

## LA VIEJA Y LA NUEVA SEPARACIÓN DE PODERES EN LA RELACIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO\*

THE OLD AND THE NEW SEPARATION OF POWERS IN THE RELATIONSHIP  
BETWEEN THE EXECUTIVE AND THE LEGISLATIVE BRANCH

SEBASTIÁN SOTO VELASCO\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
jssoto@uc.cl

*RESUMEN: El artículo examina la aquí llamada “vieja” separación de poderes y la contrasta con la nueva versión del principio. La primera es aquella en torno a la cual teorizó Montesquieu y que buscó especialmente la protección de los derechos y libertades. La nueva separación de poderes, por su parte, es aquella que surge cuando ciertos cambios en el Estado moderno desactualizaron la versión antigua y la tornaron incapaz de resolver los desafíos que exigen los arreglos institucionales contemporáneos. La publicación narra esta transición y analiza la evolución del principio a la luz de tres nuevos factores institucionales: la consolidación del presidencialismo y el parlamentarismo, el surgimiento del Estado regulador y la organización de partidos políticos. Posteriormente plantea una conceptualización del principio de separación de poderes –que reclama la no concentración del poder– y expone algunos arreglos institucionales en línea con esta versión del principio. Entre otros, los nuevos mecanismos de contrapeso en los regímenes presidenciales y parlamentarios, el rol de la oposición en las legislaturas y la acción y distribución de las agencias reguladoras al interior de la Administración.*

*ABSTRACT: The article analyses the so-called “old” separation of powers and face it against the new version of the principle. The former is Montesquieu’s theorization which looked for the protection of rights and liberties. The latter, arises when the modern State outdated the old version and turn it unable to face the challenges of new institutional arrangements. This paper describes the transition and examines the evolution of the principle from three institutional perspectives: the consolidation of presidential and parliamentary regimes, the regulatory State and the organization of political parties. Then the paper states a new version of the principle of separation of powers, focused on prevent*

---

\* Trabajo recibido el 5 de marzo de 2018 y aprobado el 29 de agosto de 2018.

\*\* Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Chile y Máster en Derecho (LLM) de la Universidad de Columbia. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O’Higgins 340, Santiago, Chile. Agradezco las sugerencias y correcciones de Alan Bronfman, Luis Cordero, Alejandra Ovalle, Luis Alejandro Silva y Francisco Soto. También agradezco los comentarios y aportes hechos en el Coloquio de la Academia de Derecho UC donde desarrollé algunas de las ideas contenidas en esta investigación. Y finalmente estoy en deuda con Matías Sanhueza por su apoyo en la revisión.

*the concentration of power, and proposes some institutional arrangements closer to this perspective. Among others, new checks and balances, the institutionalization of the political opposition and the role and power distribution of regulatory agencies.*

*PALABRAS CLAVE: Separación de poderes; Pesos y contrapesos; Poder Ejecutivo; Poder Legislativo.*

*KEY WORDS: Separation of powers; checks and balances; Executive power; Legislative power.*

## 1. INTRODUCCIÓN

¿De qué estamos hablando cuando hablamos de separación de poderes? La separación de poderes es un principio que, a primera vista, exige como una de tantas formas para legitimar el ejercicio del poder la existencia de tres ramas: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, su alcance y especificaciones, como veremos, sigue siendo un asunto debatido hasta el día de hoy.

Lo es, en primer término, porque el principio admite diversas conceptualizaciones que incluyen otra serie de principios o ideas compartidas en el constitucionalismo global. Esto lo grafica correctamente Waldron quien sostiene que la separación de poderes no es un principio autónomo, sino que es un conjunto de principios muy unidos entre sí que operan conjunta y separadamente como “piedras de toque de la legitimidad institucional”<sup>1</sup>. Esta “familia de principios”, continúa Waldron, estaría compuesta por la separación de las funciones estatales; por la división de poderes, esto es, el principio que se contrapone a la concentración del poder; y por el principio de pesos y contrapesos –*checks and balances*– que es el principio que exige la concurrencia de una entidad gubernamental en las acciones de otra para así permitir que una verifique o vete la acción de la otra. Es usual, concluye el autor, que bajo el nombre de separación de poderes se confundan estos otros conceptos adyacentes dificultando así el debate en torno a un principio regularmente invocado pero carente de un entendimiento común.

También se debate sobre este principio, y lo profundizaremos más adelante, pues se cuestiona su eficacia para sostener los arreglos del Estado moderno. La tradicional tríada de poderes que inspira la lectura de Montesquieu no podría tener hoy expresión en el constitucionalismo donde los poderes que integran el Estado son tan variados como entrelazados. Esta suerte de incomodidad del principio en su versión clásica con los arreglos institucionales vigentes se puede apreciar examinando someramente la aplicación que han hecho de él diversas cortes constitucionales en el mundo. Brown, refiriéndose a la jurisprudencia de la

---

<sup>1</sup> WALDRON (2013), p. 438.

Corte Suprema de Estados Unidos, dice que las decisiones relativas a la separación de poderes han sido un “incoherente embrollo” donde la Corte no ha “adoptado ninguna teoría, no ha abrazado ninguna doctrina ni ha apoyado filosofía alguna que provea siquiera un punto de partida para el debate”<sup>2</sup>. Carolan, analizando otras cortes, también muestra cierta distancia con el principio por parte de tribunales influyentes en el constitucionalismo comparado. Así la Corte Constitucional de Sudáfrica señaló que “no hay en nuestra constitución una separación de poderes absoluta”; la Corte Suprema canadiense sostuvo que el texto constitucional de ese país “no insiste en una estricta separación de poderes”<sup>3</sup>; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha enfatizado la importancia de los controles mutuos por sobre un concepto abstracto de separación de poderes<sup>4</sup>, y en Chile el Tribunal Constitucional tampoco ha teorizado sobre el principio<sup>5</sup>.

Pero a pesar de estos cuestionamientos la separación de poderes sigue siendo un principio arraigado en el constitucionalismo contemporáneo<sup>6</sup>. Ello se debe principalmente a una reconceptualización que ha permitido adaptarlo a los requerimientos actuales. Es precisamente esta nueva concepción del principio de separación de poderes y su evolución el tema en torno al cual gira esta publicación.

---

<sup>2</sup> BROWN (1991), p. 1518. En igual sentido, Carolan sostiene, tras analizar el trabajo de las cortes de Estados Unidos e Irlanda, que éstas no han podido dar cuenta de manera convincente de un conjunto de características críticas de las respectivas funciones institucionales ni del balance que deben mantener entre ellas. CAROLAN (2009), pp. 26-31.

<sup>3</sup> Ambas citas son tomadas de CAROLAN (2009), p. 20.

<sup>4</sup> MOELLERS (2013), p. 46. El autor pone como ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia, diversas sentencias que regulan las denominadas comisiones investigadoras.

<sup>5</sup> A este respecto se encuentran algunas referencias al principio en una veintena de sentencias. En la mayoría de ellas se trata solo de una mención; en pocas hay mayor desarrollo, pero nunca una especificación respecto a su alcance. Tal es el caso de las siguientes sentencias: en Tribunal Constitucional, rol N° 478-06, de 8 de agosto de 2006 afirma que es un “valor esencial del Estado de Derecho”; en Tribunal Constitucional, rol N° 2865-15, de 30 de diciembre de 2015 lo califica como una “base esencial de nuestra institucionalidad republicana y democrática” y lo vincula al artículo 4° de la Constitución; en Tribunal Constitucional, rol N° 2868-15, de 6 de noviembre de 2015 afirmó que “la separación de poderes es un principio reconocido en el ámbito de la teoría política democrática, pero cuya fórmula constitucional de determinación en la norma fundamental varía de país en país”. Luego el mismo fallo reconoce que el principio está consagrado en nuestra Constitución y que éste debe desprenderse de una interpretación amplia; y en Tribunal Constitucional, rol N° 4012-17, de 18 de enero de 2018 lo califica como un “principio básico del derecho público universal”.

<sup>6</sup> Por ahora basta con decir que tanto la literatura nacional como la comparada dedican regularmente muchas páginas al estudio de la separación de poderes. Una buena forma de apreciarlo en Chile es la treintena de investigaciones sobre la materia contenidas en FERRADA (2011). Y respecto a la literatura extranjera puede verse el estudio de MARTÍNEZ (2012), pp. 545-575.

En esta investigación mostraremos que no es correcto entender la separación de poderes como un principio que exige únicamente la existencia de tres ramas (ejecutivo, legislativo y judicial) con funciones separadas y relativamente balanceadas. No obstante originalmente pudo haberse hecho tal lectura, al poco andar el principio de separación de poderes fue objeto de una teorización y aplicación que lo transformó. Así hoy, según veremos, más que separar los poderes el principio reclama controles mutuos que eviten la concentración del poder. Visto así, la nueva concepción del principio nos propone diversos arreglos institucionales de interesantes perspectivas en la relación Ejecutivo-Legislativo que pueden adoptarse para ser fieles a esta nueva teorización<sup>7</sup>.

Para ello primero se analiza lo que se ha denominado la “vieja” separación de poderes. En este contexto, se examina brevemente los planteamientos de Montesquieu sobre el asunto y luego se plantean los objetivos abstractos que inspiraban a quienes invocaban el principio.

La siguiente sección se detiene en la “nueva” separación de poderes. Para eso se analizan algunos elementos del Estado moderno que dificultan la aplicación de la concepción original del principio de separación de poderes al constitucionalismo contemporáneo. En particular la investigación se detiene en el rol de los partidos políticos, en el surgimiento del así llamado Estado regulador y en la evolución de los regímenes de gobierno. Finalmente, la sección termina desarrollando la que debiera ser la “nueva” forma de entender la separación de poderes, siguiendo para ello diversa doctrina.

Por último, el documento termina proponiendo nuevos mecanismos y arreglos institucionales que dialogan de mejor forma con la nueva conceptualización de la separación de poderes. Lo hace desde las mismas tres perspectivas que inspiraron la crítica a la concepción original, esto es, el régimen de gobierno, el surgimiento de los partidos políticos y el Estado regulador.

Con ello entonces, se analiza el tránsito desde la “vieja” a la “nueva” separación de poderes en la relación ejecutivo-legislativo y se plantean algunos arreglos institucionales que dialogan adecuadamente con la nueva teorización.

---

<sup>7</sup> Este trabajo no aborda entonces el principio de separación de poderes y el Poder Judicial que es un tema de gran relevancia en el que también la clásica trilogía de Montesquieu está siendo sometida a escrutinio. Profundiza sobre este tema con amplias referencias bibliográficas SMILOV (2012), pp. 859-873. En Chile, BORDALÍ (2008), pp. 185-219.

## 2. LA VIEJA SEPARACIÓN DE PODERES

### 2.1. Montesquieu

Aunque no es el primero en esbozar sus fundamentos<sup>8</sup>, a quien más propiamente se asocia con el surgimiento de la separación de poderes es a Montesquieu (1689-1755).

En su obra *El espíritu de las leyes* no solo dio forma a los tres poderes y sus respectivas funciones, sino también destacó la debida coordinación que debe existir entre ellos<sup>9</sup>.

El legislativo, que debe estar integrado por representantes elegidos por todos los ciudadanos, tiene por función exclusiva hacer las leyes y velar por la recta ejecución de las mismas. Así no debe adoptar “resolución activa alguna, cosa que no haría bien, sino para hacer leyes o comprobar si se ejecutan rectamente las que ya haya hecho, algo que en cambio, puede hacer muy bien, e incluso que nadie más puede hacer”. El Ejecutivo, en cambio, es quien ejecuta la voluntad que expresa la ley y, dado que “necesita casi siempre de una acción rápida”, debe estar en manos de uno<sup>10</sup>. Y el Judicial es un poder “invisible y nulo”<sup>11</sup> donde los jueces “no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> CALABRESI *et al.* (2012), pp. 530-532. Calabresi *et al.* muestran antecedentes de los elementos que más tarde dieron forma al principio de separación de poderes en Aristóteles, Polibio y Cicerón, Tomás de Aquino y Maquiavelo. Locke también se asocia al surgimiento de una separación de poderes pero diversa a la trilogía clásica de Montesquieu. En el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Locke propone la existencia del poder legislativo como poder supremo que se impone por sobre los otros, dado que “aquel que dicta leyes a otro debe necesariamente ser superior a éste (...) y todos los demás poderes que residan en cualquier parte o miembro de la sociedad derivan de él y están subordinados a él”. El segundo es el poder ejecutivo que debe procurar que las leyes sean “ejecutadas y respetadas sin interrupción” y que asume no solo los asuntos internos, sino también los externos que quedan radicados en el poder federativo. Y para Locke no habría propiamente un poder judicial sino que solo jueces “desinteresados y equitativos” que zanjen las diferencias. LOCKE (2008), pp. 151-155.

<sup>9</sup> Montesquieu desarrolla sus planteamientos en el Libro XI, cap. 6 que se titula “La Constitución de Inglaterra”. Como acota Vile, cuando Montesquieu escribe sobre la “Constitución de Inglaterra” no está “describiendo la Constitución de Inglaterra como realmente existía. Cuando Montesquieu escribe de ‘Inglaterra’ él está escribiendo de un país imaginario (...). Así en cierto respecto las afirmaciones de Montesquieu en el capítulo difieren considerablemente de lo que realmente conoce del caso inglés”. VILE (1998), p. 96.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU (2004), p. 136.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU (2004), p. 133.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU (2004), p. 137. Montesquieu desarrolla con mucha mayor profundidad su visión del poder judicial en otros pasajes como en el Libro VI, en los capítulos 3 y siguientes.

Pero no solo deben existir tres poderes sino que éstos deben estar separados según se aprecia de la lectura de uno de sus pasajes más famosos<sup>13</sup>. Y junto con la separación entre los poderes, Montesquieu también se refiere al equilibrio entre los mismos. Hacia el final de su planteamiento, el autor resume las claves del sistema de equilibrios que deben mantener el Ejecutivo y el Legislativo: “el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el Poder Ejecutivo que lo está a su vez por el Legislativo. Los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo”<sup>14</sup>.

Mucho se ha discutido si Montesquieu es un representante de una separación de poderes absoluta (o pura como le llaman algunos autores) o si adhiere a una versión parcial que confunde la separación con el principio de pesos y contrapesos<sup>15</sup>. Vile documenta que una opinión más próxima a la tradición de juristas europeos lo vincula con la versión pura de la doctrina. Por otra parte, los padres del constitucionalismo americano y otros franceses lo acercan más a la concepción parcial de la separación de poderes<sup>16</sup>. Gwyn va más allá y sostiene que la separación de poderes que desarrolla Montesquieu es un aspecto distinto del equilibrio de poderes: “Montesquieu desarrolla las dos doctrinas separadamente, mostrando que ellas eran necesarias para la libertad política y tomando en cuenta tanto como podía que sostener una no conflictuara con sostener la otra”<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> “Cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del Ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”. MONTESQUIEU (2004), p. 132.

<sup>14</sup> MONTESQUIEU (2004), p. 138.

<sup>15</sup> Es común la distinción entre la doctrina pura de la separación de poderes y la doctrina parcial. La primera es aquella que sostiene que hay tres poderes identificables dentro del gobierno a quienes corresponde la función legislativa, ejecutiva y judicial. Cada uno de ellos no puede involucrarse en el ejercicio de las funciones de los otros. La doctrina parcial matiza la separación estricta y fortalece el equilibrio o balance de poderes. Esta distinción la desarrolla VILE (1998), pp. 14-22 y la han hecho suya BARENDT (1995), p. 608; BARBER (2001), p. 2001 y CAROLAN (2009), p. 18.

<sup>16</sup> VILE (2008), p. 94.

<sup>17</sup> GWYN (1965), p. 109.

En cualquier caso, del análisis de lo escrito por Montesquieu queda de manifiesto la existencia de tres poderes que no solo deben estar separados sino que también balanceados, donde existen diversos espacios de interacción a fin de generar contrapesos internos y externos. Así, el Poder Ejecutivo es el que convoca al Legislativo y es quien puede frenar los actos del legislativo por medio de lo que Montesquieu denominó la “facultad de impedir”<sup>18</sup>. El legislativo, por su parte, si bien no tiene atribuciones para reunirse por sí mismo<sup>19</sup>, sí puede verificar que las leyes se cumplan y perseguir y castigar a los consejeros del monarca. También tiene diversas atribuciones de juzgamiento que lo involucran con la función del Poder Judicial<sup>20</sup>.

Visto así Montesquieu combina elementos propios de una separación de funciones con contrapesos en el ejercicio del poder entre el Ejecutivo y el Legislativo. El Judicial, en cambio, si bien es un poder separado, no desempeña un rol en el contrapeso de los otros poderes pues su tarea sería invisible y nula. A juicio de Gwyn es en esta teorización que propone una combinación entre separación y equilibrio de poderes donde Montesquieu hace uno de sus principales aportes<sup>21</sup>.

## *2.2. Objetivo de la separación de poderes en el primer constitucionalismo*

Según puede apreciarse en el trabajo de variados autores, la consagración de la separación de poderes en el primer constitucionalismo perseguía diversos objetivos<sup>22</sup>. Es decir, no había un único y exclusivo propósito tras la separación de poderes sino que, más bien, muchos entrelazados. Gwyn, por ejemplo, documenta que hasta la aprobación de la Constitución de Estados Unidos, la separación

<sup>18</sup> MONTESQUIEU (2004), p. 138.

<sup>19</sup> MONTESQUIEU (2004), p. 136.

<sup>20</sup> Gwyn señala: “El juicio de los nobles de la Cámara de los Lores se justifica porque de lo contrario no podrían ser juzgados por sus pares (...) Más adelante en el libro XII, Montesquieu fue más lejos de lo que muchos ingleses de su época habrían ido, al reconocer la “bill of attainder” como otra excepción a la separación entre los poderes Legislativo y Judicial”. GWYN (1965), pp. 105 y 106.

<sup>21</sup> GWYN (1965), p. 111.

<sup>22</sup> Sobre la expansión de la separación de poderes en el primer constitucionalismo, Bartolomé Clavero hace un recuento histórico de la separación de poderes desde sus orígenes teóricos hasta su aplicación en diversas constituciones del siglo XIX. Si bien su libro se centra más en el orden o jerarquía de los poderes, es útil para apreciar la fuerza que ha tenido para el constitucionalismo la trinidad de poderes. CLAVERO (2007), pp. 40-137 y 171-261. Otro autor que recientemente ha analizado la concreción del principio de la separación de poderes en Estados Unidos y en el constitucionalismo europeo continental hasta bien entrado el siglo XX es Jiménez Asensio. JIMÉNEZ (2016), pp. 53-125.

de poderes se invocaba con miras a alcanzar cinco objetivos identificables: crear un gobierno eficiente; asegurar que las leyes sean dictadas en interés de todos; promover que la ley sea administrada imparcialmente y que todos estén bajo el imperio de la ley; permitir que los representantes puedan exigir una rendición de cuentas de los funcionarios del Poder Ejecutivo y, finalmente, establecer un balance en los poderes del gobierno<sup>23</sup>. Carolan, por su parte, tras revisar el trabajo de diversos autores, agrega otros principios complementarios. A los ya mencionados por Gwyn, suma como objetivo prevenir la tiranía; evitar las miradas parciales separando las personas que intervienen en los procesos decisorios y asegurar la objetividad en el proceso de formación de las leyes separando las tareas de creación y ejecución<sup>24</sup>.

Con todo, los autores suelen coincidir en que el principal objetivo de consagrar la separación de poderes en las primeras constitucionales fue la protección de los derechos y libertades. El propio Gwyn lo destaca cuando escribe que “desde su inicio la mayoría de las versiones de la separación de poderes sostuvieron que el arreglo era un prerrequisito de las libertades civiles, una condición de vida por la cual Inglaterra había sido siempre famosa”<sup>25</sup>.

Tan vinculado estaba el concepto con la idea de libertad, que en Estados Unidos todas las disposiciones que en las diversas constituciones estatales consagraban expresamente la separación de poderes la incluían dentro del catálogo de derechos<sup>26</sup>. Y lo mismo quiso hacerse en la Constitución Federal. Durante el debate previo a la aprobación de la Constitución de 1787, se discutió la necesidad de incorporar una carta de derechos cuestión que fue rechazada, entre otras cosas, porque la Constitución ya contaba con un mecanismo suficientemente eficaz para proteger los derechos ante el ejercicio arbitrario del poder. Ese mecanismo era la separación de poderes<sup>27</sup>.

En Francia se dio un debate similar. La separación de poderes fue incorporada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Durante el debate que antecedió a la aprobación, algunos integrantes de la Asamblea, entre otros

---

<sup>23</sup> GWYN (1965), pp. 127-128.

<sup>24</sup> CAROLAN (2009), p. 27.

<sup>25</sup> GWYN (1965), p. 11. Ver también POUND (2000), p. 328.

<sup>26</sup> Son las Constituciones de Maryland, Massachusetts, New Hampshire, North Carolina y Virginia. BROWN (1991), p. 1538.

<sup>27</sup> MERKEL (2006), pp. 129-130.



Robespierre, plantearon que la mención a la separación de poderes no debía estar incorporada en una declaración de derechos, sino que era más propio que estuviera en la propia Constitución. Sin embargo, tras debatir sobre el asunto, narra Duguit, la inmensa mayoría consideró que había una íntima unión entre la protección de los derechos y la consagración de la separación de poderes<sup>28</sup>.

### 2.3. *En suma*

Lo escrito más arriba configura sumariamente lo que aquí se denomina la “vieja” separación de poderes; esa que, al amparo de las ideas de Montesquieu, se expande con el primer constitucionalismo como principio fundamental para contrapesar el poder y asegurar así la protección de los derechos y libertades. Como veremos, esta versión del principio fue paulatinamente emancipándose de su concepción inicial que reclamaba únicamente la existencia de tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) con funciones separadas y relativamente balanceadas. Este tránsito, en el que incidieron tanto la teoría como la práctica política, es lo que pasaremos a ver a continuación.

## 3. LA NUEVA SEPARACIÓN DE PODERES

Al momento de profundizar en la conceptualización de una separación de poderes para el Estado contemporáneo surgen críticas y cuestionamientos. Las razones de ello son variadas, pero, en general, dicen relación con la incapacidad que tiene la antigua tríada de poderes de seguir constituyendo un mecanismo eficaz no solo para administrar el Estado sino también para generar contrapesos. No se encuentran entonces hoy férreos defensores de un sistema de separación absoluta y, crecientemente, el equilibrio discurrido inicialmente pierde terreno ante el fortalecimiento de alguna de las ramas.

Se ha dicho, por ejemplo, que la separación de poderes no “es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo”<sup>29</sup>; que es una de las ideas “más confusas en el vocabulario del pensamiento político y constitucional”<sup>30</sup>; y que su constante invocación corre el riesgo de transformarla en un “dogma ambiguo y misterioso” incapaz de adaptarse al

---

<sup>28</sup> DUGUIT (1996), pp. 22-27.

<sup>29</sup> LOEWENSTEIN (1957), p. 56.

<sup>30</sup> También dice que está “infectada de imprecisiones e inconsistencias”. MARSHALL (1980), pp. 97 y 124.

Estado moderno<sup>31</sup>. En igual tono, Ferrajoli sostiene que la imposibilidad de adecuar la trilogía de Montesquieu a las necesidades actuales se presenta en el plano descriptivo, por cuanto todos los sistemas parlamentarios no separan los poderes, sino que los hacen copartícipes de la gestión del Gobierno; y también en el plano axiológico, por la enorme cantidad de funciones administrativas que desde hace décadas concentra el Poder Ejecutivo<sup>32</sup>.

A todo ello ha contribuido la evolución del Estado moderno y los nuevos mecanismos de distribución del poder político, según veremos a continuación.

### *3.1. Los embates a la vieja separación de poderes*

*El Estado Regulador.* Lo dicho se aprecia, en primer término, en la irrupción del Estado regulador. Hoy no es un enigma que, desde hace más de un siglo, el Estado moderno representa un rol diverso en la dinámica de los países. Es este un rol más activo en virtud del cual se involucra en la provisión y regulación de una serie de servicios que, en los orígenes de la separación de poderes, simplemente no formaban parte del campo de sus atribuciones<sup>33</sup>.

En este contexto, la separación de funciones que promueve el principio de separación de poderes se difumina. Las nuevas funciones que asume el Estado regulador son asignadas a servicios públicos con cierta autonomía, conocidas en la literatura especializada como agencias reguladoras independientes<sup>34</sup>. Ellas han dado lugar a un nuevo poder radicado en autoridades y funcionarios no elegidos democráticamente, pero que ganan legitimidad por otras vías vinculadas principalmente a su conocimiento técnico<sup>35</sup>. Las referidas agencias concentran una

---

<sup>31</sup> MATTEUCCI (1997), p. 337.

<sup>32</sup> FERRAJOLI (2010), pp. 105-106.

<sup>33</sup> Vile fecha en 1848 el año determinante. Después de ese año, dice, “la historia del pensamiento de las instituciones se preocupa más y más en el problema de la creación de una maquinaria gubernamental para una era de colectivismo, y la teoría de la separación de poderes es sometida a fieros ataques por ser una barrera al desarrollo de una maquinaria eficiente de este tipo”. VILE (1998), p. 232. Otros, en cambio, lo vinculan con el surgimiento del Estado Social de Derecho. Ver HÄBERLE (2003), pp. 224 y ss.

<sup>34</sup> Para un análisis teórico de la situación en Chile y comparada, ver CORDERO y GARCÍA (2012), HUEPE (2011), pp. 305-328, BECERRA (2011), pp. 305-345 y VERGARA (2018).

<sup>35</sup> VIBERT (2007) analiza el modo como la teoría democrática y, en especial, la separación de poderes se enfrentan a este nuevo grupo de poder y cómo éste fortalece la información que recibe el ciudadano. Para Chile, una mirada desde diversos puntos de vista al rol de la tecnocracia entre 1990 y 2010 puede verse en JOIGNANT y GÜELL (2011).

intensa potestad reguladora e importantes cuotas de discrecionalidad. Para bien o para mal, eso no es relevante ahora, las regulaciones que emanan de ellas son normas generales y abstractas que, aunque con un marco de aplicación acotado, reglan y dirigen la conducta de los regulados<sup>36</sup>. De igual forma, las agencias ejecutan políticas y mandatos del legislador, y también adjudican derechos en procedimientos reglados y contradictorios.

*Los regímenes de Gobierno.* El debilitamiento de la concepción original de la separación de poderes también se aprecia si se analiza el principio desde el régimen de gobierno. Los sistemas presidenciales, desde sus orígenes, han presentado dificultades con el balance de poderes.

Si se reflexiona sobre los presidencialismos latinoamericanos, O'Donnell planteó hace años que, en vez de una democracia representativa, en los países latinoamericanos pueden encontrarse democracias delegadas donde el presidente es quien encarna la nación y quien custodia y define sus intereses<sup>37</sup>. Y esto tiene un correlato en las reglas constitucionales que regulan el Congreso Nacional y el Presidente donde el primero, se dice, no hace más que poner su visto bueno sobre las iniciativas que propone y lidera el segundo<sup>38</sup>. Y si la mirada se extiende más globalmente, Posner y Vermeule han sostenido recientemente que “vivimos en un régimen de gobierno centrado en el Ejecutivo, en una época posterior a la separación de poderes (donde) el Poder Ejecutivo legalmente constreñido es una curiosidad histórica”<sup>39</sup>. Agregan que ni el Congreso ni las cortes tienen la capacidad o los incentivos para generar contrapesos a una burocracia empoderada y permanentemente reforzada.

Del análisis del régimen parlamentario puede deducirse lo mismo<sup>40</sup>. No se trata únicamente que en los sistemas parlamentarios el Gobierno y el Parla-

<sup>36</sup> CALABRESI *et al.* (2012), pp. 538-543.

<sup>37</sup> O'Donnell sostiene que “las democracias delegativas descansan en la premisa de que quien gane en las elecciones a la presidencia tendrá, de esta manera, derecho a gobernar como él o ella crea conveniente, limitado solo por los hechos concretos de las relaciones de poder existentes, y por un plazo limitado constitucionalmente en el cargo”. O'DONNELL (1994), pp. 59-60. Una visión menos crítica del presidencialismo latinoamericano en CHEIBUB *et al.* (2011).

<sup>38</sup> Por todos STEIN *et al.* (2005).

<sup>39</sup> POSNER y VERMEULE (2010), p. 4. Lo mismo, entre nosotros, afirma Ruiz-Tagle cuando escribe sobre el “constitucionalismo ejecutivo”. Ver RUIZ-TAGLE (2014), pp. 153-161. Cfr. ACKERMAN (2010) quien utiliza la expresión para expresar la doctrina constitucional del Ejecutivo.

<sup>40</sup> El régimen semipresidencial no será objeto de un análisis especial. Como recuerda Nogueira, Maurice Duverger definió el semipresidencialismo como un régimen original que mezcla elementos del régimen

mento estén unidos. Incluso en este escenario, y al igual que en el caso de los presidencialismos, el debate contemporáneo ha diagnosticado un predominio del Gobierno en perjuicio de las labores del Parlamento también en los sistemas parlamentarios. Ello tanto en sus funciones legislativas como de control. En Inglaterra, por ejemplo, “salvo en los pocos casos en que hay una significativa división partidaria, el gobierno efectivamente controla la legislatura” por lo que no existe un sistema de pesos y contrapesos como el concebido originalmente<sup>41</sup>. También, y en general en los sistemas del *Commonwealth*, es el Gobierno el que redacta las leyes<sup>42</sup> y, aunque es difícil generalizar, en muchos países el rol del Parlamento en la práctica es simplemente cumplir la formalidad de aprobar las propuestas del gobierno. Tanto así que se ha afirmado que el modelo parlamentario que mejor funciona es aquel donde el rol del parlamento está reducido a ser un foro donde la aprobación y discusión de las leyes que propone el gabinete es una formalidad<sup>43</sup>.

El aumento del poder del Gobierno en perjuicio de la acción de las legislaturas ha llevado a la ciencia política a calificar este período como uno de presidencialización de los sistemas parlamentarios. En virtud de este fenómeno muchos países que exhiben tal sistema están asumiendo una práctica política más propia de los presidencialismos, sin cambio alguno en la estructura formal de sus constituciones<sup>44</sup>.

*La irrupción de los partidos políticos.* La irrupción de los partidos políticos tuvo y tiene efectos en el principio de la separación de poderes. Como han desarrollado Levinson y Pildes, la competencia política propia del sistema democrático llevó a que quienes se desempeñaban en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo canalizaran sus ambiciones legítimas no a través de las ramas que integraban, sino que conformando organizaciones que se alineaban en torno a determinadas

---

presidencial y del parlamentario por lo que, para efectos de lo que se intenta mostrar, no presenta elementos sustantivos que diferencien el análisis que se hace respecto de las otras dos formas de gobierno. NOGUEIRA (2017), p. 76.

<sup>41</sup> BARENDT (1995), p. 614.

<sup>42</sup> BARBER (2001), p. 86.

<sup>43</sup> BRADLEY y PINELLI (2012), p. 665.

<sup>44</sup> POGUNTKE y WEBB (2005), pp. 4-13. Las causas de la presidencialización de los sistemas parlamentarios la atribuyen a la internacionalización de la política, el crecimiento del Estado, los medios de comunicación masivos y en la erosión del tradicional clivaje político. El libro analiza los casos de Gran Bretaña, Alemania, Italia, España, Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Canadá, Francia en la Quinta República, Finlandia, Portugal e Israel.

políticas o ideologías. De esta forma, surgieron grupos con intereses comunes de mediano plazo que, sin importar la rama a la que pertenecían sus integrantes, administraban el poder en conformidad a esos intereses. Desde esta perspectiva, las disputas ya no son conflictos entre poderes sino que, más bien, entre distintos partidos políticos o coaliciones, sin importar si sus integrantes se encuentran en el Poder Legislativo o en el Poder Ejecutivo. Por lo mismo, concluyen los autores, el balance de poderes solo será real si el mismo partido o coalición no controla ambas ramas<sup>45</sup>.

El diagnóstico de Levinson y Pildes no es exclusivo de regímenes presidenciales. Barendt, desde una perspectiva general, afirma que los partidos políticos masivos han destruido el sistema de pesos y contrapesos pues los miembros del parlamento son elegidos por los partidos y responden, por tanto, a ellos al momento de votar<sup>46</sup>. Kommers y Miller, esta vez fruto del análisis del caso alemán, sostienen que lo institucionalmente relevante es el trabajo de la oposición “en” el parlamento más que la oposición “del” parlamento. Es ésta, señalan, la forma más efectiva de control del Poder Ejecutivo<sup>47</sup>.

Como puede verse, el surgimiento del Estado regulador, la configuración de los regímenes de Gobierno que, con sus enormes matices, conocemos hoy y la irrupción de los partidos políticos han desactualizado la concepción original de la separación de poderes como mecanismo institucional suficiente para contrapesar el poder y asignar funciones. Es así como ha brotado la necesidad de una nueva separación de poderes que mantenga viva la preocupación original, bajo nuevos ropajes institucionales.

### 3.2. *¿De qué hablamos cuando decimos hoy “separación de poderes”?*

A pesar de las críticas y de los desafíos que ha debido superar la separación de poderes, sigue siendo hoy un fundamento del constitucionalismo. Bobbio sostiene

---

<sup>45</sup> LEVINSON y PILDES (2006), pp. 2319-2320. En una línea argumentativa similar, pero esta vez aplicada a Chile en el contexto de la Constitución de 1925, Bravo Lira destaca que la existencia de partidos políticos generó el rompimiento del antiguo dualismo Presidente-Parlamento siendo éste reemplazado por una trilogía presidente-partidos-parlamento de tal forma que el constituyente del 25, “más bien que establecer un régimen de gobierno fundado en la supremacía presidencial (sancionó), sin saberlo, el gobierno de partido”. Añade que, con ello, en los hechos el Presidente se transformó en un negociador con los dirigentes partidistas. BRAVO LIRA (1978), p. 27.

<sup>46</sup> BARENDT (1995), p. 614.

<sup>47</sup> KOMMERS y MILLER (2012), p. 153.

que es “uno de los temas dominantes en toda la tradición del pensamiento político occidental”<sup>48</sup>. Waldron afirma que constituye un principio de la teoría política útil para evaluar los arreglos legales y constitucionales actuales: “un importante principio dentro del cuerpo de teorías que llamamos constitucionalismo”<sup>49</sup>, dice. Y Vile, de modo más abstracto, considera que tanto la separación de poderes como al equilibrio entre los mismos son ideas fundamentales de nuestro “aparato intelectual” moderno<sup>50</sup>.

Pero, ¿qué “separación de poderes” es la que hoy sirve como principio constitucional? Y es aquí donde el principio ha mutado desde su concepción y entendimiento original hasta nuestros días. Así, si al inicio el principio inspiró la separación de funciones entre poderes balanceados a fin de proteger derechos, hoy inspira un reparto de funciones entre diversos órganos públicos que eviten la concentración del poder.

En efecto, desde la primera teorización y puesta en práctica del principio, el constitucionalismo ha ido incorporando otros mecanismos y procedimientos que buscan la protección de las libertades. Así, cartas más extensas de derechos, tribunales con mecanismos procesales que dan eficacia a los mismos, el control de constitucionalidad, la figura de los *ombudsman* y el derecho internacional de los derechos humanos, entre otros, son mecanismos que el derecho constitucional contemporáneo invoca y recurre regularmente para la protección de los derechos y libertades.

No quiere esto decir que en la literatura contemporánea el actual entendimiento de la separación y equilibrio de poderes no guarda ninguna relación con la protección de los derechos<sup>51</sup>. Solo que el énfasis en cuanto al objetivo ha dejado de ser la protección de derechos para pasar a ser un principio de inspira

---

<sup>48</sup> BOBBIO (1987), p. 51.

<sup>49</sup> WALDRON (2013), p. 435.

<sup>50</sup> VILE (1998), p. 346.

<sup>51</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de Ackerman, quien sostiene que el principio se invoca a nombre de la protección de tres ideales. El primero es la democracia pues “de una manera u otra, la separación puede servir (o impedir) el Proyecto de autogobierno popular”. El segundo ideal es la competencia profesional, que se acerca a la eficiencia a la que ya se hizo referencia: “las leyes democráticas siguen siendo puramente simbólicas, a menos que las cortes y la burocracia puedan implementarlas de una manera relativamente imparcial”. Finalmente, el tercer ideal es la protección y reforzamiento de los derechos fundamentales: “sin esto, el gobierno democrático y la administración profesional, pueden convertirse fácilmente en motores de la tiranía”. ACKERMAN (2000), p. 640. Moellers, por su parte, prefiere conectar la separación de poderes con la protección de la libertad individual y con la autodeterminación. MOELLERS (2013), p. 5.

una razonable asignación de atribuciones que impida la concentración del poder. Y así, si antiguamente eran tres poderes que debían inhibirse unos a otros, hoy los arreglos institucionales han aumentado el número de ellos y han consagrado instancias de coordinación y de control mutuo, para así evitar la concentración del poder en uno de ellos.

Lo anterior ha sido constatado por numerosos autores. Duguit, escribiendo a inicios del siglo XX, señala que la conceptualización de la separación de poderes evolucionó hacia una colaboración de los órganos de representación y que, por ello, el Parlamento y el Gobierno “ejercen uno sobre el otro una acción recíproca constante, y colaboran de una manera íntima en la tarea de suscitar y estimular la actividad general del Estado, pero colaboran de manera diferente a causa de la diversidad de su estructura”<sup>52</sup>. Kelsen, años después, escribe en su *Teoría General del Derecho y del Estado* que el significado del principio de separación de poderes reside en que tal principio “va contra la concentración de los poderes, más que contra la separación de los mismos”<sup>53</sup>. Bobbio afirma lo mismo cuando anota que la inspiración moderna del principio de Montesquieu es que la distribución del poder “sea el efecto de una sabia disposición de equilibrio entre diferentes poderes parciales, y no esté concentrado en las manos de uno solo”<sup>54</sup>. Häberle, a finales de siglo, expresa que para la división de poderes –a la que califica como la pieza central de todo el Estado constitucional– “lo que importa es solamente que se impida de manera efectiva el abuso de poder”<sup>55</sup>. Y Ackerman, un autor contemporáneo, ha propuesto un nuevo sistema de separación de poderes –el parlamentarismo constreñido– donde una de las principales virtudes es que no hay institución que monopolice el poder pues éste se contrapesa, entre otros,

---

<sup>52</sup> Agrega “pero habrá que convenir en que se está muy lejos del sistema de 1791, en el que cada uno de los órganos incorporaba un elemento distinto de la soberanía, y debía ser independiente y soberano en su esfera”. DUGUIT (1921), p. 153.

<sup>53</sup> KELSEN (1995), p. 334.

<sup>54</sup> BOBBIO (1987), p. 135.

<sup>55</sup> Häberle agrega que “se trata de una de las más felices “invenciones” de la historia del espíritu y la cultura y es equivalente a los diez mandamientos de la Biblia, junto con la dignidad humana y la democracia, los derechos humanos y el Estado social y ecológico de derecho, también el Estado de cultura, el federalismo y el regionalismo, la protección jurídica por tribunales independientes y la jurisdicción constitucional. Quizá podría hablarse incluso de un “derecho fundamental a la división de poderes”, ya que en última instancia ésta se encuentra al servicio de los derechos humanos, de la protección de la “libertad del individuo”. HÄBERLE (2003), p. 208.

con la acción de la ciudadanía a través de referéndum, la existencia de una corte constitucional y de un sistema bicameral<sup>56</sup>. Y así otros más<sup>57</sup>.

Esto mismo puede, al decir de Eisenmann, desprenderse incluso del propio Montesquieu. Criticando el entendimiento general que se ha dado a la teoría del pensador francés, Eisenmann sostuvo que éste simplemente promovía la “no identidad del órgano” que ejerciera las tres funciones y no la separación de las mismas. Y poniendo especial atención a la relación entre Ejecutivo y Legislativo, continúa, Montesquieu quiso “invertir del poder supremo a dos órganos conjuntamente dentro del Estado, el parlamento y el gobierno, postulando el acuerdo de los mismos como necesario y libre”<sup>58</sup>. De esta forma, el actuar coordinado de ambos impediría la concentración del poder o, en sus palabras, “no existiría posibilidad de realizar ninguna acción el uno contra el otro, ni el uno sin el otro y por esto mismo estaría asegurado el gobierno moderado”<sup>59</sup>.

En consecuencia, la antigua y teórica conceptualización de la separación de poderes que asignaba funciones a poderes determinados y predicaba la exclusividad de cada uno de ellos en el ejercicio de su función ya no es la versión contemporánea. Y el balance original dejó de ser un enfrentamiento entre –siguiendo a Madison– la ambición de unos contra la de otros, para pasar a ser un proceso colaborativo donde lo relevante es que el proceso de toma de decisión no esté concentrado en una sola autoridad, sino disperso en varias.

#### 4. ALGUNOS MECANISMOS PARA UNA NUEVA SEPARACIÓN DE PODERES

La mutación desde la vieja a la nueva separación de poderes ha permitido, por una parte, que los operadores jurídicos sigan incorporando de alguna forma estas

---

<sup>56</sup> ACKERMAN (2000), p. 687.

<sup>57</sup> ALBERT (2010), p. 212. Sostiene: “la prevención de la concentración del poder es considerada hoy como el principal propósito de la separación de poderes. Por lo tanto, no debería ser una sorpresa que la preocupación fundamental de la política moderna es distribuir la autoridad gubernamental a través de las instituciones públicas”. BARENDT (1995), p. 606 dice: “Sus principales propósitos (de la separación de poderes) son la prevención del gobierno arbitrario, o la tiranía, que pueden derivarse de la concentración de poderes”. Y Elizabeth Magill da cuenta de un amplio consenso en la jurisprudencia y en la doctrina en Estados Unidos que sostiene que la separación de poderes es una forma de prevenir que una pura institución gubernamental acumule excesivo poder político para lo cual se equilibran los poderes de todas. MAGILL (2000), p. 1130.

<sup>58</sup> EISENMANN (1975), pp. 439 y 442.

<sup>59</sup> EISENMANN (1975), p. 447.



ideas en constituciones recientes<sup>60</sup>; y, por la otra, que los teóricos contemporáneos acepten implícitamente la verdad de la trilogía, intentando no reemplazarla, sino más bien recalibrándola a los requerimientos del Estado moderno<sup>61</sup>.

Desde esta perspectiva, la máxima política de la separación de poderes puede estar presente en diversos regímenes de gobierno en la medida en que en ellos se incorporen mecanismos e instancias de balance interpoderes e intrapoderes. Así la antigua separación de funciones se alcanza ya no por la vía de asignar funciones exclusivas, sino por medio de los controles internos y la coordinación.

Visto así, la nueva separación de poderes plantea diversos desafíos a las estructuras clásicas de distribución del poder.

#### *4.1. La separación de poderes y los regímenes de Gobierno*

Si la separación de poderes ya no es exclusivamente una separación de funciones, sino una exigencia de coordinación y contrapesos institucionales, se trata entonces de un principio que aplica tanto para regímenes parlamentarios como presidenciales. Ello pues en ambos es posible generar mecanismos que eviten la concentración y promuevan la cooperación.

Desde esta perspectiva, se avanza algo más en la erosión de las fronteras que alguna vez separaron radicalmente a los presidencialismos de los sistemas parlamentarios. La tradicional exigencia que se hacía en los primeros a que sea el Ejecutivo el que administre y el Legislativo quien dicte normas pierde fuerza en la medida que el entrelazamiento de ambas funciones cuenta con mecanismos de control y balance interno y externo.

Albert ha estudiado el punto para los regímenes parlamentarios. Sostiene que la antigua crítica que se hace a los sistemas parlamentarios desde el principio de separación de poderes no es correcta si se mira el asunto desde la nueva concepción. En efecto, como vimos, en los regímenes parlamentarios el Ejecutivo y el Legislativo están concentrados en un solo poder. Pero ello, sostiene Albert, desconoce que los regímenes parlamentarios separan el poder de un modo “no convencional”. Así, el parlamentarismo británico no divide el poder entre el

---

<sup>60</sup> Häberle reconoce que en los noventa diversas constituciones reconocieron la separación de poderes “(realizando) así un pedazo de ‘Montesquieu’ en su Constitución”. HÄBERLE (2003), p. 206. Y el *Constitute Project* consigna que hay 28 constituciones en el mundo que incorporan expresamente las palabras “separación de poderes”.

<sup>61</sup> CAROLAN (2009), p. 21.

ejecutivo y el legislativo, sino que entre la Corona y el Parlamento. Ello, junto a un conjunto de reglas formales e informales, restringe a cada uno de esos poderes. Lo mismo se aprecia si se observa el caso de Alemania o Canadá donde el parlamentarismo divide el poder institucionalizando el rol de los partidos de oposición y por medio del empoderamiento del poder judicial. La fuerza de este último ha llevado a que Albert califique ambos sistemas como de una separación de poderes “juricéntrica”. Y, por último, los semipresidencialismos muestran una separación de poderes por la vía de dividir el ejecutivo en dos poderes independientes que se contrapesan mutuamente<sup>62</sup>.

Si se mira la separación de poderes desde la otra vereda, es decir, desde los presidencialismos reforzados, también puede apreciarse una nueva perspectiva. Posner y Vermeule, que como vimos son escépticos de la vieja tríada, sostienen que los mejores mecanismos de contrapesos son extraestatales. En efecto, afirman que la articulación de la acción política y la opinión pública son hoy formas de control del poder y de defensa de la libertad mucho más efectivas que la acción de las legislaturas<sup>63</sup>.

Visto así, la frontera que definía los regímenes de gobiernos desde la separación de poderes ha perdido fuerza y, en todos ellos, se pueden encontrar mecanismos de contrapeso y coordinación que no necesariamente se asocian con un régimen en particular. Esto no solo refuerza la “nueva” separación de poderes, sino también permite que se trasladen y adapten arreglos institucionales específicos con independencia de si ellos nacen en contextos presidenciales o parlamentarios.

Un ejemplo de ello es el trasplante de reglas e instituciones presupuestarias entre diversos países. La realidad hoy muestra una paulatina concentración de la decisión presupuestaria en la rama ejecutiva lo que, desde la perspectiva de la nueva separación de poderes, es cuestionable. Pero, como se aprecia en diversos países, la solución no ha pasado por devolver a las legislaturas atribuciones en la determinación del gasto público, sino que por generar espacios de coordinación y control que permitan contrapesar la decisión ejecutiva. Para ello, desde hace algunos años, han surgido instituciones y reglas que ninguna relación tienen con el régimen de gobierno que las cobija.

Una de estas fórmulas ha sido fortalecer en las legislaturas una capacidad para analizar las cifras asociadas al presupuesto y generar información propia

---

<sup>62</sup> ALBERT (2010).

<sup>63</sup> POSNER y VERMEULE (2010).

que permita aumentar el escrutinio sobre la situación fiscal. Es así como se han expandido últimamente las oficinas parlamentarias de presupuestos.

Otra fórmula ha sido la creación de instituciones autónomas, usualmente denominadas consejos fiscales, que verifican el cumplimiento de reglas fiscales autodeterminadas por la autoridad política como verdaderos precompromisos. Lo relevante es que ninguna de las instituciones mencionadas tiene potestades vinculantes, sino que responden a la lógica del “cumple o explica”, es decir, sus recomendaciones pueden ser desatendidas pero, para ello, la autoridad política deberá explicar las razones y corresponderá a la opinión pública valorar si son o no suficientes.

Todo esto en un contexto –el de la discusión presupuestaria– en el que las legislaturas se enfrentan a los ejecutivos con diversas herramientas que poca relación tienen con el régimen de gobierno. Según el índice de capacidad presupuestaria de las legislaturas elaborado por Wehner, no existe correlación entre el régimen de gobierno de un determinado país y la capacidad presupuestaria de su parlamento. Así encontramos regímenes presidenciales con legislaturas tanto fuertes como débiles desde la perspectiva presupuestaria (por ejemplo, Estados Unidos y Chile, respectivamente); y lo mismo ocurre en regímenes parlamentarios (Suecia y Australia, respectivamente)<sup>64</sup>.

Todo lo dicho da cuenta de que la nueva separación de poderes es útil en cualquier régimen de gobierno. Lo es porque tanto presidencialismos como parlamentarismos separan el poder y buscan mecanismos de coordinación y contrapeso, como se aprecia del ejemplo planteado; y lo es también porque las formas actuales de contrapeso institucional se acercan más a la acción de la opinión pública y a la acción política que existen al amparo de cualquier sistema.

#### *4.2. La separación de poderes y los partidos políticos*

Vimos más arriba cómo el surgimiento de los partidos políticos ha debilitado la antigua separación de poderes pues, en alguna medida, la alineación de intereses ya no gira en torno al Ejecutivo y al Legislativo sino alrededor del respectivo partido político. De esta forma, en sistemas presidenciales, si la mayoría legislativa radica en el mismo partido o coalición que ocupa el ejecutivo, se reducirían los espacios de control interpoderes.

---

<sup>64</sup> WEHNER (2010), p. 54.

Desde la nueva separación de poderes, que asume esta realidad, es posible plantear algunos mecanismos institucionales que dialogan adecuadamente con la nueva concepción tras el principio. Analizaremos el tema desde dos perspectivas que se vinculan con la interacción de los partidos políticos con los poderes ejecutivo y legislativo. La primera aborda el rol que desempeña la oposición en la legislatura como contrapeso al Gobierno; la segunda se refiere a la relación entre los partidos políticos y una burocracia profesional.

*El rol de la oposición como contrapeso institucional.* Los partidos políticos no solo despliegan sus funciones en la política y la búsqueda del poder por la vía de elecciones; también lo hacen en el ámbito legislativo. Ahí influyen en la agenda, canalizan la conexión con el electorado y, en lo que interesa a esta parte, permiten la organización de la oposición que, por definición, es minoría en regímenes parlamentarios y que puede ser minoría o mayoría en regímenes presidenciales<sup>65</sup>.

Desde una perspectiva más abstracta, y siguiendo en esto el estudio comparado de Helms, la oposición en el Congreso puede institucionalizarse de diversas formas. En el Reino Unido la oposición, que es minoría, carece de mecanismos de veto o de cogobierno que permitan generar un contrapeso desde el Parlamento. Distinto es el caso de Alemania donde la oposición legislativa, que también es una minoría, cuenta con poder de veto y cogobierno. Los primeros expresados en exigencia de cuórum supramayoritarios en ciertas materias y los segundos se traducen en presidencias de comisiones legislativas y atribuciones para fijar la agenda de temas a discutir. Un caso distinto es el de Estados Unidos donde la oposición en el Congreso, que puede ser mayoría o minoría ya que se trata de un régimen presidencial, tiene intensas atribuciones en la tramitación de los proyectos de ley pues pueden legislar sobre prácticamente cualquier materia según la agenda que determine la comisión legislativa respectiva. En igual sentido, la oposición tiene poderosas atribuciones fiscalizadoras y puede participar en las designaciones presidenciales que deben ser ratificadas por el Senado<sup>66</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana ha profundizado con particular intensidad en este aspecto y en diversas ocasiones ha debido pronunciarse para proteger los intereses de la oposición que, en un régimen parlamentario como el alemán, es al mismo tiempo minoría. El contexto en el que se ha desarrollado esta jurisprudencia dice relación con las atribuciones de

<sup>65</sup> SAALFELD y STROM (2014), p. 372.

<sup>66</sup> HELMS (2004), pp. 26-45.

las comisiones investigadoras donde el partido de Gobierno siempre tiene mayoría. Así ha limitado los privilegios del Poder Ejecutivo para negar la entrega de evidencia; ha impedido que un partido sea excluido de integrar una comisión especial; ha ponderado el derecho a la privacidad con el interés constitucional que busca resguardar la efectividad de las comisiones investigadoras; y ha reconocido que las minorías están especialmente empoderadas para hacer uso del aparato investigativo del Bundestag y que esa autoridad va acompañada de un derecho a buscar su protección ante la Corte Constitucional<sup>67</sup>.

Cada uno de estos modelos muestra diversas formas de institucionalizar el contrapeso que ejerce la oposición política en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. De éstas, hay algunas que ya se encuentran bastante extendidas como son el derecho a pedir información al Gobierno o la facultad de citar a comparecer a alguna autoridad ante alguna comisión legislativa. Pero hay otras que, para la tradición chilena, son más novedosas. Así por ejemplo, se fortalece el control interpoderes si se entrega a la oposición, incluso en caso de ser minoría, la presidencia de ciertas comisiones legislativas responsables del control o la auditoría. Lo mismo ocurre si se concede cierto poder de agenda que permita definir algunos temas a debatir durante el período legislativo en las comisiones más relevantes. Y también se alcanza un objetivo similar si es que la oposición integra los organismos directivos de entidades colegiadas de forma que, por esa vía, el contrapeso interpoderes transite hacia un contrapeso intrainstitucional que reconoce una separación en torno a partidos políticos más que una separación en torno a poderes del Estado. Esto último es particularmente cierto si este contrapeso se presenta en instancias de control más que en instancias de definición de política<sup>68</sup>.

*El rol de la burocracia como contrapeso en un sistema de “separación de partidos”.* Para la vieja separación de poderes la burocracia era un factor que integraba el Poder Ejecutivo y como tal estaba dentro de la esfera de atribuciones de ese poder, con el sabido contrapeso institucional que haría la legislatura. Para la nueva separación de poderes, en cambio, ese contrapeso no es suficiente porque en un modelo de “separación de partidos”, los partidos del oficialismo más que controlar intentarán capturar el aparato público por la vía del control de la burocracia.

<sup>67</sup> KOMMERS y MILLER (2012), pp. 216-227.

<sup>68</sup> Sobre esto ha profundizado también Larraín quien plantea la necesidad de institucionalizar un “gabinete de oposición” en el sistema presidencial chileno. LARRAÍN (2014), p. 137.

Impedir una eventual concentración del poder en torno al partido o coalición dominante es un objetivo de la nueva separación de poderes. Una forma de establecer contrapesos es por la vía de generar una burocracia profesional con cierta permanencia y relativamente separada de los partidos políticos. Por lo demás, y como veremos a continuación, una burocracia con tales características no solo opera como contrapeso al partido o coalición dominante; también opera como un contrapeso al interior del propio Gobierno.

La faceta que contrapesa la burocracia con el partido se promueve con un servicio civil robusto que contemple mecanismos de selección que diluyen la influencia de los partidos políticos al momento de la contratación. Con esto son otros los elementos que son ponderados al momento de contratar. No quiere esto decir que se aisle completamente el factor partidista, pero sí es posible sostener que, al incorporarse filtros más neutrales, pierde importancia la presión del partido.

La otra faceta del contrapeso en un escenario de “separación de partidos” es la “intrainstitucional”. Esto es, aquella que permite que la burocracia autónoma y profesional ejecute las políticas de la autoridad electa y, al mismo tiempo, sea capaz de configurarlas y disciplinarlas cuando sea el caso gracias a la influencia de su conocimiento. De hecho, afirma Michaels, para la experiencia de Estados Unidos, constituye un eficaz mecanismo de balance intrapoder al interior de la agencia la interacción del servicio civil con el director de una de ellas designado por el Presidente de la República (una autoridad política) y también aquella interacción que se da con el público en general y los grupos de presión a través de los procedimientos administrativos con mecanismos reglados de consulta<sup>69</sup>.

Como puede apreciarse, una burocracia profesional produce fórmulas de contrapeso y colaboración que han dejado de recaer en el otro poder para empezar a hacerse cargo de la separación de partidos que existe en la nueva separación de poderes. Esta separación de partidos –y no de poderes–, que hoy acompaña el desarrollo político del Estado moderno, tiene como contrapeso y espacios de colaboración la existencia de mecanismos más neutrales de selección del empleo público y la acción de una burocracia capaz de generar contrapesos intrapoderes. Son éstas dos posibles fórmulas que contribuyen a mantener los contrapesos que la “separación de partidos” había diluido.

---

<sup>69</sup> MICHAELS (2016), pp. 232-242.

### *4.3. La separación de poderes y el Estado regulador*

Una nueva separación de poderes también conlleva una mirada al Estado regulador. El diagnóstico que se ha hecho respecto al fortalecimiento de los poderes ejecutivos en el constitucionalismo contemporáneo podría llevar a decir que en torno a ellos se ha generado una verdadera concentración del poder. Y, siguiendo la misma línea argumentativa, podría entonces proponerse que la única solución posible para actuar conforme al principio de separación y equilibrio de poderes es transferir competencias desde el Ejecutivo a otros poderes, tales como el Legislativo.

Sin embargo, juzgar un determinado arreglo institucional a la luz de la nueva separación de poderes no necesariamente conduce a esta conclusión. O dicho en otras palabras, es perfectamente compatible el nuevo Estado regulador con una concepción de separación de poderes que responda a una idea diversa de la separación de funciones.

Lo es porque, para juzgar si un determinado arreglo institucional está o no acorde con el principio que se analiza, la pregunta que debe hacerse ya no es si la agencia ha invadido funciones que correspondían a otro poder. Esto es, si dicta normas generales al estilo de un Poder Legislativo o si adjudica derechos al estilo del Poder Judicial. A fin de evitar la concentración y promover una separación de poderes aplicable al Estado moderno es más adecuado hacerse dos preguntas distintas.

¿Dónde radicar las competencias? La primera debe analizar cuál es la institución mejor capacitada para asumir esas funciones específicas, propias del Estado regulador, que se pretenden asignar. Y ante ello, como ha sugerido Magill, lo relevante no es distribuirlas sobre la base de esquemas teóricos ya dados, sino radicarlas buscando la institución que lo pueda hacer mejor según su estructura institucional y de incentivos<sup>70</sup>.

Es así como es posible sostener que el órgano responsable de dictar ciertas normas generales que regulan un sector determinado no debe ser la legislatura, sino una institución que tenga una estructura acorde a la dificultad regulatoria que implica abordar esa materia. Los incentivos de tal institución a dictar una regulación razonable pueden ser muy superiores a aquellos que tiene una comisión legislativa. Como afirma Vermeule, vivimos en una época donde el “imperio de la ley” que predicaba Dworkin se ha transformado en el “imperio” de la regu-

---

<sup>70</sup> MAGILL (2001).

lación administrativa. La incapacidad o derechamente la renuncia voluntaria de las legislaturas a involucrarse en la regulación de ciertos temas solo irá en aumento y, con ello, también lo hará la tendencia de la administración a dictar normas generales y obligatorias<sup>71</sup>. Invocar la vieja separación de poderes para oponerse a tal tendencia es aferrarse a una tabla que viene a la deriva. En cambio, teorizando desde la nueva separación de poderes, es posible idear mecanismos institucionales que promuevan la coordinación en la generación de este tipo de regulaciones y evitar la concentración del poder. En tal sentido, procedimientos administrativos abiertos y participativos, paneles de expertos y mecanismos de evaluación de impacto regulatorio son fórmulas que responden a los objetivos de la nueva separación de poderes sin aferrarse a concepciones propias de la antigua.

Y, en similar línea argumentativa, es posible sostener que el órgano a cargo de resolver conflictos y adjudicar derechos no siempre debe ser un tribunal que integra el Poder Judicial. En efecto, una agencia puede estar dotada de una estructura institucional más adecuada para resolver conflictos jurídicos complejos, masivos o que requieren de vías alternativas de resolución eficaz. Esto, que contraviene la vieja separación de poderes, no se encuentra necesariamente en desacuerdo con la nueva versión del principio en la medida en que haya contrapesos reales que eviten la concentración del poder al interior de la agencia donde se encuentra el órgano que adjudica. En este contexto, la figura de los jueces administrativos al interior de ciertas agencias en Estados Unidos es un ejemplo de contrapesos intrainstitucionales que resuelven controversias de manera independiente. No obstante encontrarse al interior de las agencias y ser empleados de la misma, al decir de Strauss, se encuentran “virtualmente más allá del control de la agencia”<sup>72</sup>.

*¿Existen espacios de contrapeso y coordinación intrainstitucional?* La segunda pregunta, que no puede desvincularse de la anterior, debe escrutarse cómo se relaciona esa entidad con los otros poderes que operan en el aparato público a efectos de generar tanto espacios de contrapeso como de coordinación y veto. No basta separar el poder para transferirlo completamente a un grupo de personas sin contrapeso alguno, por más experiencia que puedan demostrar<sup>73</sup>. En este

---

<sup>71</sup> VERMEULE (2016).

<sup>72</sup> STRAUSS (2016), p. 185.

<sup>73</sup> Barendt desarrolla el punto cuando dice: “La respuesta (a la pregunta de si la separación de poderes aplica en la organización y control de la autoridad administrativa) puede ser muy diferente si vemos el principio como esencialmente interesado en evitar la concentración de poder. Para entonces, las preguntas pueden ser realizadas acerca de la relación de la agencia con las tres ramas tradicionales del gobierno (...) En este



sentido cobran mucha más importancia los arreglos institucionales que generan contrapesos intrapoderes y no necesariamente interpoderes. O dicho de otra forma, puede ser mucho más eficaz el contrapeso que efectúe un servicio del propio Poder Ejecutivo que aquel que hace el Congreso.

Estos diseños institucionales pueden tomar variada forma, entre los cuales destacamos aquellos que exigen la coordinación, otros que promueven la negociación entre servicios y finalmente mecanismos que generan control mutuo.

Sobre aquellos que exigen la coordinación entre servicios ha teorizado Katyal quien los ha llamado las “redundancias positivas”; esto es, ciertas áreas en las que la distribución de competencias se traslapa entre diversas agencias de modo que la decisión final no depende exclusivamente de una de ellas, sino que de ambas<sup>74</sup>. Si bien esta confusión puede conducir a la inacción, la faceta “positiva” de una redundancia sería aquella que conduce al contrapeso, esto es, cuando la decisión no está en ninguna de las dos agencias, sino en un tercero que decide, típicamente el Presidente de la República.

El segundo grupo de mecanismos son aquellos que promueven la interacción y negociación entre servicios. Renan los ha denominado como los “poderes agrupados”, es decir, aquellos que surgen de la unión de recursos dispersos en la Administración y que permiten combinar la capacidad técnica de una agencia con la autoridad legal de otra. Esta mirada rompe con la clásica estructura compartimentalizada de los servicios públicos y permite que por la vía de la interacción se produzcan también espacios de negociación y control en el ejercicio de las atribuciones mutuas<sup>75</sup>.

Y el tercer mecanismo es aquel que genera controles mutuos y que Vermeule ha desarrollado bajo el concepto de las “segundas opiniones”; esto es, mecanismos que exigen o permiten la concurrencia de dos informes previos a la toma de una decisión determinada. No hay un único modelo de “segundas opiniones” y éstas pueden ser vinculantes o no, totales o parciales, legales o de política pública, sucesivas o simultáneas, etc. Vermeule reconoce en este mecanismo beneficios

---

enfoque habría una violación del principio si el Ejecutivo tuviera derecho, sin el consentimiento de la legislatura, para dar instrucciones detalladas a una agencia, y nombrar a sus miembros, cuando la agencia toma decisiones que afectan derechos individuales, y el control judicial es (prácticamente) excluido. Eso no sería debido a que una agencia ejecutiva llevara a cabo funciones judiciales, sino porque fue estructurada de manera de crear o reforzar una concentración de poderes en las manos del gobierno”. BARENDT (1995), p. 607.

<sup>74</sup> KATYAL (2006), p. 2324.

<sup>75</sup> RENAN (2015), pp. 213-216.

(favorece el “enfriamiento”, genera una “diversidad epistémica” y puede promover mayor legitimidad y certeza) y costos (costo de oportunidad e indefinición si son opiniones dispares). Pero, en cualquier caso, constituyen mecanismos de balance y control intrapoder que se adecúan razonablemente con una nueva separación de poderes<sup>76</sup>.

En definitiva, y como puede apreciarse, lo relevante es observar, con la misma atención que alguna vez se utilizó para distribuir funciones en la vieja tríada de poderes, los actuales requerimientos del Estado y la sociedad moderna. Para ello es que los contrapesos intrapoderes pueden ser más adecuados para balancear el poder del Ejecutivo.

## 5. CONCLUSIÓN

Esta publicación examina el principio de separación de poderes. Para eso se analizó su primera configuración en el pensamiento de Montesquieu quien teoriza con enorme influencia en torno a la separación de poderes planteando, como mecanismo constitucional básico, una separación de funciones en tres poderes equilibrados. El primer constitucionalismo intentó llevar a la práctica las ideas de Montesquieu. Lo hizo porque, se sostenía, el principio sería una garantía del respeto a los derechos y libertades de las personas. Por eso es que la separación de poderes inspiró el constitucionalismo inicial.

Pero al poco andar, la idea inicial de la separación de poderes, que en este trabajo hemos llamado la “vieja” separación de poderes, inició un tránsito que alejó el principio de su concepción original dando paso a una nueva separación de poderes que esta investigación intenta iluminar. Este tránsito va acompañando del surgimiento del Estado regulador, de la consolidación de los regímenes presidencial y parlamentario y del surgimiento de los partidos políticos. Cada uno de estos factores, a su modo, influye en la emancipación de la separación de poderes respecto a sus formulaciones originales y en una cierta insuficiencia del principio para dar respuesta a los desafíos institucionales contemporáneos.

Es por ello que, revisitando la separación de poderes junto a variada doctrina, la investigación sostiene que la nueva separación de poderes ya no inspira la separación de funciones entre poderes balanceados a fin de proteger derechos y libertades, sino que es más bien fundamento para un reparto de funciones entre diversos órganos del Estado a fin de evitar la concentración del poder.

---

<sup>76</sup> VERMEULE (2011).

Visto así, la nueva separación de poderes se enfrenta a los dilemas que desactualizaron la vieja separación de poderes con otras herramientas institucionales. Enfrentado a las relaciones Ejecutivo-Legislativo en el presidencialismo y el parlamentarismo, la nueva separación de poderes asume la existencia de ejecutivos vigorosos y pone el énfasis en otros arreglos institucionales más eficaces para evitar la concentración del poder. Tales mecanismos pueden encontrarse en regímenes presidenciales y parlamentarios y se vinculan, entre otros, con la regulación de los partidos políticos y con arreglos institucionales propios del Estado regulador que se han mencionado más arriba.

De esta forma, esta investigación ha dado cuenta de una evolución de la separación de poderes en la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo que exige hoy una asignación de funciones en entes públicos que se controlen mutuamente para evitar la concentración del poder.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN, Bruce (2000). "The New Separation of Powers", en *Harvard Law Review*, Vol. 3 (Nº 113), pp. 633-729.
- ACKERMAN, Bruce (2010). *The decline and fall of the American Republic* (Estados Unidos, Belknap Press).
- ALBERT, Richard (2010). "Presidential Values in Parliamentary Democracies", en *International Journal of Constitutional Law* (Nº 8), pp. 207-236.
- BARBER, N.W. (2001). "Prelude to the Separation of Powers", en *Cambridge Law Journal*, Volumen 1 (Nº 60), pp. 59-88.
- BARENDT, Eric (1995). "Separation of Powers and Constitutional Government", en *Public Law* (Winter), pp. 599-619.
- BECERRA, Katherine (2011). "Las Autonomías y sus Atribuciones Normativas: Caso del Ministerio Público y del Consejo para la Transparencia", en FERRADA, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público. El Principio de Separación de Poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público, 2010* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 305-345.
- BOBBIO, Norberto (1987). *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).
- BORDALÍ, Andrés (2008). "La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 30), pp. 185-219.

- BRADLEY, Anthony y PINELLI, Cesare (2012). "Parliamentarism", en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (edit.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 650-670.
- BRAVO LIRA, Bernardino (1978). *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile. 1924-1973* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BROWN, Rebecca (1991). "Separated Powers and Ordered Liberty", en *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 6 (Nº 139), pp. 1513-1566.
- CALABRESI, Steven *et al.* (2012). "The Rise and Fall of the Separation of Powers", en *Northwestern Law Review*, Volumen 2 (Nº 106), pp. 527-550.
- CAROLAN, Eoin (2009). *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State* (New York City, Oxford University Press).
- CHEIBUB, José Antonio *et al.* (2011). "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", en *Texas Law Review* (Nº 89), pp. 1707-1739.
- CLAVERO, Bartolomé (2007). *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (Madrid, Editorial Trotta).
- CORDERO, Luis y GARCÍA, José Francisco (2012). "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, pp. 415-435.
- DUGUIT, León (1921). *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Biblioteca Moderna de Filosofía y Ciencias Sociales).
- DUGUIT, León (1996). *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- EISENMANN, Charles (1975). "El Espíritu de las Leyes y la Separación de Poderes", en *Anuario Jurídico UNAM*, pp. 429-453.
- FERRADA, Juan Carlos (2011). *Estudios de Derecho Público. El Principio de Separación de Poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público, 2010* (Santiago, Thomson Reuters).
- FERRAJOLI, Luigi (2010). *Democracia y Garantismo* (Madrid, Editorial Trotta).
- GWYN, William B. (1965). *The Meaning of the Separation of Powers. An Analysis of the Doctrine from its Origin to the Adoption of the United States Constitution* (New Orleans, Tulane University).
- HÄBERLE, Peter (2003). *El Estado Constitucional* (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México).

- HELMS, Ludger (2004). “Five ways of institutionalizing political opposition. Lessons from the advanced democracies”, en *Government and Opposition*, Volumen 1 (Nº 39), pp. 22-54.
- HUEPE, Fabián (2011). “El Consejo para la Transparencia y su Posible Actividad Jurisdiccional ¿Crisis en la Clásica Separación de los Poderes Ejecutivo y Judicial?”, en FERRADA, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público. El Principio de Separación de Poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público, 2010* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 305-328.
- JIMÉNEZ, Rafael (2016). *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones* (Madrid, Marcial Pons).
- JOIGNANT, Alfredo y GÜELL, Pedro (2011). *Notables, Tecnócratas y Mandarines. Elementos de sociología de las elites en Chile (1990-2010)* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- KATYAL, Neal (2006). “Internal Separation of Powers: Checking today’s most dangerous branch from within”, en *Yale Law Journal*, Volumen 9 (Nº 115), pp. 2314-2349.
- KELSEN, Hans (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- KOMMERS, Donald y MILLER, Russell (2012). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3ª edición (Durham y Londres, Duke University Press).
- LARRAÍN, Manuel (2014). “Oposición política e institucionalidad para el rol opositor en un régimen presidencial de gobierno”, en *Revista de Derecho Público*, Volumen 81 (segundo semestre), pp. 123-139.
- LEVINSON, Daryl y PILDES, Richard (2006). “Separation of Parties, not Powers”, en *Harvard Law Review*, Volumen 8 (Nº 119), pp. 2311-2386.
- LOCKE, John (2008) *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 3ª edición (España, Alianza Editorial).
- LOEWENSTEIN, Karl (1957). *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Editorial Ariel, edición 1976).
- MAGILL, Elizabeth (2000). “The Real Separation in Separation of Powers Law”, en *Virginia Law Review* (Nº 86, Volumen 6), pp. 1127-1198.
- MAGILL, Elizabeth (2001). “Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law”, en *University of Pennsylvania Law Review* (Nº 150 Volumen 2), pp. 603-660.

- MARSHALL, Geoffrey (1980). *Constitutional Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- MARTÍNEZ, Jenny (2012). “Horizontal Structuring”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (edit.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 545-575.
- MATTEUCCI, Nicola (1997). “Constitucionalismo”, en BOBBIO, Norberto *et al.*, *Diccionario de Política*, 10ª edición (México, Siglo Veintiuno).
- MERKEL, Ron (2006). “Separation of Powers. A Bulwark for Liberty and a Rights Culture”, en *Saskatchewan Law Review* (Nº 69), pp. 129-142.
- MICHAELS, Jon (2015). “On Constitutional Custodians and Regulatory Rivals: an account of the old and new separation of powers”, en *New York University Law Review*, Volumen 91 (Nº 2), pp. 227-291.
- MONTESQUIEU (2004). *Del espíritu de las leyes* (Argentina, Ediciones Libertador).
- MOELLERS, Christoph (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford, Oxford University Press).
- NOGUEIRA, Humberto (2017). *La tipología de gobiernos presidencialistas, parlamentarios y semipresidenciales. Bases constitucionales semipresidenciales para un Chile del siglo XXI* (Santiago, Editorial Triángulo).
- O'DONNELL, Guillermo (1994). “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, Volumen 1 (Nº 5), pp. 55-69.
- POGUNTKE, Thomas y WEBB, Paul (edit.) (2005). *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies* (Oxford, Oxford University Press).
- POSNER, Eric y VERMEULE, Adrian (2010). *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic* (Estados Unidos, Oxford University Press).
- POUND, Roscoe (2000). *Jurisprudence*. Vol. 2. (Union, New Jersey, Lawbook Exchange).
- RENAN, Daphna (2015). “Pooling powers”, en *Columbia Law Review*, Volumen 115 (Nº 2), pp. 211-291.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2014). “Democracia y Constitucionalismo Ejecutivo en Latinoamérica y Chile”, en CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2014). *El Constitucionalismo del Miedo. Propiedad, Bien Común y Poder Constituyente*. (Santiago. LOM Ediciones).
- SAAFELD, Thomas y STROM, Kaare (2014). “Political Parties and legislators”, en Shane, Martin *et al.* *The Oxford Handbook of Legislative Studies*. (Oxford, Oxford University Press), pp. 371-398.

- SMILOV, Daniel (2012). “The Judiciary: the least dangerous branch?”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (edit.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. (Oxford, Oxford University Press), pp. 859-873.
- STEIN, Ernesto *et al.* (2005). *The Politics of Policies* (Washington DC, Inter-American Development Bank).
- STRAUSS, Peter (2016). *Administrative Justice in the United States*, 3ª edición (Durham, Carolina Academic Press).
- VERGARA, Alejandro (2018). “Autoridades administrativas independientes (agencias). Mito y realidad de un modelo conveniente para Chile”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Nº 25), pp. 45-58.
- VERMEULE, Adrian (2016). *Law’s Abnegation. From law’s empire to the Administrative State* (Cambridge. Harvard University Press).
- VERMEULE, Adrian (2011). “Second opinions and institutional design”, en *Virginia Law Review* (Nº 97), pp. 1435-1474.
- VIBERT, Frank (2007). *The Rise of the Unelected* (New York, Cambridge University Press).
- VILE, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Indianapolis, Liberty Fund).
- WALDRON, Jeremy (2013). “Separation of Powers in Thought and Practice”, en *Boston College Law Review*, Volumen 2 (Nº 54), pp. 433-468.
- WEHNER, Joachim (2010). *Legislatures and the Budget Process. The Myth of Fiscal Control* (Great Britain, Palgrave Macmillan).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional: rol Nº 478-06, 8 de agosto de 2006, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- Tribunal Constitucional: rol Nº 2868-15, 6 de noviembre de 2015, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- Tribunal Constitucional: rol Nº 2865-15, 30 de diciembre de 2015, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- Tribunal Constitucional: rol Nº 4012-1718, de enero de 2018, control preventivo de proyecto de ley.

