
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



5/2009

LA DIVISIÓN DE PODERES

Junta General del Principado de Asturias

ESTADO MIXTO Y DIVISIÓN DEL PODER. ANÁLISIS
HISTÓRICO-POLÍTICO DE UN ITINERARIO
DOCTRINAL*

Alessandro Torre

SUMARIO

- I. Premisa general
- II. La contribución del pensamiento antiguo
- III. Razones y desenvolvimiento de la cultura del *common law*
- IV. Hacia el contractualismo: la reflexión sobre la soberanía
- V. Las concreciones constitucionales
- VI. Gobierno mixto y separación de poderes
- VII. La fase madura del contractualismo
- VIII. Conclusiones

I. PREMISA GENERAL

En la formulación del concepto de gobierno mixto se encuentra una de las intuiciones fundamentales del constitucionalismo antiguo y moderno, es decir, de aquella compleja construcción intelectual cuya gran y fundamental apuesta se puede resumir en el intento de encontrar un equilibrio entre dos dimensiones objetivamente enfrentadas. Estas dos dimensiones esenciales, en las que se compendia toda la historia de las organizaciones políticas que asumen las formas de la estatalidad, son, por un lado, el poder organizado de las instituciones de gobierno del Estado; y, por otro, la autonomía individual y de los grupos sociales, de la sociedad civil, de los derechos y de las libertades. En la medida en que expresan dos versiones, complementarias y a menudo contrapuestas, de esa misma realidad política que es, precisamente, la sociedad organizada institucionalmente, se entrecruzan aquí casi todas las cuestiones relacionadas con el problema de la atribución y la posición de la soberanía.

En este contexto, presenta una importancia prioritaria la cuestión de la distribución del poder y, con ella, la reflexión sobre el gobierno o Estado mixto (en el pensamiento inicial, ambos términos pueden considerarse sinónimos), cuya invención es una respuesta al dilema de la conciliación entre instancias objetivamente poco conciliables entre sí, es decir, supone la búsqueda de un punto de equilibrio que asegure la convivencia pacífica y la respectiva operatividad. La noción de Estado mixto puede ser, por tanto, considerada una versión moderna de lo que un tiempo se definió como la búsqueda del buen gobierno, que tan eficazmente ha sido representada en las alegorías medievales sienesas. Este punto puede ser especialmente ilustrado teniendo en cuenta que Norberto Bobbio, evocando con ello las

* Traducción realizada por María Valvidares Suárez, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

imágenes de muchos constitucionalistas clásicos, de cuyo pensamiento se había nutrido ampliamente, antepone la existencia de la comunidad de las libertades y los derechos a la formación de la estatalidad, sosteniendo que la comunidad civil es el *prius* con el que la organización del poder, que siempre es la segunda en llegar ya que ningún poder público puede «crear» la sociedad, sino solamente adaptarse a ella de la mejor forma posible, debe echar cuentas (Bobbio desarrollaba estas observaciones en un ensayo sobre la sociedad civil, gran promotora del Estado mixto de la modernidad). Si, junto al noble padre de la ciencia política italiana, se presta atención a las desmitificadoras observaciones sobre el origen del poder que Thomas Paine desarrolló en algunos pasajes de *Common Sense* (1776) y de *Rights of Man* (1791), no se puede ignorar la existencia de una dimensión pre-estatal en la que se ejerce la autonomía de los individuos y los grupos sociales, y que representa el terreno de cultivo en el que encuentra desarrollo la idea del gobierno mixto. Por otro lado, respecto a la pre-estatalidad ensalzada por la cultura libertaria, el absolutismo o el Estado totalitario —ambos responden a concepciones de la esfera pública que tienden a la *reductio ad unum* del poder, esto es, a una simplificación extrema de sus espacios que posee efectos destructivos sobre la esfera de las autonomías— pretenden situarse en una posición de supremacía unilateral: la sociedad civil resulta carente de sentido y reducida a sujeción o masa, cuyo consenso debe conseguirse por cualquier medio, incluidos los medios tecnológicos avanzados (la experiencia europea de la primera mitad del siglo xx enseña que la expansión hacia un horizonte totalitario del poder del Estado no es, necesariamente, una categoría arcaica); las autonomías territoriales o sociales son negadas, o fuertemente redimensionadas, hasta ser consideradas meras reparticiones organizativas del Estado; la separación de poderes se ensombrece de forma considerable o no se pone en práctica o incluso se abandona; y el gobierno mixto se reduce a una indeseada utopía.

A la luz de la antítesis fundamental entre poder y autonomías, y de las posibles respuestas desde la vertiente política y constitucional (porque el dato de la política siempre precede al de la constitucionalización), es posible recorrer un itinerario reconstructivo que enlace algunos fragmentos de una reflexión doctrinal que ha sido desarrollada a través de numerosos siglos y autores.

II. LA CONTRIBUCIÓN DEL PENSAMIENTO ANTIGUO

Los orígenes de la historia del pensamiento sobre el gobierno mixto pueden retrotraerse a tiempos muy lejanos. En efecto, es la convicción de que cualquier forma pura de gobierno, en la que el poder no tuviese interlocutores en sí mismo, estaba sujeta a degeneración, prestándose al arbitrio y al abuso en relación con el cuerpo social, por lo que Aristóteles —desarrollando una lección platónica que en la *República* sostenía la necesidad de que, frente al uso incontrolado de las instituciones de gobierno por parte de sus ocupantes, las magistraturas conservaran una posición independiente respecto al poder político— puso todo su empeño en individuar una forma mixta de gobierno en la que los mejores elementos de las formas puras confluyeran y se relacionaran armónicamente. La *Política* aristotélica individuaba, por tanto, la *politia* como aquel sistema de gobierno con estructura mixta que incorporaba, introduciéndolas en un circuito virtuoso, las estructuras y potencialidades de las tres formas puras (Monarquía, aristocracia y democracia), cuya identificación, junto con la de sus formas degeneradas, constituía la base de las reflexiones sobre las posibles formas de organización de la sociedad humana. De hecho, la *politia* se proponía como una organización equilibrada del poder, y a este respecto es interesante destacar que, a fin de que el gobierno mixto de concepción aristotélica no usurpara las prerrogativas de la sociedad y del *demos*, se consideraba altamente deseable que se estableciera entre ellos una relación de equilibrio y, por tanto, de respeto recíproco, e igualmente que, para que esto se realizase, era esencial que el poder no se organizara como un bloque monolítico puesto bajo la dirección exclusiva del monarca, sino repartido en sus funciones esenciales. La diferencia entre las funciones, entendidas no como instrumentos de un poder despótico sino como perfiles de la actividad pública, se esbozaba de modo tal que se separaba la decisión de su ejecución y del juicio inherente, resultando la repartición entre función legislativa, ejecutiva y jurisdiccional que tan largo recorrido ha tenido en el pensamiento constitucionalista hasta las aplicaciones contemporáneas. A este respecto, debe recordarse que dos mil años después, la expresión «Estado de policía» no designaba, como en el lenguaje corriente actual, un Estado especialmente propenso a emplear sus estructuras coercitivas frente a las expresiones disidentes de la sociedad y la política, sino que hacía referencia a las particulares formas de Estado de derivación ilustrada existentes en la Mitteleuropa del siglo XVIII, en las que, como si se trazara un eslabón

ideal que conjuntara absolutismo y democracia, se asumían como fines significativos del buen gobierno el reconocimiento valorativo del bienestar ciudadano (hacia el cual se dirigía la política del soberano), una relativa autonomía de la jurisdicción, y el papel promocional propio de una comunidad nacional organizada sobre todo en municipios. Aún no se trataba de formas de Estado mixto, porque estas formas estatales fundadas sobre la «administración interna» eran todavía, a fin de cuentas, formas de *Ancien Régime*, pero desde luego, incluso siendo imperfectas si se analizan desde el punto de vista de la moderna apertura de los sistemas de poder a las instancias políticas de la sociedad civil, constituían un importante avance hacia la percepción de nuevos cánones de organización de la relación entre poder y autonomías, siendo cierto que uno de los argumentos centrales de la escuela alemana de finales del Setecientos fue precisamente la reflexión sobre las valencias positivas del autogobierno y sobre los valores del asamblearismo (ambos considerados como elementos propios de una cultura anglosajona común, que unía el mundo germánico al inglés).

Polibio, alabando las instituciones de la Roma republicana en sus años de cautividad (166-150 a.C.), se ocupó en las *Historias*, y en particular en los admirativos pasajes dedicados a la descripción de las instituciones cívicas romanas, de verificar los rasgos del gobierno mixto en lo que consideró un verdadero y propio modelo constitucional, en el que las principales funciones públicas eran desempeñadas por órganos representativos de clases sociales diversas. De hecho, según su análisis, Roma había dado vida a un admirable ejemplo de gobierno mixto, repartiendo el poder a través de los cuerpos políticos de derivación monárquica, aristocrática y democrática, es decir, entre los cónsules (que, a su vez, configuraban un ejemplo de reparto dual del poder, visto por Polibio con gran aprecio, pero a menudo, sobre todo en el curso de operaciones militares como las guerras púnicas, no falto de disfunciones), el senado y los comicios, respectivamente. Se trataba, por tanto, como acaba de señalarse, de un sistema en el cual el poder se repartía sobre una base de clases, lo que puede ser considerado particularmente cierto en lo que respecta al senado, de formación aristocrática, y a los comicios, de formación popular, mientras que el consulado era expresión de las clases altas, y sólo en una fase posterior de su evolución llegó a ser integrado por exponentes de nuevas clases económicamente pudientes y no sólo por miembros de las grandes familias patricias. El cuidadoso conocimiento que Polibio tenía del sistema de gobierno mixto de la Roma republicana le fue

útil cuando, al dedicarse a la gran reorganización de las instituciones de gobierno de una Grecia que se había convertido en una provincia romana, supo imprimir a las estructuras iuspublicísticas de las *poleis* rasgos similares al prototipo que había analizado. En el siglo xx los caracteres romanos del gobierno mixto han sido estudiados, en primer lugar, por James Bryce y, a continuación, por Charles H. McIlwain en la obra *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), y aún antes en *The Growth of Political Thought in the West* (1932), pero debe destacarse sobre todo la influencia que las categorías polibianas ejercieron en el pensamiento de Montesquieu y en los Padres Fundadores de la Constitución estadounidense, tanto en lo relativo al método (esto es, la aplicación de los conocimientos históricos a las perspectivas políticas e institucionales), como respecto de la concepción de la estructura tripartita de la organización del poder.

III. RAZONES Y DESENVOLVIMIENTO DE LA CULTURA DEL *common law*

Antes de llegar a las grandes síntesis de la idea de separación de poderes y de gobierno mixto, ambas tributarias tanto de la gran historiografía antigua como de la experiencia prototípica inglesa, es necesario referirse a esta última volviendo la atención a la cultura de los *common lawyers*, y entre ellos en particular a la contribución a la reflexión sobre el buen gobierno que ofreció el legista Henry de Bracton, autor (entre 1260 y 1265) del tratado, que quedó incompleto, *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Las dos premisas histórico-institucionales principales en las que se inserta la lectura bractoniana del polimorfismo son, respectivamente, de carácter objetivo y subjetivo.

La primera se obtiene de una lectura *ex post* del contexto institucional en el que actuó el ilustre *common lawyer*, con base en la cual se pone de relieve que el ordenamiento feudal europeo, especialmente en el reino de Inglaterra, nunca consintió que se afirmara un poder monárquico absoluto. Con ello no pretende decirse que el feudalismo se hubiera percibido conscientemente como una forma de gobierno mixto, pero ciertamente su estructura y su propia naturaleza asumieron caracteres explícitamente pluralistas gracias a la organización piramidal del poder y a los numerosos contrapesos que operaban en el seno de esta organización multiforme, de la que Juan de Salisbury tomó nota para elaborar su *Policraticus* (aprox. 1159), obra en la que, aun admitiendo el derecho divino del rey y atribuyéndole la posición de vértice en la compleja escala social, llegaba a teorizar, sin embargo, sobre el contra-

peso último de un régimen monárquico despótico, es decir, el tiranicidio. La influencia de Bracton en la cultura política occidental de su tiempo y de los siglos sucesivos fue notable. En lo que concierne a la cuestión del gobierno mixto en particular, realmente no afrontó el tema de forma explícita, pero su elaboración ética de los principios del buen gobierno se halla en la base de numerosas interpretaciones posteriores; y en algunos de sus enunciados no resulta difícil rastrear elementos que, oportunamente filtrados a través de las experiencias históricas y las correspondientes mediaciones intelectuales, alcanzan épocas mucho más recientes que las postrimerías del siglo XII. En particular, si se tiene en cuenta que al príncipe de Juan de Salisbury se le atribuye el máximo poder, pero también se le contrapone el límite de la justicia, y que son cuatro sus responsabilidades como gobernante —esto es, adorar a Dios, amar a los súbditos, practicar la autolimitación de su poder y elegir ministros competentes—, resulta evidente el vínculo con los principios que en poco tiempo se concretarían en la *Magna Carta*, y que se encontrarán en las especulaciones de los constitucionalistas, en las doctrinas de la primera revolución inglesa y en los grandes manifiestos idealistas de las revoluciones de América y Francia. Estos principios serán la no autorreferencialidad del poder, el hallazgo de un límite infranqueable en el derecho del país, el respeto debido a las libertades de los ciudadanos, la creación de una administración preparada para el conocimiento de la justicia y al servicio de la comunidad, y la práctica de un sentimiento de *pietas* que, sin separarse de un férreo ejercicio de la autoridad, debe gobernar las relaciones entre el Estado y la sociedad (en términos contemporáneos, se diría entre Estado-aparato y Estado-comunidad). Más allá de la ética del gobierno de Juan de Salisbury, sin embargo, es sabido que el rey feudal, dicho en otros términos, ha sido siempre la expresión de un orden social sobre el cual su poder no pudo ser nunca ejercido de forma absoluta; no podría explicarse de otra forma cómo Luis XIV, al crear en la Francia del siglo XVII el modelo perfecto de Estado absoluto, se haya abstraído en cierto modo del orden social del reino personificando en sí mismo al Estado y, sobre todo, que haya involucrado también en esta extirpación, especialmente, a una aristocracia a la que, mucho más que a una sociedad civil casi inexistente en el país y a la acción jurídico-institucional de los parlamentos locales, podía serle reconocido el papel de contrapeso eficaz frente al poder real.

La segunda premisa que ilustra puntualmente el itinerario intelectual de Bracton es totalmente inglesa, y ciertamente el legista, en tanto que

personalidad profundamente inmersa en los asuntos constitucionalmente más relevantes del reino, era perfectamente consciente de ella: en 1215 había sido escrita en Runnymede la *Magna Carta*, confirmada y actualizada varias veces en las primeras décadas posteriores a su firma y, a mediados del mismo siglo, el Parlamento daba sus primeros e inciertos pasos hacia la autonomización. Tanto es así que en 1265 (fecha en la que, hasta ahora, se sitúa convencionalmente el nacimiento de la institución parlamentaria de Westminster), el Parlamento se había autoconvocado a iniciativa del conde de Leicester, Simon de Monfort, a quien el propio Bracton había dado consejo y apoyo político (el Parlamento sería posteriormente reestructurado en 1297, por obra del reformador Eduardo I Plantagenet, que estableció como modelo de composición de la Cámara «baja» dos caballeros por cada condado, y dos burgueses por cada ciudad dotada de un *Royal Charter*); y, finalmente, las mismas Cortes de justicia de la época habían establecido los puntos básicos del ordenamiento del *common law*. En semejantes condiciones, el Estado inglés se presentaba como permeado por los que, a continuación y con lenguaje moderno, serían definidos como los «frenos y contrapesos», en parte institucionales, en parte políticos y sociales: la Corona, la baronía, el Parlamento, las Cortes, las libertades, las ciudades francas y la Curia Regis.

De este modo, se explica la compleja naturaleza del contexto en el que se introdujo la subjetividad, plenamente jurídica, de Bracton, y maduró la doctrina del gobierno mixto fundada sobre la distinción entre *gubernaculum* y *jurisdictio*, es decir, entre dos dimensiones esenciales del poder en las cuales se reconocen, respectivamente, las que con una discreta aproximación pueden definirse como la acción gubernativa y la acción jurídica, ambas referidas a la actividad del monarca, pero compartidas por este último, en cierta medida, con la aristocracia y con el cuerpo parlamentario. En la primera se individualiza la conducta política de la estatalidad, que Bracton considera desvinculada del derecho vigente, y por tanto, ampliamente asistida por el derecho de prerrogativa; la segunda, forma aquel nivel de producción y de aplicación de la ley del país que subyace a la propia ley. En el pensamiento bractoniano permanecen, sin embargo, muy presentes las concepciones que sitúan al rey por encima de los demás poderes y lo conciben como vicario de Cristo en su reino; concepciones visiblemente tendentes a la liberación del reino de Inglaterra y de su soberano de la penosa dependencia del poder del papado que había caracterizado las primeras décadas del siglo, pero,

en cierta medida, reequilibradas por las declaraciones según las cuales *the king must not be under man but under God and under the law*. La noción de gobierno mixto emergente en la doctrina de Bracton se halla, por tanto, permeada por un espíritu teocrático, pero se sitúa laicamente bajo la ley, y la separación entre *gubernaculum* y *jurisdictio* ilustra esta fundamental dualidad.

Del hecho de que en todo caso, en el reino de Inglaterra, en el periodo durante el cual se desarrolló la parábola intelectual de Bracton, se encontrara ya en la naturaleza de las cosas, más que la idea en sí, la praxis de un gobierno mixto o repartido, dan fe los efectos concatenados de la redacción de la *Magna Carta*, la agitación de la asamblea parlamentaria y el desarrollo del sistema de las Cortes. En lo relativo al documento de las libertades, desde la redacción original de 1215 (destinada por lo demás a una vida efímera, si se considera como un documento jurídico en sentido estricto, pero en todo caso fundamental como «principio activo» del constitucionalismo inglés) hasta la gran confirmación realizada por Eduardo I (de la que nace la dicción *Magna Carta Libertatum*, por la que es universalmente conocida), el camino de las libertades se había extendido y afirmado rápidamente implicando a nuevas clases sociales. A su vez, el Parlamento, como ya se ha apuntado, extendía su esfera representativa abriendo la participación a las clases de la aristocracia menor y de los burgueses de las ciudades libres (bajo este punto de vista, subsiste un vínculo directo entre el progreso de la *Magna Carta* y la génesis del parlamentarismo de Westminster), y poco a poco se iba afirmando como controlador de la tributación —hasta el punto de que la formulación de dos principios destinados a imprimir un impulso determinante a la evolución de la institución parlamentaria se remonta a la voluntad del propio Eduardo I. En primer lugar, el principio de *no taxation without representation*, que une actividad política y contribución fiscal; y, en segundo lugar, la recomendación a los barones de no obstaculizar las decisiones en materia fiscal adoptadas por los *commoners* reunidos en el Parlamento— quien aún no era el creador de los *statutes* legislativos, que en la época todavía se debían a la producción soberana (será necesario esperar a la revolución puritana, pero sobre todo al momento crucial de la «Glorious Revolution» de 1688-89 para asistir al nacimiento del legislador parlamentario). Y, en tercer lugar, las Cortes que desde hacía tiempo habían elaborado los procedimientos y los instrumentos activos del *common law*, y que a través de algunas metamorfosis estructurales y de su función (el pro-

pio Bracton, nombrado juez *coram Rege*, formó parte de un colegio judicial rápidamente transformado en el *King's Bench*) se afirmaban, con el cambio del siglo, en una evidente posición de mayor autonomía, en nombre de la pureza de la *law of the land* de la que eran intérpretes y creadores.

De esta forma se configuraba en el reino de Inglaterra un gobierno mixto *ante litteram*, y la doctrina del *gubernaculum* y de la *jurisdictio* proporcionaba, en aquella época de grandes transformaciones jurídicas y constitucionales que fue el siglo XIII inglés, la plataforma, si no exactamente de una moderna división de poderes, al menos de aquella determinación de ramas operativas del poder que los *legal historians* alabarían al menos hasta finales de la época victoriana, e incluso con posterioridad (resulta nuevamente de utilidad la referencia al *Constitutionalism: Ancient and Modern* de McIlwain, y en Italia, a Nicola Matteucci, para quien el primero fue una gran inspiración), y que, entre el periodo revolucionario y el siglo de las Luces, tanto fascinó a los principales estudiosos europeos del constitucionalismo británico. Así sucedió con el *refugé* hugonote Paul Rapin de Thoyras, autor de una monumental *Histoire d'Angleterre* en ocho volúmenes (1724); con el presidente del Parlamento de Burdeos, Charles-Louis Secondat de Montesquieu, que escribió el celeberrimo *Esprit des Lois*; y con el ginebrino Jean-Louis de Lolme, que escribió los dos volúmenes de la *Constitution d'Angleterre* (1785), y con ella estudió el naciente liberalismo inglés y la separación de poderes realizada institucionalmente en el Reino Unido. Pero antes de detenernos en el pensamiento del más famoso de los tres, es decir, Montesquieu, a quien comúnmente se atribuye el mérito de haber expresado con claridad la doctrina de la separación de poderes y de haberla divulgado por todas partes, a fin de que el Antiguo Régimen cediese el paso a nuevas organizaciones del poder, puede ser útil añadir nuevas etapas al itinerario que se está recorriendo.

IV. HACIA EL CONTRACTUALISMO: LA REFLEXIÓN SOBRE LA SOBERANÍA

Una vez superadas las nieblas del pensamiento absolutista, que hacía descender el poder de las monarquías de la voluntad divina y, en consecuencia, no podía admitir corresponsabilidad o fraccionamiento alguno en el ejercicio del poder, la creación del Estado soberano fue confiada, desde Thomas Hobbes en adelante, al principio de necesidad. Auténtico *trait d'union* entre las concepciones absolutas del poder y las hipótesis contractualistas, el pensamiento hobbesiano, que se articula en tres fases fundamentales

articuladas con la publicación de los *Elements of Law, Natural and Politic* (1640), del *De Cive* (1642) y del *Leviathan* (1651), representaba, tras los sucesos de la primera revolución inglesa, la última gran contribución de la doctrina absolutista y también la más moderna desde el punto de vista de la construcción intelectual. De su concepción de la necesidad de instaurar un poder absoluto como condición indispensable para asegurar el orden en una sociedad que, en caso contrario, sería presa del estado de naturaleza, no derivaba tanto la convicción de la utilidad de un gobierno mixto y —como desearon muchos utopistas que escribieron a caballo entre los siglos XVI y XVII— de un enfoque democrático y parlamentario de la forma institucional, sino más bien el fundamento de una soberanía única y *superiorem non recognoscens*. Este tipo de soberanía, en apariencia, no se diferenciaría tanto del concepto de autoridad derivado de la doctrina de los *common lawyers* clásicos si no fuese porque, respecto de ésta, excluye radicalmente toda derivación del poder supremo de la voluntad divina, más por necesidad intelectual y argumentativa que por auténtica impiedad, haciendo derivar toda justificación de una profunda instancia social (la exigencia de la seguridad y de la regulación de las relaciones) y de la obligación política que de ella se deriva, antes que del principio teológico y de la condición patriarcal. De hecho, el absolutismo de Hobbes se distinguía así tanto de las concepciones absolutistas de Jean Bodin, en cuyos *Six Livres de la République* la soberanía se definía, aproximadamente un siglo antes (1576), como aquel «poder absoluto y perpetuo» que pertenece al Estado, identificado con la Monarquía, y que garantiza una administración única del poder, como de Sir Robert Filmer, que en el *Patriarcha, or the Natural Power of Kings* (1680, póstumo), revestía de argumentaciones bíblicas sus concepciones absolutistas y se distinguía como gran ideólogo de la Restauración estuardiana.

A diferencia de Bodin y Filmer, con los cuales compartía, sin embargo, la perspectiva última, es decir, la perspectiva de la edificación de un poder absoluto hacia el cual se dirigía una convergencia común ideal, Hobbes no tuvo fortuna alguna ni entre sus contemporáneos ni entre las generaciones sucesivas, precisamente a causa del énfasis que había dedicado al principio de la necesidad social del régimen absoluto, con base en el cual la absolutidad del poder —o mejor, la atribución de tal poder a un único centro de voluntad, el monarca— resultaba desprovista de todos aquellos caracteres sagrados que tanto apreciaban los príncipes de su tiempo, pero excluía asimismo toda forma de gobierno mixto o compartido. La acusación de im-

piedad, convertida en un lugar común desde la segunda mitad del siglo XVII hasta, por lo menos, la edad victoriana, le supuso el inmediato anatema de la Iglesia anglicana, que, sobre todo, subrayaba en el *Leviathan* la ausencia de argumentaciones teológicas como premisa y sustento de su concepción absolutista. Por el contrario, una impiedad de naturaleza no religiosa, sino política e institucional, le fue ásperamente reprochada a Hobbes por el rey y la corte, que condenaban su representación de la soberanía absoluta como un mal menor (frente al cual era incluso admisible, aunque como *extrema ratio*, el tiranicidio) respecto al mal mayor que suponía el regreso social a la pesadilla del estado de naturaleza y del permanente conflicto; y también por el Parlamento, que previamente había dirigido una guerra civil contra el absolutismo de Carlos I Estuardo y que se descubría totalmente desautorizado por la perspectiva de la instauración del gobierno único y supremo delineada en los escritos hobbesianos. Situar la fuente del poder único en la obligación política, por lo demás, procuró a Hobbes un último elemento de disenso: oscurecido el derecho divino, y hecho depender el poder del rey, de forma evidente, de una elección de la sociedad, que partía de abajo y del conjunto de las voluntades, más que de la unción sagrada, descendente de lo alto y de un punto bien circunscrito de la voluntad, la Monarquía absoluta se había convertido en Hobbes en el resultado de un contrato o, como más de un siglo después señalaría Rousseau, afirmando que el absolutismo real sería sustituido en sustancia por el absolutismo de los gobernados, de un contrato «social». Pero, para sintetizar finalmente la posición de Hobbes frente al gobierno mixto y de su sierva fiel, la separación de poderes, y con ello volver al camino, será suficiente con recordar su sintética observación según la cual todo cuerpo político, si se divide, está inevitablemente condenado a la disolución; una observación que podía, a fin de cuentas, ser compartida por un monarca absoluto, pero desde luego no por el Parlamento, que, pocas décadas después, instauraría, con la «Glorious Revolution» de 1688-89, una fundamental experiencia de gobierno mixto y que, por tanto, no podía ser más que hostil frente al gran pensador político, contribuyendo igualmente a su demonización.

Para comprender a fondo la naturaleza de este cambio revolucionario y del papel desarrollado en el mismo por el principio de la separación de poderes, sigue siendo fundamental la aportación de John Locke, a cuya intuición de la dualidad entre el *duty to society* y el *duty to government* se reconducen las ideas que tendrán una gran influencia en el pensamiento de los estudiosos

de la sociedad civil y de la opinión pública, respectivamente, como lugar e instrumento de control sobre la actuación de las instituciones (entre los cuales se cuentan los ilustrados escoceses, particularmente Ferguson y, por otro lado, David Hume), así como por los defensores de las libertades y los espacios de autonomía individual (que exaltarán el concepto lockeano de *property*, entendido como todo aquello que corresponde al individuo) y por los defensores del valor del consenso político. Estas y otras concepciones políticas ejercieron un impacto extraordinario en el desarrollo del parlamentarismo británico en el siglo posterior a la Gloriosa Revolución de los *whigs* y los *tories*, y contribuyeron a la difusión del principio de separación de poderes, del que Locke se ocupa en el segundo de los *Two Treatises of Government* (tempestivamente publicado en 1689), donde el «gobierno mixto» emergía como producto de la separación de poderes entre el legislativo, el ejecutivo y el federativo, mientras que el jurisdiccional se situaba en el trasfondo como garantía última de la coherencia de tales funciones del Estado con el *common law* y la *lex Angliae*. Esta tripartición recorre la antigua estructura del pensamiento polibiano, pero no la organiza a partir de la contribución que los diversos componentes de la sociedad pueden aportar al gobierno mixto (sugerencias, éstas, presentes en Italia también en el pensamiento de Giambattista Vico), sino más bien con un sentido relativamente más pragmático, según una declinación funcional en la que se entrevé, por un lado, el espíritu del *common lawyer* y, por otro, un elemento de republicanismo que no era extraño a la cultura política de la época.

Por lo que respecta al primer aspecto, la atribución del poder ejecutivo al rey y del legislativo al Parlamento es coherente con la naturaleza de las cosas en el clima de la época revolucionaria; con ella se consagra un dualismo esencial para el desarrollo equilibrado desde el punto de vista parlamentario del sistema de gobierno del reino de Inglaterra, es decir, un desarrollo que no sustituya al absolutismo monárquico por aquel absolutismo parlamentario que había sido tristemente experimentado en el periodo de la revolución cromwelliana (desde esta óptica, el dilema de la ubicación/atribución del poder será resuelto, por los nuevos *parlamentarians*, mediante la institucionalización de la figura compuesta del *King in Parliament*, auténtica *corporation* o *trust* constitucional en la que la Monarquía y el órgano parlamentario se unen para ejercer la soberanía «legislativa», ocupando con ello el centro focal del ordenamiento entero). No debe sorprender que no se incluyan las Cortes de justicia, verdaderas instituciones centrales del reino, en la tripar-

tición lockeana, en la que, sin embargo, está presente el llamado «poder federativo»; no se trata de una subestimación del papel de la jurisdicción, sino, en todo caso, de su exaltación, al considerar implícitamente reduccionista catalogarla en una tripartición de funciones inherentes al *government* del país. Más que agentes institucionales, las Cortes del *common law* son, de hecho, el «derecho» del reino, y actúan sobre el conjunto del sistema político, dictan las reglas explícitas y las subliminales, dirimen los conflictos de poder, tutelan las libertades y, por tanto, se presentan como auténticos árbitros del juego institucional; para ello, deben encontrarse en una posición de autonomía, como expresamente garantiza el *Bill of Rights*, una autonomía garantizada no en el interior de la tripartición funcional, sino fuera de ésta, hasta el punto de que desde el siglo XVIII hasta nuestros días la *independence of the Judiciary* es uno de los principios cardinales sobre los que se cimenta toda la construcción constitucional del Reino Unido. Por tanto, la tripartición de los poderes «separados», según Locke, se completa con el poder federativo, que, en un primer momento, se vincula a la necesidad de que —a la espera del Tratado de Unión de 1707— el reino de Inglaterra y el de Escocia, todavía coligados por una unión «personal» bajo una sola Monarquía pero con instituciones separadas y, en consecuencia, constitucionalmente independientes, permanezcan unidos por el lábil pacto sometido a la égida de una nueva Monarquía de importación. Pero, más allá de la cuestión territorial, el *foedus* es igualmente necesario porque hay que dar fe del pacto múltiple, resultante de un cruce de contractualismos que une la Corona al país y la convierte en garante del nexo entre la sociedad civil y las instituciones y entre las grandes fuerzas políticas que han alejado al país de cualquier tentación de absolutismo. En segunda instancia, no menos importante, el poder federativo presenta la indudable ventaja de insertar en una organización potestativa equilibrada, y por tanto de «gobierno mixto», una serie de poderes que los antiguos soberanos ejercían por virtud propia y por prerrogativa (declarar la guerra, firmar la paz, establecer acuerdos con otros príncipes, conferir honores, disolver el Parlamento, etcétera).

En cuanto al republicanismo de Locke, ciertamente no se concreta en el rechazo de la organización monárquica —aunque estructurada a partir de la separación de poderes—, sino en la interpretación del papel que un rey no absoluto, y que por tanto no concentra todo el poder en su persona, desarrolla o debería desarrollar en el marco de un sistema constitucional que ya está irreversiblemente condicionado por la afirmación de los va-

lores de la sociedad civil y del Parlamento (y, por otro lado, no podía ser de otra forma en un país que, tras expulsar a los Estuardo, había llamado para regir el gobierno del país a Guillermo de Orange, *stathouder* de las provincias holandesas, que Voltaire describirá como el mayor antagonista protestante de Luis XIV, y que se había comprometido solemnemente a observar las antiguas libertades del reino de Inglaterra, recapituladas en la *Declaration*, más tarde *Bill of Rights*). Los elementos de tal espíritu republicano se rastrean en la multiforme biografía política de Locke, y sobre todo en su asociación con Anthony Ashley-Cooper, primer Lord conde de Shaftesbury, que fue un influyente *leader* de los *whigs* durante la Restauración y un opositor del neoabsolutismo estuardiano (fue protagonista, junto al duque de Mommouth, de un intento fallido de obstaculizar la subida al trono de Jacobo II Estuardo). En concreto, Locke y Shaftesbury colaboraron en la elaboración de las *Fundamental Constitutions* de Carolina (1669), carta constitucional en la que se garantizaba la tolerancia a las sectas religiosas disidentes que era negada en la madre patria inglesa, se favorecía una producción legislativa dinámica y —anticipándose a los tiempos— se introducía el voto secreto en las elecciones. A través de este experimento institucional, la influencia de las categorías lockeanas sobre el pensamiento republicano de los americanos, en el que introdujo visibles elementos anti-autoritarios, se haría visible actuando, por decirlo de algún modo, «en el interior» del sistema, en tanto que será mucho más aparente el influjo de los dos *Treatises*, sobre todo en lo que concierne a los principales elementos de su análisis de la ciencia de la política: tolerancia religiosa, valores de la sociedad civil y separación de poderes.

V. LAS CONCRECIONES CONSTITUCIONALES

De este modo se perfilaba, incluso en el Nuevo Mundo, la convicción acerca del carácter natural de las libertades y de los derechos —o, al menos, de su existencia inmemorial y de su incardinación en la *lex gentium*— que tenía raíces profundas en la percepción común de los pueblos de cultura inglesa, desde de la *Magna Charta* hasta el enunciado de los *birthrights* por obra de los (en parte inconscientes) constituyentes de la Convención de Filadelfia, a los que se vincularían idealistamente sus (demasiado conscientes) colegas de la Asamblea Nacional Francesa de 1789. De ambas elaboraciones constitucionales derivan sistemas de gobierno basados en la separación de poderes, y por tanto organizaciones de gobierno mixto, pero la naturaleza

de la diferencia entre las dos percepciones ha de ser debidamente clarificada, ya que puede arrojar una luz particular sobre la cuestión de la realización de formas de gobierno mixto en los escenarios revolucionarios, y su relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales y de sus garantías.

Los delegados de los doce Estados americanos se habían reunido en Filadelfia para resolver, a través de la regulación de sus propias relaciones comerciales, el problema del mal funcionamiento de la asociación surgida con la guerra de independencia y regulada por los artículos de la Confederación. El gran manifiesto idealista de los derechos ya había sido escrito con la Declaración de Independencia (1776), mientras que la cuestión que permanecía sobre la mesa era de carácter eminentemente pragmático: organizar el poder, crear una *more better union*, eliminar la perniciosa competencia económica. De allí saldría una original opción constitucional que daba forma a la esencia mixta del Estado y la regulaba, por un lado, acogiendo el principio de separación de poderes y, por otro, dando cuerpo a una organización dual en la que el propio poder se descomponía ulteriormente entre Federación y Estados miembros (para profundizar el conocimiento de los argumentos adoptados en apoyo de la separación de poderes, resulta de gran utilidad la lectura de los ensayos 47-51 de los *Federalist Papers*, obra colectiva que bajo el seudónimo común de *Publius* fue escrita en 1788 y divulgada en el Estado de Nueva York por Hamilton, Jay y Madison). Respecto a los derechos, ya habían sido solemnemente definidos en la Declaración de 1776 y minuciosamente detallados en las constituciones de los trece Estados (a este respecto, es muy significativa la Constitución de Virginia) y, por tanto, se consideró que su reformulación era, por el momento, superflua, reenviándose a un momento posterior no necesariamente lejano en el tiempo. Así pues, la Constitución de 1778 se propone como una fórmula pragmática de organización del poder según el esquema de la separación (las coordenadas del gobierno mixto se encuentran fácilmente en los arts. 1-3), mientras que el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos, esto es, de la Federación y no de Virginia o Nueva Jersey, se reenvió a 1791, año en que se introducen las diez primeras enmiendas, conocidas a partir de ese momento como el *Bill of Rights* estadounidense. Sin embargo, quienes se reunieron en Versalles tras el juramento del Juego de la Pelota, acto verdaderamente revolucionario por el cual el Tercer Estado cambiaba de piel y se erigía en Asamblea Nacional, eran perfectamente conscientes de la misión a desarrollar y del papel constituyente, es decir, de pleno

poder o *puouvoir constituant* que pretendían asumir y llevar a sus últimas consecuencias, al objeto de eliminar cualquier residuo del *Ancien Régime*. El problema al que la Francia de la primera fase de la Revolución buscaba una solución inminente e imperativa no era, de hecho, la organización del poder en sentido estricto, que bien podía consistir en un mero retoque montesquieuano de una Monarquía ya extenuada, sino el reconocimiento de las libertades y su solemne proclamación; asunto en el que Francia era históricamente una *tabula rasa* (así como lo era en relación a la autonomía de los jueces, la existencia misma de un Parlamento nacional y, evidentemente, la propia idea de un gobierno mixto). A partir de esta situación, y de la diversa selección de los asuntos urgentes realizada por los constituyentes franceses, se produciría una disociación entre constitución organizativa y proclamación de derechos al modo estadounidense, pero en sentido contrario, toda vez que la redacción de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) precedería a la elaboración de la primera Constitución (1791). Por tanto, si en los Estados Unidos la Constitución, entendida como organización del poder, precedía a la proclamación de libertades y derechos por obra de quienes, de facto, habían elaborado una carta constitucional (en realidad los verdaderos constituyentes de la federación estadounidense son los Estados y sus Legislativos, que posteriormente ratificaron el resultado de la Convención de Filadelfia), en la Francia de 1789-1791 un poder perfectamente consciente en abstracto y formalmente de su propia supremacía, derivada de su condición de exponente de la nación, daba vida a una primera Constitución haciendo preceder la proclamación de derechos y, por tanto, produciendo la carta constitucional en sentido técnico (esta distinción desaparecería por completo, en primer lugar, con las constituciones de la edad liberal de forma imperfecta, y después, de forma más consciente y ya culturalmente asimilada, en las constituciones racionalizadas y llamadas democrático-sociales, en la segunda mitad del Novecientos).

La diferente aproximación a la cuestión del vínculo entre garantía de las libertades y organización del poder en el discurso constituyente explicaría mucho de la diversa naturaleza de ambas revoluciones, pero el argumento nos llevaría muy lejos y no pertenece a la reflexión que aquí se pretende desarrollar. Es necesario, por tanto, para volver de nuevo sobre el gobierno mixto, subrayar una elocuente analogía que une a ambas experiencias, la estadounidense y la francesa, y que las hace descendientes de una inteligencia constitucional común.

Para ilustrarlo, hay que acudir en primer lugar al fragmento de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776) que, partiendo del reconocimiento de los *birthrights* como derechos innatos de la persona humana, sostiene con singular eficacia *that to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed*. Esta expresión es, para el constitucionalista, algo más significativa que aquella otra, mucho más famosa y sobre la que se ha edificado una vasta literatura, que introduce el derecho a la búsqueda de la felicidad (*the pursuit of happiness*), de matriz jeffersoniana, ya que si ésta indica un gran horizonte ideal, la primera da razón de la profunda motivación por la que, según los americanos —pero a día de hoy según cualquiera que afronte el *ubi consistam* del derecho constitucional—, la sociedad debería erigirse en gobierno o crearlo en su seno, y obligarse políticamente por él. A fin de cuentas, el poder organizado no existe para ejercer una autoridad despótica y arbitraria, sino para garantizar el mantenimiento de las libertades y el ejercicio de los derechos, y por ello no puede regirse sino por el consenso de los gobernados; un consenso —en otras palabras— no dado, en sentido hobbesiano, de una vez por todas al margen de la extrema posibilidad del tiranicidio, sino un consenso alimentado constantemente por la sociedad civil y visibilizado a través de la participación política. En esta apreciación, que desvela a la generalidad de los asociados el móvil de fondo que legitima la existencia del gobierno, y de cualquier gobierno que rija la sociedad humana, aun antes que Montesquieu (el cual, sin embargo, tuvo mucho éxito en la América prefederal) se encuentra sobre todo Locke, y la total influencia de su pensamiento sobre el *government by consent*, sobre la primacía de los derechos a la vida, a la libertad personal y a la *property*, sobre las valencias contractualistas del pacto federativo, sobre la potencialidad de la sociedad civil. No menos ilustrativo es el párrafo análogo del preámbulo de la Declaración francesa de derechos de 1789, en el que se lee, con un razonamiento inverso, cuya retórica pretendía poner dramáticamente de relieve las enfermedades derivadas del gobierno concentrado y, por tanto, arbitrario por definición, que *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements*: el poder corrupto es, según esta afirmación, el poder que no reconoce o que profana los derechos u olvida su existencia objetiva, porque se está hablando de derechos naturales. El concepto es análogo al precedente (las influencias estadounidenses sobre el pensamiento constitucional de la

primera fase revolucionaria en Francia poseen más ramificaciones de lo que normalmente parece).

No es casual que, si bien con diversas parábolas políticas, ambos sistemas de gobierno nacidos de las concepciones constitucionales de los cuerpos constituyentes que actuaron con base en estos principios dieran a continuación vida a ordenamientos iuspublicísticos en los que el poder estaba dividido y la estatalidad se presentaba como «mixta», sujeta a las leyes y respetuosa con las libertades. En Estados Unidos, la garantía del carácter mixto del sistema de gobierno se confiaba a la estructura federativa del Estado y a la rígida separación entre ramas institucionales: *sharing power*; en la Francia de la Constitución moderada de 1791, que fue la hija primogénita del memorable artículo 16, según el cual *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*, la misma garantía reposaba bajo el ala protectora de los principios montesquieuanos. De hecho, en este artículo se enunciaba uno de los puntos inamovibles del constitucionalismo universal —o al menos de aquel que ha sido realizado por completo en las democracias de la familia liberal y a menudo malamente imitado en las democracias nominales—, esto es, que o la Constitución garantiza las libertades y separa los poderes o no es tal; e incluso previamente se trazaban los contornos de otro principio universal, es decir, que la Constitución es el producto de una sociedad, de un cuerpo político originario, y no de un poder autorreferencial (en caso contrario, una vez más, «no es tal»). Se puede por tanto afirmar que en estos dos fundamentales enunciados de la gran doctrina constitucionalista, sobre los que se extiende la alargada sombra de las concepciones aparecidas en el segundo de los *Two Treatises of Government* de John Locke y reelaboradas por la gran divulgación europea y transcontinental realizada por Montesquieu en el *Esprit des lois*, se resume el encuentro a mitad de camino entre los dos cuerpos esenciales de la política; esto es, entre el aparato de las instituciones públicas y el conjunto de las autonomías privadas de los individuos y de las formaciones sociales, que durante siglos había monopolizado el pensamiento de los constitucionalistas, desde que sus antiguos precursores —entre los cuales el ya mencionado Bracton, que tratando del binomio *gubernaculum-jurisdictio* abrió la vía hacia el reconocimiento de la complementariedad entre la sabiduría gobernante del príncipe y la sabiduría jurídica de las cortes de justicia y, a continuación, también del Parlamento— se comprometieron con el intento de salvaguardar el frágil

punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas de la comunidad organizada: conservar la majestad del poder soberano y garantizar las libertades.

Es más, se podría afirmar, en este sentido, que incluso antes que en las fórmulas de la separación de poderes elaboradas por Locke y posteriormente por Montesquieu, la auténtica base en la que se injerta toda concepción del gobierno mixto es la relación originaria entre sociedad y poder, es decir, entre las dos realidades objetivas que tienden a vivir relaciones contrapuestas pero que no pueden excluirse ni anularse recíprocamente. En esto consiste la esencia del gobierno mixto, y es en esta gran apuesta intelectual y jurídica en la que se resuelve, en síntesis, la fundamental experiencia del constitucionalismo, esto es, del movimiento de pensamiento que ha precedido a la concreta escritura de constituciones hasta el momento en que, bien bajo el empuje de los acontecimientos en los Estados Unidos confederados, que discutían cómo eliminar la competencia comercial desleal a través de las grandes vías fluviales por las que se desarrollaba la navegación interna y el transporte de mercancías, bien con declarada voluntad constituyente en la Francia revolucionaria, se producían las primeras constituciones escritas, formalizadas, rígidas.

Puesto que, como hasta ahora se ha generalmente considerado, en el principio de separación de poderes se reconoce uno de los componentes que forman el concepto de gobierno mixto, no es posible en este momento descuidar una cita largamente pospuesta: el encuentro con Montesquieu.

VI. GOBIERNO MIXTO Y SEPARACIÓN DE PODERES

Aunque no sea lícito ignorar o redimensionar el papel pionero ejercido por John Locke en la época moderna, la contribución más visible sobre el tema sigue siendo la realizada por Montesquieu en el *Esprit des Lois* (1746), gran obra en dos volúmenes que entronca directamente con el espíritu antiabsolutista previamente explicitado en los irónicos razonamientos de los dos viajeros de las *Lettres persanes* (1721), y que, debido al intento no irreverente sino más bien dirigido a fundar una nueva metodología de la política en la Francia absolutista, sufrió numerosos ataques y fue incluida en el Índice en 1751. La articulación de la teoría de la separación de poderes se encuentra en el libro XI del *Esprit des Lois*, cuya premisa —en la que se advierte el eco de las observaciones platónicas respecto de las formas de gobierno ideales y sus correlativas formas corruptas— es que la absolutidad del poder, obviamente monárquico, es un innegable vehículo de corrup-

ción. En la base de esta certera condición degenerativa del poder único se encuentra la ignorancia de los valores de la sociedad y su total incapacidad para ejercer sobre ella un poder libre de frenos, paternalista en el mejor de los casos, cruelmente despótico en el peor. A esta premisa le sigue de forma inmediata el examen de las tres clases de poder a través de las cuales toda estatalidad, ya sea de carácter absoluto o de distribución de potestades (y aquí Montesquieu revela su franco aprecio por el sistema de gobierno de Gran Bretaña e, indirectamente, su deuda con el pensamiento lockeano), monárquica o republicana, actúa y desarrolla sus funciones: el poder para adoptar las leyes del país y, por tanto, para regular las relaciones; el poder para hacerlas ejecutivas y, en sustancia, gobernar; y el poder para remediar las transgresiones o para castigarlas, es decir, para juzgar. Si es cierto que en una dimensión de buen gobierno la libertad de los asociados debe ser sumamente apreciada por aquel en quien recae el peso del poder constituido, la separación entre estos tres poderes, o mejor, la fragmentación no destructiva de la unidad metainstitucional del poder, sino su atribución a diversas instituciones recíprocamente autónomas, es la condición esencial para que tal libertad sea efectiva. En esta regla basilar se condensa la teoría montesquiana.

Rico en ejemplos históricos, como en la tradición argumentativa de la época y, como en el mejor estilo antropológico de la Ilustración, fecundo en observaciones sobre los factores de costumbre, religión, condiciones materiales e incluso climáticas en los que se desarrollan las sociedades humanas organizadas, el discurso del *Esprit des Lois* no se aparta del requisito fundamental de la separación, en ausencia del cual toda sociedad se corrompe (o como dirían los montesquieuanos de 1789 «no posee una constitución»). E incluso en este caso, siguiendo una línea argumentativa de larga tradición en el pensamiento político, desde Platón en adelante, Montesquieu se adentra en el estudio de cuáles son las formas de gobierno que dan cuerpo a la estatalidad, esto es, la república, la Monarquía y el despotismo. Como fundamento de la opción republicana se presentan, al igual que en la antigua Roma y en Grecia, fundamentalmente la igualdad, el amor por el propio país y el ejercicio de la virtud; se trata, en sustancia, de una forma de gobierno en la que el pueblo se gobierna autónomamente y es al mismo tiempo monarca y súbdito de sí mismo (la idea será radicalizada por Rousseau, que hablará de identidad entre gobernantes y gobernados), ejerciendo la doble función de legislar y administrar, o constituyendo —a través de las magis-

traturas por él designadas— el fundamento de tales funciones. El gobierno despótico obtiene su fuerza de la imposición del terror y, por tanto, de la negación estructural, de forma absolutamente coercitiva, de toda autonomía individual: es una forma que no permite ningún tipo de coparticipación del poder, y en la que resulta imposible cualquier separación. En la Monarquía, el valor central es, como en la antigua Esparta, el honor, que se sitúa en la base de cualquier atribución de nobleza; buen alabador (al contrario que Rousseau, que le dirigirá acres juicios) de la forma constitucional británica, Montesquieu elogia la Monarquía constitucional o limitada, el mejor ejemplo de gobierno o Estado mixto, en el que el rey, el Parlamento y las Cortes ejercen separadamente los tres poderes, y, sobre todo, en el cual un sistema de frenos y contrapesos cruzados, no demasiado complejo al estar guiado por el sentido común, hace funcionar un mecanismo según el cual «el poder frena al poder» y, por tanto, ningún hombre de gobierno, soberano o institución puede prevalecer sobre los demás y, con ello, destruir el orden institucional privando a los súbditos de sus libertades.

Montesquieu individuará en sus argumentaciones otros muchos elementos constitutivos del gobierno mixto. Se pueden seleccionar algunos.

En primer lugar, la necesidad de que, más allá de la necesaria coordinación, los poderes eviten toda forma de acercamiento, o peor, de actuación bajo la responsabilidad de una sola instancia que los contaminaría recíprocamente. Sin embargo, debe tenerse mucho cuidado de, cediendo a un esquematismo mal entendido, considerar esta reflexión montesquiana como absoluta, ya que una disociación total de los poderes implicaría, aplicando el clásico síndrome hobbesiano que conduce a la disolución de los cuerpos políticos, una recíproca anulación; en un sistema equilibrado deben subsistir las formas de comunicación entre poderes, y ciertamente el magistrado francés, que había observado con sumo cuidado el funcionamiento del sistema inglés nacido del *devolution settlement* de finales del Seiscientos, en el cual ya se estaba perfilando, con Robert Walpole, la figura del *premier* (palabra, por lo demás, de origen francés, tal como en la época también lo era el término *budget*), conocía bien el valor del *government by influence*.

En segundo lugar, Montesquieu deseaba que el ejercicio de la jurisdicción, si bien necesario, previese el concurso del elemento popular (un eco bastante evidente del carácter de inmediata socialización de la justicia que se remonta a la *Magna Carta* y que se expresaba, y aún hoy lo hace, tanto en el *trial by jury* o «proceso con jurado», como en el cuerpo de jueces de paz,

cuya primera y fundamental regulación se remonta al siglo XIV), y que las magistraturas legislativas y ejecutivas estuvieran dotadas de un alto grado de estabilidad necesario para garantizar la continuidad del orden público y la no dispersión de las funciones institucionales.

En tercer lugar, la preferencia por un poder legislativo, esto es, el poder de establecer las reglas de una sociedad ordenada, que emanase del pueblo. Para ello, Montesquieu consideraba necesario realizar elecciones periódicas, accesibles en función del censo y la posición social de los individuos (al objeto de evitar cualquier inclinación de carácter republicano que turbase la separación de poderes, creando una interdependencia directa entre el legislador y el gobernante). Designado de esta forma el estamento nobiliario que debía obrar en representación del pueblo y por su bien, el Legislativo podría trabajar con una previsión política que ninguna forma de democracia asamblearia basada en una amplia participación de las clases inferiores podría garantizar; pero en un sistema dinámico y próspero, el progreso económico y la mejora en la calidad de vida de los súbditos, situados bajo la égida del gobierno mixto, crearía de forma inevitable un pueblo de notables idóneo para designar con cautela sus propias magistraturas. También aquí se entrevén una serie de sugerencias británicas de carácter parlamentario.

Finalmente, en cuarto lugar, una peculiaridad del pensamiento de Montesquieu que, sin embargo, responde a una cierta mentalidad extendida en la Francia tradicional, es su convicción de que, en un sistema de buen gobierno, la jurisdicción debía desempeñar un papel recesivo o mínimo. Sin pretender ver en tal afirmación una precisa voluntad montesquieuana de ir contra los intereses de su propia clase (provenía de una antigua familia de nobleza de toga) o de desestabilizar el poder de muchos parlamentos locales (órganos de los que en sus escritos, sin embargo, destacaba entre líneas su desuso, sobre todo poniéndolos en relación con la vitalidad histórica del Parlamento de Westminster), tenía la idea de que, en un sistema de buen gobierno, el circuito esencial del poder no incluyera la magistratura de la jurisdicción entre sus protagonistas principales. De alguna forma, esta idea se aleja de la visión británica de la función ampliamente penetrante de las Cortes, pero sólo en apariencia (no se olvide que Locke, por los motivos ya expuestos, había excluido la jurisdicción de la tríada de poderes), pues contiene la intuición de que la justicia, antes que un poder activo del Estado, ha de ser considerada la linfa de un sistema de buen gobierno, y de que cuanto mejor esté gobernado el sistema, menos necesaria será la interven-

ción del juez; además, como se ha dicho, también se puede sospechar que en esta reflexión de Montesquieu esté presente aquel elemento tradicional que imponía a los jueces franceses ocuparse lo menos posible, o no hacerlo en absoluto, de los asuntos relativos a la administración del reino.

VII. LA FASE MADURA DEL CONTRACTUALISMO

En la medida en que un único autor pueda ser identificado con una categoría del pensamiento político, Montesquieu lo es, en la percepción común, con la separación de poderes: insatisfecho con las condiciones políticas e institucionales del propio país y del propio tiempo —como, por lo demás, profundamente insatisfecho con la etapa restauradora se había mostrado el Locke que, en los *Two Treatises*, delineaba los caracteres del gobierno mixto—, veía en esta concepción una respuesta a un Estado absoluto que, oscurecida la parábola del Rey Sol, se alejaba de la perfección originaria y se había transformado en *Ancien Régime*. Más radical aún, aunque no desprovisto de elementos contradictorios, fue el acercamiento al tema del gobierno mixto del mayor espíritu contractualista de la Ilustración, Jean-Jacques Rousseau, que dedicaba a este argumento una parte del libro III de la obra que lo ha hecho famoso: *Du contrat social ou principes du droit public* (1769).

Procede Rousseau según el esquema acostumbrado, esto es —sobre la base de una profunda reflexión acerca de las condiciones del hombre en el estado de naturaleza, en la que la dramática visión hobbesiana es radicalmente rebatida—, pasando revista a los elementos que constituyen la materia prima de la temática, las formas de gobierno. Analizará, por tanto, los caracteres del gobierno democrático, en el cual el cuerpo social reúne en sí el poder de legislar y de gobernar (proponiéndose, al mismo tiempo, como soberano, príncipe y magistrado de sí mismo y, consecuentemente, también súbdito autoobligado a respetar las leyes cuya producción y ejecución asegura); del gobierno aristocrático, en el cual solamente a algunos ciudadanos —deseablemente los mejores, como el propio término sugiere desde hace siglos y como todos, o los más ancianos, querrían— les es confiada la responsabilidad de ejecutar la ley (esta aristocracia, en otro tiempo natural en las sociedades humanas, debería hacerse, sin embargo, electiva para que en su base subsista, en todo caso, un control constante de la voluntad colectiva. Para tener una prueba de la importancia que Rousseau atribuye a las elecciones piénsese en su célebre y penetrante comentario

sobre la condición del pueblo británico, siempre esclavo y únicamente libre cuando viene llamado a ejercer el sufragio); y del gobierno monárquico, en el que la asunción de la soberanía y el ejercicio del gobierno se reúnen en el rey, que para dar curso a tal unión de funciones políticas actúa a través de ministros, sus fiduciarios, y de cuerpos administrativos sobre los que hacer valer su propia voluntad.

Tampoco falta en el *Contrat Social* una curvatura platónico-aristotélica del razonamiento sobre las formas de gobierno. Cuando los intereses egoístas prevalecen sobre el interés colectivo, entonces cualquier forma se presta a la corrupción, y el esfuerzo de Rousseau consiste en verificar cuáles son los elementos degenerativos y cuál es, entre las formas de gobierno, si no la más inmune, al menos la más dotada de anticuerpos. Aquí entran en juego los primeros elementos del gobierno mixto: del gobierno aristocrático piensa Rousseau que, a través de la separación que existe entre las magistraturas de ancianos y el poder legislativo, la corrupción de la soberanía (ya que ésta es siempre atributo del cuerpo político en el que reside la voluntad general, y que hace las leyes) no tendría lugar, ya que el gobierno se ocuparía de cuestiones parciales y el legislador de normas generales. Por otro lado, la natural tendencia a establecer que el acceso a las altas magistraturas de gobierno sea hereditario, por fuerza de las naturales desigualdades sociales y económicas que existen en todo grupo social, y de la prevalencia de los intereses particulares y el realce del espíritu de cuerpo, transformaría esta forma en una oligarquía, disminuyendo cualquier elemento residual de republicanismo. En el gobierno democrático, frente a la ventaja que derivaría de la coincidencia entre producción, interpretación y ejecución de la ley, la corrupción del sistema sería altamente probable, o casi inevitable, desde el momento en que el cuerpo político que se ocupa de cuestiones generales (las leyes) contaminaría la propia potestad al encontrarse también con la responsabilidad de las cuestiones particulares que suponen ejecución (las acciones de gobierno), y los abusos que de ello derivarían conducirían a la descomposición de tal sistema de gobierno. En este problemático intercambio entre general y particular, que configura un elemento central de la especulación rousseauiana, es una pura ilusión pensar que un pueblo que se autogubierne perfectamente, como si fuera un pueblo de dioses, dejaría de necesitar ser gobernado. Finalmente, en el gobierno monárquico, la corrupción se encuentra constantemente apostada detrás de cada esquina, cada vez que el príncipe actúe de forma que concentre en sí mismo todo el poder,

apropiándose del legislativo que compete a la soberanía del pueblo; según Rousseau es prácticamente inevitable que esto suceda, ya que la distinción entre gobierno y soberanía tendería a anularse y el monarca a transformarse en un tirano cuyo poder se ejercería en perjuicio de las reglas que constituyen el Estado y del equilibrio de funciones en lo que parece un sistema de separación potestativa con equilibrios, cuando menos, precarios.

El gobierno mixto rousseauiano, por tanto, se propone reasumir los aspectos positivos de la forma democrática, eliminando los puntos contradictorios o, al menos, suavizando sus asperezas más evidentes.

Rousseau, en el capítulo 7 del libro III del *Contrat Social*, concentra la atención sobre las características y valencias del gobierno mixto, al que define como «moderado» ya que, en sustancia, no se presenta como un modelo original sino que configura una redefinición de una forma de gobierno «pura». La premisa sobre la que construye la teoría de la moderación es la constatación de la imposibilidad de que los regímenes puros encuentren aplicación práctica; para ello, sería necesaria la existencia de monarcas que poseyeran los caracteres de la divinidad, pueblos gobernantes perfectamente virtuosos, aristócratas purificados de cualquier forma de egoísmo de casta. Por tanto, considerando que en la historia humana la noción de pureza de los regímenes políticos ayuda a construir tipos ideales, pero no formas de gobierno concretas y practicables, es necesario abandonar la filosofía en su grado más elevado y asumir que cualquier régimen que la experiencia pueda registrar en la evolución de las sociedades erigidas en ordenamiento político no es otra cosa que una forma en la que sobresalen elementos de una de las tres descritas, pero atenuada o «atemperada» con elementos de las demás.

El elemento móvil que Rousseau individualiza al describir el modo en que se realiza la templanza de las formas de gobierno es el poder de gobierno, que es el momento institucionalizado de la politicidad y la discrecionalidad, y por tanto se presenta como el más reactivo y dinámico en relación a la relativa inmovilidad del poder legislativo y del jurisdiccional; de modo que, puesto que por naturaleza el poder ejecutivo tiende a expandir su propio campo de influencia y a asumir formas cambiantes, trabajar en esa dirección permite actuar con mayor probabilidad de éxito si se pretende poner a punto condiciones verosímiles de gobierno mixto. En este sentido, debe puntualizarse que también para Rousseau, al no tener en cuenta el declinante sistema de las Provincias Unidas holandesas que, sobre todo en el siglo precedente, había constituido un ejemplo *sui generis*

de autogobierno sin estatalidad (si se acepta la magistral descripción de Johan Huizinga), el único régimen que podía definirse como mixto seguía siendo —como en la época de Montesquieu— el británico, que ofrecía un ejemplo de *premiership* y de Parlamento en evolución único en Europa. Ya se han señalado las valoraciones negativas que Rousseau dedica en varios pasajes de su obra a las modalidades de organización y gestión del poder en Gran Bretaña (desde luego, no comparte la admiración que había sentido su eminente predecesor), pero debe recordarse igualmente que en la época en que Rousseau gestaba el *Contrat social* apenas daba comienzo el reinado de Jorge III, esto es, el soberano que, frente al ascenso del *premiership* determinado por el largo periodo de poder de Walpole bajo la primera Monarquía Hannover, rápidamente intentaría restablecer un *personal rule* eligiendo *premiers* de menor autoridad y comenzando una cerrada confrontación constitucional con el Parlamento. En otras palabras, Gran Bretaña ofrecía al observador aquel ejemplo de evidente movilidad de los grandes bloques institucionales que podían proveer a Rousseau, a pesar de la toma de distancia, de un punto de referencia para el análisis de base de los factores dinámicos que determinan la moderación del sistema de gobierno; por otro lado, la Monarquía limitada, y por tanto la Monarquía constitucional y la parlamentaria, que en el siglo previo a la aparición del *Contrat social* habían recorrido su parábola en Gran Bretaña, no habían sido otra cosa que formas de gobierno moderado en rápida sucesión. Por último, considerando en línea teórica general que entre las diversas instancias institucionales, el Ejecutivo tiende a expandir su propio radio de influencia, Rousseau señala que es en esta dirección en la que se debe trabajar para crear condiciones verosímiles de gobierno mixto. Junto al poder de hacer las normas, el de darles ejecución en condiciones de discrecionalidad es también poder soberano; pero toda vez que según Rousseau la soberanía es un concepto absoluto, no repartible ni divisible, es mucho más realista pensar que, si la soberanía pertenece al pueblo, la realización del «gobierno moderado» deba realizarse dentro de la esfera del Ejecutivo, al objeto de que éste no tienda a erosionar la soberanía popular y a apropiarse a su vez de una forma de soberanía que hubiera cortado todo contacto con el cuerpo social. El Ejecutivo es, por tanto, la aguja de la balanza de la moderación del régimen de gobierno (y aquí Rousseau se ha revelado profético: en la Europa de inicios del siglo xx, cuántas formas institucionalizadas democráticas cedieron paso a la fuerza de los Ejecutivos y de sus jefes), pero para evitar su definitiva toma del poder, la solución

rousseauiana se presenta, sí, bañada de realismo, pero ciertamente es bastante débil: el mecanismo del gobierno mixto se reduciría a impedir que el Ejecutivo pueda ganar posiciones de cohesión interna que se conviertan en irreversibles y puedan atentar contra las otras instancias de la estatalidad como cuerpo social organizado, lo que se conseguiría distribuyendo su poder en sentido vertical a través de la institución de magistraturas y cuerpos administrativos intermedios que ejerzan las funciones que, de otro modo, se concentrarían en el vértice. Pero, seguramente, el esquema de ingeniería del poder configurado por Rousseau para templar el régimen monárquico, puede resultar menos convincente que el análisis del que deriva.

VIII. CONCLUSIONES

Esta breve exploración histórico-política de la evolución de la relación entre el concepto de gobierno mixto y la separación de poderes puede, en este punto, llegar a su fin, ciertamente no porque el itinerario intelectual se haya agotado (piénsese en la parte de la *Rechtslehre* de la *Metaphysik der Sitten* publicada por Kant en 1797; o en las primeras cuarenta páginas de la tercera edición del *Cours de politique constitutionnelle* (1837) de Constant; y en cuanto a recientes contribuciones notables y de la doctrina italiana véanse asimismo los libros de Gaetano Silvestri, *La separazione dei poteri*, vol. II, de 1984, y de Giovanni Bognetti, *La divisione dei poteri*, 1994), sino porque con la llegada de las constituciones escritas, en primer lugar en Estados Unidos y en Francia, y después con las grandes etapas del constitucionalismo iberoamericano y de las constituciones liberales europeas al abrigo de la Constitución de Cádiz (1812) y de la lección constitucional británica, el concepto de gobierno mixto ha sido, finalmente, acogido con abundancia de ejemplos, que sin embargo se han alternado con cambios restauradores o autoritarios, o han conocido corrupciones materiales a pesar de la supervivencia del dato constitucional formal.

Bajo la influencia, en sus formas aplicativas, del espíritu jurídico de los *common lawyers* o de las teorías lockeanas o de las teorizaciones de Montesquieu o de Rousseau (la primera, como es sabido, había informado la Constitución monárquica moderada francesa de 1791; la segunda se la apropiará la Constitución de 1793, o del Año I), la separación de poderes ha conocido, a su vez, una evolución que no dejará de suscitar, a veces, comentarios irónicos (Walter Bagehot, dando a la imprenta en 1867 la *English Constitution*, llegará a afirmar que la *separation of powers* era un concepto

filosófico que él habría dejado voluntariamente en manos de los franceses, mientras que las instituciones del Reino Unido debían su funcionalidad y su estabilidad, más bien, a la cooperación entre poderes asegurada por la íntima relación entre *premiership* y Parlamento) o grandes negaciones en el plano fáctico, pero que se ha ganado un puesto de honor entre los principios constitutivos del Estado contemporáneo, que o es mixto o «no es». Pero, dicho lo cual, es mucho más envidiable la posición especulativa de los defensores del absolutismo (que incluso cuando parten de perspectivas problemáticas alcanzan, finalmente, como Cyrano sobre la luna, un mundo de certezas inamovibles que se reconducen a una única fórmula-base repetida infinidad de veces), que la de los cultivadores del Estado mixto, que se enfrentan con las probabilidades políticas y con la ciencia de lo posible, y que están condenados a una incesante experimentación y, por tanto, a una condición de eterna incertidumbre que se alimenta de dudas y contradicciones, pero de la que el progreso del derecho constitucional como ciencia del buen gobierno resulta infinitamente deudora.