

PROBLEMATICA DE LA DIVISION DE PODERES EN LA ACTUALIDAD

Por RICARDO GARCIA MACHO

SUMARIO

1. CARÁCTER Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO. 2. TRANSFORMACIONES EN SU ESTRUCTURA: EFECTOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LEGISLATIVO Y EJECUTIVO.
3. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

1. CARACTER Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO

No se pretende realizar en este trabajo un análisis histórico de la división de poderes, sino únicamente destacar la naturaleza y fines que la división de poderes tuvo en aquel tiempo y si ésta sigue teniendo validez en la actualidad. Este principio, que nació en un período histórico concreto, si quiere seguir cumpliendo sus objetivos tiene que adaptarse a los cambios sociales, políticos y constitucionales producidos. En este estudio se quiere poner de relieve, brevemente, las contradicciones originadas por esos cambios y apuntar algunas soluciones como medio de robustecimiento del principio de división de poderes.

Cuando se alude a la división de poderes inmediatamente se está haciendo referencia al término control. En la construcción de Montesquieu subyace la idea de controles, y a ello hace referencia el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos de 1789 (1791), cuando fija que una comunidad sin división de poderes carece de Constitución, vinculando con ello Constitución, división de poderes y controles (1). El pensador francés divide las

(1) VON ARNIM: «Grundfragen der Kontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung», en *DÖV*, 1982, pág. 917.

fuerzas políticas existentes en tres (rey, nobleza y pueblo), adscribiéndolas a otras tantas funciones estatales (legislativo, ejecutivo y judicial) (2). Sin embargo, en realidad había que repartir los tres poderes políticos entre dos funciones estatales, puesto que la jurisdicción era una función necesaria al cumplir un objetivo social, pero no era un poder político real. Teniendo en cuenta esto, se adscriben la representación popular y la nobleza al legislativo, creando dos Cámaras (Baja y Alta), y la Administración permanece en manos del rey.

Con esta división no se está haciendo otra cosa que resaltar las fuerzas políticas y sociales, que en aquel tiempo tenían poder real, y organizarlas dentro de una estructura constitucional, pues era necesario evitar la concentración en una sola mano de dos o más fuerzas políticas. Conforme a esta organización, él pensaba que se podrían resolver los problemas político-constitucionales que se presentasen, teniendo en cuenta, según parece, que en su teoría subyacía el modelo inglés (3), el cual había afrontado aproximadamente las mismas dificultades que se creía se presentarían en Francia y funcionaba en la práctica.

Montesquieu busca un equilibrio entre los poderes políticos, dividiéndolos y limitándolos entre sí, «par le disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» (4), con el fin de garantizar la libertad. El concepto de libertad que él acuña es la libertad del ciudadano a vivir con seguridad frente a los posibles ataques de sus vecinos o bien de los príncipes contra su vida, dignidad y propiedad. La condición de esta seguridad es que los conflictos con sus vecinos se resuelvan *via iuris* y no *via facti* y que la limitación de su esfera de libertad y propiedad se realice mediante ley. Su libertad es la libertad a vivir en comunidad conforme a leyes reconocidas por él y, por tanto, participadas.

La división o distribución de los poderes equilibradamente (balance-idee) no significa una separación entre ellos (5) y la consiguiente debilitación del Estado, sino que se busca un equilibrio entre los intereses de los grupos socia-

(2) *De l'esprit des lois*, t. I, París, 1961, págs. 163 y sig.

(3) Aunque mayoritariamente se acepta por la doctrina que Montesquieu utiliza como espejo el sistema inglés, algún autor como U. Lange considera, y fundamenta con solidez, que el autor francés también tiene en cuenta la situación política francesa; «Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu», en *Der Staat*, 1980, págs. 214 y sig. En este mismo sentido se manifiesta L. Sánchez Agesta, cuando considera que el modelo inglés fue reinterpretado en la primera Constitución francesa de la Revolución; «Poder ejecutivo y división de poderes», en *REDC*, núm. 3, 1981, págs. 14 y 15.

(4) *De l'esprit des lois*, op. cit., pág. 162.

(5) De separación sólo habla Montesquieu cuando hace referencia al poder judicial (U. LANGE: op. cit., pág. 219).

les sobre la base de un compromiso político (6). Esto exige una acción concertada de la diferentes fuerzas políticas para que el Estado pueda funcionar, pero en ningún caso la división implica que aquél venda parte de su capacidad de mandar o prohibir a cambio de garantizar la libertad personal.

Montesquieu, cuando alude a los poderes legislativo y ejecutivo, distingue con perfecta nitidez, sin confundirlos, entre *distribution des pouvoirs* y *separation* (7), empleando la primera expresión cuando se refiere a la esfera política y reservando la segunda al plano jurídico (8). Otra cuestión es que, teniendo en cuenta la famosa frase de Montesquieu de que no existe libertad «lorsque dans le même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie a la puissance exécutive» (9), se parta de una separación personal y organizativa de ambos poderes (10), lo cual plantea problemas en la coordinación de su funcionamiento. Hay que crear, entonces, una organización estatal que funcione eficazmente y, al mismo tiempo, garantice un equilibrio y control (*checks and balances*) entre los diversos poderes. Se adscribe la función legislativa a nobleza y pueblo en dos Cámaras diferentes, existiendo el derecho de veto entre ambas, derecho que se amplía al rey, lo cual es, en definitiva, una forma de participación de éste en la legislación. Por otra parte, el poder legislativo tiene también sus medios de control sobre el ejecutivo, en primer lugar por los propios límites internos de éste: «car l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner» (11), y, además, porque el legislativo controla el cumplimiento de las leyes y tiene el derecho de perseguir penalmente a los ministros (12). El resultado es una interdependencia entre los diversos poderes y la necesidad de cooperar entre ellos para tomar decisiones políticas. En conclusión, puede afirmarse de modo verosímil que el objetivo de la teoría política de

(6) MARTIN DRATH: «Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht», en *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt, 1969, pág. 33.

(7) MAX IMBODEN: *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín, 1959, págs. 7 y sig., y M. DRATH: *op. cit.*, pág. 30.

(8) LOEWENSTEIN percibe la «independencia del legislativo y ejecutivo en la esfera jurídica, pero no desde una perspectiva política» (*Das Gleichgewicht zwischen Legislative und Executive*, Darmstadt, 1969, págs. 215 y sig.).

(9) *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, pág. 164.

(10) W. LEISNER se ha referido al tema con palabras muy precisas, estableciendo que los poderes legislativo y ejecutivo están separados en lo referente a la organización y régimen interno, pero unidos en las decisiones comunitarias («Die quantitative Gewaltenteilung», en *DÖV*, 1969, pág. 411).

(11) *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, pág. 170.

(12) *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, págs. 170 y sigs., y M. DRATH: *op. cit.*, págs. 31 y sig.

Montesquieu es la vinculación y no la separación de los poderes, lo cual no presupone la capacidad de funcionamiento de la comunidad ni que se alcance una armonía estatal (13).

En la actualidad, la teoría de Montesquieu es objeto de discusión, manteniéndose diversas interpretaciones, frecuentemente contrapuestas, sobre ella por la doctrina (14). Destaca el planteamiento de Werner Weber (15), el cual considera que las ideas básicas sobre la división de poderes tienen una validez que trasciende cualquier época histórica y país, porque los valores que aquélla contiene (garantizar la libertad, evitar la arbitrariedad y el abuso, así como el monopolio de un poder) tienen categoría universal. Para que esos valores puedan ser garantizados, Montesquieu, como se acaba de examinar, establece un equilibrio entre los diferentes poderes, porque considera que en la lucha entre éstos al individuo le queda una esfera en la que puede moverse libremente y con seguridad, un «ángulo muerto» (16). Esta idea, sin embargo, es un tanto mecanicista, pues no existe una garantía de que en la lucha entre los poderes se cree una esfera de libertad y sí puede suceder que esa confrontación tenga como resultado una inoperancia y funcionamiento defectuoso del Estado (17).

Por otra parte, la libertad política (18) a la que alude Montesquieu no es igual a la que goza un ciudadano en la actualidad en un régimen democrático. Aquella libertad estaba restringida a una minoría y, al mismo tiempo, garantizada por una participación efectiva del ciudadano debido a una identificación de intereses entre representados y representantes, mientras que en la actualidad la libertad, en principio, está garantizada a todo el pueblo, pero, al mismo tiempo, tiene un carácter negativo si no se produce una intervención del Estado. Es decir, difícilmente puede mantenerse una configu-

(13) En este sentido se manifiesta LANGE, cuestionando el funcionamiento fluido de los poderes estatales (*op. cit.*, pág. 230).

(14) Algunas de las diversas interpretaciones serían las contenidas en las obras colectivas *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des lois* (1948), o en la editada por H. RAUSCH, o bien en el trabajo de GARCÍA-PELAYO «La división de poderes y su control jurisdiccional», en *RDP de la UNED*, núms. 18-19, 1983, págs. 11 y sig.

(15) *Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem*, Darmstadt, 1969, pág. 187.

(16) HANS PETERS alude a esta gráfica expresión en «Toter Winkel» (*Die Gewaltentrennung im moderner Sicht*, Darmstadt, 1969, pág. 80).

(17) Sobre esta cuestión han hecho referencia GARCÍA-PELAYO: *op. cit.*, págs. 11 y 12, y OSSENBÜHL: «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», en *DÖV*, 1980, página 546.

(18) W. KÄGI: *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung*, Darmstadt, 1969, págs. 290 y sig.

ración de la división de poderes que sea válida en todas las épocas, más aún si se tienen en cuenta las transformaciones sociopolíticas producidas desde entonces hasta nuestros días. Por otra parte, cada comunidad, dependiendo de su constelación de poderes, tradición cultural y jurídica y estructura política, tiene que buscar y encontrar un equilibrio de poderes adecuado.

Resumiendo, puede afirmarse, con palabras de García-Pelayo (19), que la división de poderes es un concepto que trasciende a cualquiera de sus versiones históricas, incluida la de Montesquieu, por lo cual no son aceptables las dogmatizaciones hechas con este concepto (20), sino que éste tiene en cada época y comunidad sus propias peculiaridades.

2. TRANSFORMACIONES EN SU ESTRUCTURA: EFECTOS SOBRE LA RELACION ENTRE LEGISLATIVO Y EJECUTIVO

La distribución de poderes desde la interpretación de la situación social existente es una de las ideas básicas de Montesquieu que en la época actual, a mi juicio, continúa teniendo plena validez, siempre que hoy día las Constituciones acogiesen la división de poderes desde la realidad sociopolítica existente. Sin embargo, las Constituciones occidentales continúan acogiendo en su articulado la división de poderes conforme al modelo clásico, como si la estructura sociopolítica no hubiese evolucionado en absoluto. Contrariamente, se han producido cambios sustanciales que es preciso examinar someramente.

En primer lugar, la estructura constitucional del siglo XIX respondía a un planteamiento dualista, puesto que, aunque existía una coordinación entre Parlamento y Gobierno, como se ha visto anteriormente, se partía de una antítesis real, al estar detentados ambos poderes por fuerzas sociales muy diversas: burguesía y nobleza en el Parlamento y el monarca en el gobierno. Por otra parte, el derecho de voto estaba restringido a la burguesía, y la cuarta clase estaba excluida (21). Asimismo, los sindicatos y huelgas estaban prohibidos. Este panorama tenía como consecuencia que los trabajadores no detentaban ningún poder político y económico. A partir de la segunda

(19) *Op. cit.*, pág. 12.

(20) KÄGI: *op. cit.*, pág. 228, advierte, con referencia a estas dos matizaciones, de las interpretaciones jurídicas del concepto realizadas con parcialidad. Asimismo, M. DRATH: *op. cit.*, pág. 22, destaca que el autor francés escribe desde una perspectiva política, no jurídica.

(21) M. KRIELE: *Einführung in die Staatslehre*, Hamburg, 1975, págs. 327 y sig.

mitad del siglo XIX, la cuarta clase presiona, el sufragio va ampliándose progresivamente a las diversas capas de la población, consiguiéndose finalmente el sufragio universal, que tiene consecuencias constitucionales al reforzarse el rol institucional de la comunidad en la vida del Estado (22).

El cauce de institucionalización de esta nueva situación sociopolítica son los partidos políticos de masas y las asociaciones sindicales y empresariales. Debido a aquéllos y a la caída de la Monarquía, la división de poderes basada en el antagonismo entre legislativo y ejecutivo desaparece, transformándose aquella estructura dualista en una monista. El gobierno y la mayoría parlamentaria están vinculados partidistamente y tienen objetivos políticos comunes. Consecuencia directa de esta nueva situación es que en el Estado actual el instrumento legislativo y administrativo no se contraponen, sino que, contrariamente, actúan coordinadamente en la consecución de objetivos comunes, determinados por la fuerza política de la mayoría en el poder, la cual concreta jurídicamente su programa político (23).

En este contexto, la dialéctica del proceso democrático se ha trasladado de aquel viejo antagonismo entre Parlamento y gobierno a la contraposición entre mayoría parlamentaria gobernante y oposición. Esto no significa que la diferenciación entre Parlamento y gobierno no tenga ninguna razón de ser, como se verá más adelante, desde una perspectiva jurídico-constitucional e incluso política, sino únicamente que la realidad social y política ha cambiado y la división de poderes, para seguir teniendo los mismos objetivos que entonces tuvo, ha de entenderse diferentemente a la época en que surgió.

Montesquieu, como se ha planteado anteriormente, interpretando la situación social, adscribe cada poder político real a una diferente función estatal. En la estructura constitucional del siglo XIX esta situación se mantiene y la esfera competencial del legislativo y ejecutivo está determinada por dos diferentes fuerzas políticas (rey y pueblo), cuyos representantes, independientes en su posición jurídico-constitucional, defienden intereses contrapuestos. Se trata, por tanto, de dos poderes políticos autónomos, que, desde esa fuerza real que representan, gozan en el plano constitucional de una esfera de influencia determinada. En la situación constitucional actual, contrariamente, los poderes legislativo y ejecutivo no representan ya poderes políticos independientes, sino únicamente competencias dependientes separadas funcionalmente. Todos los poderes están legitimados por la Constitu-

(22) E. CHELI: *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, página 221.

(23) E. CHELI: *op. cit.*, pág. 223, y M. NIGRO: *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, págs. 6 y 7.

ción democrática y sólo el pueblo representa por sí mismo un poder político propio. Por tanto, aquella «separación de poderes» originaria, representativa de fuerzas sociales, se ha convertido en una «separación de funciones» determinada por la Constitución (24).

El cambio producido en la estructura constitucional tiene consecuencias sobre la relación entre legislativo y ejecutivo y su posible equilibrio y control. Así, a título de ejemplo, uno de los medios de control del legislativo sobre el ejecutivo en la época liberal eran los Presupuestos, que era necesario detallar y justificar minuciosamente, porque, en caso contrario, el Parlamento no los aprobaba. Este control, en la actualidad está muy debilitado, porque quien tiene la mayoría parlamentaria gobierna, siendo la oposición quien cumple la antigua función del Parlamento en evitar que se dispare el gasto público (25).

También, en segundo lugar, se han producido cambios en la estructura de la sociedad. La antigua constelación de poderes entre monarquía, nobleza y burguesía garantizaba un equilibrio político, puesto que representaban fuerzas reales en el contexto de la sociedad. Los dos primeros poderes han desaparecido de la escena política, y conforme a la idea democrática vigente en la actualidad, el pueblo es la única fuerza con poder político. Junto a él no existe ningún otro titular legítimo de poder.

Este planteamiento puede, sin mayores dificultades, deducirse de la Constitución española de 1978, puesto que el pueblo es el único representante de la soberanía nacional (art. 1.2 CE). Sin embargo, junto a los partidos políticos existen otras fuerzas sociales, como consorcios económicos, asociaciones empresariales y sindicales, grupos de presión, etc., que tienen poder real y no están incluidas en el sistema de división de poderes concebido en la Constitución española. Se produce, por tanto, una contradicción entre la división de poderes establecida constitucionalmente y la constelación de poderes que existe en el contexto de la realidad social.

Llegados a este punto, es necesario recordar que Montesquieu intenta delinear su división de poderes desde la interpretación de la situación existente en aquella época, porque percibe que, si no se vinculan ambas esferas, difícilmente podrá alcanzarse un auténtico equilibrio entre los diversos poderes.

(24) BÖCKENFÖRDE, apoyándose en la diferenciación de Duguit entre «función» y «poder», se refiere al tema con nitidez (*Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, Berlín, 1964, págs. 78 y 79).

(25) VON ARNIM: *op. cit.*, pág. 919.

En las Constituciones actuales, no sólo en la española, sino también en la Ley Fundamental (26) o en la Constitución italiana (27), se produce una contradicción entre la esfera constitucional, en la cual el sistema democrático sólo admite al pueblo como poder político único, y la realidad socio-económica, donde el poder lo detentan diversos grupos y asociaciones. Esta desvinculación entre las esferas social y política tiene consecuencias sobre la soberanía interna del Estado, puesto que se produce un desequilibrio entre la distribución de funciones estatales y los poderes sociales, que la división de poderes en su época resolvió.

La relación entre las esferas social y política tiene que producirse necesariamente; en caso contrario, el Estado no podría cumplir sus objetivos. Se produce, sin embargo, a través de cauces no públicos, con las dificultades de control que esto conlleva. Así la presión ejercida por grupos y asociaciones sobre el Parlamento o la Administración. Otro ejemplo de esta disfunción en la división de poderes serían las presiones ejercidas sobre el Tribunal Constitucional por muy diferentes grupos, que pueden alejarle de sus delimitados fines jurídico-constitucionales.

En tercer y último lugar se ha producido un cambio sustancial en la función que Montesquieu adscribió al poder judicial (28). No se confiaba, en aquella época, en los jueces por su vinculación al Antiguo Régimen, y como, además, en la esfera social no representaban un auténtico poder con efectos políticos como el legislativo y ejecutivo, son neutralizados, considerándose el tercer poder «en quelque façon nulle» (29).

En la Constitución española y en otras de nuestro entorno se ha producido un cambio radical en las funciones del tercer poder, las cuales han aumentado considerablemente. Por una parte, se ha creado una jurisdicción constitucional (título IX), que actúa como defensor de la Constitución (artículo 1.1 LOTC) con el objetivo de que los poderes constituidos no rebasen los límites establecidos en la Constitución (30). El propio Tribunal Constitucional tiene sus límites, puesto que puede actuar únicamente en el contexto de la esfera jurídico-constitucional, si bien en la práctica su actua-

(26) Se han referido al tema, entre otros, W. WEBER: *op. cit.*, págs. 194 y sig.; OSSENBUHL: *op. cit.*, pág. 547, y VON ARNIM: *op. cit.*, págs. 918 y sig.

(27) Sobre la cuestión, entre otros, CHIELI: *op. cit.*, págs. 213 y sig.; BALLADORE-PALIERI: *Diritto costituzionale*, págs. 118 y sig., y LAVAGNA: *Istituzioni di diritto pubblico*, págs. 339 y sig.

(28) Va a aludirse muy brevemente a este punto, pues, en caso contrario, su magnitud nos alejaría del objetivo de este trabajo.

(29) *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, págs. 165 y sig.

(30) GARCÍA-PELAYO: *op. cit.*, pág. 14.

ción dentro de esa esfera ofrece dificultades y es a veces desbordada (31). Por otra parte, los Tribunales ordinarios, en la interpretación concreta de la ley, tienen una amplia esfera de actuación, de tal forma que los jueces crean Derecho, complementando y a veces sustituyendo al legislador.

Los sustanciales cambios producidos en la división de poderes plantean problemas importantes en relación con la delimitación de los poderes entre sí. Esto es válido para el legislativo, sobre el cual, en el siglo XIX, existen límites precisos respecto a su función y contenido. La ley, entonces, limita la acción del gobierno, mientras que en la actualidad aquélla es precisamente el instrumento de acción del gobierno (32). Asimismo, frente a un concepto de ley general propio de aquella época, que era uno de sus atributos fundamentales, en la actualidad las leyes-medida (*Massnahmegesetze*) son utilizadas con frecuencia para regular esferas concretas, lo cual demuestra hasta qué punto es difícil delimitar el concepto de ley tanto formalmente como en su contenido.

También, con relación al poder ejecutivo, plantea dificultades su delimitación y fines. Este poder no se limita a realizar una actividad de ejecución, sino también una actividad normativa (33), que en algunos casos (decretos legislativos y decretos-leyes) tiene rango de ley. Asimismo, la actividad prestacional de la Administración, propia del Estado social, ha sacado de sus límites clásicos al poder ejecutivo.

Ofrece, por tanto, en la época actual dificultades fijar los límites dentro de los cuales tienen que actuar el legislativo y el ejecutivo si se quiere cumplir el carácter normativo del principio de división de poderes, y que en la Constitución española se concreta con carácter general en la función legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2) y en la ejecutiva del gobierno (artículo 97). Referencia del cumplimiento de esta delimitación podría ser el respeto de la «esfera nuclear» (*Kernbereich*) de cada poder, concepto recogido por la doctrina alemana (34) en base a la jurisprudencia.

(31) Diversa doctrina ha considerado que los Tribunales Constitucionales se han convertido en una tercera Cámara; por todos, el libro colectivo *Auf dem Weg zum Richterstaat*, Friburgo, 1979, *in totum*, y GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, por él dirigidos, art. 161, Madrid, 1985, págs. 2353 y sig.

(32) CHELI: *op. cit.*, pág. 227.

(33) GARCÍA-PELAYO: *op. cit.*, pág. 14, y CHELI: *op. cit.*, págs. 230 y sig.

(34) Entre otros, HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14.ª ed., Heidelberg, 1984, págs. 183 y 184, y K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, Munich, 1977, pág. 626, por mí citados en el trabajo «La expropiación del Grupo RUMASA: en torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11, págs. 225 y 226.

3. LA DIVISION DE PODERES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

No se alude en la Constitución de 1978 de forma directa, en un artículo concreto, como, por ejemplo, hace la Ley Fundamental, en su artículo 20.2, a la división de poderes. Sin embargo, puede deducirse el principio de diversos artículos de la Constitución. Así, la inclusión en el artículo 1.1 CE del principio de Estado de Derecho significa el reconocimiento de la división de poderes, puesto que uno de los tres elementos esenciales de aquel principio es precisamente esta división (35). Por otra parte, además, conforme a la idea de división realizada por Montesquieu, el poder legislativo es ejercido por las Cortes Generales (art. 66.2); la función ejecutiva, por el gobierno (art. 97), y la judicial, por los jueces sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 y 3). Parece en principio, por tanto, que se mantiene la idea de división de poderes en la Constitución española conforme a los presupuestos establecidos por el pensador francés, lo cual es sólo cierto parcialmente, como ha sido ya apuntado anteriormente (punto 2), pues se han producido cambios sustanciales tanto políticos como sociales (35 bis).

El reconocimiento del principio democrático (art. 1.1) y la consiguiente residenciación de la soberanía nacional en el pueblo (art. 1.2) modifica profundamente el principio de división de poderes de Montesquieu, quien basa su esquema en el equilibrio entre tres fuerzas (monarquía, nobleza y burguesía), con poder político real, mientras que en la Constitución el único titular de los poderes estatales es el pueblo, «del que emanan los poderes del Estado», lo cual significa el paso de una estructura política basada en tres pilares (36) a una basada en un único pilar, o sea, a la existencia de una única fuerza con poder político (el pueblo), que tiene un reconocimiento constitucional (37). Desde este planteamiento es necesario una nueva dis-

(35) Es pacífico hoy en la doctrina que el Estado de Derecho se basa en tres elementos fundamentales (división de poderes, legalidad de la Administración y derechos fundamentales), sin alguno de los cuales tal Estado no podría considerarse como de Derecho. En este sentido, LUCAS VERDÚ considera que la separación de poderes es un elemento de todo Estado de Derecho («Comentario al art. 1.º», t. I, en *Comentarios a las leyes políticas*, dir. por O. ALZAGA, Madrid, 1983, pág. 80).

(35 bis) Sobre los cambios producidos en ambas esferas y en la constitucional, véase L. PAREJO ALFONSO: *El concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, págs. 239 y sigs, y en especial págs. 244 y 245.

(36) MAX IMBODEN establece que la acción coordinada de esos tres poderes en la época liberal da origen a una *gemischte Verfassung* (op. cit., págs. 14 y sig.).

(37) GARRIDO FALLA considera que todos los poderes emanan del pueblo, el cual es el único soberano. No lo es ni tan siquiera las Cortes Generales, que representan al pueblo español (*Comentarios a la Constitución*, art. 1.º, op. cit., págs. 32 y sig.).

tribución de los poderes estatales, pero exclusivamente en el plano constitucional (partiendo de la división establecida en la Constitución española), puesto que la única fuerza con poder político real es el pueblo, lo cual tiene como consecuencia la dificultad de obtener un recíproco control entre los poderes que garantice, como en la época liberal, un equilibrio entre ellos. Es decir, como los poderes no representan ya a fuerzas sociales independientes y la Constitución española sigue anclada en una división de poderes clásica, únicamente puede garantizarse una diferenciación entre ellos en la esfera constitucional.

Como medio de que la división de poderes siga teniendo en la actualidad, al menos formalmente, el objetivo de garantizar un recíproco control y freno entre los poderes, se ha establecido una diferenciación entre éstos *organizatoria y personal* (38). La división organizatoria o separación de funciones tiene como fin que cada uno de los tres poderes se adjudique a un titular diferente, tal como ha establecido la Constitución española, para garantizar «un pluralismo de los centros de decisión» (39), que la estructura estatal sea dividida y que existan unos frenos y contrapesos que establezcan un procedimiento público en la toma de decisiones. En esta separación de poderes, en definitiva, se plantea la dificultad de fijar con nitidez la esfera de actuación de cada uno de los tres poderes y los límites más allá de los cuales se estaría afectando (lesionando) a otro poder.

La división de poderes personal (incompatibilidades) pretende que las personas participantes en el funcionamiento y toma de decisiones de un determinado poder no puedan, al mismo tiempo, tomar parte en las decisiones de otro poder, porque en ese caso la separación de funciones sería papel mojado, es decir, jurídicamente existiría, pero de hecho sería incumplida. Para evitar este incumplimiento, la Constitución prevé respecto de cada uno de los tres poderes las pertinentes incompatibilidades. Así, el artículo 70.1 CE establece que las incompatibilidades de diputados y senadores se determinarán en la Ley Electoral (40). Con relación al poder ejecutivo, se alude a

(38) Sobre el tema, entre otros, K. STERN: *op. cit.*, págs. 627 y 628, y HERZOG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: *Comentario al art. 20*, págs. 142 y sig.

(39) El concepto ha sido acuñado por la doctrina alemana; por todos, K. STERN: *op. cit.*, pág. 625, el cual recoge la doctrina que ha aludido al tema en su cita 157.

(40) Independientemente de la Ley Electoral, el Gobierno llevó a las Cortes un proyecto de ley de incompatibilidades de diputados y senadores cuya tramitación parlamentaria terminó el 20-XII-83. Fue recurrido el proyecto por la oposición mediante recurso previo de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional lo declaró inconstitucional por sentencia 72/84, de 14 de junio. Según lo establecido por el alto Tribunal, apoyándose en el art. 70.1 de la Constitución española, las incompatibilidades de

las incompatibilidades de los miembros del gobierno en el artículo 98.4 CE, desarrollado por Ley 25/83, de 26 de diciembre. Existe también un mandato constitucional de incompatibilidades con relación a los jueces y magistrados y miembros del Tribunal Constitucional en los artículos 127.2 y 159.4 CE, respectivamente, desarrollado en la Ley Orgánica 1/85, de 18 de enero. Con esta regulación constitucional y legislativa se garantiza, en principio, la división de poderes personal y la separación de funciones basada en gran medida en la primera.

Sin embargo, esta regulación ofrece interrogantes que ya en la propia Ley 25/83, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, se evidencia cuando, en su artículo 4.º, se admite la posibilidad de que los miembros del gobierno y los secretarios de Estado puedan conservar sus cargos de diputados o senadores de las Cortes Generales. Esta es una muestra concreta de un problema más general que afecta sustancialmente a la división de poderes, puesto que en la propia Constitución, como vamos a examinar, se reconoce la vinculación por lazos sólidos entre los poderes legislativo y ejecutivo. Esto diluye la división de poderes, tal como la concibió Montesquieu, y lo que tiene trascendencia en la actualidad, los fines que persiguió con su principio, los cuales son válidos, en gran medida, hoy día. Es decir, si se establece, como, a mi juicio, se ha hecho en la Constitución española, una división de poderes de corte clásico (41), pero, al mismo tiempo, se desdibuja los límites entre el legislativo y el ejecutivo, se corre el peligro de que uno de los fines básicos del principio (el equilibrio entre los poderes y, por tanto, no preponderancia de uno sobre el otro) pierda sentido y con ello el principio mismo.

El desdibujamiento de la división de poderes está apuntado en la propia Constitución, concretamente en los artículos 1.3 y 6. Con referencia al primer precepto, no se va a plantear si el concepto Monarquía parlamentaria es una forma de Estado o de gobierno (42), sino el significado del adjetivo

diputados y senadores se han regulado en la Ley orgánica 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, título II, capítulo segundo.

(41) La división de poderes delineada en la Constitución no se amplía a las nuevas realidades sociopolíticas descritas en el apartado anterior, es decir, no interpreta la realidad social, que era una de las claves del funcionamiento equilibrado de la división de poderes en la época liberal.

(42) El tema ha sido estudiado ampliamente por la doctrina; entre otros, ARAGÓN REYES: «La Monarquía parlamentaria», en *Comentarios* dirigidos por PREDIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1985, *in totum*; LUCAS VERDÚ: *op. cit.*, págs. 82 y sigs.; DE ESTEBAN-LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, tomo II, Barcelona, 1982, págs. 13 y sigs., y BAR CENDÓN: «La Monarquía parlamentaria como forma política del

parlamentario, o sea, a la existencia, que puede deducirse de ese precepto, de un régimen parlamentario y más concretamente de un sistema de gobierno parlamentario (43). En este sistema, el único órgano del Estado elegido por el pueblo es precisamente el Parlamento (tal como ocurre en la Constitución española), el cual, a su vez, elige al presidente del gobierno (art. 99 de la CE). Se trata, por tanto, de un sistema que quiebra el principio de la división de poderes entre legislativo y ejecutivo, puesto que la mayoría parlamentaria gobierna. Desde aquí se hace comprensible el artículo 4.º de la Ley 25/83, de 26 de diciembre, que acepta como un hecho dado la quiebra del principio, con lo cual podría decirse que ésta es inmanente al sistema. Es decir, no se trata de desviaciones del principio de división, sino que éstas son inherentes al propio sistema parlamentario, de tal forma que éste y la división de poderes son principios que entran en conflicto, y la preponderancia de uno significa la anulación, al menos parcial, del otro.

El sistema de gobierno parlamentario no es el único elemento de la realidad constitucional actual que desfigura la división de poderes, también lo hace el Estado de partidos políticos, reconocidos a nivel constitucional (artículo 6.º CE) (44). La existencia de los partidos políticos que luchan por obtener la mayoría parlamentaria y la responsabilidad de gobierno es uno de los presupuestos esenciales de la deformación e incluso anulación «política» de la división de poderes. En la actualidad no se plantea una auténtica oposición entre los poderes legislativo y ejecutivo tal como la concibió Montesquieu, sino entre gobierno y mayoría parlamentaria de un lado y la oposición y las minorías parlamentarias del otro (45).

Esta configuración de la división de poderes está realizada desde una perspectiva político-constitucional. Eso no es óbice para que, desde presupuestos jurídicos, pueda afirmarse una *independencia funcional* de los tres poderes. En la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo, la independencia del primero respecto al segundo se manifiesta en el artículo 67.2 CE, puesto que de él puede deducirse la independencia de los parlamentarios respecto a cualquier grupo y especialmente respecto a los partidos. La prohibición del mandato imperativo no significa otra cosa que situar la soberanía

Estado español según la Constitución de 1978», en *Estudios sobre la Constitución*, dirigido por MANUEL RAMÍREZ, Zaragoza, 1979, págs. 193 y sigs.

(43) LUCAS VERDÚ: *op. cit.*, pág. 94.

(44) Sobre la trascendencia de la constitucionalización de los partidos políticos, véase SANTAMARÍA PASTOR, en *Comentarios a la Constitución*, art. 6, dirigidos por GARRIDO FALLA: *op. cit.*, págs. 94 y sigs., y R. MORODO, en *Comentarios a las leyes políticas*, art. 6, dirigidos por O. ALZAGA: *op. cit.*, págs. 233 y sigs.

(45) Sobre el tema, CHELI: *op. cit.*, págs. 226 y sigs., y HERZOG: *op. cit.*, pág. 149.

del pueblo por encima de los partidos (46), o sea, liberar al parlamentario de la disciplina de aquél o de cualquier otro grupo de presión. Esta es la idea del artículo 67.2, que, sin embargo, entra en colisión con la práctica constitucional, pues la tendencia actual es la subordinación del parlamentario al grupo en que se integra (47).

Se afirma constitucionalmente, por una parte, la primacía del Parlamento; sin embargo, en la realidad constitucional la dependencia de aquél respecto al gobierno es cada vez mayor, por diferentes motivos que aquí no es posible desarrollar. Uno de ellos sería la dependencia de los diputados de la detallada información que hay que poseer para decidir sobre determinadas cuestiones, y que sólo la Administración está en disposición de obtener. Es decir, se observa un desfase entre la esfera jurídico-constitucional y la realidad constitucional que es necesario resolver, aunque tenga que hacerse casuísticamente. En este desfase influyen decisivamente los partidos políticos, que han modificado la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo hasta tal punto que existen dificultades importantes para determinar la esfera de actuación de cada uno de ellos y sus límites, más allá de los cuales se estaría afectando a la esfera nuclear del otro poder. La reserva de ley en este contexto juega un papel fundamental, puesto que ésta, en la realidad estatal, no significa otra cosa que la prohibición al ejecutivo de intervenir en la esfera que corresponde al legislador sin una autorización de éste.

En el contexto de la actual división de poderes configurada en la Constitución española, el poder judicial, especialmente debido al Tribunal Constitucional, tiene una función muy diferente de la establecida en la división clásica. El tercer poder ejerce, en la actualidad, un control de los poderes ejecutivo y legislativo a través de los tribunales contenciosos y de la jurisdicción constitucional. En el primer caso, en base al artículo 106.1 CE, se ha constitucionalizado el control judicial de la potestad reglamentaria, abarcando ésta no sólo a la Administración, sino también al gobierno (48), y en el segundo supuesto, el control del Tribunal Constitucional sobre el poder legislativo se establece en el artículo 161.1.a) CE (49) y en el artículo 31 LOTC.

(46) Así se manifiesta RECODER DE CASSO, en «Comentario al art. 67», dirigido por GARRIDO FALLA: *op. cit.*, pág. 1036.

(47) En este sentido se manifiesta O. ALZAGA, siguiendo los planteamientos de RUBIO LLORENTE, en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, págs. 442 y 443.

(48) En esta línea escribe GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución*, por él dirigidos, art. 106, *op. cit.*, págs. 1458 y sigs., y O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978*, *op. cit.*, pág. 654.

(49) GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, art. 161, *op. cit.*, pág. 2355, y O. ALZAGA: *La Constitución española de 1978*, *op. cit.*, págs. 927 y sigs.

Esta situación de primacía del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, sobre las Cortes Generales fue puesta de manifiesto taxativamente por aquél en la sentencia 76/1983, de 5 de agosto (50), sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA).

El control del Tribunal Constitucional sobre los otros dos poderes cumple, a mi juicio, una función equilibradora entre los poderes (uno de los objetivos básicos que está en el origen del nacimiento del principio de división de poderes), si se tiene en cuenta que, en el régimen parlamentario, de hecho (realidad constitucional), debido a los partidos políticos, se produce cada vez más un control del ejecutivo sobre el legislativo, de forma que sin el control del tercer poder se hubiera producido un desequilibrio entre poderes. Este planteamiento es válido, sin embargo, solamente si el Tribunal Constitucional se mantiene dentro de los límites jurídico-constitucionales establecidos en la propia Constitución (51).

La división de poderes, tal como se delinea en la Constitución española, es un «principio organizatorio fundamental» que garantiza, por medio de una delimitación y control entre los poderes, un equilibrio, si se respeta la esfera de funcionamiento de cada uno de ellos sin afectarle en su núcleo esencial. Por otra parte, la distribución entre los poderes, que no se adapta al dogma histórico de división, consigue a través de sus efectos concretos, de hecho, una ordenación de la vida estatal. Es decir, la independencia funcional entre los poderes obtiene efectos equilibradores en la realidad constitucional, de lo cual sería ejemplo la publicidad de las decisiones y la protección y respeto de las minorías.

La división de poderes, en el contexto de cada comunidad, tiene que adaptarse a los cambios sociales y políticos que se producen en el desarrollo histórico. Esta es la insuficiencia mayor que, a mi juicio, se aprecia en la división de poderes plasmada en la Constitución, al no acoger esos cambios. Esta apreciación, sin embargo, puede ser compensada, al menos parcialmente, si se tiene en cuenta que el aumento sustancial de funciones del tercer

(50) *BJC*, núm. 30, págs. 1163 y 1164 (fundamento jurídico cuarto).

(51) Del contenido del título IX de la Constitución se deduce con claridad que se trata de un órgano cuya actuación tiene que realizarse dentro de cauces jurídico-constitucionales. Por otra parte, en la sentencia de 8 de abril de 1981 establece el alto Tribunal que su actuación ha de hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. En la sentencia 53/85, de 11 de abril, sobre el aborto, se ha salido de forma evidente el Tribunal Constitucional de sus límites, indicando a las Cortes Generales las modificaciones a realizar en el proyecto de ley, lo cual ha sido destacado por los diferentes votos particulares.

poder puede equilibrar los efectos que los partidos políticos (52) cumplen en la relación entre el legislativo y el ejecutivo y la primacía real de éste. Queda, sin embargo, sin resolver la falta de cauces institucionales públicos de las asociaciones de empresarios y sindicatos, los cuales participan en la creación de la voluntad social y política.

(52) Y lo que subyace a los partidos, el gobierno parlamentario y el principio democrático. Hay que tener en cuenta que la división de poderes, en su origen, responde a un modelo no democrático, y el equilibrio entre legislativo y ejecutivo se establece desde este modelo.