

LA DIVISIÓN DE PODERES (*)

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

I. Los tribunales se plantean de ordinario la contribución de preceptos singulares a la resolución de controversias específicas. La incorporación de las normas constitucionales a tal circuito ha afectado sin duda a las *grandes palabras* tradicionales del constitucionalismo (soberanía popular, nación, libertad, democracia, representación, división de poderes...). Mantienen su presencia en la retórica política y en la didáctica constitucional; articulan aquí un discurso clásico que, con alguna frecuencia, omite los matices en los que finalmente se resuelven las peculiaridades, las posibilidades y los límites de la fuerza normativa de una concreta Constitución. Por otra parte, la inserción simple y directa de esos términos clásicos en el discurso jurisprudencial también puede resultar perturbadora, al menos si no se tienen debidamente en cuenta las modificaciones de su significado y alcance en el preciso marco de un texto constitucional dotado de normatividad. Quizá por ello no resulta inusual postular su interpretación a partir de ulteriores especificaciones positivas, como epítome de éstas; en lugar de ver tales preceptos concretos como expresión de ideas más generales que podrían influir en su entendimiento. Se forman así dos polos que atraen en diversa medida a la doctrina: de un lado, el mantenimiento de una retórica constitucional ajena, a veces incluso contrapuesta, a las condiciones concretas de operatividad de la Constitución positiva; de otro, la identificación del Derecho constitucional como el conjunto, ciertamente particular, de unas específicas

(*) Estas páginas sólo pretenden servir como estímulo a la lectura del núm. 5 de los cuadernos monográficos publicados en la colección *Fundamentos*, consagrado a *La división de poderes* bajo la coordinación de Ramón Punset y publicado en 2009 por la Junta General del Principado de Asturias.

normas jurídicas, cuyo estudio se orienta a determinar las condiciones de su aplicación por parte de los tribunales.

Llevada al extremo, la primera tendencia conduce a una teoría ajena a la realidad. Ahora bien, una ciencia consistente del Derecho constitucional, atenta a sus condiciones de realización, tampoco puede progresar si no se dota de una cierta teoría. Y quizá convenga subrayar hasta qué extremo cobra relevancia ahora, ante la profundidad de los cambios en los presupuestos del orden constitucional (resumidamente: multiculturalidad y globalización), la conexión entre el procesamiento de los contenidos normativos concretos y la reflexión teórica general; no es ya que las cuestiones de método condicionen siempre el trabajo sobre el objeto, como parece evidente, sino que sólo una aguda conciencia teórica y metodológica es capaz hoy de conferirle sentido. Pues bien, conforme a las leyes que rigen el desarrollo temporal del saber jurídico, tal conciencia metodológica se habrá de apoyar, en el caso del Derecho constitucional, sobre una revisión de aquellos términos solemnes suyos que atienda a su textura histórica y, en consecuencia, también al nuevo contexto sobre el que se proyectan.

Justamente tal proyecto de recuperación y revisión de las grandes palabras del constitucionalismo en el marco del nuevo Derecho constitucional late en los cuadernos de la colección *Fundamentos*. Cada uno de sus números, dirigido por uno o dos profesores del Área de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo, se dedica monográficamente a una de ellas. El primero, presentado en 1998 como homenaje a Ignacio de Otto, coincidió con el décimo aniversario de su muerte. Entretanto se habían publicado tres números más; y ahora, en años sucesivos, han visto la luz otros dos, que acompañan en el tiempo la edición, a cargo del mismo grupo de investigadores, de las *Obras Completas* de dicho autor. No es casual, por supuesto, que sea precisamente en ese entorno académico, excepcional en España por su rigor, donde haya fructificado un proyecto como *Fundamentos*. Pero tampoco se trata aquí de glosar la obra de Ignacio de Otto o de analizar los rasgos de la escuela que recibió y cultiva su magisterio; nos limitaremos a añadir algunos datos que permiten contextualizar el volumen aquí comentado.

Tres de los seis números de la revista *Fundamentos* aparecidos hasta ahora se han orientado hacia la teoría general de la organización del Estado, dedicándose a la soberanía (núm. 1, «Soberanía y Constitución», coordinado por Ramón Punset), «La representación política» (núm. 3, coordinado por Francisco Bastida), y «La división de poderes» (núm. 5, de nuevo coordinado por Ramón Punset); Juan Luis Requejo coordinó el núm. 4 sobre la justicia constitucional, que bien puede añadirse a esta serie. Los otros dos, coordinados por Joaquín Varela, el último junto con Ignacio Fernández Sarasola, se caracterizan por su

perspectiva histórica, arrojada sobre los modelos constitucionales (núm. 2) y los conceptos de Constitución (núm. 6). Complementan así la tendencia, que quizá domina entre las elaboraciones recientes con mayores pretensiones teóricas, preocupada por refinar el procesamiento dogmático de la garantía positiva que ofrecen hoy los derechos fundamentales; pero también en este campo la *escuela de Oviedo* ha aportado una *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* que recoge y sistematiza contribuciones anteriores de Ignacio de Otto, Francisco Bastida, Ignacio Villaverde, Benito Aláez y otros miembros del grupo, elevando el conjunto a un nivel de rigor perfectamente comparable al de los mejores manuales alemanes. Por lo demás, el estudio de las fuentes del Derecho ya había alcanzado en España un alto nivel de elaboración; a su definitiva inclusión en el ámbito de intereses de la teoría constitucional española contribuyó decisivamente el *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* de Ignacio de Otto, y su refinamiento debe mucho a las elaboraciones posteriores de, por ejemplo, Juan Luis Requejo.

El proyecto de teoría constitucional desarrollado por el grupo académico de la Universidad de Oviedo resulta así de una amplitud y una coherencia metodológica que difícilmente encuentran parangón en España; con el añadido del respeto a posiciones individuales diferenciadas y, en consecuencia, del desarrollo progresivo a través del debate interno. En dicho proyecto, la serie *Fundamentos* ocupa un lugar propio por la temática abordada, como hemos visto, pero también por la pluralidad de perspectivas que acoge; es, por decirlo de algún modo, una ventana que el propio grupo abre hacia su exterior.

El volumen que aquí comentamos, por ejemplo, no pretende ofrecer un panorama general y sistemático sobre el círculo de cuestiones asociadas a la división de poderes; para ello hubiera sido preciso, en primer lugar, señalar el centro y determinar el radio, unas decisiones que entrañan un cierto grado de discrecionalidad y que el editor evidentemente no ha querido imponer a los autores. El libro ofrece, más bien, imágenes tomadas desde diversos puntos de vista, con distinta amplitud y profundidad de campo, con iluminación diferente; una escenografía de la división de poderes con la que cada lector puede reconstruir a su modo un paisaje teórico que no existe en la realidad, sino sólo en las imágenes que de él se nos transmiten o construimos: como el espacio total de una película no necesariamente se corresponde con un lugar real, sino que es fruto de una intuición subjetiva que ordena las múltiples tomas. Comencemos por enumerar las que aquí se nos presentan.

II. La primera parte del volumen contiene cuatro estudios sobre la división de poderes en perspectiva histórica. Alessandro Torre brinda una panorámica muy general sobre el desarrollo del principio desde sus orígenes, y aún desde

sus antecedentes, hasta su consagración doctrinal definitiva. Joaquín Varela se ciñe a un ámbito temporal y territorial de enorme relevancia, la Inglaterra del siglo XVIII, que comienza allí con la Revolución Gloriosa de 1688. En el tercer estudio, «La separación de poderes en los Estados Unidos de Norteamérica: pasado y presente», George G. Carey incluye la actualidad en su discurso histórico. Cierra esta sección Ignacio Fernández Sarasola hablando sobre «La división de poderes en la historia constitucional española», que detiene en la Constitución de 1931.

«Estado mixto y división del poder. Análisis histórico-político de un itinerario doctrinal». Desde el título de su contribución, y luego expresamente en la primera frase, enlaza Alessandro Torre «constitucionalismo antiguo y moderno» en la tensión, que «compendia toda la historia de las organizaciones políticas», entre poder organizado y libertad. Arranca de las reflexiones sobre la *respublica mixta* de Aristóteles y Polibio, y pasa luego por el pluralismo feudal y por la separación entre *gubernaculum* y *iurisdictio* en Bracton, por el modelo inglés de «gobierno mixto *ante litteram*» y la doctrina de Locke, por las tesis de Montesquieu y de Rousseau, por las formulaciones constitucionales de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, para cerrarse justamente ahí, en el momento en que coinciden la plenitud ideológica del principio y «la llegada de las constituciones escritas».

La extensa contribución de Joaquín Varela lleva por rúbrica «División de poderes y sistema de gobierno en la Gran Bretaña del siglo XVIII (teoría y práctica de la Monarquía mixta y equilibrada)». Sus apartados marcan los hitos de ese repaso que, como bien advierte el subtítulo, atiende a la imbricación de las construcciones doctrinales y los acontecimientos políticos: «J. Locke», «Guillermo III y Ana I», «Bolingbroke y Walpole», «Hume», «Blackstone y Jorge III», «Burke» y «de Paine a Pailey». Locke se orienta hacia la separación y el equilibrio entre poderes legislativo y ejecutivo; pone en manos de éste no sólo el consentimiento de las leyes, sino también el poder federativo, que Varela considera equivalente a una función de gobierno o de dirección de la política; pero reconoce igualmente la supremacía del legislativo y la responsabilidad (exclusivamente penal) de los ministros del Rey. Separado ya del *Estado mixto*, al menos en la medida en que no dedica atención particular a los Loes, Locke no vislumbra aún el modelo parlamentario. El tránsito comienza con la Reina Ana mediante la consolidación del Gabinete, que progresivamente va asumiendo los poderes regios e incrementando su dependencia respecto de la confianza de los Comunes. A partir de ese momento, el texto hace visible de modo magistral la unidad de sentido que cobran en la formación de la Constitución británica el desarrollo histórico de los hechos, de las convenciones constitucionales y de

las formulaciones teóricas en torno a la pervivencia de la Monarquía mixta, al uso de la «influencia regia», a la consolidación de la responsabilidad política individual de los ministros y luego colectiva del Gabinete (vinculada a la irresponsabilidad del Rey y al refrendo de sus actos), al afianzamiento del sistema bipartidista, a la preeminencia del Primer Ministro...

George W. Carey comienza describiendo la imagen de la separación de poderes que, bajo la influencia decisiva de Montesquieu y con la experiencia de las constituciones de los Estados, quedó fijada en la Constitución norteamericana y en *El Federalista* como elemento de contraste para ulteriores transformaciones. Si el propósito inicial era ya huir de los peligros asociados a un Congreso predominante, los desarrollos políticos y teóricos «han conducido a expandir los poderes presidencial y judicial». La fortaleza de la Presidencia guarda relación con la legitimidad lograda por su sistema de elección, en el que los partidos y la expresión de la voluntad popular ganan pronto un papel relevante. A lo largo de la historia se acredita «un continuo balanceo de avance y retroceso» entre las «concepciones de la autoridad presidencial y parlamentaria»; pero lo cierto es que en el siglo XX se constata «un movimiento hacia el sistema de dominio presidencial [...] a unos niveles que ni siquiera Wilson pudo prever». En esa dirección se mueven los análisis aportados sobre la iniciativa legislativa, el veto y las declaraciones presidenciales firmadas que implican un veto parcial o selectivo, las delegaciones parlamentarias en favor del Presidente, la cláusula de los poderes ejecutivos implícitos y el poder exterior. En cuanto al control judicial de constitucionalidad, incluido aquí cuanto se refiere al trazado de las fronteras entre ejecutivo y legislativo, fue desde un principio objeto de debate; la expansión más significativa de ese poder deriva de su capacidad para imponer su interpretación de los derechos. En cualquier caso, la separación de poderes permite hoy que «cada órgano por sí mismo pueda dirigir los recursos de la sociedad o fijar valores con autoridad»; un sistema que, considerado en su conjunto, «funciona tolerablemente bien».

Las coordenadas fundamentales que permiten identificar la trayectoria del principio de división de poderes en el constitucionalismo español son descritas por Ignacio Fernández Sarasola. Comienza mostrando los antecedentes, en autores del absolutismo o del despotismo ilustrado, de la «distinción de poderes» inherente a la racionalización del poder estatal que es propia de la modernidad, y que aún encuentra expresión en el Estatuto de Bayona. Expone a continuación las ideas liberales que sustentan el principio de separación de poderes basado en la supremacía del legislativo; la herencia de la doctrina del Estado mixto que propugna el equilibrio de poderes y que enlaza tanto con la noción historicista de Constitución como con la lectura que se hace en España

del modelo británico; y, finalmente, las propuestas posteriores que autonomizan las tareas de control y las radican en un *poder neutro* atribuido al Monarca o en el *poder conservador* del Senado, o que incluyen en el conjunto orgánico el poder administrativo de los municipios y provincias o incluso el electoral. Todos esos elementos le permiten describir someramente los grandes rasgos de la experiencia constitucional española, desde la separación de poderes de 1812 a los equilibrios posteriores que vinculan Parlamento y Gobierno como titulares de los poderes legislativo y ejecutivo, mientras dejan en manos del Monarca, sólo relativamente apartado de ese juego, «una influencia tal, que mal podía decirse que no determinaba la política del país». La dirección de la política que ejerce el Gobierno queda así sometida a un principio de doble confianza o, en sentido contrario, de doble responsabilidad; los elementos del sistema parlamentario que luego formalizó la Constitución de 1931 se habían ido consolidando en convenciones constitucionales. No faltan, sin embargo, las referencias al modelo democrático de 1869 y, sobre todo, a las prácticas de la Restauración, en la que el turno de partidos y el fraude electoral distorsionan el modelo hasta llevarlo a la crisis. Denunciada, en términos bien diversos, por regeneracionistas y krausistas, por socialistas y por reaccionarios, culmina en la Dictadura de Primo de Rivera y en los debates en torno al anteproyecto constitucional de 1929. La Constitución de 1931 supone el retorno del principio de división de poderes, ahora ya plenamente justificado tanto en el plano de la teoría del Estado como en el de la regulación positiva del sistema parlamentario; el modelo, sin embargo, estaría también determinado por la presencia de una Presidencia de la República dotada de un poder político efectivo, del Tribunal de Garantías Constitucionales y de las autonomías regionales.

La segunda parte del volumen se orienta hacia ámbitos y problemas específicos de actualidad, aunque la abre un ensayo de alcance general a cargo de Benigno Pendás, con el título «División de poderes y formas de gobierno. Una perspectiva contemporánea». Miguel Ángel Presno analiza el efecto que tiene la presencia de los partidos políticos sobre el modelo de la división de poderes. Ramón Punset pone de relieve la relación entre «Potestades normativas y forma de gobierno». Finalmente, Fabian Wittreck muestra de forma sistemática el despliegue del principio de división de poderes en la Ley Fundamental de Bonn.

Benigno Pendás comienza contrastando la «mutación determinante en los supuestos históricos y sociológicos» con la pervivencia de «los instrumentos jurídico-políticos», «viejos esquemas formalistas» a los que «la realidad se impone»; frente a los «arquetipos ajenos al espacio y el tiempo», recuerda que «cada régimen político constituye un universo propio». Sin embargo, las someras incursiones en los modelos norteamericano («una Monarquía constitu-

cional con forma republicana congelada en el tiempo y en el espacio»), francés o británico parecen servir, junto con un buen acopio de lecturas ilustradas y de reflexiones inspiradas en la inmediata realidad política española, para documentar un nuevo esquema general, esta vez tomado de la ciencia política, que afirma con carácter universal, por ejemplo, la pervivencia sustancial del Estado-Nación al margen de los procesos de globalización jurídica (pero especialmente frente a las tendencias a la descentralización política); el *indirizzo* político «de un poder ejecutivo derivado de la voluntad mayoritaria del cuerpo electoral», una «especie de cesarismo plebiscitario [...] que se impone por todas partes» y que busca nuevas formas de gestión de las políticas públicas al margen de las garantías tradicionales del Derecho público; el correspondiente declive de las Cámaras parlamentarias («las instituciones representativas pertenecen al pasado más que al futuro»); el dominio absoluto de la democracia mediática («siempre encuentra la manera de alcanzar sus objetivos») propia de «una sociedad de masas semiilustradas, con cierta querencia por la vulgaridad y una antipatía natural hacia la excelencia»; «la pérdida del sentido de la responsabilidad» en una política «contextualista y relativista»; o la generalización de la función de control como «acción permanente que desarrolla la oposición, pero también los medios de comunicación, los jueces y los medios de influencia», y que constituye a su vez un peligroso poder (hay que «evitar la tiranía de los titulares de esa facultad omnicompreensiva de control»). En definitiva, «la clásica división de poderes sólo conserva, y no es poco, un hermoso atractivo a efectos retóricos, aunque todos somos conscientes de que no sirve para explicar la situación».

«Pluralismo de partidos, no separación de poderes». La rúbrica del texto de Miguel Ángel Presno no implica tanto una tesis cuanto una delimitación del tema; porque la incidencia del sistema de partidos sobre la división de poderes no anula este principio, sino que codetermina, tanto en el plano del Derecho como en el de la práctica real, su funcionamiento. La contribución del sistema de partidos al funcionamiento del sistema constitucional está reconocida desde los albores del régimen parlamentario británico y los orígenes del constitucionalismo norteamericano; su influencia puede incluso allanar las diferencias entre presidencialismo y parlamentarismo, como ejemplifica el autor mediante un detallado análisis de las experiencias norteamericana y francesa. Pero muestra también que ello ocurre bajo ciertas condiciones y dentro de ciertos límites, sin que sea posible prescindir de las variantes que introduce «la propia configuración del sistema de partidos en cada país y su grado de cohesión interna, que admite a su vez múltiples matices», ni tampoco de los «patrones institucionales a través de los cuales» opera, determinados, por ejemplo, por los sistemas electorales. Los partidos, en cualquier caso, no sólo determinan la relación entre los

poderes legislativo y ejecutivo, sino que penetran tales instituciones generando un verdadero *Estado de partidos* (con indudables efectos recíprocos sobre los propios partidos); una presencia que se constata en el Derecho electoral y en el Derecho parlamentario (a través de los grupos parlamentarios), pero que se proyecta también sobre otras instituciones cuya composición depende del Parlamento. Miguel Ángel Presno termina analizando la influencia de los modelos de partido (jerarquizados y burocratizados) sobre el sistema político, como factor que contribuye a la preeminencia del Gobierno y, dentro de él, de su Presidente. La primera, por ejemplo, se concreta mediante el análisis de su protagonismo efectivo en el procedimiento legislativo, hasta el extremo de que «el procedimiento legislativo ordinario y el reglamentario no son sino las diferentes vías jurídicas que el Gabinete utiliza para la realización de su orientación política»; pero también en el análisis de los mecanismos de control extraordinario y ordinario, ya que «al amparo de las normas vigentes se ha pasado de la ausencia de control del Parlamento a la casi inoperante función de control en el Parlamento». El resultado, a su juicio, podría sintetizarse diciendo que «en el panorama constitucional contemporáneo el partido en el gobierno y su líder no sólo “reinan y gobiernan de hecho”, sino también “de derecho”, merced a su protagonismo normativamente reconocido en el proceso de formación de la voluntad del Estado». La sugerencia final se orienta a «la realización plena del principio democrático», proponiendo mecanismos que garanticen el pluralismo de partidos y su concurrencia en condiciones de igualdad.

Para Ramón Punset, la división de poderes aparece como consecuencia necesaria de la proclamación de la soberanía nacional y del Estado de Derecho. Tal postulado general se concreta por cada Constitución de forma «variable y contingente», aunque «dentro de determinados límites [...] estos límites son, estrictamente, los derivados de mantener diferenciado el ejercicio de las funciones estatales sustantivas» y de garantizar «un equilibrio posicional entre los titulares de las funciones del Estado». La división de poderes es compatible, pues, «con una cierta diversidad de formas de gobierno». A partir de estos presupuestos se detiene en el análisis de la información que las potestades normativas atribuidas por la Constitución española proporcionan sobre nuestra concreta forma de gobierno. El discurso ofrece una estructura aparentemente convencional, analizando de un lado las diversas «fuentes del derecho» (potestad legislativa de las Cortes Generales, potestades que permiten al Gobierno la adopción de normas con fuerza de ley, reserva de ley y potestad reglamentaria, tratados internacionales y Derecho comunitario, creación de Derecho por parte de la jurisdicción constitucional) y de otro el procedimiento legislativo, en particular para poner en relación la iniciativa legislativa con la *dirección de la política*

que la Constitución atribuye al Gobierno (art. 97). Pero la articulación de los temas resulta original y sugerente, y sobre todo es muy rico el caudal de sutiles aportaciones, a veces sencillamente insertas a pie de página, que merecerían una consideración detallada (por ejemplo, acerca de la universalidad potencial de la potestad legislativa, sobre la fuerza pasiva y activa de los tratados internacionales, o en torno a la relación entre jurisdicción constitucional y reforma de la Constitución).

Cierra el libro Fabian Wittreck con un tratamiento sistemático de la división de poderes en la República Federal Alemana: «División, limitación y organización de poderes. La concepción de las funciones estatales en la Ley Fundamental de Bonn». Partiendo de la consagración textual de la diversidad de órganos y funciones en la Constitución alemana (arts. 1.3 y 20.2), el autor expone las opciones básicas que orientan su interpretación doctrinal. La primera considera la división de poderes como un principio general contrapuesto a los preceptos constitucionales concretos que, por excepción, establecen vínculos entre dichos poderes; la segunda entiende el principio no a partir de consideraciones abstractas, sino precisamente en función de sus especificaciones constitucionales. Ambas orientaciones son, a su vez, tributarias de las grandes opciones metodológicas que mantienen su vigencia en el Derecho público alemán: la entroncada en la tradición del dualismo constitucional decimonónico que otorga prioridad conceptual al Estado (contrapuesto a una Sociedad representada en el Parlamento), y la que, por el contrario, entiende que el Estado y sus poderes existen sólo en virtud de las determinaciones constitucionales. A continuación analiza con detalle la división funcional entre legislación, ejecución y jurisdicción, así como la «adscripción *institucional-organizativa* de tales funciones a los respectivos actores principales» del sistema político; «los diversos solapamientos e interrelaciones existentes entre los tres poderes» han de ser compatibles con «su respectivo “núcleo” garantizado por la jurisdicción constitucional». Así, por ejemplo, la relevancia de la ley parlamentaria se vincula a las transformaciones de la relación entre Gobierno y Parlamento y a la regulación del control; la función ejecutiva se diferencia de la función de gobierno, sin que ello implique reservar para el correspondiente órgano constitucional una genérica «dirección de la política»; la función jurisdiccional también permite residenciar en los Ministerios de Justicia de los Länder las correspondientes tareas administrativas (cuestión sobre la que vuelve al final del estudio). El autor rechaza interpretar el régimen federal con los esquemas de una división *vertical* de poderes, excluye que las competencias referidas a las relaciones exteriores se puedan hipostasiar como nuevo *poder federativo*, y descarta igualmente incluir a los medios de comunicación y otros actores dotados de poder *social* en la serie de poderes

afectados por el principio. Se mencionan, para concluir, los efectos del sistema de partidos sobre el esquema de la división de poderes, pero rechazado sustituir ésta por un modelo basado en la competencia entre partidos; y también se abordan los desplazamientos de poder efectivo derivados de la integración europea, los efectos que sobre la división de poderes tienen los procesos privatizadores y la gestión pública inspirada en criterios económicos, y, en fin, el papel de la legislación popular en el ámbito de los Länder. El balance es un modelo alejado de ideales abstractos, pero flexible y práctico a la hora de garantizar la libertad y de ordenar la actuación de los poderes públicos.

III. Hubiera sido fácil añadir estudios con perspectiva histórica que, por ejemplo, abordaran la división de poderes en Francia o en Alemania a lo largo del siglo XIX, o ampliar el elenco de problemas tratados en la segunda parte; también sumar a la exposición sistemática del modelo alemán nuevos elementos comparativos. Pero, de un lado, ya existen panorámicas generales sobre la trayectoria histórica de la división de poderes y sobre sus problemas actuales; el propio volumen abre sus dos secciones con sendas contribuciones que cumplen tal función. Por otra parte, la exhaustividad resulta rigurosamente inalcanzable en un tema como éste, y por ello resulta preciso intuir cuándo cabe ya «levantar la pluma», cuándo se ha dicho «lo suficiente» para el objetivo pretendido. Y éste, sobradamente cubierto, era someter de nuevo a la reflexión de la comunidad académica un tema *fundamental* de la teoría constitucional, ofreciendo estudios monográficos capaces de despertar interés y de suscitar debate.

No vamos aquí, sin embargo, a comentar por extenso las contribuciones singulares de los ocho autores; para tal lectura de detalle habría que buscar seguramente un especialista más cualificado. Trataremos más bien de poner esta acumulación de perspectivas al servicio de un determinado sentido general que, en cualquier caso, no les resulta inmanente, sino que es aportado por el lector. Ofreceré, pues, mi lectura integrada del volumen, sin duda sesgada, como una más de las múltiples posibles. Reducido aquí a un esquema superficial, el propio libro ofrece, sin embargo, materiales sobrados para profundizar en cada extremo, haciendo innecesaria la acumulación de referencias bibliográficas adicionales para las cuestiones aludidas.

La división de poderes, como principio rector de la organización del poder público, sólo cobra sentido en el contexto que ofrecen en un concreto momento histórico las formas y las estructuras políticas. En abstracto podría predicarse de cualquier régimen en el que la organización política, diferenciada como tal, se articule a su vez con alguna suerte de división de trabajo, distinguiendo funciones e institucionalizando órganos y procedimientos para abordarlas. Recuerda Varela que «Locke utilizaba el vocablo *power* tanto para designar una función

como un órgano», y la división de poderes implica en cualquier caso una cierta correlación entre unas y otros, por más que la teoría de las funciones del Estado y la de sus órganos puedan ser diferenciables. Ahora bien, alguna distribución de las tareas públicas en funciones específicas encomendadas a órganos diversos, sea cual sea su grado de autonomía, parece inherente a cualquier grupo social complejo: una concepción tan general de la división de poderes carece de valor heurístico. Tanto la teoría de las funciones del Estado como los estudios sobre la organización del poder han tenido que reflexionar siempre sobre su unidad y diferenciación, y también sobre la correlación de funciones y órganos. Ni siquiera la imposición de la soberanía como nota distintiva del Estado moderno conduce necesariamente a la centralización de todo el poder en manos de un monarca absoluto: tan soberanas se consideraban las repúblicas italianas o la Inglaterra en la que se incubaba en régimen parlamentario como la Francia de Luis XIV. Si, de este modo, toda la teoría política puede ser vista como un continuo en torno a la problemática de la división de poderes, esta regla estructural sólo adquiere valor distintivo cuando se pone en relación con otros factores, como la lógica propia a la que responde la diferenciación de funciones, la participación de los grupos o estratos sociales en el ejercicio del poder a través de su inserción en los órganos o la específica posición constitucional de éstos.

La connotación positiva que parece inherente al principio se retrotrae a la doctrina de la *respublica mixta*, en la que el poder público refleja y estabiliza la diferenciación social. A medida que la cristalización de las diferencias sociales en la forma política se hace incompatible con el principio de igualdad, que progresivamente se consolida como criterio legitimador del poder público estatal, la distinción de los poderes deja de basarse inmediatamente en la legitimación del poder público por su origen. Si la *respublica mixta* había permitido articular la libertad de los antiguos, dando a todos alguna participación en los asuntos de Estado, ahora el objetivo será preservar la libertad de los modernos, legitimando el poder por su ejercicio o, quizá más precisamente, por su inocuidad. A tal fin se ordena la novedosa *división de poderes*, que descansa sobre los supuestos, considerados inmovibles, de la unidad del Estado soberano y de la dinámica inherente al poder público: dado que la parálisis está excluida, cabe centrarse en el problema de los frenos y los contrapesos.

Montesquieu es aún consciente del origen histórico de los poderes que evoca y de los diferentes estamentos sociales que representan; y esa tradición pesa igualmente en toda la historia constitucional del larguísimo siglo XIX europeo. No ocurre lo mismo en los Estados Unidos de América. Es aquí donde el principio de la división de poderes se orienta definitivamente hacia la contención del poder y se opone a la representación política, como medio de evitar la temida

tiranía del Congreso. En su vieja forma de *respublica mixta*, el principio de división de poderes definía de forma completa la articulación del poder público, incluida la cuestión de la representación; pero ésta ya no descansa en adelante sobre el principio de la división de poderes, sino sobre las determinaciones más específicas de los modelos presidencial o parlamentario.

La división de poderes se convierte, pues, en la garantía decisiva de la libertad social, en el medio jurídico para la realización de tal fin político. La confianza en la separación de poderes como instrumento de contención de un poder de legitimidad representativa o plebiscitaria se refuerza en Estados Unidos mediante mecanismos judiciales que imponen la supremacía de la Constitución y el rule of law; la genérica separación de poderes se concreta también en la independencia judicial. En la Europa continental, dotada mucho más tarde de jurisdicción contencioso-administrativa, de jurisdicción constitucional, de recursos de amparo y de las garantías que ofrece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el refuerzo termina asumiendo la carga principal: el control judicial del ejecutivo y, sobre todo, la garantía judicial de los derechos incluso frente al legislador dejan en segundo plano la división de poderes cuando se trata de identificar las garantías de la libertad. Concretada la división de poderes en la garantía autónoma de una jurisdicción independiente y eficaz, otros principios específicos, como el de reserva de ley, se reducen a determinaciones constitucionales más o menos eventuales.

En definitiva, a medida que se desarrollan sus especificaciones la división de poderes ve progresivamente reducida su área de proyección propia y corre el riesgo de convertirse en un tópico histórico (o temporal!) fosilizado, con un potencial crítico directamente proporcional al nivel de abstracción desde el que se invoca; por ejemplo, cuando se identifica como separación absoluta de órganos con un peso político estrictamente equivalente y se valora cualquier desviación como letal para la libertad de los ciudadanos. Pero lo cierto es que esto apenas contribuye a analizar la necesidad y la potencialidad actuales del principio.

Los fundamentos del viejo principio de división de poderes (desconfianza hacia la concentración de poder, necesidad de integración política de los diversos grupos...) siguen informando sin duda el proyecto de articular poder público desde postulados constitucionales en el contexto de la globalización. Pero la presencia del principio político-constitucional en esa tarea constituyente no necesariamente conduce a incorporarlo sin cambio alguno al análisis de una Constitución dada. Ciertamente no se trata de que, del mismo modo que se ha dicho que en un Estado constitucional ya no hay soberano, pueda prescindirse en un Estado constituido del principio de división de poderes; pero es necesario

distinguir su significado político en el momento constituyente de su alcance jurídico en un concreto orden constitucional.

La Constitución española, por ejemplo, persigue el fin clásico de la preservación de la libertad por muy diferentes medios. Quizá no tenga mayor sentido comenzar buscando nuevos fines o nuevas funciones para una división de poderes presupuesta como persistente y, sin embargo, parcialmente vaciada de aquel sentido originario. Bastará con situar la organización del poder público en el contexto general de la Constitución normativa, determinada conjuntamente por otros principios diversos (democracia, representación, Estado de Derecho...), y analizar las prestaciones específicas que aporta el de división de poderes.

IV. Por todo ello resulta plenamente asumible la sobria perspectiva con la que encara el tema Ramón Punset. En la *presentación* del libro («¿De nuevo sobre la división de poderes?») justifica el volumen no como expresión de una «neurosis de constitucionalistas» empeñados en retornar sobre la Historia, sino como una necesidad deducible de los propios textos constitucionales, que por ejemplo se refieren al poder judicial y al principio de exclusividad de la jurisdicción (entendido como «explícita consagración constitucional del principio de división de poderes por lo que se refiere al ámbito del poder judicial» en la Constitución española), así como a la independencia judicial. Pero también «la relación entre los órganos constitucionales [...] en orden a la creación primaria del derecho», concretada en el sistema de fuentes, pone de manifiesto la vigencia del principio, que no decae por más que en su ámbito normativo se proyecte la acción política de los partidos; tampoco resulta anulado por los múltiples e intensos efectos de la integración europea, justamente en virtud del principio de autonomía institucional. La existencia de «vías procedimentales específicas de protección del acervo competencial de cada poder», en forma de conflictos de jurisdicción o de atribuciones, da cuenta, por lo demás, de la pervivencia, «tutelada jurisdiccionalmente», de «la división de poderes [,] como teoría jurídica de la organización constitucional [que] siempre ha significado pluralidad institucionalizada de centros de poder»; una «pluralidad orgánico-funcional» cuya configuración concreta, tanto vertical como horizontal, depende de «peculiaridades de índole histórico-política» que ya no serían inherentes al principio. El constituyente dispone, pues, de un amplio margen a la hora de concretar las funciones públicas y los órganos que las asumen.

Ya más adelante señala como núcleo básico de la división de poderes «una división de las funciones estatales en sentido material (es decir, de las actividades sustancialmente legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales en que cabe dividir el proceso de creación y aplicación del derecho) entre órganos constitucionales [...] dotados de autonomía o independencia mutuas. Tal distribución [...]

se efectúa por cada Constitución mediante la configuración (ésta variable y contingente en su articulación concreta) de las funciones estatales en sentido formal [...] El reparto tiene lugar sin atender por completo a la naturaleza de los actos (que, de todos modos, resulta el criterio preponderante y orientador); y las funciones, a menudo más numerosas que las de índole material por fraccionamiento de éstas, son susceptibles de conferirse en régimen de exclusividad o de compartición [...] La autonomía o, según el caso, la independencia de los órganos constitucionales únicamente denotan, sin embargo, ausencia de subordinación jerárquica en el desempeño de sus funciones».

Podríamos decir, pues, que la división de poderes supone una correlación de órganos y funciones que descansa en la decisión del poder constituyente, pero que viene prefigurada por ciertos elementos básicos del Estado democrático de Derecho. Si las tareas concretas de los poderes públicos en los diversos ámbitos (cultural, económico, ...) se despliegan a través del establecimiento, la aplicación y la garantía del Derecho, ello necesariamente implica cierta diversificación material de funciones, que se corresponden con las que suelen considerarse clásicamente: legislativa, ejecutiva y judicial. Tales nociones materiales no impiden que la legislación pueda configurarse ocasionalmente como acción concreta, la ejecución comprenda en determinados supuestos la creación de normas complementarias de las leyes, y la jurisdicción tenga a su cargo no sólo juzgar conforme a Derecho, sino también hacer ejecutar lo juzgado, desarrollar en su caso el ordenamiento e incluso crear Derecho.

La distinción no es, pues, precisa, pero tampoco irrelevante, especialmente en lo que se refiere a la distinción entre creación y aplicación del Derecho, entendidas respectivamente como creación relativamente libre, aunque limitada, de normas jurídicas estables, y aplicación de las normas ya creadas a situaciones en las que despliegan su concreta eficacia conformadora. Resulta necesaria desde el punto de vista del Estado de Derecho. La estabilidad del orden estatal y social y la seguridad y los derechos del ciudadano dependen de la existencia de normas previas efectivamente ordenadoras y no arbitrariamente aplicadas. Y también lo es en el Estado democrático: la ordenación social dentro del abierto marco constitucional debe ser fruto de la voluntad política del grupo organizado, no de jueces sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE), ni de administradores que deben actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Todo ello descansa, a la postre, en una noción de ley que enraíza en los orígenes del Estado liberal y que toma distancias respecto de la primacía del poder gubernativo propia aún del despotismo ilustrado. Con las transformaciones del Estado contemporáneo, la ley ha sufrido una cierta desnaturalización

de sus rasgos sustanciales que imponen remitirse también, para cualificarla, a aspectos accidentales, referidos a las relaciones entre ley y reglamento o a la configuración del procedimiento legislativo. Es cierto que la asignación central de la función materialmente delimitada al órgano idóneo para realizarla, a través de una potestad con vocación expansiva a la plenitud de la función, responde al postulado de la división de poderes: la racionalización del poder invita a atribuir el núcleo esencial de cada función a órganos distintos y determinados. Pero la tarea concreta de crear derecho se distribuye hoy entre los distintos órganos del Estado de modo diverso, dando respuestas variadas al problema político de la atribución del poder legislativo. Para ello, cada Constitución les atribuye potestades normativas diferenciadas, que suponen elementos básicos en las relaciones entre los órganos constitucionales que las producen; su ordenación en un cierto *sistema de fuentes*, y el consiguiente equilibrio de poderes, dependen, sin embargo, de factores diversos que articulan en la práctica dichas potestades normativas; Presno recuerda, por ejemplo, el juego diferente que pueden ofrecer reglamentos, Decretos Legislativos y Decretos-leyes en función de la composición del Gobierno y de la estructura de sus apoyos parlamentarios.

Por esta vía se limita el poder tanto en cada órgano, ceñido a sus competencias, como en su conjunto, mediante la estructura constitucional de colaboraciones y frenos, de controles y contrapesos. La división de poderes es, en este sentido, un principio al servicio de la libertad del individuo. Sería también *contrario* al poder del Estado en la medida en que su existencia, unidad y plenitud siguieran siendo presupuestas. En el Estado constitucional, sin embargo, no se parte de un poder unitario al que *la Constitución de la libertad* se enfrenta, sino que la Constitución lo es simultáneamente *del poder y de la libertad*; no sólo limita y equilibra los poderes del Estado, antes los crea —limitados— y asegura su acción y su cooperación. Porque se trata ciertamente de facilitar la consecución de la libertad, pero ésta es propia del orden estatal y social, no de una esfera de competencia negativa del Estado.

El principio cumple, pues, una función racionalizadora y ordenadora en cuanto cauce jurídico para la acción del Estado. Punset señala en la presentación, en efecto, que frente a «la antigua teoría del Estado mixto, [...] de carácter filosófico, político y sociológico» (aunque también, a fin de cuentas, *doctrina constitucional*), la doctrina de la división de poderes es «una teoría jurídica de la organización del poder» con la «finalidad política» de «garantizar [...] la libertad y la seguridad de los ciudadanos mediante la distribución del ejercicio de las funciones estatales entre una pluralidad de órganos situados en la cúspide del ordenamiento». Y precisamente la vigencia de los principios jurídicos de organización del Estado impide sustituir los órganos constitucionales Gobierno

y Parlamento «por un nuevo órgano compuesto por el Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sustenta», de un lado, y las minorías como «órgano no formalizado», de otro. Ésta es una perspectiva de análisis quizá fructífera para el poder constituyente; pero «no puede hacerse incompatible con la estructura orgánica del Estado constitucionalmente establecida».

V. El debate en torno a la llamada *función de dirección política*, que parece poner en suspenso la división de poderes, y su contraposición a una supuesta *función de control*, que recuperaría cierta vigencia para tal principio, entronca quizá con la quiebra de algunos fundamentos que la división de poderes daba por supuestos (unidad del poder estatal, intereses articulados que buscan en él su representación orgánica...). Sin embargo, la supremacía de la Constitución no permite que tales reflexiones, tomadas del ámbito de la ciencia política, usurpen su estatuto jurídico como fundamento de la actividad del Estado; tampoco que desplacen los principios que ella misma consagra. No es necesario aquí un desarrollo detallado de estas cuestiones (me remito a la recensión del libro coordinado por M. Aragón Reyes y A. J. Gómez Montoro, *El Gobierno. Problemas constitucionales*, que publiqué en *TRC* 18/2006); pero sí pueden ofrecerse dos indicaciones genéricas.

De un lado, parece innecesario identificar y dotar de autonomía conceptual a una *función de dirección política*. Ramón Punset destaca en este volumen, por ejemplo, la relación entre la dirección de la política que el artículo 97 CE encomienda al Gobierno y la iniciativa legislativa gubernamental; y también se puede desempeñar aquella tarea, al menos parcialmente, a través de la función *ejecutiva*, que no cabe reducir a la simple activación mecánica de consecuencias jurídicas ante supuestos de hecho exhaustivamente descritos por la norma. Por lo demás, como ha mostrado Ignacio Fernández Sarasola, la dirección política del Estado no se identifica con la actividad de un órgano concreto, que adquiriría, gracias a la encomienda exclusiva o preferente de tal tarea, una primacía incompatible con el equilibrio de poderes; de la dirección política participan todos los poderes del Estado en el ejercicio de sus atribuciones respectivas, y aun las diversas formaciones sociales. La acción unitaria del Estado y su orientación política terminan siendo más el resultado de múltiples impulsos en el marco de un orden político democrático y plural que el cumplimiento de un proyecto unilateral del Gobierno.

Por su parte, el control atribuido a la oposición se apoya en una noción dual del control parlamentario (*por el Parlamento y en el Parlamento*), que ha sido formulada entre nosotros por Manuel Aragón, a su vez inspirado en la dualización del Parlamento como órgano y como institución sugerida por Francisco Rubio Llorente. Frente a la supuesta inanidad del control por el Parlamento,

propone extender la noción de control al conjunto de las actividades parlamentarias, incluido el procedimiento legislativo, y reforzar en ellas el papel institucional de las minorías. Ha de reconocerse, en efecto, que la contraposición de intereses derivados de la posición institucional, sobre la que descansa la idea clásica del control parlamentario (Madison), resulta ciertamente debilitada por las estructuras de partido; pero «el partidismo no ha eclipsado completamente los intereses institucionales» (G. W. Carey). Y, sobre todo, quizá la construcción sea innecesaria: sería suficiente con asumir que las Cámaras, formadas por representantes individuales, sólo han de reducir a unidad el poder difundido entre ellos cuando les sea necesario manifestar una voluntad unitaria, fijada en tal caso conforme al principio mayoritario. Los principios de publicidad, contradicción y libre deliberación resultan connaturales a su estructura y funcionamiento, no al ejercicio de una de sus funciones (el control del Gobierno). Los problemas que plantea la presencia de los partidos políticos en los parlamentos no necesariamente han de enfrentarse a través de modificaciones en la división de poderes, sino con un Derecho parlamentario inspirado por los postulados de la democracia representativa.

La clásica división de poderes, en fin, conserva en el Estado constitucional un alcance limitado, pero aun así significativo. Ni ha caducado, reposando a la espera de ser sustituida por otra formulación más actualizada y de valor equivalente, ni es preciso reintegrarla a una originaria pureza. Es cierto que no responde a muchos problemas específicos de la realidad política inmediata; pero sería absurdo buscar en un solo principio solución concreta para todas las cuestiones que plantea la organización constitucional del Estado. Sólo al poner la división de poderes en relación con otros elementos de nuestro sistema constitucional, así como con los preceptos que los desarrollan y concretan, cabe apreciar su eficacia.

