y la constitución de las Siete Leyes, 1835-1837. En *México y sus Constituciones*, editado por P. Galeana. México: Archivo General de la Nación / Fondo de Cultura Económica. pp. 96-114.
- Tena Ramírez, Felipe. 1999. *Leyes Fundamentales de México 1808-1999*. México: Porrúa.
- Todorov, Tzvetan. 1999. *A passion for democracy*. Nueva York: Algora Pub.
- Tsebelis, George. 2000. Veto Players and Institutional Analysis. *Governance: An International Journal of Policy and Administration* 13 (4): pp 441-474.
- Valdez Gómez, Lázaro. 2000. *Francisco Manuel Sánchez de Tagle, su declaración preparatoria, en la Constitución de Méjico de 1836*. México: Edición del Autor.

- Vázquez, Josefina Zoraida. 1999. El contexto histórico del constituyente de 1824. En *México y sus constituciones*, editado por P. Galeana. México: Fondo de Cultura Económica / Archivo General de la Nación.
- Vile, M. J. C. 1998. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund. 455 pp.
- Viotti da Costa, Emilia. 2000. *The Brazilian Empire. Myths and Histories*. Chapel Hill, NC.: University of North Carolina Press.
- Wood, Gordon S. 1998. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. Chapel Hill, NC: The University of North Carolina Press. 653 pp.