

Dos modelos de separación de poderes

Juan Manuel OLARIETA ALBERDI

La separación de poderes es el acto inaugural del Estado liberal, su pieza maestra: *"Toda la ideología liberal, con sus puntos fuertes y sus puntos débiles —escribió Gramsci— se puede resumir en el principio de la división de los poderes"*¹. Pero hoy la separación de poderes ha dejado de ser un principio jurídico-constitucional preciso para convertirse en una leyenda que circula con vida propia y virtualidad suficiente para explicar el surgimiento de cualquier clase de institución o principio al que se necesite justificar y dotar de un determinado contenido. A la hora de hacer referencia a la separación de poderes, en la literatura corriente hay muy poco manejo de las fuentes originales y un exceso de recurso a los tópicos: *"La separación de poderes —escribió Duguit— es un sistema histórico que para comprender y exponer hay que situar en medio de las ideas que le han hecho nacer... lo que hoy se llama separación de poderes no tiene ninguna analogía con la separación de poderes de la Constitución de 1791"*².

Montesquieu acuñó una nueva expresión, como *"exécutif"* que la Academia de la Lengua francesa no admite hasta 1835, y utiliza ambivalentemente los términos *"pouvoirs"* y *"puissances"*, dándoles un significado del que antes carecían. Esta renovación lingüística denota un interés evidente por definir y delimitar con claridad el principio, impidiendo confusiones con posibles precedentes. Montesquieu era consciente de que se trataba de algo totalmente distinto, que él trata de precisar y deslindar con nuevas expresiones para evitar ambigüedades, en particular con las doctrinas relativas al llamado gobierno mixto. Sin embargo, el esfuerzo de innovación lingüística de Montesquieu no tuvo ninguna fortuna, y ha sido, en buena parte, la razón determinante de muchas de las confusiones que envuelven su teoría política.

La separación de poderes no es sólo ni principalmente un principio jurídico, sino más que nada la articulación formal de una cuestión política subyacente: el acceso al poder de la burguesía, una clase cuya representación en las instituciones públicas no se correspondía con su pujanza económica, frente a los sectores preponderantes en el Antiguo Régimen, cuya presencia en el Estado contrastaba llamativamente con su declive social. La separación de poderes es una separación de clases sociales, y cada modelo expresa otras tantas fórmulas de presencia de la burguesía en el nuevo Estado liberal frente a la vieja aristocracia terrateniente. Los órganos constitucionales recién creados expresaban los intereses de otras tantas clases sociales: la cámara baja a la burguesía, la alta a la nobleza, etc. Unos

—la cámara baja— representan a terceros, y los demás se representan a sí mismos, con excepción del poder judicial, que no representa a nadie porque está supeditado al poder legislativo y, por ello mismo, es *"de alguna forma nulo"*.

1. LA SEPARACION ENTRE ESTADO Y SOCIEDAD

La separación de poderes constituyó un aspecto de la separación fundamental del liberalismo, la verificada entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado, que es la pieza básica que permite comenzar la edificación del Estado burgués, por arriba, y el despliegue del capitalismo por debajo. Se trataba de asegurar el libre desenvolvimiento de la iniciativa individual, el mercado y la concurrencia mercantil. Para ello había que separar el ámbito privado y patrimonial de las injerencias públicas y administrativas, impedir el intervencionismo estatal.

El Estado constitucional liberal no tiene nada que ver con las anteriores superestructuras políticas, y en sus relaciones con la sociedad se caracterizará por su *"neutralidad"*: abstencionismo económico, aconfesionalidad religiosa y neutralidad política. En réplica a las diversas teorías precedentes sobre cuáles habían de ser los fines del Estado, el liberalismo responde que el Estado carece de fines, que es meramente pasivo, que los fines están en los particulares, en el mundo privado. Fue Rousseau quien remarcó con énfasis este aspecto, lo que le lleva a dar un paso más que sus predecesores, distinguiendo no solamente al Estado del rey, sino también —por vez primera— al Estado del gobierno: éste, en cuanto poder ejecutivo, podía ser activo; pero el Estado es esencialmente pasivo respecto a la sociedad³. El único objeto de la actividad pública es preservar la separación entre el Estado y la sociedad: es en esta última donde se proponen los fines y las iniciativas, que el Estado debe proteger tutelar y defender pero sin intervenir. El Estado burgués originario pretende ser *"neutral"* y pasivo, una maquinaria inerte movida a impulsos de la sociedad civil que contrasta con el carácter *"misional"* de los reinos medievales.

Ahora bien, la separación entre el Estado y la sociedad no da cuenta cabal del complejo de relaciones entre ambos según fue perfilado por el pensamiento liberal revolucionario: están separados sí, pero con el carácter de *supremacía* o *"imperium"* de lo público respecto de lo privado. Locke lo explica en las primeras páginas de su *Ensayo*: mientras el estado de naturaleza se caracteriza por su igualdad, *"sin subordinación ni sometimiento"*⁴, el es-

¹ "El príncipe moderno", en *Política y sociedad*, Península, Barcelona, 1977, pág. 176

² *Traité de Droit Constitutionnelle*, París, 3ª Ed., 1927, tomo II, págs. 662 y 675; pero Duguit no alcanza, ni mucho menos, a cumplir con esta tarea, sino todo lo contrario: se aleja de ella.

³ *Del contrato social*, III-1, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág. 65.

⁴ *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1986, pág. 5

tado civil impone diferenciaciones, superioridades, dotando a unas personas de *poder de mando* respecto a las demás. La supremacía de la autoridad pública supone tanto capacidad de mando, por parte del poder público, como deber de obediencia por parte de los ciudadanos (arts. 7, 288 y 289 de la Constitución de Cádiz). El deber de obediencia es algo sustancialmente distinto de la fidelidad feudal, del vasallaje; en un caso hay una sujeción a un mandato general y abstracto, mientras que en otro hay un servilismo hacia la persona que anula la voluntad individual. Es conocida la expresión de la Constitución de 1791: "No hay en Francia autoridad superior a la ley. El rey no reina sino por ella y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia". La facultad de ordenar, por parte de la autoridad, supone el dominio de la fuerza y de los medios capaces de imponer la obligación a los ciudadanos.

Separación y superioridad son los dos rasgos que caracterizan las relaciones entre el Estado burgués y la sociedad. El ciudadano tiene esas dos vertientes contradictorias, según Rousseau: es al tiempo soberano y súbdito. No obstante, esa separación y esa superioridad no son más que aparentes: superioridad no significa, como puede parecer, que los intereses públicos se sitúen por encima de los privados, sino todo lo contrario. El Estado constitucional "neutro" no tiene intereses propios distintos de los que bullen en el interior de la sociedad civil: su "neutralidad" sólo significa que la dirección, el rumbo y el funcionamiento del Estado está en manos y al servicio de los fines que la nación le indique. Cualquier determinación teleológica es de carácter privado, se desenvuelve dentro del ámbito del mercado.

No es difícil deducir, desde esta perspectiva, que no puede existir una superioridad del interés público sobre el privado, sino todo lo contrario: el interés público no es más que el mantenimiento de su separación respecto de lo privado, su servilismo respecto a éste. El gobierno —sostiene Rousseau— no se ha establecido más que para asegurar la propiedad particular, que es anterior a él⁵. El Estado asegura el orden público para que los intereses domésticos circulen y se desenvuelvan libremente: los asegura, protege y tutela sin afectarlos. La supremacía de lo público no es pues subordinación de lo privado: lo público está por encima precisamente porque está al servicio de lo privado. Aquí el matiz es decisivo. No hay mejor forma de beneficiar a unos intereses privados que desde un ámbito público calificado de superior y "neutral" a la vez.

La única fuerza de la burguesía estaba en la sociedad, en su control sobre los medios de producción, mientras que la presencia de la nobleza "de robe" en el viejo aparato de Estado absolutista no se correspondía a su pujanza social. Para desarmar a todos esos sectores sociales en crisis, nada mejor que trasladar el centro de gravedad desde el Estado hacia la sociedad, "neutralizar" la fuerza pública.

La separación de poderes, por otro lado, es absolutamente compatible, en los escritos de Locke,

Montesquieu, Rousseau, etc., con el principio de soberanía única e indivisible, precisamente porque los poderes, lo mismo que la constitución, se entienden en un sentido formal y no material. Esto es lo que distingue radicalmente a esos pensadores de sus precedentes, y de ahí también su éxito. El cuerpo social o político, lo mismo que el humano, actúa guiado por una voluntad; y en la sociedad, la voluntad es el legislativo y el movimiento o acción, el ejecutivo, de modo que no hay partición de la soberanía, y ni siquiera de la fuerza o de la capacidad de coacción del Estado, por lo que tampoco son exactas las teorías de la "autolimitación" del poder del Estado (Ihering, Laband, Jellinek); ni tampoco hay antinomia alguna entre soberanía y constitución, sino todo lo contrario: ésta es una formalización de la titularidad y el ejercicio de aquella.

2. EL CONCEPTO FORMAL DE CONSTITUCION

Los primeros constituyentes expresan siempre un concepto formal de constitución, por el que ésta, en expresión de Sieyes, era el medio y las leyes ordinarias el fin⁶. El veto y la facultad de impedir, en general, son exponentes de esa concepción formal y puramente técnica de la constitución, en cuanto son negativas y ajenas a determinaciones concretas. En esta misma línea se encuentra el concepto de "tribunado" en Rousseau, el recurso de casación, e incluso el propio concepto abstracto de ley como resolución emanada de una voluntad general y con un destino igualmente general.

No existe sumisión del Estado a la ley, sino a la constitución. La separación de poderes es el núcleo del Estado y de su constitución y, por tanto, no concierne a la sociedad, no tiene ningún carácter garantista sino que atañe exclusivamente a la organización del Estado, de sus poderes, órganos, competencias y funcionamiento.

Pero además, la ley, al no contener un mandato específico dirigido a ninguna persona concreta, no hacía más delimitar un área de acción: también tenía un contenido meramente negativo, en cuanto que se limitaba a definir el ámbito privado que el Estado —o mejor el ejecutivo— no podía invadir. Los derechos se declararon ilegíslables precisamente porque regularlos positivamente significaba limitarlos. A lo máximo las leyes no decían lo que cada uno tenía que hacer, sino lo que nadie podía hacer. Por eso no se añadió una tabla de deberes y obligaciones a la Declaración de Derechos, pese a las propuestas explícitas al respecto. La ley era la raya que dividía al Estado de la sociedad, y lo dividía obstaculizando la acción del primero de modo que la sociedad dispusiera de las mayores posibilidades de acción.

El Estado constitucional "neutro" conduce a una noción puramente funcional e instrumental de la constitución, ajena a los valores y a los derechos y libertades del ciudadano. Hegel dejará claro que la constitución es sólo organización del Estado y del

⁵ *Discours sur l'économie politique*, Flammarion, París, 1990, pág. 58.

⁶ *¿Qué es el tercer estado?*, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 77

poder del Estado: *"La constitución política— afirmará— es la organización del estado y el proceso de su vida orgánica en referencia a sí mismo"* ⁷. La constitución se refiere al Estado; la ley a la sociedad. El Estado es un organismo inerte y pasivo, cuya única función es preservar los derechos de los ciudadanos. Es en el ámbito privado donde se desarrollan los fines que el Estado debe proteger. De manera que la constitución es extraña a concreciones axiológicas, carecía de parte dogmática: los derechos y libertades constaban al margen, antes de la constitución en Francia, o después de ella en Estados Unidos. La Declaración de Derechos debía ponerse al frente de la Constitución, proponía Sieyès, para guiarse por ellos, *"para proporcionar al pueblo francés un punto de comparación"* ⁸. Era un reflejo del Derecho Natural, un punto de referencia metapositivo que permitía valorar la actividad pública y autorizaba la resistencia y la desobediencia cuando se infringían. La constitución cambia de un país a otro, en tanto que norma positiva, creación humana, en definitiva y, por tanto, modificable: *"La declaración de Derechos es la Constitución de todos los pueblos"*, dirá Robespierre⁹. Por el contrario, las Declaraciones de Derechos son obra de la naturaleza; los *"derechos"* allí enunciados son inviolables, *"sagrados"*, imprescriptibles, inalienables y comunes a todos los pueblos: *"La constitución del hombre es obra de la naturaleza —sentencia Rousseau— la del Estado es obra del arte"* ¹⁰

3. TIPOLOGIA DE LAS CONSTITUCIONES DE LA EPOCA REVOLUCIONARIA

Se entiende hoy normalmente por separación de poderes la formación de tres órganos dotados de sus correspondientes competencias, situados en un mismo plano constitucional, esto es, situados horizontalmente, convenientemente equilibrados entre ellos, independientes unos de otros (no revocables unos por otros) y especializados en el desempeño de sus respectivas tareas. Por contra, el concepto originario de separación de poderes significaba única y exclusivamente:

a) Que las funciones del Estado no debían concentrarse en un mismo órgano o persona; quien legisla no ejecuta ni aplica la ley porque está sometido a ella lo mismo que todos, y si pudiera ejecutarla o aplicarla, haría excepciones, y la primera consigo mismo, mientras que de la otra forma, la ley que promulga puede volverse contra sí cuando la ejecuta o aplica un tercero. Se trataba de un punto de partida puramente negativo, a partir del cual la teoría era compatible con cualquier distribución de competencias que pueda imaginarse.

b) La primacía del poder legislativo sobre los demás: no están, pues, los poderes en el mismo plano, sino subordinados al legislativo, lo que se manifiesta en la responsabilidad de todos los funcionarios del Estado ante el legislativo, así como en el control por éste de la actividad que desempeñan, del modo en que se ejecuta y aplica la ley.

c) Unidad del Estado, expresada en la unidad de su voluntad, que es la ley; ésta se caracteriza por su generalidad que se expresa en dos planos fundamentales: por un lado, dimana de una única fuente, la cámara baja, que tiene carácter electivo y representa a toda la nación, a la voluntad general y, por el otro, se encamina a un objeto abstracto y genérico.

d) Los poderes son fiduciarios: no actúan en interés propio sino de la nación que, en consecuencia, puede exigir responsabilidad y controlar la acción de los mandatarios públicos.

e) Unidad del poder ejecutivo, o sea, monopolio sobre la fuerza: en este poder hay competencias de tipo administrativo o gubernativo que se unen a la actividad ejecutiva en sentido estricto, consistente en el empleo de la fuerza cuando es necesaria para cumplir la ley. Además del poder ejecutivo puede administrar también el legislativo (*"gobierno de asamblea"*), pero es siempre el rey quien dispone de la fuerza que, lejos de limitarse o autolimitarse, se concentra en unas mismas manos.

Los sistemas positivos de distribución de competencias son un problema, desde este punto de vista, secundario: todos ellos son compatibles con la separación de poderes, aunque permiten clasificar las constituciones de la época revolucionaria en dos tipos: mixto y especializado. El sistema mixto, llamado también de balance o equilibrio (tomado del sistema de *"gobierno mixto"* que promovió tantas discusiones en Inglaterra tras la revolución) es un supuesto claro de ausencia de especialización, pues divide el poder legislativo en dos o tres órganos legislativos (el rey y una o dos cámaras) que comparten la facultad de promulgar leyes. *Es un sistema de equilibrio o balance no de poderes, sino en el interior del poder legislativo, es decir, del poder supremo.*

El sistema especializado se basa en los escritos de Rousseau, Paine, Condorcet y otros, y se caracteriza por una separación casi absoluta de los poderes, de modo que cada uno de ellos propende a especializarse única y exclusivamente en el desempeño de determinadas funciones públicas (legislar, ejecutar, juzgar) concebidas de forma abstracta y genérica. La separación de poderes no está, pues, complementada, como se afirma corrientemente, por el balance o equilibrio entre ellos: en ambos sistemas, en todas las constituciones hay un desequilibrio total entre los poderes a causa de la primacía del legislativo.

Ambas concepciones responden a dos ideas sobre el pacto social, sustentadas por otras tantas clases sociales:

— Para la nobleza y la alta burguesía (que se apoya en los escritos de Montesquieu) el pacto so-

⁷ *Principios de la Filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1988, pág. 349

⁸ *Escritos y discursos de la revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 91.

⁹ Bernat Muniesa: *El discurso jacobino en la revolución francesa*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 83

¹⁰ *Del contrato social*, cit., III-11, pág. 92

cial es un acuerdo con el poder establecido, con las clases ligadas al Antiguo Régimen para compartir la dirección del Estado; se trata de una composición de fuerzas sociales, de cuerpos intermedios calificados de “potencias” y polarizados entre el rey y la nación.

— Para los pequeños agricultores y comerciantes (cuyas ideas expresan autores como Rousseau, por ejemplo) es un acuerdo dentro de la sociedad para organizar y distribuir el poder ya conquistado; diferenciarán este pacto dentro de la sociedad del “*acto por el que un pueblo se somete a los jefes*” que es algo distinto, que califican de comisión; los cuerpos intermedios no se tienen en consideración dentro de la sociedad, surgiendo la voluntad general de una suma aritmética de voluntades atomizadas e iguales.

La gran burguesía hablará abiertamente de clases sociales y negará la igualdad de todos los sectores sociales: cada cual dispone del poder político en función de la clase a la que pertenezca o a la que sirva y, además, cada clase social desempeña un papel distinto y tiene un peso político también distinto. Montesquieu concedía una extraordinaria importancia a los “*cuerpos intermedios por los que fluye el poder*” y, con dicha expresión, alude a las clases sociales, pasando entonces del lenguaje jurídico al político: “*El poder intermediario subordinado más natural es el de la nobleza*”, dice, y añade también en otro pasaje: “*En el Estado popular, el pueblo se divide en clases*”¹¹ A diferencia de Rousseau, no trata a los individuos como entes atomizados, sino agrupados en clases sociales: en esto radica la superioridad y el realismo de su análisis sobre el del ginebrino. Para éste, el cuerpo intermedio entre el soberano y los súbditos no es ninguna clase, sino una institución, el gobierno¹². La pequeña burguesía, cuyo pensamiento expresa Rousseau, es igualitarista, no reconoce clases sociales y disuelve todas las desigualdades —o lo pretende— dentro de una categoría uniforme de ciudadano cuyo prototipo es el pequeño propietario.

4. DOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD

De aquí derivan también dos formas distintas de responsabilidad, esto es, dos formas distintas de manifestarse la supremacía del poder legislativo. Las constituciones especializadas, al concebir el gobierno como una comisión o delegación (sistema convencional) no permiten más que la responsabilidad penal; cualquier incumplimiento de la ley no es más una prevaricación, un delito. En las constituciones mixtas, por contra, se trató de buscar soluciones intermedias entre la impunidad y la muerte; y de ahí nació la responsabilidad política, un instrumento mucho más flexible que permite al comitente destituir a su subordinado, al tiempo que éste se

salva de una pena grave e infamante. La responsabilidad política comprendía mucho más supuestos que la penal, pero sus consecuencias eran considerablemente más livianas: de ahí el éxito de estas fórmulas constitucionales.

A ellas responden las constituciones monárquicas, como la francesa de 1791 y la española de 1812, de carácter moderado, frente a las más revolucionarias, que son las de carácter especializado, normalmente republicanas, como las francesas de 1793, 1795 y 1848. En las mixtas, como la francesa de 1791 o la española de 1812, la separación de poderes no significaba, en absoluto, que cada órgano del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial) ejerciera única y exclusivamente una función (legislar, ejecutar, juzgar), y tampoco significaba que cada órgano fuera independiente de los demás. En las constituciones mixtas no se intentó siquiera crear órganos diferenciados con funciones exclusivas y excluyentes, sino todo lo contrario: se formaron órganos competentes para conocer de dos o tres funciones distintas a la vez; se diseñaron funciones compartidas simultáneamente por varios órganos; e incluso, cada órgano se subdividió, a su vez, en dos o más secciones separadas.

Así, el informe de Lally-Tollendal de 31 de agosto de 1789 comienza preguntando a la Asamblea si el cuerpo legislativo se va a componer de uno o más “*poderes*”, haciendo referencia seguidamente a las distintas “*porciones*” del poder legislativo, y afirma: “*Para mantener el balance de la constitución es necesario que la potencia ejecutora sea una rama, sin ser la totalidad de la potencia legislativa*”, pues de lo contrario ésta se adueñaría de la primera. Esta idea fue contundentemente plasmada en el artículo 26 de la Constitución belga de 1830: “*El Rey, la Cámara de los representantes y el Senado ejercen colectivamente el poder legislativo*”, expresión idéntica al artículo 15 de la Carta francesa de 1814, artículo 14 de la de 1830 y artículo 62 de la Constitución prusiana de 1850. La única diferencia de los sistemas constitucionales mixtos es que mientras la Constitución francesa de 1791 (o la española de 1812) sólo dividía el poder legislativo en dos secciones, otras (la belga, la prusiana) la dividen en tres; no es más que la distinción clásica entre unicameralismo y bicameralismo.

El problema radica en que el rey y la cámara alta no son *electivos* pero pretenden ser (o se les pretende hacer) *representativos*, cuando en realidad sus cargos son normalmente vitalicios y, además, no fiduciarios sino que defienden prerrogativas estamentales, actúan en beneficio de sus propios intereses. Si pudieran promulgar leyes, éstas no expresarían la voluntad nacional ni se encaminarían hacia el bien común: coexistirían dentro del Estado otras tantas voluntades, de modo que para asegurar la unidad del Estado, aquellos constituyentes facultaron a las porciones no electivas del poder legislativo con atribuciones meramente negativas, con la posibilidad de oponerse pero no de estatuir. El rey disponía de veto pero no de iniciativa legislativa; no podía proponer leyes sino sólo evitar temporalmente que se promulgaran.

¹¹ *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1969, II-2 y 4, págs. 57 y 61.

¹² *Del contrato social*, III-1, cit., pág. 62, aunque también se encuentran afirmaciones suyas en sentido opuesto. *Projet de constitution pour la Corse*, Flammarion, Paris, 1990, págs. 124-125.

En cualquier caso, sin embargo, el legislativo se componía del rey y la cámara (o cámaras), y como función, la legislación era una tarea compartida por dos (o tres) órganos distintos. Esta divisibilidad del poder legislativo contrasta con la unificación del ejecutivo en un solo órgano: *"reside exclusivamente en la mano del rey"*, dice literalmente la Constitución de 1791 (art. 1.IV.III) para asegurar la unidad del poder ejecutivo, la centralización y el monopolio de la fuerza.

En esta misma línea de constitucionalismo mixto, la Constitución de Cádiz, por su parte, en su artículo 15, afirmaba que *"la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey"*, es decir, que el legislativo se componía de dos secciones, las Cortes y el rey, de donde deriva la sanción de las leyes, que corresponde al rey (art. 142) y, por tanto, el veto, siquiera sea éste suspensivo (arts. 144 y ss). Las Cortes disponían de importantes facultades gubernativas y administrativas, como la creación y supresión de oficios públicos (art. 131-9), la aprobación de las ordenanzas municipales (art. 321-8), y del reparto de las contribuciones entre las provincias (art. 131-16), el fomento de toda especie de industria (art. 131-21), el establecimiento del plan general de enseñanza (art. 131-22), etc. Las Cortes disponían de facultades jurisdiccionales para juzgar a sus diputados (art. 128), para interpretar las leyes (arts. 131-1 y 261-10), para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores de la Constitución, en general (art. 372) y de los ministros y funcionarios públicos en particular (art. 131-25), entre otras. Del mismo modo, el rey disponía de trascendentales facultades jurisdiccionales de indulto (art. 171-13), para enjuiciar a través de tribunales militares (art. 250), para detener (art. 172-11), y también los alcaldes (art. 275) y los gobernadores civiles (art. 261-4) asumían funciones judiciales. Sólo la disposición de la fuerza pública es una competencia que permanece indivisa, hasta el punto de que *"ejecutar lo juzgado"* no formaba parte de las funciones judiciales sino de las ejecutivas, precisamente porque implicaban el uso de la fuerza. El poder judicial no puede tomar ninguna *"resolución activa"*, afirma Hamilton, *"no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo para que tengan eficacia sus fallos... Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes; y si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo. Pero si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo"*¹³ Es esta falta de independencia de los poderes lo que demuestra que subsiste la unidad del Estado *"pese"* a la separación de poderes, por cuanto no hay más que una sola voluntad, la del poder legislativo; los otros dos poderes carecen de voluntad propia: su función es hacer operativa la voluntad legislativa.

La voluntad no se fracciona y, en consecuencia, tampoco la soberanía, porque los poderes no son

soberanos cada uno de ellos, ni participan de la soberanía en forma alguna: sólo el legislativo determina la voluntad del Estado, sólo el legislativo es, por tanto, libre, mientras que los demás poderes aparecen esclavizados. El Derecho en aquel primer constitucionalismo se reduce a la ley, expresión única y unívoca de una voluntad autodeterminada que no puede resultar condicionada o mediatizada por otras instancias ni otros poderes.

La separación de poderes es compatible con la soberanía mientras, por el contrario, el gobierno mixto comporta una soberanía compartida. La separación de poderes trata de repartir y organizar el Estado entre una o varias clases sociales. En el gobierno mixto subyace, ante todo, un reparto material de las funciones públicas a determinados estamentos sociales: el rey, la aristocracia y la nobleza, fuerzas sociales que pueden identificarse en determinadas instituciones: los *"poderes"* son entonces independientes, y lo que se pretende precisamente es articularlos. En la separación de poderes, la actividad del Estado comienza a concebirse de manera formal: lo que adquiere relieve no es tanto el hacer como la diferenciación entre el ordenar hacer y el propio hacer. Es este concepto formal el que permite desarrollar el concepto abstracto de ley y, por ende, el de constitución. En el gobierno mixto hay, en definitiva, dos voluntades¹⁴ que no tienen por qué coincidir y, de hecho, no coincidieron pues la aristocracia, en Francia como en España, no admitió pacíficamente el nuevo régimen y se enfrentó a él por todos los medios que tuvo a su alcance. La viabilidad del sistema mixto implica el acuerdo para ejercer en común las mismas competencias, exige una política común que no se dio en ninguno de los dos países. En el gobierno mixto la burguesía pretende, principalmente, controlar la exacción de tributos que debe pagar, mientras la nobleza goza de exención; en la separación de poderes está en condiciones de controlar todas las actividades públicas. En el gobierno mixto cada órgano defiende los intereses de su clase; en la separación de poderes hay por lo menos un órgano, la cámara baja, que representa a toda la nación.

5. LA SUPREMACIA DEL PODER LEGISLATIVO

Consecuencia de su acepción formal de constitución, Locke y Montesquieu pretendieron, a diferencia de sus predecesores, establecer una clasificación formal y no material de las funciones estatales, integradas por un impulso inicial, la voluntad, y un movimiento posterior, la actividad. El funcionamiento del Estado se resumía en un Parlamento encargado de elaborar la ley, mientras los demás debían ejecutarla. Todo el funcionamiento del Estado se resumía en una decisión original, legislativa, y una actuación posterior de ejecución. Clasificar en cuanto al fondo o contenido las actividades del Estado y colocar al frente de ellas a un órgano califi-

¹³ *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, págs. 331 y 333.

¹⁴ *"Es imposible concebir la idea de dos soberanías, una soberanía para querer y otra soberanía para actuar"* (T. Paine: *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 94).

cado de poder, contribuía a confundir el gobierno mixto con la separación de poderes.

La incongruencia de Locke y Montesquieu —que Rousseau evitó— fue añadir a esta clasificación formal, otros dos poderes definidos materialmente: el federativo y el judicial. Demostraban las dificultades políticas existentes para articular constitucionalmente un reparto formal y abstracto de las competencias, adverdadas en España por los sucesivos cambios introducidos en los reglamentos de la regencia, que van desde un reparto primitivo formal, teórico y genérico, muy favorable para los revolucionarios, hasta otro material y concreto, más ajustado, “equilibrado” para las dos clases sociales en liza. El poder federativo de Locke no era una forma de actuación del Estado, sino un área de funcionamiento, la relativa a la política exterior. Del mismo modo, el poder judicial en Montesquieu se define materialmente como aquel que resuelve los litigios individuales, como una de las actividades del Estado de carácter ejecutivo: no es que Montesquieu sostuviera que el poder judicial es una parte del poder ejecutivo, sino que la actividad judicial funciona exactamente igual que el ejecutivo, esto es, subordinado a la ley que debe cumplir. Y esto es en el pensamiento clásico lo decisivo: no lo que los poderes hacen, sino cómo lo hacen, y el ejecutivo y el judicial son poderes ejecutivos idénticos por su forma de funcionamiento.

Esa concepción formal de los poderes implica necesariamente que *no son independientes*, sino que hay uno, el legislativo, por encima de los demás. Esto es algo, además, políticamente sustancial al concepto originario de división de poderes en cualquiera de los dos sistemas constitucionales; no son iguales, no están equilibrados ni al mismo nivel, sino que se subordinan al legislativo. Sólo éste es independiente y, por tanto, sólo son independientes las cámaras y el rey. Pero si el rey actúa como poder ejecutivo (y lo mismo sus ministros y agentes) no es independiente de la otra parte del poder legislativo, es decir, de las Cortes, pues si así fuera podría infringir la ley, imponer su propia ley.

Como corolario de su dependencia, el rey es responsable de sus actos a través de sus ministros, y necesita el refrendo de éstos para que sus disposiciones tengan fuerza ejecutiva (art. 225 de la Constitución de Cádiz). Los cuadernos de los Estados Generales contenían ya numerosas menciones a la necesidad de regular la responsabilidad de los miembros del ejecutivo y cuando Clermont-Tonnerre resume ante la Asamblea el 27 de julio de 1790 el contenido de los cuadernos, recoge en su número tercero la demanda generalizada de responsabilidad de los funcionarios. El proyecto constitucional de Mounier, presentado el día 27 de julio, regulaba igualmente la responsabilidad de los ministros y funcionarios públicos (art. 7, Capítulo II, que se transformó en el art. 8-III-IV-II de la Constitución), lo mismo hacía el de Lally-Tollendal, el de Chapelier de 25 de octubre y, sobre todos, el de Robespierre, que afirmaba que “*un pueblo en el que los mandatarios no rindan cuentas a nadie, no tiene*

constitución”, materializado luego en el artículo 24 de la Declaración jacobina de Derechos.

El primer Decreto de las Cortes de Cádiz, de 24 de setiembre de 1810, declara que “*el Consejo de Regencia, para usar de la habilitación declarada anteriormente, reconocerá la soberanía nacional de las Cortes, y jurará obediencia a las leyes y decretos que de ellas emanaren*”. El poder ejecutivo era una delegación que hacían las Cortes en regencia, cuyos miembros “*quedan responsables a la Nación por el tiempo de su administración, con arreglo a las leyes*”. El Decreto de 16 de enero de 1811 declaraba “*amovibles a voluntad de las Cortes*” a los regentes. Seis meses después, el Decreto de 14 de julio de 1811 es una de las pruebas más claras de la precocidad de los constituyentes españoles, que se anticipan en la búsqueda de soluciones puramente políticas, como la remoción, única medida que este Decreto contempla, frente a la infracción de la legalidad por los funcionarios. El Capítulo IV de 26 de enero de 1812 declaraba a los regentes “*responsables a las Cortes por su conducta en el ejercicio de sus funciones*”, así como también a los ministros “*sin que sirva de excusa haberlo exigido la Regencia*”, hasta el punto de poder ordenar las Cortes “*la formación de causa*” si no aprobaban “*la conducta*” de regentes o ministros.

La Constitución española de 1812 arbitró luego formas de responsabilidad que, incluso son muy superiores a las francesas. No es el caso, sin embargo, de los juicios de residencia de funcionarios del artículo 261-6, por tratarse de un mecanismo jurídico anticuado y por encomendarse su decisión al Tribunal Supremo, un órgano no vinculado al legislativo, como en Francia, sino al ejecutivo¹⁵, régimen de responsabilidades que se ha llamado “*sistema belga*” por desarrollarse en la Constitución de 1830 de aquel país, cuando tiene su origen en la de Cádiz de 1812. A diferencia también de la Constitución francesa de 1791, que sólo admitía la responsabilidad penal, contiene (arts. 226, 228 y 229) supuestos bastante claros de ejercicio de una primitiva “*moción de censura*”. Tal parece ser también el significado del artículo 261.2.

6. LA SUBORDINACION DEL PODER JUDICIAL: “RÉFÉRÉ LEGISLATIF” Y RECURSO DE CASACION

De la superioridad del legislativo deriva también la preeminencia de la ley y la abierta subordinación o falta de independencia del poder judicial, cuyos máximos ejemplos son el “*référé legislatif*” y el recurso de casación. El “*référé legislatif*” demostraba que la función de interpretar las leyes no era competencia del poder judicial sino del legislativo. Su objetivo era prevenir una posible resolución “*contra legem*” de los tribunales; el recurso de casación la remediaba una vez producida. El “*référé legislatif*” ponía una

¹⁵ Cfr. Luis Moreno Pastor: *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*, Universidad Complutense de Madrid, 1988 (hay edición posterior del Ministerio de Justicia), págs. 310 y 584-585.

interpretación auténtica, la del legislativo, por encima de la de los tribunales; el recurso de casación lo resolvía un órgano, al que se llamaba "*Tribunal*", pero que en realidad en Francia era un "*anexo*" de la Asamblea, según la Ley de 1 de diciembre de 1790, y que, por otra parte, no interpretaba la ley, sino que simplemente reconocía cómo no se debía interpretar. Por contra, en España no existe este remedio procesal porque el recurso de casación aparece mucho más tarde; el Tribunal Supremo aquí es un órgano de *control político* sobre los jueces, magistrados y los funcionarios públicos en general, y no aparece ligado al legislativo, sino al ejecutivo. La técnica casacional era la misma que la del veto y esencialmente devolutiva: el Tribunal de Casación no podía dictar sentencia sobre el fondo, sino limitarse a anular la de los demás tribunales.

Y si el poder judicial no podía interpretar la ley, competencia del propio poder legislativo, tampoco podía ejecutar los juzgado, que era tarea encomendada al poder ejecutivo. Por eso Paine casi identificaba al poder ejecutivo y al judicial: "*En lo que concierne a la ejecución de las leyes, lo que se llama el poder judicial es estricta y propiamente el poder ejecutivo de cada país. A ese poder es al que ha de apelar cada individuo, y el que hace que la ley sea ejecutada*". Y añade: "*Se llamaba poder ejecutivo porque antiguamente la persona que lo ejercía acostumbraba a dirigir con categoría de juez la administración y ejecución de las leyes. Los tribunales eran entonces una parte de la administración y ejecución de las leyes. Los tribunales eran entonces una parte de la corte y, por lo tanto, el poder que ahora se llama judicial, era por aquella época llamado ejecutivo*"¹⁶.

Otra demostración de la superioridad del legislativo es el desconocimiento de los conflictos de atribuciones entre el legislativo y los otros dos poderes. Sólo podían existir, en todo caso, conflictos dentro del mismo poder legislativo, entre el rey y la cámara, resueltos por medio del veto. Los conflictos entre poderes que comienzan a regularse son los entablados entre los poderes subordinados, entre el judicial y el ejecutivo, y quien los resuelve es el legislativo, precisamente porque es quien está por encima de ellos.

El problema de la supremacía del legislativo planteaba, sin embargo, importantes problemas en ambos tipos de constituciones, porque podía conducir a la concentración de poderes. Era especialmente grave —para la aristocracia— en las constituciones especializadas, al dejar las manos libres a la Asamblea para invadir, por medio de leyes formales la competencia del ejecutivo, de ejecutar por vía de ley, procediendo a una concentración de poderes encubierta. Es aquí donde entran en juego los distintos sistemas de "*límites*" al poder legislativo, que no eran más que eso precisamente: limitaciones puestas a la supremacía de la Asamblea y no limitaciones de la soberanía ni del poder del Estado. Las constituciones especializadas marginaban totalmente al rey y a la aristocracia, por lo que la so-

lución a la supremacía del legislativo era dividir este poder y hacerlo compartir entre diversos órganos integrados por aquellas clases que, en otro caso, quedarían fuera del poder supremo, proyecto ya claramente definido por Lally-Tollendal cuando propone el bicameralismo, e incluso antes por Montesquieu, que propone el veto: "*Si el poder ejecutivo no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo —había escrito Montesquieu— éste será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable, aniquilará a los demás poderes*"¹⁷. El veto, en cuanto "*intercessio*" o "*legislador negativo*", aseguraba la unidad de la voluntad del Estado: no había dos voluntades porque el veto carecía de determinaciones positivas, se manifestaba una intención concreta sino que se limitaba a impedir la expresión de la voluntad general. Los órganos no electivos y no representativos que intervienen en el poder legislativo, lo mismo que el Tribunal de Casación, sólo disponen de una facultad meramente negativa; impiden la efectividad de la voluntad general pero no pueden manifestar una voluntad propia.

Pero Rousseau, contrario al veto, ya había dejado claro que los límites a la supremacía del poder legislativo en las constituciones que él diseña eran meramente internos, relativos al propio concepto de ley, como disposición no solamente fruto de la voluntad general, sino atinente a una cuestión de interés general, al bien común. Las leyes no pueden contener excepciones, ni pueden hacerse excepciones en su ejecución, por lo que no se promulgarán leyes —cabe pensar— cuya aplicación perjudique a alguien, ya que perjudicarían igualmente a todos, a los propios que las redactan. Si la ley la ejecuta un tercero es más probable que afecte al legislador lo mismo que a cualesquiera otras personas particulares. La generalidad de la ley y su uniforme aplicación e interpretación son las mejores garantías. Las leyes formales serían contradicciones en los términos, metafísicamente imposibles. En Rousseau la Asamblea sólo puede emitir leyes, lo cual es todo lo contrario del principio de que todo lo que dimana de la Asamblea es una ley, que es el que enuncia el artículo 92 de la Constitución termidoriana, prototipo de autorización de leyes formales: "*Las resoluciones del Consejo de los Quinientos —decía aquel artículo— adoptadas por el Consejo de Ancianos, se llaman leyes*". Se llamaban leyes, ciertamente, pero no eran leyes, en el sentido de Rousseau.

Ahora bien, esto que filosóficamente puede ser aceptable, no lo es jurídicamente y, además, no hace más que trasladar el problema sin resolverlo: no se trataría de una invasión de competencias, de un exceso de poder, sino de una cuestión de calificación jurídica, de discutir si un reglamento, la firma de un tratado, la aprobación de los presupuestos, etc., son actos de legislación o de ejecución. No hay una decisión previa del problema, que queda aplazado y a merced de posterior interpretación, siempre insegura. Es mucho más sencillo plantear

¹⁶ *Los derechos del hombre*, Orbis, Barcelona, 1985, págs. 158 y 182.

¹⁷ *El espíritu de las leyes*, cit., XI-6, pág. 155.

el problema no teóricamente, sino en la práctica: partir de las labores que debe desempeñar el Estado y repartirlas entre los poderes. Desde el punto de vista teórico-jurídico puede no ser correcto o coherente, pero es tremendamente práctico por lo dúctil. Fue la gran ventaja técnico-jurídica de las constituciones mixtas.

7. LA REINTERPRETACION POSTERIOR DE LA SEPARACION DE PODERES

Constant (y los doctrinarios en general) fueron los primeros en reelaborar el principio de separación de poderes, otorgándole un contenido radicalmente distinto. Para ello, Constant supuso haber descubierto en la teoría una contradicción con el principio de soberanía que es sólo fruto de un sofisma que él mismo injerta deliberadamente. En efecto, Constant parte de considerar los poderes materialmente repartidos, y no formalmente: por tanto —afirma— son poderes limitados y finitos que, sumados no alcanzan la soberanía que es por definición ilimitada; la suma de partes finitas no da un total infinito, y de aquí Constant deduce "matemáticamente" que la

soberanía es limitada¹⁸, de donde pasa a estudiar el problema del reparto de competencias entre los poderes que en tales circunstancias, lógicamente, se convierte en la clave de todo. De aquí que las filosóficas discusiones desarrolladas acerca de la soberanía y otras cuestiones conexas como la separación de poderes, se transforman en Constant en algo mucho más sencillo y prosaico, de "Derecho Procesal": distribuir las funciones, repartirse las atribuciones públicas. Pero no podemos pasar por alto que las ideas de Constant en este punto tienen muy poco que ver con los clásicos del liberalismo. Su éxito denota que la realidad política que Constant y los doctrinarios abordan es muy diferente de la de los clásicos. Para la burguesía ya no se trata de asaltar el poder de la aristocracia sino de consolidarse en él. Bajo unas mismas expresiones jurídicas se encubren realidades sociales bien diversas y ello obliga a maquillar los conceptos para que encaje. Con el transcurso del tiempo, las capas sucesivas de maquillaje llegarán a desfigurar completamente lo que la separación de poderes representaba para los clásicos del pensamiento liberal revolucionario, por más que las palabras coincidan.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.
Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la

Asociación Pro Derechos Humanos de España

José Ortega y Gasset, 77, 2^a - 28006 Madrid.

¹⁸ "De la soberanía del pueblo y sus límites", Cours de politique constitutionnelle, París, 1818, tomo I, págs. 173 y ss.