

DE LA SEPARACION Y CONTROL DE LOS PODERES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I

La pretensión de razonar acerca del reflejo de la separación de poderes en el actual sistema constitucional español, nos sitúa ante una fuente viva de problemas jurídicos, con una amplia secuela de interrogantes, pero también de implicaciones insospechadas, alguna de cuyas características me ha interesado desde diversas perspectivas. De ahí que intente ahora aglutinar y trabar tales consideraciones desarrollándolas en la medida de lo posible con el afán de lograr un discurso unitario.

Hablar de la separación de poderes implica acercarse a una realidad bifronte, de doble faz; no en balde los estudiosos del Estado se refieren con frecuencia al ejemplo de Jano. Está, de una parte, la vertiente de lo sugestivo: lo que tiene de mito, de idea fuerza, el arrastre de la utopía con su amplio halo, como bien destacó don Nicolás Pérez Serrano en un trabajo que se sigue leyendo con interés, la importancia que tienen estos cometas en la realidad social de los pueblos. Pero está, también, de otra parte, la variante de lo eficiente, lo que tiene de operatividad real, las enormes consecuencias prácticas que puede implicar.

Y, por supuesto, bajo las dos vertientes, se trata de algo cuya presencia se palpa en la calle, en la opinión pública, no digamos entre los políticos de uno y otro color (aunque a veces metan la pata hablando burdamente de la división de poderes).

¿En qué medida aparece o se refleja la división de poderes en la actual Constitución española? Tal sería el interrogante básico punto de partida de la indagación que nos reúne. Si la respuesta resulta globalmente positiva, si se estima que la Constitución de 1978 refleja la filosofía de la separación de poderes, ¿cuál es su ámbito y amplitud real? ¿Hasta dónde alcanzan sus exigencias? ¿Cuál es, más en concreto, el contorno de sus estribaciones, cuáles sus detalles, cuál el relieve de sus pqueñeces y nimiedades? ¿A través de que fórmulas se garantizan sus implicaciones? Y, en esta línea, ¿hasta dónde alcanzan las previsiones

constitucionales, cuáles son sus topes, de dónde no debe pasarse? ¿Cuál es, dando un paso más, el espacio que queda a la normal disponibilidad del Legislador? ¿De dónde no deberá éste pasar? Sin duda, todas estas preguntas que van punteando la indagación central, nos deparan mucho tema para la limitada ocasión que me he propuesto. Se trata de reflexionar para levantar interrogantes sobre todo, pues la materia exigiría mucha más atención de la que ha merecido. Ojalá esta sencilla labor que me he propuesto contribuya a animar a los estudiosos a insistir en temas de tanta enjundia, tan llenos de consecuencias.

II

Para situar el problema, y como punto de partida, hay que considerar el nombre que está en la mente de todos: Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu, que nacía ahora hace tres siglos precisamente. En 1748 aparece su famosa obra *De l'esprit des lois*, joya de la literatura jurídica y política —o simplemente, de la literatura—, que por cierto no escapó al destino, reservado a tantos libros ilustres, de ser incluido en el *Indice* de libros prohibidos. Libro, por supuesto, que ha sido fuente de los más variados usos: respetado, apreciado, citado, esgrimido, manipulado, estirado, deformado, apoyo de numerosas realizaciones y construcciones sociales, plantilla de abundantes leyes y aun constituciones, no escasean los supuestos de utilización con bien poco rigor o con enorme libertad. Pero siempre presente la doble faz a que aludía antes, la vertiente del mito, de la idea fuerza, que empuja y arrastra, aun por encima del más mínimo rigor, pero también ese apoyo para elaboraciones concretas y tangibles, con consecuencias que no han sido de despreciar. En todo caso, y siempre, doctrina e instrumento contra el absolutismo —contra la arbitrariedad o la tiranía, podíamos decir incluso— que, como ha sido bien notado, y es el frecuente destino de tantos remedios valiosos, se elabora en pleno período absolutista (aparece, como se recordará, bajo el reinado de Luis XV).

De la famosa obra —para la cual el autor, con toda modestia, y elegancia, se permite reclamar una gracia en el Prefacio, la de que no se juzgue por la lectura de un momento lo que es un trabajo de veinte años— es especialmente utilizado, cuando se aborda el tema que ahora nos ocupa, del ya clásico libro undécimo, el capítulo VI, que trata «De la Constitución de Inglaterra». Y que se inicia con la conocida afirmación «Hay en cada Estado tres clases de poderes...»:

«Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance executrice de celles qui dépendent du droit civil...»

Entre las afirmaciones archicitadas que allí se contienen, se encuentra también ésta:

«Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la forme d'un oppresseur.»

Y ahí se contienen, también, sentencias tan conocidas como la de que los jueces no son más que «la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados cuya fuerza o rigor (de la ley) no pueden moderar», etc. Cada vez que se vuelven a leer unas y otras impresionan las palabras por su fuerza y por su peso, al margen de la carga polémica o del juicio sobre su alcance. Afirmaciones como las citadas, y otras semejantes, han constituido el soporte para la construcción de la teoría de los tres poderes, la famosa trilogía, dejando corta la parábola de la simiente de mostaza: ¡Quién podría intentar medir o calcular la de troncos y ramajes, los bosques espesos, que derivarían de tan contenido origen! Tres poderes. Separación. Construcción tantas veces iluminada desde criterios rígidos, desde un afán o una ilusión de automatismo. Hace, así, su aparición en escena, con facilidad, la vertiente del mito. Habría que destacar, en efecto, el carácter irreal de cualquier planteamiento mecanicista, lo que no obsta, en absoluto, para que haya podido servir de apoyo y aun de base real para apoyar movimientos históricos de gran intensidad y eficacia. Alcances prácticos cuantiosos, pura irrealidad en el terreno de la lógica de las construcciones que no ha dejado de plasmar incluso en una sorprendente —y admirable— experiencia geográfica, mejor dicho, urbanística: se admiran, así, las impresionantes construcciones arquitectónicas que en buen número de capitales del continente americano han cuajado en la correspondiente plaza que reúne —unidos pero separados— los palacios correspondientes a cada uno de los tres poderes. Física realidad palpable, teorización a las veces, tan evanescente. Se entra, así, en el campo de las interpretaciones, de los malentendidos: de cómo Montesquieu falseó —o malinterpretó— la realidad inglesa; de cómo a su vez, en tantas ocasiones, se ha ido falseando lo que había dicho Montesquieu; de cómo lo que se dice que dijo Montesquieu fue llevado a límites sorprendentes. Se dirán, así, seguidores del criterio de la división de poderes los que plasmaron el modelo norteamericano de presidencialismo, en el que llegaría a jugar un papel relevante la distinción entre poder constituyente y poder constituido, y en el que los poderes del juez quedarían enormemente resaltados; se dirán también seguidores de la doctrina los que articularon el que podría denominarse esquema francés, en el que resaltó la soberanía del parlamento y el claro embridamiento del juez (al margen de que últimamente soplen vientos diversos).

He hablado de modelo, de esquema: habrá —si es que lo hay— un prototipo, pero luego la realidad efectiva que se plasma en cada supuesto histórico es tan peculiar que no puede por menos de ofrecer enormes diferencias entre unos casos y otros. Y es que, en efecto, si se comparan

las concreciones históricas —no escasas— que han llegado a fraguar, si común a todas ellas sería el hablar de los tres poderes, luego los detalles y pormenores, o el simple desarrollo, es normal que no coincidan —y aun que difieran enormemente—, sin que deje de suceder que cuando se está hablando de los tres poderes, se está hablando de cosas distintas, que no coincidan, en suma, los términos de la trilogía. Carácter evanescente de la construcción, pues no es en efecto, como tantas veces sucede en las ciencias sociales, un modelo férreo que dé soluciones de una vez por todas, y que haya previsto para siempre todos los problemas. Nada parecido hay, en efecto, en las hermosas y elocuentes páginas del barón de Montesquieu. Su finura, su matizado juicio, su capacidad de análisis y ponderación chocaría indeblemente con rigideces y automatismos, con esquemas férreos, con moldes inalterables e inmutables. Frente a lo resbaladizo de quienes quieren aferrarse a lo inasible, frente a lo irreal, en suma, de una falsa apariencia, hay en el propio libro undécimo de la obra la referencia a algo mucho más firme y seguro, con más peso y consistencia, más apegado al plano de la realidad, aunque exija un esfuerzo permanente, y no venga a resolver el problema de una vez por todas. Se contiene, en efecto, en el capítulo cuarto, donde se sigue tratando la cuestión abordada en el anterior capítulo, que es nada menos que la de la libertad: libertad política que no aparece más que donde no se abusa del poder. Y puntualiza así, al respecto:

«Pues es una experiencia eterna que cualquier hombre que tiene poder se ve inclinado a abusar de él; y llegará hasta donde encuentre límites. ¡Quién lo diría!: la propia virtud tiene necesidad de límites.»

Rematando así la observación:

«Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga (*arrête*) al poder.»

Que el poder contenga al poder. Ahí radica, a mi modo de ver, la clave de bóveda de toda la construcción. He ahí el núcleo y la síntesis de toda esta filosofía. Pero en su aparente sencillez, va a resultar de una enorme complejidad. No habrá ya una fórmula, lejos de cualquier artificio de acero, que valga para todas las ocasiones. Va a ser preciso ahora elaborar una respuesta propia y peculiar para cada caso, preparar un complejo diseño para cada situación. Demanda esta filosofía, en efecto, un sistema propio de pesos y contrapesos, el cálculo preciso de los espacios y de los límites, de los motores y de los frenos. Frente a la rigidez o al automatismo de una trilogía imperecedera y válida para siempre —utopía luego inalcanzable en la práctica que se dispersa en una pluralidad de respuestas efectivas—, creo que lo real, lo válido, es esta receta de búsqueda del sistema de pesos y contrapesos para cada supuesto, un poco al modo de las recetas magistrales, que exigen una preparación específica y diferenciada. Sin importar si serán tres o más los poderes

—aunque comprendo también la fuerza de la cifra mágica—, sino que cada poder tenga sus contrapesos, sus compensaciones, los límites que puedan contenerle. Lo que demanda inexcusablemente una laboriosa tarea de orfebrería social para cada respuesta.

Louis Althusser escribió brillantes páginas sobre Montesquieu. Y trató de situarle. Insistió, así, en los intereses sociales que defendía, los de la nobleza. Pero dirá de él en sentencia ya célebre: «este opositor de derechas ha servido, en el curso del siglo, a todos los opositores de izquierdas». El propio autor destacará, al estudiar el libro undécimo, cómo se trata en su mayor parte de una ilusión histórica; exponiendo, igualmente, las que él llama las dos audacias de Charles Eisenmann en las famosas páginas que éste dedicó a Montesquieu. Primera audacia: demostrar que no existía la famosa teoría de la separación de poderes. Segunda audacia: recalcar que en puridad se trataba de combinaciones, fusiones y enlaces de y entre los poderes. Se destaca, como colofón, que la moderación surge del equilibrio de los poderes, de donde arranca el interés por las combinaciones de fuerzas y por el reparto ponderado.

Lo que me lleva a mí a insistir para remachar esta reflexión: no a unas plantillas rígidas, sino a un sistema de pesos y contrapesos, de potencias y controles, que deparará, necesariamente, fórmulas distintas para cada aplicación.

Llegados a este punto, podemos tornar el enfoque para centrarnos sobre la actual realidad española.

III

La pregunta clave de nuestra indagación sería la siguiente: ¿recibe la vigente Constitución española la teoría de la separación de poderes? ¿Se deja sentir su filosofía?

Recuérdese que una significativa veta del constitucionalismo, desde los albores del liberalismo, ha sido sensible a la recepción expresa de la teoría de los tres poderes, que plasma en textos y documentos muy cualificados. Tal sería el caso de algunas de las más celebradas Declaraciones de Derechos de las colonias —o antiguas colonias justo al articular su independencia— de América del Norte (precediendo al texto de la correspondiente Constitución alguna de dichas Declaraciones). Así, en el *Bill of Rights*, del buen pueblo de Virginia, de 1776, se dirá en el epígrafe V:

«Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado deben estar separados...»

Muy gráfico resulta también —muy descriptivo, además— el criterio de la de Massachusetts, de 1780, cuyo epígrafe XXX puntualiza:

«In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or

either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive power, or either of them; to end it may be a government of laws, and not of men.»

Por último, bastará como muestra la tan conocida afirmación del punto 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Convención de 1789, cuyo segundo centenario se celebra gozosamente ahora, incorporada hoy, no se olvide, al bloque de la constitucionalidad en Francia:

«Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.»

Este texto, tan citado, y tan importante, nos depara, además, un nuevo motivo de reflexión: la idea de que la separación de poderes tiene algo que ver —aquí se mencionan conjuntamente— con la garantía de los derechos a la hora de levantar una barrera al poder absoluto. En esta línea, observaba certeramente don Nicolás Pérez Serrano que si de lo que se trata es de limitar el poder absoluto, el reconocimiento efectivo de un amplio elenco de derechos fundamentales puede obviar determinadas insistencias sobre la separación de poderes. Serían dos modalidades complementarias que se ordenan a un mismo fin. Algo diré más adelante al respecto al comentar algunos pasajes de la actual Constitución española.

Para concluir las referencias, debe quedar constancia de que la línea auspiciada por las Declaraciones de Derechos se recibe también en los propios textos de las Constituciones. Bastará citar como ejemplo el que nos depara la Constitución de Colombia —valga como pequeño homenaje personal al querido país, que tan difíciles circunstancias atraviesa—, como muestra de una corriente muy fértil en aquél continente (dicha Constitución es de 1886, si bien la versión del precepto que transcribo se ofrece así tras la reforma experimentada en 1945). En efecto, el Título V, con la rúbrica «De las ramas del poder público y del servicio público», se abre con el artículo 55, que tiene esta redacción:

«Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva, la Jurisdiccional.

El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.»

De modo que, de una forma o de otra, la doctrina de la separación de los tres poderes ha tenido acceso expreso a muy cualificados textos. ¿Y la Constitución española de 1978, cuál ha sido su reacción al respecto? Diré de entrada que, por fortuna, se ha librado de una recepción de corte mecanicista y enumerativo. No se ha puesto, por así decir, el

sello o cuño que haya grabado con nitidez, en un anagrama inconfundible, la silueta de los tres poderes. Lo que no es obstáculo para que en la misma suene clara la filosofía de la separación de poderes. No se olvide que si cualquier Constitución quiere superar en la medida de lo posible las carencias anteriores, el régimen político español precedente se caracterizó, entre otros, por el dato relevante de que el Jefe del Estado asumía *todos* los poderes del Estado, en una solución inequívoca de concentración de poderes, por más que el paso del tiempo forzara de alguna manera a aflojar la tensión de tal concentración. Nada es de extrañar, por eso, que la nueva Constitución hubiera de tomar partido en relación con toda esta problemática, en relación, también, con la modalidad concreta de la separación de poderes. Pero ¿cómo?

En la STC 45/1986, de 17 de abril, que resuelve los conflictos interpuestos por el Consejo General del Poder Judicial contra la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985 (citada en adelante como LOPJ), se afirma a lo largo del fundamento jurídico cuarto:

«El conflicto de atribuciones garantiza (...) la existencia de la misma estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias, que se protegen también a través de esta vía procesal. El interés preservado por el proceso conflictual es estrictamente el de respeto a la pluralidad o complejidad de la estructura de poderes constitucionales, lo que tradicionalmente se ha llamado “división de poderes”...»

Tomemos nota, junto a la directa referencia final, de expresiones como «la pluralidad o complejidad de la estructura de poderes constitucionales», la «estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales». Suena, en efecto, en el actual sistema, a poco que se analice, la música de la separación de poderes. No es nada difícil localizar incluso unos cuantos elementos terminológicos. No, recalco, la mención a los «clásicos» tres poderes ni a fórmulas simplistas. En cambio, la contemplación del panorama constitucional depara un complejo entramado que responde al criterio de pesos y contrapesos, acciones y límites, relaciones y barreras. Sin que sea fácil levantar un resumen simple, extraer en un plano de pocos trazos. Antes, al contrario, resulta dificultoso aventurar una descripción de lo que es un complejo enrevesado y bien poco cristalino. Al igual que sucede con la teoría de las fuentes del derecho, la Constitución de 1978 resulta aquí complicada y difícil, no llana sino montuosa, con una realidad densa, velada o escondida a veces, más allá de las simples apariencias.

Expondré a continuación unos cuantos datos entresacados del texto constitucional, aunque no pretenda ahora ser exhaustivo.

1. Destaca, ante todo, la referencia expresa, como poder, al judicial: «Del Poder Judicial», es la rúbrica del Título VI, y la fórmula se repite en unas cuantas ocasiones, bien de manera directa, como en el artículo 117.1, al describirlo; bien de manera indirecta, al nombrar el órgano de

gobierno del mismo: el Consejo General del Poder Judicial (así, artículos 122, 123 ó 159.1). Advertiré que la expresión es intencionada —es decir, fruto de una decisión reflexiva y no puramente fortuita o debida a la inercia histórica (téngase presente que aparece ya en las minutas de la Ponencia Constitucional, así la de la reunión del día 2 de noviembre de 1977)— ya que a lo largo de la discusión constitucional se enmendó para que desapareciera, rechazándose tal propuesta, dándose confirmación, por tanto, al criterio comentado (por cierto que en la minuta de la Ponencia Constitucional del día antes aludido figura constancia de la reserva de carácter técnico formulada por el representante de AP en cuanto al empleo de la expresión «Poder Judicial»).

Por otro lado, el hecho de que se consagre «el poder judicial» hace presuponer que no es el único, que habrá otros poderes. ¿Cuáles o cuántos serán éstos?

2. En lugares bien distanciados de la Constitución se encuentran sendas referencias a «poderes del Estado», que parecen ir en la dirección indagada.

La primera de ellas ocupa un lugar destacado, nada menos que en el artículo primero, en su párrafo segundo. Se dice allí que:

«La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.»

Cierto que caben varias interpretaciones. Una de ellas podría ser la de que aquí con la palabra «poderes» —que sin duda es anfibológica— se quiere aludir a un sentido material o de actividad equivalente a funciones, competencias o potestades. Como cuando se habla de la potestad legislativa (artículo 66.2), de la potestad jurisdiccional (artículo 117), o de la función ejecutiva (artículo 97). Pero me inclino mejor a pensar que se está contemplando lo orgánico u organizativo para dar una respuesta crucial en ese precepto clave. De una parte, se afirma la pluralidad de poderes frente a cualquier solución monista (y ahí está bien clara la respuesta a la peculiaridades del régimen político anterior, a que antes me refería). Pero, de otra parte, se recalca que todos y cada uno de los «poderes del Estado» que quieran reconocerse como tales, no pueden tener más arraigo que en el «pueblo español». Querría resaltar este aspecto con energía: enormes pueden ser sus derivaciones, a tenor de una concepción actual de los poderes, como se va a ir razonando a continuación. Allí donde pretenda encontrarse residenciado un poder del Estado, sólo si emana del pueblo español habrá de ser reconocido como tal. Esta resulta la única vía de legitimación constitucional. No tienen cabida, así, poderes *a se stantes*, que pretendan legitimarse en sí mismos, o en cualquier otra fuente distinta a «el pueblo español». No encajarán legitimaciones históricas o bélicas, del mismo modo que no cabe una legitimación estamental o familiar, corporativa o de clase. Si se pretende reconocer «poderes del Estado», con un ámbito territorial determinado, resulta incuestionable, igualmente, que su única justificación radica en *emanar del pueblo español*, así en conjunto.

3. La otra referencia se encuentra en el artículo 116, con motivo de la regulación de los estados excepcionales. Al preverse diversas garantías inexcusables, el párrafo quinto incluye el siguiente mandato:

«No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.»

A recalcar del párrafo la frase *su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse*. Se intercala el adjetivo «constitucionales» a la expresión «poderes del Estado»; ésta, sin duda, denota un sentido orgánico (de ahí que pueda hablarse de «su funcionamiento»). Se repite, por tanto, que hay unos «poderes del Estado». Pero, aquí, en este lugar inesperado, se va a proporcionar un dato muy valioso: la alusión a «los demás poderes» da por sentado que «las Cámaras» son uno de ellos (recuérdese que «De las Cámaras» es la rúbrica del Capítulo Primero del Título III; para éste, de las diversas opciones en cuanto a la rúbrica —y no se oculta que una de las posibles soluciones era haber aludido de alguna manera al «poder legislativo»—, la fórmula que se eligió resultó ser, como se recordará, «De las Cortes Generales»). Con esta referencia del artículo 116.5, ya son dos los poderes que el propio texto de la Constitución nos da como localizados —a cada uno de los cuales se les dedica un título específico—. Ese plural que por dos veces incluye la Constitución, ¿se agotará con un tercero, «el» tercer poder? ¿O se ofrecerá una opción abierta, indeterminada, que luego los intérpretes deberán articular?

4. La Constitución reitera una expresión muy próxima en cuanto a terminología a la problemática que venimos estudiando, pero que parece que nada directo tiene que ver con ella. Me refiero a la expresión «poderes públicos», que aparece salteada en innumerables ocasiones a lo largo de todo el texto. Destacaría el amplísimo uso que se hace de ella en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica, para encargarles, genéricamente y sin demasiadas concreciones, de los cometidos que allí se van enumerando: los poderes públicos cuidarán de la defensa de los consumidores y del progreso social y económico, protegerán a la familia y tutelarán la salud, promoverán el acceso a la cultura y velarán por la defensa del medio ambiente, etc. No se agota en ese espacio la enumeración, pues también se encuentra en lugares cualificados, como el Título Preliminar —para recalcar que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico— o el artículo 53, que cuida de la garantía de los derechos fundamentales, para destacar que éstos les vinculan expresamente.

En verdad, la reiterada utilización de la fórmula no aclara mucho a los efectos de nuestra indagación. Resulta una fórmula de amplio significado, no siempre utilizada con idénticos criterios. Podría convenirse

en que los «poderes del Estado» son «poderes públicos», pero no a la inversa, es decir, hay «poderes públicos» que no son «poderes del Estado», en el sentido más estricto que conviene a las presentes reflexiones. Conocida es la amplia interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de la expresión comentada: también los municipios serían poderes públicos —las corporaciones locales, con carácter general, hay que entender—, lo mismo que determinadas corporaciones públicas, que poco tienen que ver con la teoría de la separación de poderes, con el sistema de equilibrio y relaciones de los pilares decisivos del Estado.

5. Sin duda, es «el ejecutivo» la pieza que faltaría por encontrar para cerrar el círculo tantas veces repetido. Pero de «poder ejecutivo» no habla la Constitución. No se ha dado este paso. En cambio, hay una expresión muy próxima, familiar a la problemática estudiada, pero con un diferente alcance ya. La Constitución habla, en efecto, de «función ejecutiva». Entre las encomiendas que el artículo 97 depara al Gobierno, está la de *ejercer la función ejecutiva*. Pero «función ejecutiva», ya en toda la dogmática histórica de la división de poderes, es algo muy diferente de «poder ejecutivo». Adviértase de paso que, según el citado precepto, si el Gobierno dirige la Administración, con lo que se integra en una amplísima organización, la función ejecutiva la *ejerce* el propio Gobierno, como si fuera en exclusiva.

Ya aludí antes, de pasada, a cómo la Constitución se refiere tanto a la «función ejecutiva» como a «la potestad legislativa del Estado» (artículo 66.2) o a la «potestad jurisdiccional» (artículo 117.3). En el caso de los jueces, la Constitución —apartado siguiente del propio artículo 117— concreta que no ejercerán más *funciones* que las señaladas en el apartado anterior —es decir, la jurisdiccional— «y las que expresamente les sean atribuidas por ley». Es decir, que pueden desempeñar, y desempeñan, otras funciones. Cuando se trata de ver las cosas desde el prisma de las funciones, si hay una primigenia o característica, no es extraño que conviva con otras. El Gobierno tiene, así, por más que limitada y circunscrita, una cierta «función legislativa» (piénsese en el período de validez provisional de los decretos-leyes, o en el supuesto de los decretos legislativos). Hace bien poco ha tenido una cierta actualidad, como tema novedoso, el de la «función administrativa» de los órganos constitucionales, tanto de las Cámaras como del Consejo General del Poder Judicial o de otros.

En definitiva, y sin insistir más, que el camino de las «funciones» o «potestades» es muy diverso al de los «poderes» como tales.

6. Hablando de «poder ejecutivo», hay una reflexión obligada que hoy resulta elemental. Sin pretender en este momento dar una visión histórica completa, en las anteriores constituciones monárquicas, en cuanto expresión de la «monarquía limitada» o «constitucional», el poder ejecutivo, por decirlo de una manera un tanto simplificada, era el Rey. Como lo expresaba, en la Constitución de 1876, el artículo 50, «la potestad de hacer *ejecutar* las leyes reside en el Rey», a quien quedaba subordinada toda la Administración Pública (y al Rey se encomendaba intervenir, por poner un ejemplo expresivo y casi extremo, cuando las Dipu-

taciones provinciales o los Ayuntamientos se extralimitaran de sus atribuciones —artículo 84, tercero—. Más clara aún era la expresión de la Constitución de 1869: «El Poder ejecutivo reside en el Rey, que lo ejerce por medio de sus ministros.» No insistiré con más datos. Pero lo que resultaba claro, con los matices propios de cada momento, es que el Rey era el ejecutivo o el jefe del ejecutivo. (Aunque el planteamiento fuera del todo diferente y nada tuviera que ver con ninguna de las concepciones propias de la separación de poderes, se puede recordar ahora, salvando todas las distancias, pero para destacar cierto mimetismo, que la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que se promulgó en el régimen político precedente —algunos de cuyos preceptos conservan todavía vigencia—, en el artículo segundo, al enumerar los órganos superiores de la Administración del Estado, mencionaba, en primer lugar, al Jefe del Estado.)

La idea de que el Rey fuera el jefe del ejecutivo —sin perjuicio de las «peculiaridades» que la separación de poderes ofreciera en cada período (ténganse presentes, así, las abundantes interferencias sobre el poder judicial)— es, pues, de gran arraigo en el constitucionalismo español. Pues bien, hay que decir que hoy, tras la Constitución de 1978, se ha producido un giro radical, de modo que nada tiene que ver el Rey con el ejecutivo. Se hablará o no de poder ejecutivo en la práctica —y nada parece impedirlo—, pero en el diseño constitucional vigente, al plasmar la idea de la «monarquía parlamentaria» a que alude expresamente al artículo primero, se ha intentado atribuir al Rey funciones y competencias muy distintas a las que correspondían al jefe del ejecutivo. Repito en que parece no haber obstáculo para que adoptando la terminología tradicional se hable hoy de poder ejecutivo con referencia a todo el complejo organizativo de la Administración del Estado, a cuya cabeza, *el Gobierno dirige la Administración* (artículo 97), del mismo modo que, por su parte, *el Presidente dirige la acción del Gobierno* (artículo 98.2). Ahí radicaría hoy —sin perjuicio de matizaciones— el poder ejecutivo. ¿Dónde queda entonces el Rey en el diseño constitucional del Estado? Sus importantes encomiendas, bien que circunscritas y limitadas, no abiertas —«ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes» (artículo 56.1)—, ¿cómo se ubican con propiedad en esta representación gráfica de los poderes del Estado? ¿Es que ya ha dejado de ofrecer utilidad tal representación? Por supuesto que lo que ya no sirve es el esquema de *los tres* poderes. De ahí mis críticas anteriores a fórmulas automáticas o mecanicistas. ¿Determinadas piezas esenciales del Estado se concebirán como poderes mientras otras quedarán al margen de tal criterio? Resulta natural que no todo lo que se integra en el Estado merezca la consideración cualificada de «poder del Estado». ¿Bastará, así, con considerar al Rey como un «órgano constitucional» del Estado, el que resulta ser *símbolo de su unidad y permanencia*?

El legislador ha dado acogida cualificada a esta expresión de «órganos constitucionales» en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (citada en adelante como LOTC), donde se va a abordar, así, la regulación «De los conflictos entre órganos constitucionales del Estado»

(rúbrica del Capítulo III del Título IV y artículos 59.3, 73 y *passim*). Al abordarse estos conflictos —a los que la Constitución no alude directamente, y cuya resolución se encomienda al Tribunal Constitucional— se califica como de órganos constitucionales al Gobierno, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Consejo General del Poder Judicial. Resulta patente hasta qué punto estos órganos constitucionales sirven para identificar los tres poderes de la tricotomía tradicional: el Gobierno, el Ejecutivo —ya lo vimos—; el Congreso y el Senado, el legislativo; y el Consejo General, en dicción del artículo 122.2 queda configurado como *órgano de gobierno* del Poder Judicial. Parece que en estos supuestos —con todos los matices y salvedades que se quiera— la terminología sería sustituible de modo que órganos constitucionales corresponden a poderes (sin que haya que pensar que coinciden al cien por cien).

En los pasajes comentados, la LOTC no se ocupa del Rey, no lo tiene en cuenta desde la óptica de los conflictos allí enumerados. No queda, por tanto, expresamente considerado como órgano constitucional (lo que no significa más que eso, sin que cierre la puerta a posibles interpretaciones). Y ni allí ni en la Constitución se dice de forma paladina que el Rey sea un poder, uno de los poderes del Estado. El constituyente, sin embargo, sí dejó algunas señales claras que bien podrían ser utilizadas a la hora de querer construir alguna variante actual de la teoría de los poderes. Nada más comenzar la regulación del Rey en el artículo 56.1 —el primero del Título dedicado a la Corona; adviértase también este detalle: al iniciarse, por así decir, la parte orgánica, se abre regulando en el Título II la Corona; en el siguiente se abordan las Cortes Generales (por cierto que en la última constitución monárquica habida antes de la presente, la de 1876, las Cortes se regulaban antes que el Rey); en otro se regulará el Poder Judicial; en otro el Tribunal Constitucional, etcétera —, nada más afirmarse que el Rey es el Jefe del Estado y su símbolo, se recalca que *arbitra y modera* el funcionamiento regular de las instituciones. Lo de arbitrar y moderar tiene amplias connotaciones, pues no en balde se ha hablado en tantas ocasiones del «poder arbitral» o del «poder moderador», aunque haya que introducir todas las matizaciones históricas pertinentes, pues, en efecto, la realidad es muy diferente.

Por eso, y sin entrar ahora en mayores consideraciones, puesto que se utiliza expresamente la fórmula poderes del Estado, nada parece impedir el que el Rey sea considerado como uno de ellos. Si se sigue manteniendo, insisto, la terminología, de tantas connotaciones, de poderes del Estado, no desentona dentro del esquema constitucional de la monarquía parlamentaria, con la legitimación antes aludida y dentro del contexto de potestades tasadas ya señalado, el considerar al Rey como poder moderador, poder arbitral, o poder para expresar lo simbólico del Estado: logra unos perfiles netamente dibujados y asume un decisivo núcleo de atribuciones que importa mucho queden diferenciadas y no difuminadas ni interferidas.

7. El constituyente ha querido poner énfasis en la consagración y tutela de los derechos fundamentales. De destacar, así, el relieve que se

otorga a tantos contenidos del Título I, y no digamos a la famosa sección 1.ª de su Capítulo Segundo. Pues bien, me gusta recalcar que si ahí están compilados los derechos fundamentales, no todo lo que hay allí son derechos fundamentales, pues éstos conviven con otros contenidos constitucionales. Destacaba antes el carácter sustitutivo que desde la opción de contención del poder han venido presentando históricamente la separación de poderes y los derechos fundamentales. Una y otros caminan en la misma dirección; de ahí que, con frecuencia, se alternen o sustituyan, se intercalen o entremezclen. Pues bien, me da la impresión de que entre los contenidos de la aludida «Sección 1.ª» que no son derechos fundamentales, abundan las reglas que encauzan el juego de la separación de poderes. No son derechos fundamentales en el sentido de las declaraciones tradicionales, pero enmarcan los detalles precisos necesarios para que cada separación de poderes concreta funcione. Valgan, por todos, estos ejemplos claros: el principio de legalidad penal y sancionatorio (artículo 25.1) que, en definitiva, constriñe las opciones del ejecutivo y enmarca las competencias del judicial (que queda también constreñido); algo similar dígame de la prohibición a la Administración civil de imponer sanciones privativas de libertad (artículo 25.3); o, como tercera muestra pareja, la prohibición de los tribunales de honor (artículo 26).

En otros casos, reglas decisivas que concretan aspectos determinantes de la separación de poderes se funden y mezclan con el haz de contenidos y titularidades de los derechos fundamentales en sentido tradicional, de modo que resultan capitales a la hora de perfilarlos. Aquí sí que habría un claro fenómeno de superposición de ambas modalidades: los criterios para la separación de poderes se funden con tal fuerza que no es fácil contemplarlos separados, sino que aparecen como integrantes cualificados del propio contenido del derecho fundamental. Valgan otros tres ejemplos: el papel que juega el juez, y sólo el juez, a la hora de la privación de libertad (artículo 17.2), como complemento inexcusable del propio derecho a la libertad; del mismo modo que sólo pueden ser judiciales los secuestros (artículo 20.4), como parte inescindible de la libertad de expresión; por último, y en la misma línea, la exclusividad judicial de las interferencias sobre el derecho de asociación (artículo 22.4), lo que viene también a formar parte del contenido de este derecho.

De forma que, por concluir, elementos determinantes para modular la separación de poderes van a aparecer no sólo cuando se regula la parte orgánica de la Constitución, sino en los lugares más insospechados. En este sentido, recuérdese, por ejemplo, que el principio de legalidad —«la ley regulará», lo que excluye el protagonismo inmediato del ejecutivo— se halla salpicado a lo largo de todo el texto constitucional.

8. Una última apreciación a la hora de dejar constancia de las características del sistema constitucional español. Dos siglos largos han transcurrido desde que se escribiera *Del espíritu de las leyes*, y el tiempo no ha pasado en balde sobre tantas reelaboraciones de la doctrina de la separación de poderes. Hoy se pone la atención también en otras pers-

pectivas y se toman en cuenta puntos de vista antaño insospechados. Valga así una referencia, por más que somera y esquemática, a alguno de esos otros ingredientes que pasan a jugar un protagonismo cualificado en los más modernos diseños de Estado, desde esa filosofía de contener la arbitrariedad y el desmán en lo público. Habrá que aludir, así, a lo que Loewenstein y otros autores han denominado emplazamiento de poderes en sentido vertical, por contraste a la «horizontalidad» que caracterizaría a las consideraciones tradicionales de los tres poderes. Se ha destacado, así, el peso que quiso dársele al dato federal a la hora de reorganizar la República Federal Alemana al término de la Segunda Guerra Mundial, como antídoto frente a cualquier posible *concentración de poderes* del tipo de la que había ofrecido el Nacional-Socialismo. Es así como hay que realzar ahora el fuerte impulso regional que ha potenciado en España la Constitución de 1978, con el protagonismo efectivo que han logrado las Comunidades Autónomas. Por cierto que, a propósito de las polémicas y discusiones, tantas veces semánticas y victimistas al uso, me gustaría recordar ahora un nuevo fragmento de las minutas de la Ponencia Constitucional —la Ponencia del consenso, recuérdese—. En la de la sesión de 25 de octubre de 1977, se incluye la siguiente constatación:

«... y tras el correspondiente debate, el Presidente entiende, y así lo manifiesta a los Ponentes, que existe consenso sobre la constitucionalización de un Estado regionalizado».

«Estado regionalizado», como modelo querido y resultante. Pues bien, si *el Estado se organiza territorialmente en Comunidades Autónomas*, según la importante concreción del artículo 137, habrá que ver cuál es, en efecto, el papel que a las mismas se atribuye en una configuración actual de la relación entre poderes del Estado. Algo similar, aunque salvando grandes distancias, habría que pensar a propósito de la cualificada fuerza municipal, fuerza difusa, sin duda —pero similar característica habría que predicar de los Tribunales—, que la Constitución ha querido consagrar también (recuérdese que la Constitución de 1869, al enumerar en su Título II «los poderes públicos», tras aludir a las Cortes, al Rey como poder ejecutivo, y a los tribunales como poder judicial, se ocupa en precepto separado, pero correlativo, de los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales). Incido en aspectos del mayor interés, sobre los que bueno sería reflexionar con responsabilidad y sin simplificaciones. Pero no es éste el momento para desarrollarlos; queden meramente apuntados.

Recordaré, también, para concluir, que desde otra perspectiva halla hoy fortuna en el constitucionalismo la distinción entre poder constituyente y poder constituido, que entre nosotros ha recibido buena acogida —rigidez constitucional (Título X), control de constitucionalidad de las leyes (Título IX), etc.—, con significativas aportaciones (entre otros, de García-Pelayo, J. Pérez Royo y Pedro de Vega), y que ha sido asumida con normalidad y reiteración por el Tribunal Constitucional, lo que excusará de dar más detalles al respecto.

Se comprende que esta indagación ofrece muy sugestivas oportunidades para continuarla, que incitan a profundizar en los argumentos. Pero tal tentación habrá de quedar para una ocasión diferente.

9. El anterior periplo a lo largo del texto de la Constitución habrá servido para evidenciarnos unas cuantas cosas. Ante todo, que no cabe un recorrido simple y esquemático, sino más bien zigzagueante, casi al modo del movimiento del caballo de ajedrez: sería una presencia real y activa, la de la existencia de poderes con sus complejas reglas de juego, entre las que cobran significado singular las referentes a la separación, pero una presencia que cuesta trabajo diseccionar y ordenar, resultando compleja la labor de reconstruir todas las piezas. Nada de fórmulas simplistas, por tanto; ninguna trasposición mecánica de modelos rígidos, y, por supuesto, ningún aval recibe el criterio de que sean tres los poderes del Estado. Sí se ofrece, en cambio, un complejo sistema de mecanismos previstos para la contención, freno o simple garantía de los diversos poderes. A ellos —a alguno de ellos, pues mi pretensión es circunscrita y limitada— paso a dedicar inmediatamente la tercera y última parte de este trabajo, pero podría citarse de inmediato, como paradigmático, el previsto para los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y las Comunidades Autónomas, o de las Comunidades Autónomas entre sí, contemplados en el artículo 161.1.c) —desarrollados luego en los artículos 60 y siguientes de la LOTC—, y cuya resolución se encomienda también al Tribunal Constitucional. Tal sería el caso, igualmente, de los «conflictos entre órganos constitucionales», ya citados, de actualidad hace bien poco, si bien un tanto artificiosa. Por cierto que el Tribunal Constitucional al conocer de los conflictos suscitados entre el Consejo General del Poder Judicial y las Cámaras a consecuencia de la tramitación y aprobación de la LOPJ, resueltos por la ya citada sentencia 45/1986, de 17 de abril, tuvo ocasión de afirmar, en la línea que ahora voy siguiendo:

«Y no cabe desconocer los importantes instrumentos que en nuestro ordenamiento defienden la independencia y las atribuciones de los órganos judiciales. Por otro lado, la Constitución ofrece un sistema de garantías suficientes como para depurar a su través las extralimitaciones en las que pudiera incurrir un órgano constitucional, también, por lo tanto, el Congreso o el Senado, en menoscabo de los órganos integrados en el Poder Judicial » (FJ 5).

«Extralimitaciones», «garantías», resultan términos claves en el sistema de controles y contrapesos a que voy a referirme. Pero séame permitida antes una última reflexión. De la LOPJ se hablada: debo aludir, sin falta, a un precepto de la misma que ha venido a terciar, de forma bien poco oportuna, en la teoría actual de los poderes del Estado.

El reflejo en la opinión pública de la discusión y aprobación de esta ley —la orgánica 6/1985, de 1 de julio, recuérdese, y es oportuno refrescar la fecha para situarla— denota, sin falta, la escasa cultura jurídica

que se observa al presente, el carácter también sesgado y tan parcial con que muchas veces se presentan las cosas. De esta ley, que ofrecía contenidos muy importantes —y ahora querría resaltar el alcance de su Título Preliminar: son enormes las consecuencias jurídicas, y muy positivas, que del mismo derivan—, apenas si trascendieron dos puntos, cierto que muy polémicos e inoportunos: el criterio de designación de los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial y el adelanto a los 65 años de edad de jubilación de los jueces (cuando tan patentes resultan las carencias de personal judicial); puntos inoportunos, sobre todo, en lo que tenían de intencionado intento de forzar y romper un consenso complejamente alcanzado, intento cuyas consecuencias —a cambio de tan poca cosa— no debió prever bien el Gobierno que tal iniciativa tomó. De ambos aspectos entendió el Tribunal Constitucional que no procedía estimar la inconstitucionalidad (si bien después se ha dicho que la sentencia aquí sería una de las denominadas admonitivas o de advertencia: no declarar la nulidad pero invitando a que se rectificaran los criterios). No entraré yo ahora en este terreno, sin duda resbaladizo. Querría sólo decir, en este momento, que, muy lejos de los puntos álgidos de la polémica, hay un precepto en tal ley, que para nada ha parecido interesar, y del que me gustaría que se afirmara su inconstitucionalidad. Y no porque ahí aflore prepotencia, o se deje ver el rodillo o la apisonadora del grupo mayoritario del parlamento; inconstitucional, simplemente, por no saberse el Catecismo, o por saberse sólo una edición anticuada y preconiliar. ¿Cuál será este anatematizable precepto? Aludo al artículo 105 LOPJ, un precepto en que se abordan aspectos un tanto elementales, cuales son los de precedencia, pero sin duda importantes, pues ya es hora de que los españoles aprendan a saber dónde están, y de que no surjan a la menor cicateros y aparatosos problemas de protocolo. Entre las reglas versallescas salta la mención a los poderes, en una forma que a estas alturas no me parece nada adecuada. Dice así el precepto:

«El Presidente del Tribunal Supremo y Consejo General del Poder Judicial es la primera autoridad judicial de la Nación y ostenta la representación del Poder Judicial y del órgano de gobierno del mismo...»

Hasta aquí, las aludidas precedencias. Y sigue:

«Su categoría y honores serán los correspondientes al titular de uno de los tres poderes del Estado.»

¿Es que hay tres poderes? ¿No habíamos visto que la Constitución no permite afirmar que sean tres los poderes del Estado? ¿Cómo ha encontrado campo abonado aquí este espejismo? El legislador de 1985 no ha sabido librarse de la rígida plantilla histórica que tan cuidadosamente evitó el constituyente.

IV

No es buena la rigidez ni el automatismo, a nada conducen las esclerosis históricas o dogmáticas. Esto lo ha visto bien el Tribunal Constitucional en una nueva sentencia que querría citar, bastante famosa y conocida, la 77/1983, de 3 de octubre, en un amparo frente a sanción administrativa impuesta por el Gobernador Civil de Cádiz, a consecuencia de una falsa alarma de bomba realizada desde el teléfono del sancionado. Dice allí el TC:

«No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados» (FJ 2).

«No ha funcionado nunca históricamente», recálquese, un sistema ideal y rígido de división de los poderes del Estado. Más que fórmulas simples y simplistas, la realidad es complicada, con vaivenes, recovecos, idas y venidas; no suelen imperar las fronteras de línea rectas, ideales, sino que son complejas las demarcaciones y entrelazadas, con estribaciones regidas por leyes arcanas que no se dejan adivinar con facilidad. Pues bien, tal afirmación del TC nos da ocasión para arrancar en esta tercera y última parte en la que expondré de forma sucinta algunas muestras de estos complejos engranajes entre poderes, para resaltar cómo funcionan controles, pesos y contrapesos, barreras y límites. Adviértase, empero, que no quiero ofrecer un panorama exhaustivo y sistemático, sino que he de fijarme tan sólo en aspectos sobresalientes, o que a mí me han llamado la atención de forma especial. Recalco, por tanto, este tono selectivo y asimétrico. Es así como paso a enunciar aspectos diversos, cada uno de los cuales podría ser objeto de un amplio desarrollo. Soy consciente, en efecto, de que aquí se abren muy sugestivos campos de investigación en un panorama sin duda apasionante, alguna de cuyas líneas me gustaría profundizar. Pero ello habrá de quedar necesariamente para otras ocasiones.

1. El primer ejemplo a considerar nos lo depara la aludida sentencia del TC: ¿sólo los Tribunales conocerán de los asuntos litigiosos? ¿Sólo han de sancionar los jueces? Conviene no extraer una opinión

equivocada de la lectura del artículo 117.3 de la Constitución, con su referencia a que el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde *exclusivamente* a los Jueces y Tribunales. De «monopolio judicial» hablaba, en efecto, la sentencia, pero para decir que no ha existido nunca. He aquí tres posibles vetas que marcan claras líneas de excepciones a la regla:

A. El que algo esté *sub iudice*, ¿implica que la opinión pública tiene necesariamente que aguardar? ¿Implica, por ejemplo, que la prensa debe callar? Sin duda que en ocasiones es positivo que haya zonas reservadas, y resulta obvio que hay secretos que la prensa debe observar.

También hay que recordar que es preciso reclamar una cualificada profesionalidad al periodista —el esfuerzo porque la información sea veraz es algo que obliga—. Pero, dando por descontadas esas cautelas, nada impide que la prensa informe o tome postura. Valga aquí una remisión a la doctrina de la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *The Sunday Times* (26 de abril de 1979), justo a propósito de la libertad de prensa cuando un tribunal estaba conociendo de los efectos del tristemente célebre fármaco conocido como la talidomida. Una cosa es la decisión judicial, con toda la fuerza que le atribuye el sistema jurídico, y otra, muy distinta, la información periodística y la creación de opinión pública.

B. En sentido similar, se puede recordar la destacada facultad atribuida a las Cámaras (artículo 76.1 de la Constitución) para que creen Comisiones de investigación, facultad que adquiere luego gran proyección, pues ha sido reconocida a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. A cada opción —decisión judicial o actuación parlamentaria— habrá que dar el alcance correspondiente y surge, en efecto, una amplia zona propicia a las tensiones, pero de lo que se trata ahora es de realzar la modalidad señalada.

C. Tercera referencia aquí a un tema de gran significado y de enorme efectividad práctica, cual es el de las sanciones administrativas. La Constitución, si bien introduciendo límites minuciosos, optó por reconocer —y en diversos lugares— esta modalidad sancionatoria reservada a la Administración. Por otra parte, el creciente flujo que pugna por descriminalizar o despenalizar conductas, que con tanta fuerza se siente en las actuales sociedades, y desde luego en España, está contribuyendo a que las sanciones administrativas conozcan un reverdecer que no se sospechaba hace pocos años. En esta dirección no deja de ser curioso que el legislador, en alguna ley moderna, de gran significado ordenador, al intentar configurar el entorno jurídico de la Administración, ofrezca como algo normal, y junto a otras cualificadas potestades, la potestad sancionatoria. Así, el artículo 4.1.f) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril. Es, el de las sanciones administrativas, tema de mi afición, pero en el que no es éste el momento de insistir. Su significado resulta grande y destacado. En todo caso, hay algo que está claro en la actual respuesta: si se reconoce un amplio

margen a la actuación administrativa, una de las claves de la regulación la constituye la recurribilidad ante los tribunales de justicia. Amplia zona para la decisión administrativa, sí, con consecuencias de gran alcance en no escasas ocasiones, pero control siempre por los tribunales, que pasan así a pronunciar la última palabra.

2. La anterior constatación nos permite pasar a un punto siguiente, más bien una constelación de problemas que quedarán apenas enunciados: control de la Administración Pública por los Tribunales, pero como efecto global y genérico, y no ceñido sólo al ámbito de lo sancionatorio. Los jueces, tradicionalmente administrados desde el Ministerio de Justicia —como símbolo de las arraigadas interferencias que la Justicia venía sufriendo desde la Administración puede recordarse la solución que adoptaba la anterior Ley de Conflictos jurisdiccionales; la Ley hoy vigente, la Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, ha alterado sustancialmente el sistema, si bien conviene recordar que se sitúa en la zona límite en cuanto a las relaciones interpodere, así como que su estudio minucioso resulta siempre ilustrador para las reflexiones que ahora nos ocupan—, pues bien, este poder *nulo* o, al menos, tradicionalmente, debilitado, aparece hoy dotado de amplísimas atribuciones frente a la Administración Pública. Pieza clave para la nueva filosofía va a resultar el artículo 106.1 de la Constitución, en cuanto previene que *los tribunales controlan* la actuación administrativa. La afirmación constitucional aparece, además, sin distingos ni matizaciones, como si se prescindiera, incluso, de cualquier reminiscencia del planteamiento de corte francés según el cual los tribunales no debían *perturbar* o *interferir* (*troubler*) el funcionamiento de la Administración, según la arraigada respuesta que se daba en el país vecino a las reglas de la separación de poderes. Los Tribunales controlan a la Administración. Pero ¿qué quiere decirse con la expresión? ¿Hasta dónde se llevarán las consecuencias? El control, ¿se agotará con un modo de seguimiento? ¿Cabrán sólo enjuiciamientos *a posteriori*? ¿Podrá paralizarse la actuación administrativa o se juzgará sólo *ex post facto*? Hace su entrada, así, la importante veta de la suspensión de las actuaciones administrativas con motivo de la interposición de los recursos. Las grandes operaciones administrativas, como los instrumentos urbanísticos señalados, o las declaraciones de espacios cualificados, los propios reglamentos significativos, ¿podrán sufrir una alteración en el ritmo previsto, debido a la interferencia de la Justicia sobre la Administración? De otra parte, el controlar ¿implica que el Tribunal se sustituye a la Administración a la hora de dictar la resolución concreta, a la hora de fijar el alcance de la norma? ¿Anularán sólo, y devolverán? Son todos ellos interrogantes de la mayor entidad, que van desencadenando nuevas exigencias y que incitan sin duda a profundizar. Porque, además, la creciente interferencia que de hecho se observa sobre la Administración está planteando nuevos problemas al buscarse salida por otras direcciones. Le consta a la Administración que si busca una solución administrativa a determinados proyectos no va a tardar en hacerse presente el control judicial, con variable intensidad,

pero acaso incluso paralizando y suspendiendo de entrada el procedimiento iniciado. ¿Es lícito, siempre y cuando la Administración cuente con la necesaria mayoría —lo cual suele ser normal dado el obvio apoyo parlamentario que cada Gobierno necesita por definición—, escapar hacia arriba de la solución administrativa, e intentar responder mediante la correspondiente ley *ad hoc*? El plan urbanístico o el decreto declarando determinada zona especialmente calificada —a tenor de la política de espacios protegidos, por ejemplo, pero también a la hora de delimitar un campo militar de entrenamiento o un polígono de tiro—, pueden ser mediatizados con toda sencillez por los afectados excitando la correspondiente actuación judicial. Si el procedimiento se canaliza a través de una ley —y conviene no perder de vista que aparte de las Cortes Generales existen en el país diecisiete parlamentos regionales con amplias competencias en todas estas materias— queda ya enervado el efecto reaccional, que tiene que buscar ahora otras vías más arduas. Pues bien, ¿cómo hallar aquí los topes y linderos? ¿Habrá criterios para señalar que algo debe someterse necesariamente a la solución administrativa, que algo no debe acceder a la solución parlamentaria? ¿Lo mismo que se habló de una «reserva de ley» habrá una «reserva administrativa»? El problema es muy complejo, sin duda, pues además no se puede olvidar una larga tradición, arraigadísima en el siglo pasado, de leyes singulares para resolver problemas concretos: concesiones de ferrocarriles, construcción de nuevas carreteras, etc. Quede, así, apuntado como una de las zonas polémicas y vivas que depara el estudio de la demarcación de los poderes del Estado. Problema al que, en todo caso, alguna solución habrá que buscarle.

Los tribunales controlan, pero ¿qué tribunales? ¿Cualquier juez o tribunal? No se olvide que la Ley Fundamental ha constitucionalizado la jurisdicción contencioso-administrativa. No sería ocioso, así, entender que esta jurisdicción mantuviera peculiaridades que le diferencien de las otras. ¿Y los jueces, requerirán una formación cualificada? Dando un paso más en esta dirección, ¿se exigirá «unidad de jurisdicción» para la Administración Pública?

Otra nueva ramificación a no echar en saco roto: los Tribunales controlan a la Administración, pero no debe olvidarse que hay órganos administrativos que a su vez son órganos constitucionales que tienen encomendadas importantes funciones constitucionales. Piénsese en el ejemplo fácil del Presidente del Gobierno, que, una vez que cumpla determinados requisitos, puede disolver las Cámaras, convocar elecciones o convocar un referéndum. A nadie se le ocurriría que tales funciones sean enjuiciables por los tribunales que controlan a la Administración y que pudiera darse aplicación al conjunto de medidas previsto al respecto. Pero será importante —el tema lo ha estudiado recientemente A. Embid Irujo— tener los conceptos perfilados y las armas bien seleccionadas. Para no confundir lo inconfundible.

Yo creo que son muchos los interrogantes que esperan respuesta acertada. Hay, en efecto, una amplia zona polémica, un vasto *hinterland*. Lo mejor para todos es que se tenga claridad en punto a cuáles son las

exigencias de la separación de poderes. Se ha de agradecer, por supuesto, las respuestas concretas. Pero también es de auspiciar que puedan alcanzarse respuestas globales y de validez más generalizada. Concluiré este punto recordando una destacada aportación jurisdiccional que se sitúa en el género de las respuestas concretas. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de junio de 1988, resolvía el recurso interpuesto por diversos profesores contra la fijación de departamentos que había acordado la Universidad de Zaragoza. En el considerando decimoquinto, que quiero transcribir íntegro, se contiene, en efecto, el siguiente razonamiento que de manera tan adecuada viene al caso:

«Que, a partir de aquí, la aplicación de la doctrina transcrita no puede llevarnos a otra conclusión que a la de declarar que los actos impugnados no se oponen a la legalidad, y que la creación de los Departamentos que ha hecho la Universidad de Zaragoza está amparada por el principio de autonomía universitaria. Otra cosa es el que las decisiones administrativas que se combaten no sean acertadas e incluso resulten inoportunas, si la nueva organización ha podido incidir negativa y gravemente sobre la organización preexistente a la que ha podido privar de algunas de sus estructuras docentes —en las cuales la investigación y la enseñanza habían alcanzado envidiables cotas de eficacia y dedicación—; pero este tema no puede ser objeto de solución por la Sala encargada de velar por el cumplimiento del principio de legalidad, pero no por la oportunidad de las decisiones administrativas. Sobre tan claras bases, si este Tribunal de Justicia entrase a valorar el desacierto de los actos impugnados estaría convirtiéndose en Administración e incidiendo negativamente en el principio de división de poderes garantizado por nuestra Carta Magna.»

3. Los jueces, ese «poder de configuración plural», según la opinión del TC, han pasado de ser un poder nulo e irrelevante a ostentar amplísimas facultades. El poder de este poder es hoy enorme. ¿Recapacitemos suficientemente lo que representa su facultad de control de la Administración incesantemente ejercida día a día? Se incorpora así un dato decisivo a la hora de filosofar acerca de la realidad cotidiana del poder o, visto el panorama desde el ángulo opuesto, los reponsables de las Administraciones Públicas tienen hoy necesariamente, a la hora de hacer sus previsiones, que contar con la significativa interferencia judicial de control. Pero no sólo a la Administración, los Tribunales juzgan a todos. Bueno, a todos no; convendrá, en efecto, dejar constancia de algunas claras excepciones a la regla, que han sido implantadas con toda intención por el orden constitucional. Y que, por ende, deben ser asumidas sin complejo alguno de inferioridad, como garantía, al contrario, para que puedan afirmarse decisivos valores constitucionales.

a) Recordaré, en primer lugar, la afirmación del artículo 56.3, a cuyo tenor la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabi-

lidad. La regla demostró su indudable utilidad y significado durante el proceso contra los militares que pusieron en marcha la intentona del 23 de febrero de 1981.

b) Adviértase, en segundo lugar, cómo los diputados y senadores no pueden ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva (artículo 71.2).

El problema es vivo e interesante, y de gran actualidad en los países de nuestro entorno y, por supuesto, en España. Ha saltado la chispa, así, ante la facilidad con que pueden derivarse condenas pecuniarias en aplicación de la Ley Orgánica de protección al honor y la intimidad, 1/1982, de 5 de mayo (sabiendo, en cambio, lo difícil que era obtener condenas en la vía penal, aunque se hubiera franqueado el acceso a la misma). Tras ser condenado —por los jueces, obviamente— el Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, don Pablo Castellanos, a raíz de una crítica a la judicatura, se modificó la Ley Orgánica 1/1982, a través de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, para imponer también en esta vía la exigencia del implicatorio. Una reciente STC, la 243/1988, de 19 de diciembre, ha otorgado amparo, con juicios muy críticos para con la citada reforma, a consecuencia del no otorgamiento del suplicatorio solicitado contra el senador de Zamora don Andrés Luis Calvo. Y está pendiente ahora la autocuestión de inconstitucionalidad que el propio TC se planteó contra la Ley que introdujo la citada reforma (recuérdese que la constitucionalidad de la reforma había sido cuestionada por Alfonso Fernández-Miranda). Recalco que la postura del TC fue muy crítica en la sentencia fallando el recurso de amparo.

En todo caso, y con carácter general, sin perjuicio de evitar las utilidades abusivas e injustificadas, conviene tener presente que las prerrogativas o privilegios parlamentarios, que vienen a proteger la función como tal, tienen una lógica indudable y de ahí que sean expresamente asumidos por la Constitución. Dígase lo mismo de su notable arraigo en el parlamentarismo. Entre los muchos centenarios que coinciden este año, y que bueno es recordar, uno de ellos es el que se refiere al *Bill of Rights* inglés, de 1689, que cumple, así, su tercera centuria. Pues bien, en él, y como regla novena, se convenía:

• «Que la libertad de palabra y de debate o de actuaciones en el Parlamento no puede ser impedida o puesta en cuestión ante Tribunal alguno y en ningún lugar que no sea el Parlamento.»

Preocupa desde siempre, por tanto, la garantía para el normal y libre funcionamiento de los parlamentarios.

c) Aunque se trata ya de un nivel muy diferente —de modo que no se está ante exención de enjuiciamiento por parte de los Tribunales—, quiero aludir a otro efecto constitucional de gran impacto. Me refiero a la opción que se otorga a determinadas personas de callar ante el juez, de no responder a sus preguntas, sin que por ello se deriven consecuencias nocivas. La regla puede extrañar en supuestos límites, pero ha sido

expresamente asumida por la Constitución con todas las consecuencias, por entender que cumple determinadas funcionalidades. El artículo 20 consagra, así, el secreto profesional del periodista. Por su parte, el artículo 24.2 garantiza a todos el no declarar contra sí mismos, así como no confesarse culpables. El propio precepto en párrafo aparte, y con similar intención, contiene una habilitación al legislador para asegurar el secreto ante el juez *por razón de parentesco*. La misma regla se prevé, en el propio lugar, con toda lógica y dejando abiertas implicaciones de gran significado, *por razón de secreto profesional*: aflora aquí una zona polémica, de gran actualidad, que debe ser abordada sin complejos y con toda frialdad.

De modo que hay excepciones cualificadas. Con estas salvedades, y cualquier otra similar, la regla es, sin embargo, que los jueces juzgan a todos.

Controlan, incluso, el proceso electoral a través del cual se accede al Parlamento. Adviértase, también, el significado de esta facultad hoy decididamente incorporada al ordenamiento jurídico español, que ha pasado, tras la positiva experiencia del Decreto-Ley de 1977, en plena transición política, a la Ley General Electoral. Se dejan de lado otras opciones, como la del autocontrol por el propio Parlamento, y se da el paso decisivo, que ha resultado muy eficaz, de llamar a los jueces para que asuman esta encomienda. Aunque, por supuesto, el resultado es tal porque así lo ha querido con toda intención el legislador.

Esta última referencia nos pone en contacto con un dato de interés: aparece, en efecto, el carácter subordinado del Poder Judicial, en cuanto, como punto de partida, si se quiere garantizar la independencia de los jueces, se hace en el bien entendido de que *están sometidos al imperio de la Ley* (artículo 117.1). La ley va a jugar, por tanto, como medida y canon de su actuación.

Sentado este principio general, sencillo a simple vista, el panorama resulta mucho más complejo de lo que parecería, por lo que se precisan algunas puntualizaciones. Tres querría formular ahora:

a) Aludiría, en primer lugar, al supuesto, que se traduce en claro desprestigio de la judicatura, pero que nos pone en contacto con la fase más viva y apasionante de la tensión entre poderes, de que el juez desconozca olímpicamente el mandato de la ley. Sería el caso extremo de apartarse, sin rodeos, de lo que con claridad ha dispuesto el legislador. A. Fanlo Loras ha estudiado recientemente el conjunto de sentencias que decidieron dar por buena la moción de censura municipal en aquel período en que resultaba claro que el legislador había establecido que sólo en el futuro podía tener lugar (en concreto, recuérdese que la disposición transitoria tercera de la Ley General Electoral de 1985, Ley que es la que rige tal modalidad, estableció que sólo sería de aplicación «una vez celebradas las primeras elecciones locales siguientes a la entrada en vigor de esta ley»).

b) Junto al caso anterior, extremo y patente, y que no tiene defensa alguna —que sirve para descalificar a los protagonistas de la intromisión—, resulta normal, en cambio, el que el juez tenga que decidir para dotar a una norma de contenido, para salvar fricciones o contradicciones normativas o, simplemente, para rellenar lagunas. La acumulación de mandatos de muy diversos períodos, la intensa aceleración social, el descuido frecuente de quienes hacen las normas, ya sea el legislador, ya las Administraciones con los reglamentos, y muchas otras circunstancias similares, propician que el juez deba desempeñar un marcado protagonismo.

c) Junto a lo anterior, junto al complicado mundo de roces a la hora de aplicar las normas —aspecto éste muy sugestivo que está ocupando a tantos especialistas—, destacaré ahora una nueva variante cada vez más frecuente: abundan los supuestos en los que el autor de la norma no ha agotado el contenido total de la misma. Queda, así, un espacio para la decisión, que debe ser rellenado, dándose entrada a amplios márgenes de discrecionalidad. En los últimos tiempos se observa aquí una interesante quiebra: no es infrecuente que la decisión discrecional, que hace poco se atribuía a la Administración Pública, se encomiende ahora a los jueces. Como pequeña muestra, y como pequeño homenaje al malogrado profesor Manuel Alonso García, valgan unas palabras suyas escritas en la primavera de 1987, cuando estaba candente la opinión pública en torno a los casos de los futbolistas Francisco Llorente y Hugo Sánchez. Al aludir a la solución del artículo 16 del RD 1006/1985, de 26 de junio, que atribuye a la jurisdicción laboral la cuantía indemnizatoria, señalaba el que fue ilustre laboralista de la Complutense: «El ordenamiento deja aquí al juzgador un margen de discrecionalidad realmente amplísimo. No establece módulos rígidos que sirvan como base de cálculo para cuantificar el resarcimiento, solamente estipula criterios que sirvan de punto de referencia, estipulando como tales “las circunstancias de orden deportivo, el perjuicio que se haya causado a la entidad, los motivos de ruptura” y un abierto cajón de sastre, donde cabe todos “los demás elementos que el juzgador considere estimables”; como puede advertirse, el margen de discrecionalidad del juzgador es, en verdad, abierto. Pero discrecionalidad no es arbitrariedad...» (*La extinción de los contratos*, en «El País», lunes 16 de marzo de 1987).

Alguien tiene que tomar determinadas decisiones, pues la previsibilidad del legislador, o del autor del reglamento, no puede ser infinita. ¿Quién indicará cuál debe ser el itinerario alternativo cuando se cuestiona el recorrido de una manifestación? ¿O las frases a corear, los lemas de las pancartas? En otros ámbitos, hay que puntualizar cómo debe rectificarse una información incorrecta, o qué es lo que debe hacer saber a la opinión pública quien ha manchado el honor o el buen nombre de una persona. Son todos ellos supuestos, meras muestras de una vasta realidad, en que se llama al juez a que decida, y con gran discrecionalidad.

En definitiva, que de una y otra manera, en unas y otras tesituras, el poder real de los jueces como *poder* del Estado resulta muy acrecido. La expresión *Estado de los jueces*, no aparece carente de base real.

Ello va a deparar una perspectiva nueva muy sugerente en esta rueda de controles y límites, pesos y contrapesos. ¿Cómo se articulará, en efecto, el control de los jueces? Sin duda, es preciso proceder aquí con todo tipo de cuidados. La exigencia constitucional de la *independencia* para los integrantes del poder judicial (artículo 117.1) reclama que sus decisiones jurisdiccionales, su función primordial de la *juris dictio*, o de «decir el derecho», sólo puedan ser rectificadas a través de los oportunos recursos jurisdiccionales (suplicación, apelación, casación, etc., con todas las variantes). Pero también es cierto que han hecho su aparición coordinadas nuevas. Lo expresaré con el título del trabajo que tuve el gusto de preparar para conmemorar que la «Revista de Administración Pública» hubiera alcanzado su número 100: «Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial». En efecto, hoy el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, abre la puerta a recursos de amparo ante el TC cuando las actuaciones judiciales hubiesen violado los derechos fundamentales. Sin duda que se trata de una vía marcadamente excepcional. En principio son los jueces los garantes de los derechos fundamentales. Pero para cuando el sistema rechine, para cuando aparezca la disfunción, bueno es tener previsto el cauce de garantía. Se ha producido, así, una interesante jurisprudencia —cuyos primeros pasos analizaba en el trabajo recién citado— que entra a controlar actuaciones judiciales, que, en lo que tiene de reducción de la discrecionalidad, utiliza las mismas técnicas y figuras que se fueron depurando por los tribunales a la hora de enjuiciar la discrecionalidad de la Administración Pública.

4. Queda, en todo caso, el poder judicial sometido a la ley, vinculado a la superioridad de la ley. Se resalta, así, la posición prevalente del Parlamento —autor de la ley—, que no en balde es el representante del pueblo (artículo 66.1), y ya sabemos que la soberanía nacional reside en el pueblo (artículo 1.2). Pues bien, para terminar esta selección de reflexiones insistiré en un nuevo aspecto, no muy aclarado aún pero que está suscitando vivo interés, de este conjunto de entrecruzamientos, frenos, topes y contrapesos que vengo analizando.

Dejaré de lado intencionadamente una de las perspectivas más fascinantes del actual derecho público: la tradicional soberanía del parlamento está conviviendo con el control de constitucionalidad de las leyes realizado desde los Tribunales Constitucionales. Aquel paso que abría en 1803 el juez Marshall con la famosa decisión *Marbury versus Madison*, de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica —y habían transcurrido ya buen número de años desde que en 1787 se promulgara la Constitución—, es hoy realidad asentada, con todas las adaptaciones precisas, en buen número de países. Bien lo han puesto de manifiesto los escritos de Cappelletti, García-Pelayo, Favoreu, Jean Rivero, García de Enterría, Pizzorusso, Zagrebelsky y tantos otros.

Dejando de lado este filón, tan aparatoso y tan relevante, objeto ya de muy intensa atención —y que otros han estudiado desde esta misma perspectiva de la separación de poderes; valga así la remisión al reciente libro de J. Pérez Royo, donde se encontrará muy abundante bibliografía—, me centraré ahora en otra faceta menos monumental pero muy significativa también. La función normativa es, sin duda, primigenia de los parlamentos, de modo que tal vez la ley sería el gran símbolo de los mismos. Pero también tienen encomendadas otras atribuciones de no escaso peso. Pues bien, la actividad no legislativa de los Parlamentos puede ser controlada desde fuera de los mismos —lo que constituye un nuevo paso de enorme entidad— si desde ella se hubiesen llegado a vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En efecto, el artículo 42 de la LOTC —pues va a ser al TC a quien se encomienda la función de control— abre singulares oportunidades al disponer:

«Las decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de ámparo constitucional, podrán ser recurridos...»

Esta regulación ha dado pie a una singularísima jurisprudencia, cuyos pasos iniciales he analizado en otra ocasión, y a la que ahora me remito. Si antes recordaba la STC 243/1988, para que se rectificara la denegación por parte del Senado de un suplicatorio, en materia de protección del honor, tal vez la sentencia más aparatosa en esta dirección fuera la primera dictada en relación con el Senador Carlos Barral, la 10/1985, de 22 de julio, también sobre denegación de suplicatorio, entonces en la vía penal. Pero en muchas otras materias han sido controladas decisiones tanto de las Cortes Generales como de las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

En esta línea, aparece una nueva referencia: tradicional autonomía de las Cámaras (que se traducía en inmunidad de hecho), juicio de constitucionalidad, atribuido al TC, control, también, de actividad no legislativa en cuanto vulnera los derechos fundamentales, encomendado, igualmente, al TC. Se ha abierto una nueva vía de supervisión, bien es verdad que, por razón de la materia, mucho más concreta y específica. Ha gozado de gran predicamento estos últimos años la noción de «administración en sentido material». Los actos administrativos, así, provendrían no sólo de las Administraciones públicas. También órganos constitucionales del todo diferenciados de la Administración Pública producirían actos que *en sentido material* tendrían la consideración de administrativos. La construcción, como se sabe, conlleva unos efectos prácticos innegables: con apoyo en la idea del derecho a la tutela judicial efectiva, auspiciada por el artículo 24 de la Constitución, se va a sostener que los tribunales de lo contencioso-administrativo puedan conocer de actos no sólo de las Administraciones Públicas, sino también de órganos constitucionales, en cuanto sean administrativos en sentido

material. Se ha producido, así, una acelerada evolución, de cuyos pasos y de cuyo alcance prescindiré en la presente ocasión, pero que ha hallado un hito culminante en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, a cuyo tener los asuntos funcionariales y de contratos —o, como dicen los artículos 58.1 y 74.1.C) de la citada LOPJ, «en materia de personal y actos de administración»— podrán ser residenciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A las amplias modalidades fiscalizadoras antes señaladas, se suma esta otra que se encomienda a los tribunales del fuero común llamados a enjuiciar a la Administración. La introducción de esta notable especialidad en el sistema de relación entre poderes —que una decisión del Parlamento sea controlada por uno de los órganos del poder judicial, si bien ello es así porque el propio Parlamento lo ha determinado—, se justifica realzando lo circunscrito y limitado de la materia objeto de control: al margen quedan los cometidos de significado constitucional, político o normativo, para franquearse la puerta, sólo, en los temas funcionariales y contractuales, la actividad administrativa, en sentido estricto. El problema radicaría aquí en querer forzar la interpretación y dar un sentido demasiado amplio a la expresión «actos de administración». No se trata sólo de un futurible o de una preocupación intelectual. Casos se han dado ya en que, junto a una línea de sensatez y sosiego, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha intentado llevar demasiado lejos las previsiones que con tanta mesura se formularon. Paradigmático podría resultar así el Auto del TS de 18 de febrero de 1987, de la Sala Cuarta, en el asunto de la sede de las Cortes de Castilla y León. Entiendo que se trata de una decisión enormemente desafortuna, que ha sido ya criticada con justeza por la doctrina (así, A. Embid Irujo, que ha estudiado también otros supuestos similares). Cuando diversos parlamentarios de las Cortes de Castilla y León impugnaron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos el acuerdo de designar el Castillo de Fuensaldaña como sede de las mismas, la Sala, con buen acierto, inadmitió el recurso, entendiendo que ése no era un problema de su incumbencia, declarándose incompetente. Se trataba, en efecto, de una decisión eminentemente política que nada tenía que ver con la interpretación originaria del título «actos de administración». Pero cuando los parlamentarios acudieron en apelación ante el TS, éste dio un quiebro sorprendente al asunto, entendiendo que se estaba ante un acto de administración, y que la Sala debía entrar a conocer, por tanto. Se dirá, así, entre otras cosas, en el auto citado:

«En consecuencia, la extensión y los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalados en el artículo 1.º de su Ley Reguladora, han de entenderse ampliados no sólo con la incorporación de la Administración de las Comunidades Autónomas en el concepto de Administración Pública, como formalmente hizo la Ley 34/1981, de 5 de octubre, sino que la posibilidad de revisión jurisdiccional incluye todos los actos de administración de cualesquiera de los órganos de las Comunidades Autónomas y no sola-

mente de los órganos del poder ejecutivo; pues, sin perjuicio de la división de poderes que consagra la Constitución, con las inherentes secuelas de control del ejecutivo por el judicial y de la soberanía del legislativo como emanación de la voluntad popular, hay en el legislativo actos de administración ajenos al contenido específico de sus soberanas funciones legislativas, y estos actos de administración pueden y deben ser objeto también del control de la jurisdicción...»

De celebrar el reconocimiento que el Auto hace de que la Constitución consagra la división de poderes. Pero yo creo, en cambio, que en aras de la misma hay pasos que los órganos jurisdiccionales nunca deberían dar. Me gusta repetir que hay lides políticas que deben ser ventiladas en las arenas políticas. Y que el afán por juridificar conflictos que no tienen tal carácter, es lo peor que le puede ocurrir al Derecho y a los instrumentos jurídicos, o, como certeramente señaló el profesor García-Pelayo en una solemne ocasión, «el intento de resolver por vía jurisdiccional contiendas que sólo por vía política pueden encontrar solución satisfactoria es el medio más seguro para destruir una institución cuya autoridad es la autoridad del Derecho» (Discurso en el acto de constitución solemne del Tribunal Constitucional).

En resumen, control del Parlamento sí, pero dentro de un orden y por quien haya recibido tan importante atribución. Por eso resulta tan apasionante esta tarea de fijar los perfiles y las demarcaciones últimas de la separación de poderes. Lo cierto es hoy que el Parlamento, todopoderoso e inalcanzable hasta hace bien poco, va a poder ser controlado en un buen número de situaciones.

5. Para ir concluyendo ya destacaré, a modo de recapitulación, la complejidad, la de entresijos que ofrece, el entrecruzamiento de referencias, propio del actual sistema constitucional español. Sorpresivo e inesperado resulta, en efecto, el conjunto de barreras, pesos y contrapesos, al objeto, en última instancia, de que el poder contenga al poder. Nada menos que el Parlamento, prototipo del modelo de elecciones democráticas, va a ser controlado, encomendándose la supervisión, normalmente —a salvo los supuestos menores de su actuación administrativa, en sentido material—, al TC. He intentado no ocuparme en mi exposición del TC, y no he aludido a él más que de pasada, entre otras cosas porque ha sido ya objeto de minuciosa atención por parte de la doctrina. Pero a nadie le cabrán dudas acerca de su enorme significado en lo que al equilibrio de poderes respecta. A veces se enfadan con él los políticos. A los observadores distanciados nos suele resultar pintoresco ver cómo suelen callar cuando les da la razón, mientras que gruñen y protestan, con gran eco de algunos periodistas, cuando el fallo no va en la dirección que les gustaría. A veces algunos se permiten alardes de ingenio con frases del siguiente tenor: ¿cómo van a imponerse estos doce hombres, que no han sido votados por el pueblo, a los representantes de la soberanía nacional? Con ello no hacen sino mostrar su

ignorancia de los complejos mecanismos democráticos, pues ninguna duda cabe de su plena legitimidad.

Pues bien, en esta serie interminable, y para intentar salir del laberinto de relaciones, injerencias y controles, podemos formularnos una vez más la tónica pregunta: ¿quién controla al controlador? ¿Habría alguien que arbitre al arbitro? «No cabe recurso alguno» contra las sentencias del TC, dice la Constitución en su artículo 164.1. Y sin embargo... Sin embargo, sabemos que altas exigencias vienen a alterar la regla aparente, introduciendo una nueva perspectiva que querría dejar insinuada como colofón de estas reflexiones. En efecto, el decidido afán por la tutela de los derechos fundamentales ha llevado a permitir que las decisiones del TC puedan ser residenciadas ante el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en línea con las previsiones del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, dado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Tan es así que acaban de producirse las dos primeras sentencias en que España ha sido condenada (casos *Barberá, Messegué y Jabardo*, de 6 de diciembre de 1988, y caso *Unión Alimentaria Sanders, S. A.*, de 7 de julio de 1989), rectificándose la opinión del TC, en cada uno de los supuestos. Quede para otra ocasión analizar tan interesante aspecto y profundizar en sus peculiaridades. Ahora sólo destacaría su significado de conjunto. Por eso querría concluir con esta entrada de orden internacional. Para hablar del actual sistema constitucional español, para precisar sus mecanismos, no resulta ocioso evocar sus conexiones exteriores. En efecto, uno de los signos de nuestro tiempo es el de la internacionalización, que queda normalizada con toda naturalidad. Los Estados nacionales abdican de parte de su poder para lograr un nuevo equilibrio. Se introducen, así, nuevas referencias que complementan la cadena interna de pesos y contrapesos, en un diseño mucho más rico y más complejo. La aludida proyección internacional, asumida en aras de la garantía de los derechos fundamentales, es todo un símbolo. Que nos obsequia, además, con el regalo de la paradoja: no deja de ser curioso que en tiempos de tan acendrada descentralización —y la reciente experiencia española de consolidación de un Estado de las autonomías sería una muestra bien expresiva— nos encontramos, en cambio, con una notable y rigurosa centralización —de muy positivos efectos— en lo que a la definición, garantía y defensa de los derechos fundamentales se refiere. Un Convenio internacional, con sus correspondientes jurisdicciones —la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal—, desplazan, a veces con gran estrépito, las reglas de los derechos nacionales que estén en contradicción. Para el sistema de cada derecho nacional, para el sistema constitucional español, en concreto, esta conexión hacia arriba introduce cualificadas innovaciones a la hora de describir el panorama de las relaciones entre los poderes.

Termino ya, y en esta línea de resaltar conexiones exteriores y de superar planteamientos estancos y cerrados, quiero hacerlo evocando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su segundo centenario. Recordaré —ya lo dije antes— que hoy forma parte

del universo constitucional francés. Recordaré también el efecto liberador y de incentivo que proyectó en tantos lugares y que, por ejemplo, en las colonias españolas de América avivó la llama de la independencia, como ha resaltado recientemente Brewer Carías. Constataré cómo su onda expansiva ha sido enorme, y me congratularé de la fuerza vinculante que ha logrado muchos años después una de sus más preclaras continuadoras, como es, sin duda, la Convención Europea de Roma, del 4 de noviembre de 1950. Las reglas y criterios para la separación y relaciones de los poderes en un sistema constitucional determinado se nutren de los más inesperados reflejos e influencias.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Valga una leve indicación bibliográfica, meramente introductoria, sobre tema de tanta enjundia, que se ramifica, además, en múltiples direcciones: N. PÉREZ SERRANO, *El principio de separación de poderes: antecedentes del problema*, recogido ahora en sus *Escritos de Derecho Político*, II, Madrid, IEAL, 1984, páginas 623 y siguientes; M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, diversas ediciones, la última en Alianza Editorial, Madrid 1984; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, escrito originariamente para el *Libro Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano*, y objeto luego de varias reediciones; M. CAPPELLETTI, *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»*, «REDC», número 17 (1986).

Desde la óptica de la vigente Constitución española de 1978, M. GARCÍA-PELAYO, *La división de poderes y su control jurisdiccional*, «RDP», números 18-19 (1983), páginas 7 y siguientes (gran parte de las ideas de este trabajo, que fue una conferencia pronunciada en Burgos, están en el interesante *Discurso* pronunciado con motivo de la constitución solemne del Tribunal Constitucional el 11 de julio de 1980, y que puede consultarse ahora en el pulcro volumen editado por el propio Tribunal Constitucional, Madrid, 1988, *Título noveno de la Constitución...*; la frase del discurso que cito en el texto está en la página 117); L. SÁNCHEZ AGESTA, *Poder ejecutivo y división de poderes*, «REDC», número 3 (1981), y *División de poderes y poder de autoridad del Derecho*, «REDC», número 25 (1989), páginas 9 y siguientes; J. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA, *El Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid; F. RUBIO LLORENTE, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, «REDC», número 4; J. J. SOLOZÁBAL, *Sobre el principio de separación de poderes*, «REP», número 24 (1981); J. SALAS, *El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*, «REDC», número 6.

He utilizado como edición de *De l'esprit des lois*, la de Gonzague TRUC, en *Classiques Garnier*, París, 1956. Las *minutas* de la Ponencia Constitucional fueron publicadas en la «Revista de las Cortes Generales», número 2 (1984), páginas 251 y siguientes.

Las referencias concretas a autores a lo largo de las anteriores páginas reenvían a las siguientes obras: Louis ALTHUSSER, *Montesquieu, la política y la historia*, Ed. Ciencia Nueva, Madrid, 1986, página 101 y *passim*; A. FANLO LORAS, *La autonomía municipal*, tesis doctoral en curso de publicación; A. EMBID IRUJO, *Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras Parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contencioso-administrativo*, «Rev. de las Cortes Generales», número 13 (1988); A. FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, *Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles*, «REDC», número 12 (1984), páginas 9 y siguientes; K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la*

De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español

Constitución, traducción y estudio preliminar de A. GALLEGO ANABITARTE, 2.ª ed., Ed. Ariel, Barcelona 1976; Pedro DE VEGA, *La reforma de la Constitución y la problemática del Poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; J. PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; A. R. BREWER CARIAS.

Me remito también a mis anteriores trabajos: *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, «RAP», número 100 (1983), páginas 1083 y siguientes; *El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento*, «RAP», número 107 (1985), páginas 79 y siguientes; *Diez años de evolución en el panorama de la justicia administrativa española*, «PJ», número 11 (1988), páginas 9 y siguientes; *Eficacia y garantía de los derechos fundamentales*, en los *Estudios de homenaje al profesor García de Enterría*, en curso de publicación.

