

MEDINA MORALES, Diego (Coord.): *División de poderes*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, 127 págs.

El tema de la división de poderes es permanentemente recurrente en la sociedad democrática. Generalmente aparece tratado como el paradigma determinante y legitimador del moderno Estado de Derecho, y por ende, como el criterio verificador de las garantías de los derechos y de las libertades frente al poder político (del Estado).

El poder político (del Estado) se puede concebir de muchos modos, aunque dos son las principales formas que revisten mayor importancia:

Como intrínsecamente necesario y natural, y, por ende, es un bien. Así, el poder no es algo aséptico ni extrínseco a la sociedad, sino connatural a la naturaleza humana social, inserto en el orden de la naturaleza de las cosas, y por ello circunscrito a un ámbito determinado y con limitaciones intrínsecas al mismo, determinadas por su propia finalidad: el bien común. Así, el auténtico poder político es el poder justo.

Como mera fuerza, sin finalidad alguna ajena a la propia dimensión de la pura fuerza que se impone y prevalece. Así, el poder sería extrínsecamente necesario, puramente instrumental y las limitaciones para impedir su desbordamiento serían extrínsecas al mismo, intentando frenar lo que, por sí mismo, tiende al crecimiento sin barrera de ningún tipo. El poder, así concebido, no sería natural, sino pactado o contractual. Y sus extralimitaciones y limitaciones estarían en función de lo establecido en el pacto y de los mecanismos para su cumplimiento.

Análogamente a como la ley auténtica no es un puro mandato, mera arbitrariedad, sino prescripción razonada y razonablemente justa, el poder político auténtico no es la voluntad prevalente del más fuerte, sino dirección y gobierno social al bien común.

Esta doble concepción me parece que se puede apreciar en la obra que recoge las actas de las «Jornadas sobre división de poderes» celebradas en Córdoba durante los días 16, 17 y 18 de mayo de 1996, organizadas por el Seminario *Permanente de Filosofía Jurídica «Francisco Elías de Tejada»* de la Universidad de Córdoba. Doble concepción que se traduce en la diversidad de soluciones pro-

puestas ante una realidad comunmente advertida de un poder desmesurado, totalizador y una división de poderes inoperante como limitativa de aquel. Por otra parte, se trata de una obra poco común, pues posee el aliciente de ser, en gran medida, «políticamente incorrecta», lo que no es frecuente.

Diego Medina, en su contribución —«Poder legítimo - Autoridad soportable» (págs. 7-17)—, deudora de las explicaciones y sistematizaciones weberianas, parte del «carácter instrumental del poder», que, a su juicio, es lo que lo «caracteriza en su más precisa naturaleza» «en el ámbito de las relaciones sociales» (pág. 8). Y es que «la idea del poder es equivalente, aunque sea duro admitirlo, a la más cruda idea de fuerza» (pág. 8). Bajo tal perspectiva —que se reclama tejadiana (1)— se comprende que ante su «peligrosidad», se hable de la necesidad de establecer criterios o requisitos de legitimidad que lo hagan «soportable» (págs. 8 y 9). Pero, la legitimación del poder que establece es sólo formal y sociológica (págs. 9-10): «Un poder se legitima por la disposición de obediencia del súbdito» (p. 16), por la propia obediencia consentida, independientemente de lo que se mande (pág. 10). El profesor Medina, dado el carácter introductorio de su ponencia, deja la cuestión sobre los mecanismos de control de ese poder establecidos por Montesquieu al debate de los siguientes participantes.

Con todo, si la legitimación del poder es sólo formal y sociológica, ¿podrá tener límites que no lo sean?

Manuel Fernández Escalante, en una original contribución, característica de su personalidad inconformista —«División del poder y contención del poder. Historia de una paradoja» (págs. 19-38)—, señala algunas aporías del contrato social, procede a una refutación de la justificación del Estado moderno y frente a su poder totalizante sugiere la opción del Estado mínimo, intermedio entre la opresión y el caos.

Parte Escalante de una doble consideración: en primer lugar, que el Estado no es algo diferente de «los imperantes y su séquito» (págs. 27, 28, *passim*) —que no representa al pueblo (págs. 30 y 38), ni en su forma de Estado partitocrático (pág. 36)—; y, en segundo lugar, que el contrato que liga al súbdito al soberano se basa en la relación obediencia-protección (pág. 27). Contrato sinagmático que se incumple permanentemente desde el poder hasta convertirse en una relación expoliadora (pág. 34). Así, ni ofrece protección *ad intra* frente a los poderes indirectos (págs. 31-33), lo que va camino de transformarle en un auténtico poder indirecto «fachada de los poderes indirectos que lo timonean» (pág. 33), ni tampoco protege *ad extra* frente a otros poderes estatales, no ya más fuertes, sino incluso más débiles (pág. 35).

---

(1) Creo que inexactamente, cfr. Estanislao Cantero Núñez, «Sobre una interpretación de la definición del derecho de Elías de Tejada», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, año II, 1996 (págs. 145-157), págs. 154-155.

La contención del poder será imposible «mientras la *validez* del ordenamiento estatal norma por norma, igual justa que injusta, sea in/contestada por la in/capacidad gregaria del súbdito», que «permite la pervivencia del “Estado Máximus” es decir el de máxima opresión y mínima protección» (pág. 37). Su propuesta es la de un «Estado mínimo», que es el que «mínimamente incumple o vulnera la sinalagmaticidad del pacto con los súbditos» (pág. 20), el que «opri-me mínimamente al súbdito y le estruja menos, empezando por los más débiles, con el mínimo de séquito, con el mínimo de tributos *impuestos* sin consulta proporcionada, con el mínimo de profesionales de la “política” que vivan de serlo» (pág. 36), a la espera de que surjan los derechos de «control total de los que mandan, y cobran por mandar, por los que obedecen y pagan por obedecer» (pág. 38).

Pero un *Estado mínimo* frente a un *Estado máximo*, ¿podrá contener el poder si no se varía previamente el significado moderno del propio poder y del Estado (moderno)?

Juan Vallet de Goytisolo, en su ponencia sobre el significado de la cuestión en Montesquieu —«La separación, no confusión o contrapeso de poderes y la independencia de la función judicial en la perspectiva de Montesquieu» (págs. 39-62)— realiza una comparación entre lo que Montesquieu efectivamente pretendía y lo que ocurre hoy día, distinguiendo la realidad política y jurídica en la que vivía y a la que se refería el bordelés y la realidad actual impuesta desde la Revolución francesa. Su propuesta de fondo supone la renuncia a los presupuestos en los que se fundamenta el Estado moderno (pág. 61).

Muestra Vallet que para Montesquieu no se trata de una separación entre la potestad legislativa y la ejecutiva, sino de la no confusión entre ambas, que estando mutuamente imbricadas han de contrarrestarse y equilibrarse, y de la independencia de los jueces respecto a ambas. Situación y concepción que no resulta posible con el concepto moderno de soberanía, hecho plena realidad desde la Revolución francesa, que separando los órganos que ejercían las funciones, sin embargo, los sometió a la Asamblea legislativa (pág. 45).

Propone, abandonando esa concepción de la soberanía, la vuelta a la intelec-ción del poder político como autoridad suprema, que, por sí misma, encierra el poder dentro de sus límites propios, como reconocía el propio poder —como acreditan los ejemplos propuestos de las Partidas, las Cortes de Valladolid de 1420 o las posibilidades reales del poder absoluto de Luis XIV—; límites constituidos por el derecho natural, las costumbres y las competencias de otros poderes sociales, como la Iglesia, los Parlamentos y los cuerpos intermedios (págs. 46-47). Propuesta que lleva aparejada la necesidad de abandonar la identificación del Derecho con el poder y el Estado y su pretensión de monopolización por el Estado a través de la ley, puesto que el orden jurídico positivo se enmarca en un orden jurídico natural, que lo sobrepasa y en el que ha de integrarse (págs. 48, 53 y 59).

Por ello, si un mismo partido o un consenso de partidos domina el ejecutivo y el legislativo hay confusión de poderes y respecto a la función judicial, esta carece de independencia, cuando a través de la mayoría parlamentaria se designa a los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que, a su vez, designa los puestos clave en la judicatura. Ni, hay independencia, por análoga razón, en el Tribunal constitucional (pág. 53). Para evitarlo es «esencial que la potestad de juzgar, eliminada como poder político, sea independiente de los poderes realmente políticos y de las fuerzas que los integran», para lo cual es necesario que los jueces y magistrados, ni en su designación, ni en sus ascensos, ni en la determinación de los cargos judiciales, dependan de los poderes políticos ni de los partidos que los dominen (pág. 59).

Gonzalo Fernández de la Mora —«Partitocracia y unificación de poderes» (págs. 63-66)— advierte que el modelo constitucional más proclive a la fusión de los poderes es la actual forma dominante de democracia: el Estado de partidos o partitocracia (pág. 65); y considera que para la limitación del poder la cuestión crucial es la de la independencia de los jueces respecto a los gobernantes, proponiendo, en orden a su consecución, un sistema de cooptación entre ellos y la adjudicación de los destinos mediante criterios objetivos interpretados por el órgano que designen los jueces (pág. 66).

Dalmacio Negro Pavón —«El juego de poderes en el presidencialismo» (págs. 67-92)— advierte, también, el fracaso de la división de poderes en el parlamentarismo, donde el Estado de partidos es contrario a la representación auténtica, siendo el Parlamento una prolongación del partido gobernante, lo que supone la confusión de poderes del legislativo y el ejecutivo, y también la del judicial debido a la politización del Consejo General del Poder Judicial (págs. 67-68).

Ante la ficción de que el Estado es Estado de Derecho (pág. 72) —pues no hay verdadera división de poderes, sino que se produce la confusión entre poder político y poder jurídico, así como entre sociedad y Estado, debido a la teoría moderna sobre la soberanía (págs. 70-71)—, cuando en realidad sólo es Estado Fiscal (pág. 75), propone como salida, el presidencialismo. Este no es más que aplicar en «sus últimas consecuencias el principio de la representación política sobre la base de que es el pueblo el titular de la soberanía política que designa al soberano político» (pág. 80). A su juicio, de ese modo, no se obtiene ningún inconveniente que no tenga cualquier otra forma de gobierno (pág. 83), mientras que advierte cinco grupos de ventajas: es más barato, más responsable, supone menor concentración de poder y por tanto más libertad, concede mayor control del poder y, por último, se establece la designación independiente, una de otra, de los tres poderes: del Presidente, los parlamentarios y los jueces (págs. 86-91).

Pero, sin variar las concepciones político-jurídicas fundamentales del Estado moderno ¿no será el presidencialismo, cuya crisis también se ha puesto de ma-

nifiesto, un remedio transitorio y efímero y tan poco consistente como salir del fuego para caer en la sartén?

La ponencia de Alejandro Muñoz Alonso —«Los medios de comunicación y el control de poder» (págs. 93-110)— constituye un ejemplo de la paradoja liberal verificada entre la construcción teórica y el análisis completo de la realidad.

En efecto, parte, del «carácter ambivalente del poder político, a la vez necesario y terrible» (pág. 93), y considera que la respuesta a la extralimitación del poder se encuentra en los poderes intermedios que estima corresponde a la mejor tradición liberal (págs. 95-96); frente a ella se encuentra el totalitarismo de Rousseau, los jacobinos y Hegel —defensores del poder ilimitado del poder democrático (pág. 97)— y el absolutismo monárquico que no reconocía ninguna limitación (pág. 101).

En esa línea, estima a la opinión pública como contrapunto y límite del poder (pág. 101) así como a la información, que con las nuevas tecnologías, a través de las redes interactivas de confrontación de datos distribuyen el nuevo poder de la información en lugar de centralizarlo (pág. 99). Para todo ello son básicas la libertad de expresión y la libertad de prensa (pág. 101). Por este motivo, constituye una “aberración” la afirmación de que la radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado (págs. 103-104).

Sin embargo, la democracia mediática esta falseada porque va en un sólo sentido, sin que el receptor de la información tenga capacidad de respuesta (pág. 105) y porque la opinión pública «se forma en un campo reducidísimo de comunicación política entre los políticos, los periodistas, los institutos de sondeos y los intelectuales líderes de la opinión» (pág. 105); a lo que ha de añadirse que «una Televisión que carezca de la necesaria independencia —como es el caso de las televisiones públicas en España— se convierte en un factor que distorsiona gravemente el juego político y parlamentario» (pág. 108).

Ante esa realidad a la que ha de añadirse que «los medios de comunicación son un indispensable factor de control de una democracia moderna, pero que pueden llegar a convertirse en un factor distorsionador» (pág. 108), su propuesta es que «no cabe sino dar cumplimiento estricto a las exigencias del Estado de Derecho y el mantenimiento del equilibrio entre todos los poderes, políticos y sociales, que existen en una sociedad pluralista» (pág. 110).

Sin embargo, recurrir al Estado de Derecho para evitar los males que se producen en ese Estado de Derecho, generados por el propio Estado de Derecho, ¿no es ofrecer más de lo mismo? Su propuesta parece que no va más allá del recurso a una ficción formal para remediar un mal real.

Miguel Ayuso Torres —«¿Separación, división o equilibrio entre los poderes?» (págs. 111-127)— también caracteriza y sitúa correctamente al poder: «el poder es un fenómeno natural... adecuado al orden de la Creación, que consti-

tuye una fuerza personalizada y como tal encauzada y limitada por el derecho y reconocida socialmente» (pág. 112). Su fundamentación es teleológica, y consiste en la inserción de la política en la ética, reconocida socialmente. El poder se desbordó derivando al totalitarismo cuando se rompieron los cauces y las barreras que proporcionaban las instituciones sociales —es decir, los cuerpos intermedios—, la religión y la moral (pág. 115).

También para él, ante la tesis del Estado moderno, lo más esencial e imprescindible es la independencia de la función judicial, sin necesidad de recurrir a un «poder judicial», que terminará actuando como «poder político» para garantizar aquella función (pág. 123). La cuestión está en que la división de poderes fracasó al asentarse en el equívoco de que para limitar al poder era preciso su división, teniendo en cuenta tan sólo al poder político, concebido sobre la errónea concepción, liberal, de que la sociedad no es más que una suma de individuos frente al poder del Estado (pág. 124).

Su propuesta, al margen de la sugerencia de una instancia de autoridad, diferente del poder, capaz de autorizar o desautorizar los actos de éste —instancia que no puede ser ni la de los partidos, que son órganos de poder que no representan más que intereses sectoriales; ni la de la opinión pública, que oculta verdaderas instancias de poder (pág. 125)— supone, también, el abandono de la construcción en la que se asienta el moderno Estado de Derecho. Si éste ha insistido en las limitaciones de carácter jurídico-constitucional, en cambio ha arrojado fuera de sí, tanto las de carácter ético-religioso como las de carácter orgánico, que son las trascendentales y de las que dependen las primeras (págs. 125-127). A la postre, éstas no constituyen más que una autolimitación provisional e interesada, puesto que es el Estado el monopolizador de la creación del derecho, cuyo sometimiento al mismo, por tanto, durará lo que tarde en modificarlo.

La obra, pese a la diversidad de posturas de sus autores, manifiesta una casi unanimidad en el diagnóstico de algunos de los males del Estado de Derecho, tan sólo no compartida por un autor, que se diferencia de los demás en ser un político en activo. Los demás autores, de uno u otro modo, muestran la ficción del Estado de Derecho asentado en un sinnúmero de ficciones jurídicas, como el contrato, la representación, los partidos, la soberanía o la división de poderes.

Además, es unánime, en quienes tratan la cuestión, señalar que lo más trascendental en la situación actual es garantizar la efectiva independencia de jueces y magistrados. Fernández de la Mora propone la cooptación y criterios objetivos determinados por ellos mismos; Dalmacio Negro se inclina hacia su designación independientemente de la de Presidente y diputados; Vallet y Ayuso, por un sistema que sea independiente del legislativo y del judicial. En mi opinión, considero que un sistema eficaz sería, sobre la base del sistema de oposiciones para el ingreso en la carrera judicial, el establecimiento de una combina-

ción de antigüedad y sorteo para la designación, entre quienes lo desearan, de los puestos más altos de la magistratura y del Tribunal constitucional.

Como propuestas de remedio y solución de mayor calado, es decir, más institucionales que la que se refiere a la obtención de la independencia judicial, las de Escalente, Negro, Vallet y Ayuso. Pero sólo las de estos dos últimos inciden en el núcleo del mal por todos descrito, que supone el retorno a la realidad auténtica, a la terquedad de los hechos, a la naturaleza de las cosas, a la trascendencia del derecho, a la ética y, también, a la religión.

ESTANISLAO CANTERO

