

DEL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES (1)

Por JAVIER GARCÍA ROCA

SUMARIO

1. UN POSTULADO LIBERAL DEL CONSTITUCIONALISMO: LIBERTAD POLÍTICA Y DIVISIÓN DE PODERES.—2. LA ILUSIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN ABSOLUTA DE PODERES.—3. LOS ENTENDIMIENTOS PRESIDENCIALISTA EN AMÉRICA Y PARLAMENTARIO EN EUROPA.—4. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA.—5. UNA PLURALIDAD DE COMPLEJAS REGLAS, COMPLEMENTARIAS EN LA DIVISIÓN DEL PODER.—6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. UN POSTULADO LIBERAL DEL CONSTITUCIONALISMO: LIBERTAD POLÍTICA Y DIVISIÓN DE PODERES

La división de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado liberal de Derecho que, con transformaciones sucesivas, ha llegado hasta nuestros días, y que todavía hoy, superando problemas contingentes, permite asegurar a los ciudadanos su libertad política.

Este principio tiende un puente entre los conceptos de «Estado de Derecho» y «democracia», impidiendo ciertos excesos en su disociación y contribuyendo a superar una desfasada polémica. Lleva a rechazar un entendimiento formalista del Estado de Derecho, desprovisto de contenidos materiales, un falseado Estado de Derecho sin democracia (véase Lucas Verdú), tanto como obliga a desechar una comprensión de la democracia constitucional fundada exclusivamente en la consagra-

(1) Es éste un trabajo aportado al homenaje a PABLO LUCAS VERDÚ, de próxima publicación. He escrito estas modestas notas sobre un problema tan elevado —fundamental y primario— desde la voluntad de diálogo con algunos extremos de la Lección sobre «El principio de la separación de poderes» del volumen II del *Curso de Derecho Político* de mi maestro PABLO LUCAS VERDÚ (1.ª edición de 1974 en Tecnos). Una parte del texto inicial, sustancialmente ampliado, fue una conferencia que dicté en agosto de 1997 en Cuiabá (Brasil), publicada después en los *Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Política*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, núm. 27, 1999, págs. 7 y ss.

ción de la regla de la mayoría sin ulteriores limitaciones. Afortunadamente para las minorías y para la dignidad de la persona, de la que emanan los derechos fundamentales, las cosas son más matizadas y complejas en el Estado constitucional. Sin el juego de las diversas reglas de la división de poderes no existe ni Estado de Derecho ni democracia.

Es, pues, no sólo un «principio institucional» en la organización de los poderes constituidos, el más esencial, sino algo con mayor calado, un «postulado dogmático» (Lucas Verdú), un dogma del constitucionalismo que orienta la labor del poder constituyente. Es ingenuo o formalista afirmar que este principio juega sólo en el plano de la organización del Estado y no en el de su fundación: ningún poder constituyente verdaderamente democrático sería capaz de desconocerlo, pese a su carácter fáctico e ilimitado.

Integra, por tanto, el concepto sustancial de Constitución, completando su definición formal como Norma fundamental superior en jerarquía y en fuerza de ley activa y pasiva a todas las demás. No toda ley fundamental es una Constitución o, en otras palabras, *no hay más Constitución que la Constitución democrática y ésta reclama la división del poder.*

Estamos ante una «proposición» que, aunque no se mencione expresamente en muchas Constituciones democráticas (2), se deduce tácitamente de sus contenidos (3), y se admite como verdad jurídica sin necesidad de mayores argumentaciones, sirviendo de basamento para posteriores especulaciones. Como todo verdadero principio jurídico su fundamento y origen no procede tanto de su positivación en normas —aquí constitucionales—, un momento siempre posterior en el tiempo, sino de su lenta génesis y construcción a través de sucesivas experiencias jurídicas. Es, precisamente, eso lo que les hace indefectibles y hasta cierto punto inderogables incluso para las leyes fundamentales.

El prestigio hoy del principio es tal que casi produce sonrojo pasar revista a la mayoría de las críticas tradicionales que vertieron sobre él numerosos clásicos: divi- de la soberanía, atenta contra el principio de unidad del Estado, es un principio burgués para la idea soviética de constitución, produce inestabilidad gubernamental, conlleva la paralización del aparato estatal, el poder de tomar decisiones autoritariamente no puede ser dividido (críticas realistas), la impugnación del behaviorismo desde la Ciencia Política... (véanse las reseñas de Lucas Verdú, De Cabo Martín, So-

(2) No menciona expresamente el principio la Constitución española ni tampoco la italiana. A diferencia de cómo hacen muchas otras: la alemana que indirectamente lo alude en su art. 20, apartados 2.º y 3.º; o la brasileña en su art. 2 «Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí»; o la mexicana en su art. 49; o, la clásica expresión del art. 10.1 de la reciente Constitución de Polonia «El sistema de gobierno... estará basado en la separación y el balance entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial»; o el art. 3.1 de la nueva Constitución de Berlín; etc...

(3) Su vigencia se deduce en España de la articulación de sentido existente entre diversas normas constitucionales: Estado de Derecho (art. 1.1 CE), Monarquía parlamentaria (art. 1.3), funciones del Gobierno (art. 97), potestades de las Cortes Generales (art. 66.2), función jurisdiccional (art. 117.3), y de la cláusula «Imperio de la ley» recogida en el preámbulo y en el art. 117.1.

lozábal, Cerri). Se han descolgado sensiblemente de la realidad social y de los problemas actuales. Probablemente ya no sea tan necesario exponerlas, aunque convenga releerlas. Puede, incluso, pensarse que ha habido un «exceso de criticismo» frente a esta regla (De Cabo Martín), habida cuenta de su vigencia. De mayor enjundia —como veremos— son las críticas de algunos clásicos centradas en las tesis de la igualdad de los órganos y de la exclusividad de las funciones.

La división de poderes, en suma, no parece tener hoy en apariencia enemigos frontales y declarados entre la familia de Estados constitucionales, aunque posea —como siempre— numerosas, nuevas y distintas amenazas larvadas. Hasta autores de sensiblemente tendencias elitistas y autoritarias, lejanos de la herencia liberal democrática, significativamente, no impugnan hoy la elaboración teórica del principio como con frecuencia se hizo en el pasado (véanse las recientes consideraciones de Fernández de la Mora), en tiempos en España de «los principios de unidad de poder y coordinación de funciones», según proclamaba durante la Dictadura el art. 2. II de la Ley Orgánica del Estado de 1967. Curiosamente, en Italia, algún que otro maestro del Derecho público (Mortati) pudo defender inicialmente la compatibilidad del principio con el fascismo (*vid.* De Marco).

Sigue, en definitiva, teniendo un valor emblemático, en cuanto aproximación al problema del contenido de la Constitución, el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando aseveraba que «toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución». Un muy conocido precepto, influido por los menos notorios precedentes de las declaraciones de derechos de las colonias de América del Norte y, en concreto, por la de New Hampshire (1783) sección III y Massachusetts (1780), XXX, según mostró Jellinek en su célebre cuadro de comparación y análisis de la declaración francesa (entre nosotros, Solozábal alude a otros precedentes).

Desde esta perspectiva, no es extraño pensar que la interpretación estrictamente jurídica de las normas de organización de rango constitucional en las que el principio se articula requiere de una reflexión cultural previa, con la finalidad de situar al intérprete bien pertrechado de criterios axiológicos sobre la impostación y el sentido jurídico del principio en el Estado constitucional. Digamos que en condiciones de alcanzar una adecuada comprensión de los bienes que tales reglas organizadoras protegen y, en definitiva, de su fundamento. La teoría de la democracia a la que la división de poderes atiene no se agota en un exclusivo análisis normativo.

Siempre es enriquecedor volver a los orígenes para desandar la historia de los dogmas, pero es inexcusable hacerlo en este contexto comparado, el propio del constitucionalismo; un movimiento cultural fruto de muy diversas elaboraciones doctrinales y de experiencias históricas compartidas en diversos lugares y épocas en el cual principio tuvo su génesis y en el que ha adquirido su actual configuración.

Una cautela es preciso sentar: la validez del principio trasciende cualquiera de las visiones dogmáticas de los diferentes autores, Montesquieu incluido, ya que es preferentemente un concepto empírico y cada época ha tenido sus peculiaridades y versiones (véase Lucas Verdú, García Pelayo, García Macho).

Conviene, pues, recordar que la idea de división de poderes es sustancialmente deudora, sin perjuicio de diversos y menos sabidos precedentes (véanse Lucas Verdú y Solozábal), de las elaboraciones efectuadas, a finales del siglo *xvii* y primera mitad del siglo *xviii*, por Locke, Montesquieu y Hume, en este orden cronológico. En todos ellos su posición acerca de la separación de poderes tiene que ver con la realidad social en la que escriben; siempre ocurre así con los verdaderos clásicos. Y, en todos ellos, la libertad política sólo queda garantizada mediante un gobierno moderado y representativo, puesto que la gobernación requiere del consentimiento y la confianza —*trust*— de los gobernados. Distintos poderes realizan funciones distintas y es impensable gobernar sin leyes fijas o que una persona tenga en sus manos todos los poderes. Los poderes se limitan y contrapesan entre sí, impidiendo el abuso de poder o la tiranía: el poder frena al poder impidiendo el gobierno despótico y buscando una armonía de poderes.

Schmitt pudo por ello decir que, en su formulación originaria, la división de poderes sólo establecía medios de acción recíproca, medios de «detenerse» mutuamente los poderes, y subrayar que Montesquieu empleó expresiones muy significativas como «*arreter, empecher, enchaîner...*» (vid. De Cabo Martín).

Recordémoslo, aunque sea de forma escueta (con mayor detenimiento, entre nosotros, Blanco Valdés). El Locke de los *Two Treatises on Civil Government* (1690) extrae sus consecuencias lógicas de la experiencia histórica de la Gloriosa Revolución de 1688 —se ha dicho que su ensayo va a la zaga de los hechos— que, entre otras cosas, entraña una reacción frente al monarca, Jacobo II, por sus continuas interferencias en la esfera del funcionamiento del Parlamento. Locke abre la puerta a la filosofía política del liberalismo: al rechazo de la legitimidad divina de los reyes; al gobierno representativo conforme al cual la gobernación debe ejercitarse con el consentimiento y la confianza (*trust*) de los gobernados, porque es creación del pueblo y porque la totalidad del poder de una comunidad radica naturalmente en la mayoría de ella; y también a la consagración de la separación de poderes, puesto que:

«el poder absoluto arbitrario o el gobernar sin leyes fijas establecidas, no pueden ser compatibles con las finalidades de la sociedad y del gobierno... Es impensable... poner en manos de una persona o de varias un poder absoluto sobre sus personas y bienes» (pág. 104).

En Locke se advierte de forma patente, por su discurso lógico, pero sobre todo por la nueva situación histórica que viene a justificar, que la separación de poderes sólo puede comprenderse desde el reverso de la moneda: impedir la concentración del poder y la tiranía. Una situación que se produce cuando aquel que gobierna ejerce el poder sin someterse al Derecho y guiado por su voluntad y no por la ley: «allí donde acaba la ley empieza la tiranía» (pág. 154).

Desde entonces, puede decirse que el Estado de Derecho se basa en la aspiración a que los hombres sean gobernados por leyes y no por otros hombres, y que la división de poderes supone un gobierno moderado y representativo en el que el poder del gobierno se encuentra en diferentes manos que se contrapesan; aunque es no-

torio que la terminología *Rechtsstaat* y la construcción germánica de este concepto —expandido por Italia y España y luego por muchos otros países y con similitudes con el *rule of law* anglosajón— sea muy posterior y provenga del siglo XIX (véase Lucas Verdú).

Si bien el diseño cartesiano y mecánico de los poderes y funciones no es idéntico (4), se mantiene la misma filosofía política en *De l'Esprit des Lois* (1748) del ocurrente y propenso a las discutibles lecciones de antropología Montesquieu. ¿Cómo evitar que un gobierno traspase los límites que la propia naturaleza de su actividad exige? ¿Cómo impedir la tiranía? Éstos son los interrogantes que subyacen en la reflexión del clásico. Para construir una respuesta dirá: «que la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten», y que «para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder» (pág. 150); y agregará que «para que exista la libertad es necesario que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro» (pág. 151). Finalmente, advertirá que «todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares» (pág. 152).

Probablemente intentó construir una ficción con fines argumentales, análoga a la del contrato social de Rousseau, antes que una lectura del funcionamiento real del Gobierno en Inglaterra (así lo matizó Jellinek y lo recuerda Lucas Verdú). No en balde, el Reino Unido es el único país de la familia de Estados constitucionales donde, paradójicamente, ha podido hasta llegar a decirse que no existe separación de poderes. Más correcto me parece afirmar, de manera muy británica, que tal doctrina es respetada en esa veterana Constitución flexible y no escrita «despite many apparent anomalies» (Barnett, pág. 12), aunque a uno le quede la duda...

Para el pensamiento de Montesquieu, en todo caso, es la concentración de poderes la que produce el gobierno despótico. La armonía, por el contrario, estima que procede del equilibrio (Virga lo subraya e insiste Lucas Verdú).

Una creencia muy del gusto de las ciencias de la época según se advierte bien en los *Political Discourses* (1752) de David Hume quien acentuará esta tendencia y dedicará a la cuestión todo un discurso, el VI. El autor inserta tal nota dentro de su ideal de república perfecta, y reprocha a los antiguos no haber conservado la vigencia de esa máxima «tan sólidamente fundada en el buen sentido y en la previsión» (pág. 145).

La libertad política sólo queda, en definitiva, garantizada para estos autores ilustrados mediante un gobierno moderado y representativo en el que distintos poderes realicen funciones diferentes y se limiten recíprocamente entre sí, impidiendo el abuso del poder inherente a la tiranía.

(4) Me parece, no obstante, que tiene hoy menos específico interés jurídico para el constitucionalista concentrarse en desenmarañar las diferencias y matices entre el modelo de unos y otros autores clásicos, aunque tenga interés, sin duda, para la historia del pensamiento político, y, al cabo también para todos nosotros.

En esta filosofía política, el legado cultural del liberalismo sigue estando de algún modo presente en el constitucionalismo contemporáneo desde sus fuentes. En cambio, es común admitir que no sobrevive el diseño orgánico ni la exclusividad de funciones que esbozaron detalladamente. Pero con sensibles diferencias entre ellos, cuestión ya bien expuesta y en la que no me detendré (véase Blanco Valdés entre nosotros; en la doctrina italiana, es excelente la historia del dogma que realizan Modugno, Cerri y Silvestri).

Puede decirse que de Montesquieu y de los demás queda el espíritu que les alentaba, garantizar la libertad, pero parece haber muerto la organización constitucional que diseñaron o, más rigurosamente, se ha transformado en otra bien distinta, heredera de aquella y fundada en la colaboración, las relaciones recíprocas y la especialización de funciones.

Del mismo modo que ha desaparecido la vieja sociedad «separada», liberal y burguesa, y el Estado abstencionista sobre la que la separación de poderes fue pensada (la cuestión la observa bien Bognetti, también García Macho), para ser sustituida por una sociedad pluralista y un Estado intervencionista en materia de derechos sociales y servicios públicos, preocupado por el bienestar de sus ciudadanos (5). En Montesquieu hay una conexión entre separación de poderes y la relación de fuerzas decisorias existente en la sociedad de su tiempo; una situación social con un poder dividido entre burguesía, monarca y aristocracia y en la que la mayoría del pueblo no jugaba apenas un papel.

Esta observación puede abstraerse un poco más y recordar (siguiendo a Luhmann) que, en realidad, cualquier teoría del poder —y de su organización— es indirectamente una teoría de la sociedad. El poder supone la acción: la decisión, la reducción de complejidades al seleccionar entre diferentes opciones para generar la voluntad estatal, y la previsión de sanciones positivas o negativas (coerción) para evitar conductas. Pero también la comunicación entre personas que están a ambos lados de una relación.

En definitiva, la antigua concepción liberal de la regla de la separación no se adecua a las nuevas realidades y fuerzas sociales ni a las gigantescas dimensiones del Estado social contemporáneo y, por ello, se ha agrietado hasta resquebrajarse.

Poco se asemeja el ingenuo esquema tripartito de órganos y funciones de los liberales clásicos a la compleja realidad normativa e institucional de la «organización constitucional» a finales del siglo xx. No existe el «equilibrio» entre poderes para impedir el exceso. Una idea —ya se ha dicho— grata al siglo xviii y a una buena parte del posterior parlamentarismo clásico (así en Redslob), pero hoy superada en provecho de un poder gubernamental que es el centro neurálgico del sistema de dirección política.

(5) En la práctica inexistencia del Estado, al tiempo de crearse la separación de poderes en el presidencialismo norteamericano, insiste —a mi juicio— con algunos excesos, NEGRO PAVÓN.

Por otra parte, el equilibrio de poderes rara vez ha existido ni en la realidad de los Estados ni en sus normas, en cambio, habitualmente se ha producido la «primacía» (Lucas Verdú) o el «predominio» (De Cabo Martín) de uno de ellos (6). El problema no es alcanzar un imposible equilibrio geométrico sino asegurar un adecuado balance de los contrapesos y limitaciones constitucionalmente dispuestos, cuestión nada sencilla y sometida a una dinámica constitucional muy fluida y cambiante.

Desde la perspectiva estática, tampoco ha sobrevivido en el tiempo un entendimiento orgánico excesivamente rígido de la separación de poderes, privado de mecanismos de coordinación e integración recíproca. Ni menos aún las normas constitucionales han disciplinado una división material y formal de funciones sin solapamientos posibles entre los distintos poderes: las creciente potestades normativas del ejecutivo son una prueba de cuanto digo. Con excepción, claro es, del monopolio y exclusividad de Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional, que adquiere en España perfiles de una reserva constitucional absoluta (art. 117 CE).

2. LA ILUSIÓN HISTÓRICA DE LA SEPARACIÓN ABSOLUTA DE PODERES

La separación de poderes, concebida de forma rígida y absoluta, como algunos quisieron entenderla en Montesquieu, malinterpretándole, jamás ha dejado de ser sino un mito, una ilusión desprovista de sentido histórico.

No en balde, ni siquiera el señor de la Brède tuvo una imagen rígida del principio. Puso el acento en el equilibrio institucional y en unas relaciones constantes que impidieran la «confusión» de poderes. Quienes han estudiado el asunto subrayan que las expresiones «separación» —algo brutal— y «división» no aparecen en todo «El espíritu de las Leyes»; «división» quiere realmente decir «no confusión» de poderes (véase Vallet de Goytisolo).

Sea como fuere, Leon Duguit, a finales del siglo XIX, y, luego, Charles Eisenmann, en el primer tercio del XX, pronto denunciaron el error del que arrancaba esa lectura que podemos llamar separatista, tras analizar la experiencia de la Constitución francesa de 1791, y evidenciar que una separación de poderes absoluta resultaba en la práctica inviable (véase Pérez Tremps) (7).

En efecto, en tres artículos publicados en 1893, Duguit estudia la separación de poderes en la Asamblea Nacional francesa de 1791, y advierte que el gobierno parlamentario no se basa realmente en la separación de poderes, un principio que no es

(6) A lo sumo, puede mantenerse, como hizo TIerno GALVÁN —parece más bien una provocación—, que «La nobleza menor francesa... la de los cargos públicos que se vendían y compraban, interpretaba la ideología del equilibrio, dominante en su época, no como una ley mecánica, sino como un principio corrector de cualquier posible exceso que llevase a la destrucción» (pág. 34). Normalmente ocurre —añadió con sorna— que las elites son más flexibles respecto de los principios que el conjunto de los que se educan en ellos.

(7) No es preciso insistir en el valor que como paradigma han tenido dicha Constitución, y visiblemente influida por ella la de Cádiz de 1812, en el constitucionalismo latinoamericano junto a la estadounidense y a otras. SÁNCHEZ AGESTA estudió bien la división de poderes en la Constitución gaditana.

realizable como tal, sino que reposa «sobre su colaboración y su solidaridad» (pág. 3). Frente a esta regla general, la Historia de Francia señala dos únicas excepciones basadas en la separación de poderes: el asamblearismo o tiranía de la Asamblea, y el despotismo del Emperador (pág. 4). La separación de poderes —dirá— es totalmente extraña, aún en 1789, al Derecho Público de la Francia monárquica, y bebe como fuentes en un Montesquieu malentendido —al no limitar el alcance del principio con otras partes de sus escritos—, y en lecturas de las Constituciones inglesa y estadounidense (pág. 11).

Todavía mayor interés posee resaltar que el resto de estos trabajos de Duguit tratan de demostrar, de forma bastante precisa, que, cuando la Constitución francesa de 1791 intentó ordenar el Estado conforme a ese principio apriorístico, se vio obligada a efectuar numerosas excepciones.

El maestro de Burdeos expuso la tesis, simplificándola, con la brillantez propia del clásico para luego poder fácilmente refutarla:

«Reducida a sus elementos más sencillos, la teoría de la separación de poderes consiste en crear en el Estado varios órganos distintos, sin relación alguna entre ellos, sin ninguna acción recíproca, y en confiar a cada uno categorías de funciones determinadas que cumple sin el concurso de los otros. Para muchos bien intencionados, la separación de poderes es la condición esencial de cualquier gobierno ponderado, el principio mismo de cualquier régimen representativo basado en la soberanía popular, la garantía necesaria y común de los intereses colectivos y de los derechos individuales; es, en definitiva, el ideal político que los pueblos y legisladores deben perseguir sin tregua. He aquí, a mi parecer, una singular ilusión» (pág. 3).

Duguit puso de manifiesto que el cumplimiento de cualquier función estatal se traduce siempre en un acuerdo de varias voluntades, que implica necesariamente el concurso de todos o de varios de los órganos que constituyen la personalidad estatal (pág. 3). Una afirmación de las ideas de cooperación e interdependencia que se hace hoy irrefutable, y resulta manifiesta en la misma función legislativa, donde las fases de iniciativa, deliberación o constitutiva y de integración de la validez o eficacia de la ley, requieren normalmente de su satisfacción por una pluralidad de órganos amén de las Cámaras.

El francés concluirá reinterpretando el principio a la luz del equilibrio de poderes y de «una estrecha solidaridad» entre Asamblea y Gobierno:

«colocar a la cabeza del Estado dos poderes sin vínculo entre ellos, sin interdependencia, sin solidaridad, es condenarlos fatalmente a la lucha; y como de estos dos poderes uno estará necesariamente peor armado que su rival, éste absorberá aquél» (pág. 132).

Siguiendo sus pasos, igualmente, Eisenmann remarcaría en 1933 (8) que era inconcebible la delimitación de una esfera propia de cada poder, una función sin inje-

(8) Curiosamente, la posición de EISEMANN es mucho más conocida que la de DUGUIT, pese a que es patente la continuidad en las elaboraciones de ambos autores de la doctrina francesa; ignoro las razones.

rencias posibles. En tal hipótesis, por ejemplo, el ejecutivo no podría intervenir en el legislativo mediante su iniciativa en la presentación de proyectos, ni los Ministros serían políticamente responsables ante el Parlamento, ni existiría la sanción regia o el derecho de veto, ni cabría el derecho de amnistía, ni los juicios o procesos políticos ante las Cámaras...

3. LOS ENTENDIMIENTOS PRESIDENCIALISTA EN AMÉRICA Y PARLAMENTARIO EN EUROPA

A) Los Estados Unidos, empero, suelen a menudo destacarse como modelo de un supuesto entendimiento absoluto o de una «separación de poderes rígida», propia del sistema de gobierno presidencialista, luego extendida por los demás países de América, y diversa de otra más «flexible», característica de los parlamentarismos europeos (Reino Unido, Alemania, Italia, España...). Un continente donde tampoco son extraños sistemas mixtos o semipresidencialistas como el portugués o el francés, que ostentan características comunes a ambos modelos.

La tesis, siendo en parte cierta, no puede maximizarse y requiere de su reducción a unos justos límites. Tampoco es una verdad histórica que en los Estados Unidos mediante el sistema presidencialista, y en las Constituciones latinoamericanas de su influencia, se introdujera una separación absoluta o estricta de poderes, que nunca llegó a consolidarse en Europa. Aunque el grado de división o autonomía entre el Parlamento y el Gobierno sea ciertamente mayor allí que aquí, y las relevantes diferencias entre ambos tipos de organización resulten todavía perfectamente visibles. Y no deban, además, de ser infravaloradas como pretenden ciertas modas doctrinales o algunas prácticas parlamentarias.

Los constituyentes americanos, desde el compromiso de Filadelfia, tuvieron presentes sendas ideas. No erigir al Presidente en un nuevo Monarca, electo y republicano, sometiendo, en consecuencia, su poder al contrapeso de otros poderes —en especial, el Senado y el Poder Judicial—, y fijar límites y controles a su actuación, singularmente, un mandato temporal impropio de un monarca. Acerca de la validez del principio de no reelección presidencial, asistimos precisamente en la actualidad a una intensa controversia en gran parte de Latinoamérica, no exenta de consecuencias políticas. Acaso convenga recordar también que esa tendencia a la judicialización de la forma de gobierno propia del presidencialismo estadounidense (que ha escandalizado durante décadas a los constitucionalistas europeos) se encuentra presente allí en el inicio del modelo. Desde la lucha contra el Gobierno inglés, el Juez expresa el sentimiento popular del Derecho (Negro Pavón).

Pero también se ocuparon los padres constituyentes de preservar los derechos, competencias y soberanía de los Estados federados, tanto de los pequeños Estados como de los grandes, dentro de la Unión. Se inició, al cabo, una nueva forma de «división vertical del poder» (recuérdese a Loewenstein y, sobre todo, a Friedrich y su teoría del *federalising process*) que, prácticamente, no conocían los Estados euro-

peos centralizados. Un dato que, igualmente, acabaría por reclamar el control de un Poder Judicial independiente, que pudiera resolver las inevitables controversias competenciales.

Mas, claro está, los constituyentes no imaginaron ni disciplinaron —hubiera sido inviable— un esquema de gobierno desprovisto de relaciones de integración entre poderes, fundado en una rígida separación y exclusividad de funciones, ni introdujeron más límites a la presidencia que la duración limitada de su mandato, una «división de poderes en el tiempo».

La cuestión es patente en las propias disposiciones escritas de la Constitución estadounidense que —puede refrescarse— desde hace dos siglos proclama:

- que el Vicepresidente de la República preside el Senado;
- que existe un *impeachment* o juicio de residencia del Presidente ante las Cámaras;
- que el Presidente posee un derecho de veto o solicitud de reenvío para un nuevo examen parlamentario de las leyes;
- que el Congreso puede crear Tribunales inferiores al Tribunal Supremo y disponer cuando deba convocarse la milicia nacional para hacer cumplir las leyes;
- que el recuento de las actas de cada Estado para la elección presidencial debe hacerse en presencia del Senado y de la Cámara de Representantes;
- que el Presidente está facultado por la Constitución para suspender la ejecución de las sentencias y conceder indultos, y para firmar tratados y efectuar determinados nombramientos de ciertos cargos —embajadores, Magistrados de la Corte Suprema, funcionarios superiores del Estado...— con el consejo y consentimiento del Senado;
- que, periódicamente, el Presidente debe informar al Congreso sobre el estado de la Unión, recomendando la adopción de las medidas que estime necesarias.

Por si todo ello no bastara, la siempre provechosa lectura de «El federalista» abona también esta tesis. Madison razonaba en 1788 que la «sagrada máxima» que aconseja la existencia de departamentos distintos y separados no se violaba por la nueva Constitución, frente a las precipitadas denuncias de algunos, pues los departamentos no debían dividirse simétricamente hasta el punto de impedir que se controlaran mutuamente (págs. 204 a 214). Una conclusión a la que llegaba tras matizar adecuadamente las tesis de Montesquieu, analizar la realidad de la Constitución de Inglaterra, en la que los poderes nunca habían estado totalmente separados y diferenciados, y, finalmente pero no en importancia, tras examinar la experiencia de las previas Constituciones de los Estados (New Hampshire, Massachusetts, Nueva York, Nueva Jersey...) en las que tampoco existía —decía— un solo caso de absoluta separación.

Nada, pues, más lejos de las normas constitucionales estadounidenses, federales o estatales, que la inexistencia de mecanismos de integración entre poderes y de colaboración en el ejercicio de una misma función. Tampoco es posible encontrar allí un modelo histórico en que el mito se plasmará. Presidencialismo y separación ab-

solita de poderes no son sinónimos. De hecho, en pocos lugares el control cotidiano de la actividad del Gobierno por el Parlamento se produce hoy con mayor intensidad que en el presidencialismo estadounidense (así lo ha reconocido hace poco uno de los parlamentarios titulares de ese facultad de control, Rhodes).

Es, no obstante, verdad que el rasgo esencial de todo presidencialismo está, desde la Constitución norteamericana de 1787, en configurar un ejecutivo enérgico (9) y, para conseguir este fin, en dotar a la presidencia de suficientes atribuciones. La opción se funda en la consideración de que un ejecutivo débil está en la causa de todos los desgobiernos y desbarata la acción del Estado. La contrapartida estaría en la responsabilidad política personalizada del Presidente. Si se me permite decirlo, dos siglos después, las exigencias de personalizar en concretos cargos públicos representativos —y no sólo en personas jurídicas, asociaciones partidarias u órganos estatales— las difusas responsabilidades tanto jurídicas (criminales) como políticas son más acuciantes que nunca.

No es difícil encontrar rasgos de este pensamiento en «El federalista». Hamilton insistió en que para conservar la Unión y sus propósitos —la defensa común, la reglamentación del comercio, etc.— era precisa una Constitución con un Gobierno federal dotado de enérgicas facultades, si bien limitado (págs. 92 y ss.); y que, para ello, resultaba conveniente que el pueblo participara en la elección del Presidente de los Estados Unidos (pág. 289). Señalaba que un ejecutivo vigoroso no es incompatible con el espíritu del gobierno republicano, porque «un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno» (pág. 297). Los ingredientes que —a su juicio— aseguraban esa energía en el ejecutivo eran: la unidad, la permanencia —por eso defendía la reelección—, y unos ingresos y poderes suficientes.

Sentado esto, Hamilton trataba de justificar, partiendo de la experiencia de otras naciones, la oportunidad de atribuir la autoridad ejecutiva a un solo magistrado:

«los actos de un solo hombre se caracterizan por su decisión, actividad, reserva y diligencia en un grado mucho más notable que los actos de cualquier número mayor; y dichas cualidades disminuirán en la misma proporción en que el número aumente» (pág. 298).

Pensaba también Hamilton que un ejecutivo monista permitía, mucho mejor que un Gobierno de gabinete, erigir en freno del poder presidencial la desaprobación de la opinión pública, y que un colegio de gobernantes —aludía a los decenviros de Roma— puede ser más temible en sus usurpaciones que lo que pueda serlo uno cualquiera de ellos. Por estas y otras razones, defendía que era más seguro confiar el poder ejecutivo a un solo hombre que a varios (pág. 302).

El presidencialismo es, por tanto, un sistema de gobierno que no está basado en una separación absoluta de poderes, pero sí en un Gobierno enérgico y en el que el

(9) Así las frecuentes propuestas de reforma en esta línea de la Constitución italiana frente a los excesos de la llamada partidocracia.

poder ejecutivo, sustancialmente, se confía a una sola persona en vez de a un colegio de ministros.

Por eso ha podido sostenerse (ver Aragón) que el reciente aprecio por el presidencialismo en Europa tiene que ver con la extensión del fenómeno personalista en la política. O, en otras palabras, con la necesidad —discutible— de la personalización del poder, probablemente, muy conectada con las actuales necesidades de los medios de comunicación de masas (esa «democracia de consumidores» antes que de ciudadanos de la que habla Bollinger) y las campañas electorales, una suerte de presidencialismo mediático.

Pasar revista a las diferencias de articulación entre poderes en el presidencialismo y el parlamentarismo, contrastando uno y otro tipos ideales, es acaso el método con el que mejor pueden identificarse sus características. Es, en todo caso, la técnica habitual, si bien, lógicamente, no todas las notas diferenciadoras pueden darse en cada uno de los sistemas reales: sistematizar es siempre simplificar en mayor o menor medida (10). La inexistencia de una relación de confianza entre Gobierno y Parlamento, articulada en torno a una serie de mecanismos racionalizados y tasados de relación entre ambos, parece ser la piedra de toque; bien es verdad que la eficacia de tal relación se ha visto considerablemente menguada en la práctica parlamentaria española hasta casi desdibujarla. La ausencia de un voto parlamentario de investidura del Presidente, de una moción de censura del Gobierno a instancias del Parlamento y de una cuestión de confianza que restablezca o sane dicha relación, así como de una disolución anticipada de las Cámaras, son todas ellas diferencias sensibles que alejan al presidencialismo de los diversos parlamentarismos. Y separan notablemente el ejecutivo de la Asamblea. La elección directa por el electorado, como alternativa a la investidura por una Cámara, refuerza la legitimidad del Presidente y fundamenta el subsiguiente robustecimiento de sus poderes.

B) Volvamos la vista a Latinoamérica. En su ya clásico trabajo sobre el presidencialismo mexicano, Carpizo admite que el presidencialismo en América latina tiene rasgos propios y bien diversos del estadounidense, pudiendo hablarse de «*neo-presidencialismo*». Pues si bien supone igualmente un estricto predominio del Presidente, el ya de por sí fuerte arsenal de potestades del Jefe del Estado en el presidencialismo suele venir allí sensiblemente reforzado. Esto entraña una visible tendencia al gobierno autoritario que ha puesto con frecuencia en peligro la división de poderes y la libertad política. Un autoritarismo presidencial acompañado, en ocasiones,

(10) Las notas más habituales y elementales, de sobra conocidas, son las siguientes. El presidencialismo supone un ejecutivo monista, sin diferenciar entre Jefe de Estado y Presidente del Gobierno. Tiene el Presidente funciones propias e independientes de las del Gobierno como colegio. El Presidente es directamente elegido por el pueblo y no a través del legislativo; y nombra y cesa libremente a los Secretarios de Estado. El ejecutivo no responde políticamente ante el Congreso mediante una moción de censura. No existe una disolución anticipada del Congreso por el ejecutivo. Y el Presidente puede pertenecer a un partido o mayoría política distinta a la que compone la mayoría de las Cámaras.

de un papel extravagante del ejército. La tendencia afortunadamente parece estar decreciendo e invirtiéndose recientemente.

La proclividad del presidencialismo latinoamericano a reforzar en exceso las facultades presidenciales y a aminorar sus controles, de desbordarse, impediría, si no un equilibrio de poderes que la forma de gobierno presidencial deliberadamente no diseña, sí el juego de los imprescindibles contrapesos entre poderes que, para asegurar la libertad, reclama el principio que nos ocupa. Es patente el riesgo de que todo ello desemboque en distintas formas de dictadura. Pero ciertas patologías de la división de poderes no pueden confundirse con el adecuado contrapeso que el presidencialismo de la Constitución estadounidense diseña. Presidencialismo y autoritarismo o dictadura distan de ser sinónimos. La opción por el presidencialismo o el parlamentarismo no es sino histórica y depende de cada concreta configuración estatal. Al cabo, en general, la misma técnica de la división de poderes no suele admitir soluciones generales y reclama las respuestas de cada tiempo histórico.

La fuerte personalización del poder en los ejecutivos monistas sobre la figura del Presidente hace que diversos autores hablen de un «estilo presidencial». El ejercicio de sus funciones, el grado de conflicto y las relaciones con los demás poderes vendrían ligados, además de a las concretas circunstancias políticas, a la personalidad y hasta el temperamento o el prestigio y la popularidad de la persona física titular del órgano (cfr. Gomes Canotilho y Vital Moreira). Un análisis no tan distinto al que la doctrina inglesa ha hecho de la *auctoritas* de la concreta persona de cada Monarca y su evidente influencia en la mayor o menor legitimidad carismática de la Corona. Me parece, sin embargo, que la herramienta refleja más una correcta percepción, una imprecisa noción, que una verdadera categoría; como fenómeno jurídico, yo diría que estamos ante distintas modalidades subjetivas de ejercicio de unas mismas potestades o atribuciones.

Tomando como laboratorio al Brasil, es razonable pensar que la proclamación de la República en 1889 debió, sin duda, de producir serias transformaciones institucionales dado el brusco cambio de una forma política unitaria y parlamentaria a otra federal y presidencial. Un proceso más o menos análogo al de varias repúblicas hispanoamericanas. Pero, por debajo de estas formas políticas, la presidencia conservó una suprema autoridad y majestad personales que eran herederas de la vieja majestad imperial (De Vasconcelos, pág. 541). El resultado fue un presidencialismo con un «estilo presidencial» cuasi imperial y con tendencia a enseñorearse de funciones administrativas, además de las propiamente gubernamentales, y de parcelas de la función legislativa (*Idem*, pág. 542). Es interesante averiguar que el parlamentarismo habría sido esporádicamente usado en Brasil —1845, 1946, 1961— como fórmula transitoria para la solución de crisis políticas e institucionales y con vistas a restablecer el presidencialismo (*Idem*, pág. 540). Es curiosa esta especie de eficacia taumática o sanatoria de vicios que se atribuye al parlamentarismo.

Al igual que en Estados Unidos, la inexistencia de una relación de confianza tampoco lleva a que el presidencialismo brasileño carezca de mecanismos de relación entre poderes y de integración recíproca, corroborando la tesis que se intenta

demostrar. La Cámara de Diputados y el Senado pueden ejercer una labor de control del ejecutivo mediante diversos procedimientos, y tal función se atribuye expresamente a la Cámara baja por la propia Constitución (art. 49.X Constitución de Brasil).

Entre estas herramientas parlamentarias se encuentran las siguientes (cfr. Da Silva):

- las comparecencias ministeriales y solicitudes de información (art. 50);
- la autorización senatorial para el nombramiento presidencial de ciertos altos cargos (art. 52);
- las comisiones parlamentarias de investigación (art. 58.3);
- la fiscalización contable y financiera de las «entidades de administración directa e indirecta» ejercida por el Congreso Nacional mediante el auxilio del Tribunal de Cuentas (art. 70);
- la responsabilidad del Presidente de la República, la llamada justicia política, se ejerce mediante la acusación del Congreso (art. 51) y el posterior enjuiciamiento del Senado (art. 52); etc.

C) Podría pensarse que las diferencias entre presidencialismo y parlamentarismo vienen en nuestros días amortiguadas por la fuerte tendencia en Europa a que los sistemas parlamentarios posean un creciente y robusto principio de Canciller (Alemania), de Primer Ministro (Reino Unido), o de *dirección política presidencial* (España), expresiones con las que en sustancia quiere significarse lo mismo. Esta inclinación, a primera vista, podría estar aproximando ambos modelos. El Presidente del Gobierno, en todos esos países, no es un mero *primus inter pares* en un gabinete de ministros iguales, sino el líder del gobierno y de una mayoría gubernamental y/o parlamentaria.

Me parece que debemos ser cautos y que la tendencia no debe exagerarse extrayendo consecuencias precipitadas que podrían resultar peligrosas o, cuando menos, disfuncionales. En España, ciertamente, existen argumentos que me parece obligan a mantener la superioridad jerárquica del Presidente respecto del Gobierno (por mencionar uno: su libre e incondicionada potestad de nombrar y cesar a los miembros del Gobierno *ex art. 100 CE*). Pero, en cualquier caso, baste ahora con recordar el considerable haz de facultades individuales, no colegiadas, que por mandato constitucional le asisten:

- obtiene personalmente la investidura del Congreso de los Diputados (art. 99 CE);
- designa y cesa libremente a los Ministros y en su caso a los Vicepresidentes (art. 100 CE);
- decide el planteamiento de la cuestión de confianza (art. 112 CE), y la disolución anticipada de una o de las dos Cámaras (art. 115 CE), en ambos casos tras la deliberación del Consejo de Ministros;

- recibe la censura del Congreso de los Diputados de forma tan personal como la investidura (art. 113 CE);
- promueve el recurso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley [art. 162.1.a) CE].

La reciente Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre) no hace sino reforzar esta tendencia al liderazgo presidencial. Su Exposición de Motivos consagra tres principios que —afirma— configuran el funcionamiento del Gobierno: colegialidad y consecuente responsabilidad solidaria, departamental o de autonomía ministerial, y dirección presidencial. Como el grado de colegialidad y de autonomía ministerial y, sobre todo, el carácter solidario de la responsabilidad política o, por el contrario de responsabilidad individual, parecen en buena parte depender de las decisiones que adopte el propio Presidente, es sensato pensar que la dirección presidencial constituye el núcleo de la dirección política gubernamental. De hecho, el art. 2.2.a) de la Ley atribuye al Presidente la potestad de establecer el programa político del Gobierno y de determinar las directrices de la política interior y exterior y velar por su cumplimiento; y —entre otros instrumentos— las letras j) y m) le conceden las facultades, respectivamente, de crear, modificar y suprimir por decreto los departamentos ministeriales y de impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno.

No obstante —insistiré—, no creo que tal propensión a aproximar ambos modelos deba radicalizarse hasta el punto de llegar a fusionarlos. La relación de confianza, aunque obsoleta y sometida a profundas transformaciones, sigue configurando una frontera jurídica cierta que discurre por un camino con mojones perfectamente identificables.

Aragón nos ha prevenido frente a la «emulación presidencialista en el parlamentarismo europeo». Puede llegar a producir problemáticos híbridos, un «presidencialismo encubierto», harto desaconsejables ya que estamos ante contextos bien distintos; la lógica conexión, propia del parlamentarismo, entre un Gobierno emanado —a través del Presidente— del Parlamento y cuyos titulares son integrantes de un mismo partido o mayoría deja sin contrapeso posible al ejecutivo y aminora las posibilidades de un control parlamentario efectivo; resta una forma de gobierno que descansa casi exclusivamente en el control electoral; la solución no es otra, por compleja que resulte —afirma—, que el fortalecimiento del Parlamento con diversas medidas y no la emulación presidencialista (*ibidem*).

Cada uno de los dos grandes modelos tiene sus ventajas e inconvenientes y sus organismos demandan específicas medicinas y soluciones.

4. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA

No es éste el lugar para afrontar con detalle las transformaciones vertiginosas a que se ha visto sometida la concepción tripartita de poderes elaborada a fines del si-

glo xvii y a lo largo del xviii, pues no es realmente preciso para continuar el hilo de un discurso encaminado a exponer las líneas maestras de la configuración del principio. La moderna «*organización constitucional*», conserva el espíritu que alentaba la vieja división, impedir la concentración despótica del poder para salvaguardar la libertad política, pero no ha ido en la línea de una separación absoluta de poderes (11) —salvo para la función jurisdiccional— ni de la exclusividad de funciones sino por el camino contrario de la integración y la colaboración. El principio liberal subsiste en los Estados democráticos, pero se ha transformado en otro esencialmente distinto y mucho más complicado. Baste con un esbozo ahora.

A) Han surgido *nuevos órganos constitucionales* —«poderes-órganos»— diversos de la triada de poderes clásicos.

Algunas Constituciones aparecidas después de la segunda guerra mundial, para asegurarse de la independencia de la función jurisdiccional, introdujeron *Consejos Superiores de la Magistratura o Consejos Generales del Poder Judicial* (Italia, Francia, España,...) destinados a la gobernación de los Jueces sin intromisiones del ejecutivo. Son órganos constitucionales situados en el vértice del Poder Judicial e integrados en distintas formas con miembros elegidos por otros órganos constitucionales, o por los mismos Jueces y Magistrados destinatarios de sus resoluciones (ver Lucas Murillo). Acaso sea éste el nuevo órgano constitucional que más dificultades está encontrando para asentarse con autoridad y eficiencia en la división de poderes, pues su deslinde de facultades con el ejecutivo no es sencillo, y por las dosis de dirección política, de gobierno de los Jueces y al margen del Gobierno de la Nación, que sus actividades entrañan.

Pero, sobre todo, la aparición de los *Tribunales Constitucionales* ha significado en Europa una verdadera revolución constitucional para la división de poderes. Los inicios titubeantes en los años treinta, se consolidaron en las constituciones de la segunda postguerra y continúan expandiéndose en los viejos Estados antes comunistas y en las nuevas Repúblicas de lo que fue la URSS; de hecho, el fortalecimiento de las jóvenes democracias del Este europeo mediante la justicia constitucional viene auspiciado por el propio Consejo de Europa en su llamada Comisión de Venecia.

Comenzando por su análisis estático, los Tribunales Constitucionales en algunos ordenamientos forman parte del Poder Judicial ya sea como órgano independiente (Alemania), como Tribunal Supremo (Estados Unidos), o como una Sala especializada del Tribunal Supremo (el modelo de Latinoamérica, v. gr., El Salvador). Pero,

(11) La *STC 77/1983* lo reconoce expresamente y ofrece una buena muestra: «No cabe duda de que en un sistema en que rígera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable... Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración...» (FJ 2.º). Ello no impide la subordinación a la Autoridad judicial de la potestad sancionadora de la Administración.

en otros países, se ubican al margen de los tres poderes clásicos (Italia, España, Polonia...). Normalmente, los demás órganos constitucionales participan en la designación de sus Magistrados, como aconsejó Kelsen en los años veinte. La teoría de los órganos constitucionales —conviene recordarlo— tuvo que ser desempolvada, precisamente, para ubicar fuera de los tres poderes clásicos a la *Corte Costituzionale* (véase Sandulli) (12).

Desde una perspectiva dinámica, realizan una función de garantía de la división de poderes (puede verse, entre nosotros, Pérez Royo) a través de muy distintos procedimientos, pero siempre mediante su actividad hermenéutica y de interpretación suprema de las normas constitucionales. Controlar la constitucionalidad de la ley es también custodiar la división constitucional de poderes: asegurar a las minorías frente a la arbitrariedad de la mayoría, dadas las situaciones jurídicas en las que la experiencia demuestra que pueden llegar a encontrarse. Por eso una idea de democracia absoluta, fundada sólo en la regla de la mayoría, es incompatible con la función de garantía que los Tribunales Constitucionales efectúan. Garantizar los derechos fundamentales, en particular cuando hablamos de derechos de libertad, no deja de ser una medida de aseguramiento de las imprecisas fronteras de división entre lo público y lo privado. Resolver controversias competenciales entre entes territoriales (Estado, Comunidades Autónomas u otros entes intermedios e infraestatales, Municipios u otras entidades locales) supone preservar la división vertical del poder entre entes de un mismo Estado ordenamiento, pero con direcciones políticas potencialmente contrapuestas. Dirimir conflictos entre órganos constitucionales (allí donde el mecanismo funciona correctamente, lo que no es el caso español) sirve para custodiar las reglas de la división horizontal del poder. Una de las razones de ser de los Tribunales Constitucionales es, en suma, erigirse en custodio de las diversas divisiones de poderes queridas por el poder constituyente, y de la misma diferenciación jerárquica entre los poderes constituyente y de reforma y los poderes constituidos.

Tampoco la *Corona*, en las Monarquías parlamentarias regidas por el principio democrático, puede tomarse ya como parte del ejecutivo ni, menos aún, como todo el Estado según fue en el pasado. Este órgano constitucional que asume la jefatura del Estado, su representación y el poder moderador, amén de funciones simbólicas y de integración, se sitúa también a un lado de la triada de poderes de Montesquieu. Y otro tanto muy parecido cabría decir de la *Presidencia de las Repúblicas* en los sistemas dualistas como Alemania e Italia: no es la cabeza del ejecutivo, juega un papel en los conflictos entre órganos constitucionales no judicializados y como poder neutral.

(12) Para solucionar el problema del lugar de los Tribunales Constitucionales en la separación de poderes, se recuperó después de la II Guerra Mundial (SANDULLI en Italia, GARCÍA PELAYO en España), la categoría de órganos constitucionales, supremos y paritarios entre sí. Una tesis que había acuñado antes SANTI ROMANO con la finalidad de despojar de la soberanía al Monarca: tras calificarle como tal y no confundirle con el Estado, ya era posible atribuir aquella suprema potestad por igual a todos estos órganos constitucionales.

B) Por lo demás, esos mismos *poderes tradicionales* han acabado por conformarse de manera muy diferente a como lo imaginaba el constitucionalismo liberal.

Muchos definen hoy al *Parlamento* como un «órgano complejo» u «órgano de órganos». Un poder formado por una o dos Cámaras cada una de ellas dotadas de una pluralidad de órganos internos con competencias propias, reglamentariamente previstas, y cuyo deslinde no deja de suscitar problemas en la práctica. Ya sean órganos de deliberación (el Pleno, las diversas Comisiones legislativas y de investigación o estudio, la Diputación Permanente), o de dirección (Presidente, Mesa, Junta de Portavoces), o estructuras de trabajo interno como son los Grupos parlamentarios. Por mucho que se insista en que debe admitirse la primacía y las potestades de avocación de asuntos que suele tener el Pleno, el Parlamento está integrado por órganos con competencias predeterminadas y diferenciadas en los Reglamentos de las Cámaras. Y, doctrinalmente, suele pensarse además que, en la organización parlamentaria, debe haber un lugar, no principal pero tampoco despreciable, para las minorías. El Derecho Parlamentario es en buena parte un derecho de garantías para las minorías, no se agota en la regla de la mayoría.

Prevalece la consideración del *Poder Judicial* como un «poder difuso» integrado por los muy diversos órganos judiciales (unipersonales o colegiados) que conforman la planta judicial de cada ordenamiento. Su carácter difuso —sabido es— procede de estar dotado al tiempo tanto de una fuerte independencia interna, entre los propios órganos judiciales, como externa o frente a los demás poderes del Estado; y también frente a los medios de comunicación social, de quienes suelen proceder hoy algunas de las principales amenazas a la serenidad y al distanciamiento que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional reclaman. Curiosa burocracia y poder éste que no se ordena conforme a criterios de jerarquía y, en cambio, se armoniza y mantiene la imprescindible unidad de sus decisiones mediante un sofisticado sistema de recursos judiciales que nos permite hablar de jurisprudencia.

La distinción entre «administración» y «jurisdicción» que parecía sólidamente fundada en bases difícilmente removibles desde los inicios (*vid.* Modugno) sería después rebatida por Kelsen con brillantez pero —a mi juicio— sin oportunidad. Su crítica, aunque permite profundizar en el conocimiento analítico de ambas funciones —estimo—, no hace sino confundir y embarullar innecesariamente las cosas y debe ser abandonada. El sentido jurídico lleva a pensar que es menester esforzarse en robustecer la vieja diferenciación. Existen criterios jurídicos que permiten distinguir suficientemente tales labores: formales (la del acto o sentencia), de procedimiento (el proceso judicial *versus* el procedimiento administrativo), la naturaleza de la pretensión que inicia el procedimiento, la posición de independencia o subordinación jerárquica de unos y otros órganos, etc.

Y una pluralidad de órganos internos, personales y colegiados, integran la organización y efectúan la acción de *Gobierno*, entendido no sólo como Consejo de Ministros sino de forma comprensiva de los diversos órganos de colaboración y apoyo. La institución tiende a racionalizarse y a disciplinarse de manera formalizada en disposiciones; es el último órgano al que ha llegado la racionalización del poder y del

parlamentarismo de los que hablaba Mirkine-Guetzevitch (el caso alemán, anterior en el tiempo, es paradigmático, o la reciente Ley del Gobierno de 1997 en España).

El papel del *Ministerio Fiscal* admite delimitaciones conceptuales de la institución y subsiguientes posiciones constitucionales muy diferentes en cada ordenamiento. A caballo entre dos tesis. La dirección de la política interior por el Gobierno, quien puede elaborar una política criminal, mediante el ejercicio de las acciones penales y la colaboración con el Poder Judicial a través del Ministerio Público, que es parte importante de los procesos, en dependencia directa de las instrucciones y directrices que el Gobierno imparta a través del Fiscal General, el cual lidera una estructura piramidal y jerárquicamente ordenada. O bien una ubicación cercana al Poder Judicial y a su independencia orgánica y funcional. La ambigua solución española (art. 124 CE y sobre todo en el Estatuto del Ministerio Fiscal), un híbrido imposible entre ambos modelos, no parece la óptima y es de esperar sea un caldo de cultivo de no pocos problemas.

C) Han aparecido *nuevos órganos auxiliares* de los poderes supremos. Algunos de ellos son también *órganos de relevancia constitucional*, creados y dotados de competencia aunque sea de forma genérica por las Normas fundamentales. Otros son engendrados por las leyes y carecen de tal relevancia. La diferencia no creo sea baladí. Unos y otros vienen dotados de independencia orgánica en el ejercicio de sus funciones, pero a la vez realizan actividades auxiliares de las funciones principales ejercidas por los órganos constitucionales.

Así la labor de vigilancia del ejecutivo y auxiliar de la función de control del Parlamento que efectúan, con distintos nombres, instituciones como son los *Defensores del Pueblo* (Ombudsman, *Defensore Civico*) en materia de derechos fundamentales y control de las Administraciones públicas.

O la actividad de los *Tribunales de Cuentas o Corte dei Conti* (art. 136 CE, art. 100 Constitución italiana) y las *contralorías* en Latinoamérica respecto de la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado, y el enjuiciamiento de la actividad contable. Esta última facultad es una curiosa excepción en España al monopolio en el ejercicio de la función jurisdiccional por Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (art. 117 CE), que recoge y permite la misma Constitución en su art. 136.2.

O el nuevo y arriesgado papel que desempeñan los distintos *Bancos Centrales* europeos en la integración comunitaria, siguiendo el modelo del *Bundesbank*, mediante la creación de un sistema monetario único y la consecución de una estabilidad de los precios. Desde la perspectiva de la división del poder y de los controles, es algo extremadamente delicado, porque se independiza la política monetaria, se desgaña de la dirección de la política económica por los Gobiernos, para otorgarla a unos órganos auxiliares y con perfiles pretendidamente asépticos y técnicos. Todo ello se ha hecho, en algunos países como España —bien es verdad que no en todos: son distintos los casos alemán y francés—, mediante procedimientos insuficientemente garantistas, simplemente invocando la supuesta cobertura constitucional de las exigencias del Derecho comunitario. Sin venir siquiera creado en la Norma Fun-

damental, el Banco de España, ni previsto el evento de su férrea autonomía, ni disponerse excepción alguna al haz de potestades del Gobierno en la dirección de la política interior y exterior, ni disponerse la lógica reforma constitucional. La Ley crea, pues, en 1994, una autonomía del Banco de España con un alcance que la Constitución no prevé, y que resulta de dudosa compatibilidad con la misma ya que reduce las potestades gubernamentales constitucionalmente reconocidas (art. 97 CE). La Historia, además, nos enseña a desconfiar y aconseja precaverse frente a los riesgos del gobierno de los sabios; el Derecho Constitucional debe disciplinar también respecto de ellos los suficientes controles y contrapesos.

O los *Consejos Económicos y Sociales* o *Consejos Nacionales de Economía y Trabajo*, órganos de representación de intereses y de carácter consultivo, ya sea del Gobierno o de las Cámaras y el Gobierno, encaminados a coadyuvar al ejecutivo o al Parlamento en la planificación general de la actividad económica. Están siendo progresivamente constitucionalizados (art. 99 de la Constitución italiana, art. 69 de la Constitución de Francia, art. 95 de la Constitución de Portugal tras la reforma, etcétera) y, cuando menos, se encuentran presentes en la práctica generalidad de los países de la Unión Europea con distintos matices (ver García Ruiz).

La posición constitucional de este órgano auxiliar es, sin embargo, en España, bastante más compleja. Se constitucionalizó en 1978 un ambiguo Consejo «para la planificación», pero sin recibir un nombre ni unas funciones o un ámbito de actuación muy nítidos, a caballo entre el asesoramiento por las Comunidades Autónomas, y por los sindicatos y asociaciones profesionales (art. 131.2). Quizá esta ambigüedad explica que el mandato constitucional no fuera desarrollado por ley hasta 1991. El fundamento constitucional del Consejo Económico y Social no es, pues, expreso sino implícito; y la Ley, además, no le ha dado competencias realmente de asesoramiento del Gobierno en materia de planificación. Algunos autores prefieren incluso encontrar su epicentro constitucional en la participación económica y social del art. 9.2 CE.

O los *Consejos de Estado* (art. 107 CE, art. 100 Constitución italiana) como supremos órganos consultivos y de asesoramiento jurídico del Gobierno y la Administración o del Estado, que desempeñan sus funciones con auxiliariedad pero con independencia. Las dimensiones de la tradicional función consultiva en España, en cuanto controles internos, están progresivamente creciendo y proyectándose sobre nuevos terrenos. Así los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas, que adoptan diversos modelos. O la intervención de aquél y de éstos en el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local (art. 75 bis.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la reforma operada en 1999) cuyos dictámenes, preceptivos pero no vinculantes, determinan una subsidiariedad previa al conflicto constitucional; algo con alguna semejanza —salvando las distancias— a la labor de los Tribunales Constitucionales de los Länder alemanes.

D) Pero, las transformaciones no se han producido únicamente en los aspectos estructurales u orgánicos sino también y, sobre todo, en la *nueva dimensión de las funciones clásicas* y en la aparición de *otras nuevas*. Junto a las *Hauptfunktion*, fun-

ciones fundamentales o principales de cada poder, por las cuales fueron constituidos y de las que derivan sus nombres, han aparecido otras funciones de no menor importancia. Santi Romano, a principios de la I Guerra Mundial, mostró que la suma de las tres funciones tradicionales no abarcaba el total contenido de las potestades del Estado (*vid.* de Marco).

Se olvida en aquella triada la *función constituyente*. Custodiar a lo largo del tiempo la distinción entre las normas creadas por el poder constituyente y las procedentes de los poderes constituidos es la función principal de los actuales Tribunales Constitucionales (13).

Es todavía relativamente reciente la construcción teórica en Italia y Alemania —y dista de estar asentada sin discusiones— de la llamada actividad de *dirección política* (*indirizzo politico*), en especial por el Gobierno, actividad que atiende a la determinación de fines estatales y gubernamentales, y no es sólo función ejecutiva ni normativa. Una de las principales virtudes de esta tesis radica en acercar las categorías jurídicas a la realidad: el Gobierno no es un mero poder ejecutivo y vicario del Parlamento sino el centro del sistema. Es muy conocida entre los especialistas la discusión acerca de si se trata realmente de una verdadera «función» jurídica o, por el contrario, simplemente de una «actividad» de contornos imprecisos (ésta es la crítica de I. de Otto); o, lo que es lo mismo, si se sitúa prácticamente fuera del ámbito de las tres funciones estatales y del orden jurídico (Otto Mayer según precisa Modugno). Y ha habido esfuerzos para contribuir a precisar, en ese contexto, lo que la Constitución española —y García Fernández con apoyo en ella— llama «acción de Gobierno».

La *potestad normativa del Gobierno* ha crecido cuantiosamente por razones derivadas del intervencionismo propio de los Estados sociales, tanto respecto de las incasantes normas reglamentarias como de las disposiciones del ejecutivo con rango de ley, en especial, la legislación de urgencia. Ya no son unas potestades normativas delegadas de la ley, porque las Constituciones modernas otorgan directamente al Gobierno, sin la mediación de la ley, una potestad reglamentaria (art. 97 CE, art. 87 Constitución italiana) y otra legislativa de urgencia (art. 86 CE).

Frente a su crecimiento desmesurado y sin controles, es menester garantizar y preservar los valores que sólo la forma de ley parlamentaria puede custodiar: «publicidad», «discusión», y respeto a la participación de las «minorías» en el procedi-

(13) Lo expresa con claridad meridiana la importante STC 76/1983, el conocido caso de la LOAPA: «La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél» (FJ 4.º). Reténgase que se discutía la posibilidad de dictar leyes con la finalidad de aclarar o interpretar de forma general la Constitución y los Estatutos en materia de Comunidades Autónomas.

miento legislativo. La doctrina y la jurisprudencia alemanas (véase la síntesis que hace García Macho) se refieren a la «esfera nuclear» (*Kernbereich*) de cada poder que conviene delimitar y garantizar, incluida la función legislativa, por difícil que sea el empeño. Es verdad, no obstante, que, a mayor abundamiento, la dinámica parlamentaria habitual de las mayorías amortiza bastante la posibilidad real de la discusión y de la participación de las minorías a través de la enmienda o la iniciativa legislativa.

Es imposible sintetizar cómo se ha modificado la *función legislativa*, descomponiéndose la noción tradicional y material de ley (la ley ya no es siempre abstracta y general) y la misma unidad de la fuerza de ley activa y pasiva en una pluralidad de «tipos de leyes» más o menos adecuados: leyes orgánicas y ordinarias, leyes singulares, leyes medida, elefantiásicas leyes de presupuestos o leyes de acompañamiento, leyes autorizaciones, etc. Una fragmentación que, a veces, sólo es posible unificar mediante las categorías de forma y rango de ley. Y el monopolio de hecho de la iniciativa legislativa gubernamental otorga una posición preferente al Gobierno en la jerarquización de las prioridades para la aprobación de las leyes, y en la planificación de los trabajos en cada legislatura y período de sesiones. El Parlamento no prima actualmente sobre el Gobierno, ni siquiera se habla ya de una pretendida centralidad del Parlamento; probablemente sea inevitable, pero no deberíamos hacer nada para potenciarlo y sí para poner freno y algunos límites a esta situación.

La libertad del legislador para desarrollar la Constitución y elegir opciones de política legislativa es onímoda. Dentro del marco de la Constitución puede moverse con plena capacidad de decisión política. De tiempo en tiempo, es cada vez más cierto que la Norma fundamental opera como un límite al legislador antes que como un imposible pormenorizado programa de actuaciones (14).

El creciente énfasis en el estudio de la *función parlamentaria de control* —y el debate doctrinal sobre su delimitación conceptual— se explica en la necesidad de reforzar el papel que al Parlamento en su conjunto, y a cada uno de los concretos representantes individuales en particular, corresponde a la hora de verificar y escudriñar la actividad de las distintas Administraciones y del Gobierno. Sin estas labores, la división de poderes se vería demasiado inclinada del lado del todo poderoso ejecutivo. Pero —ya se ha advertido— que en los sistemas parlamentarios la dirección de las Cámaras por la misma mayoría presente en el Gobierno debilita notoriamente

(14) El Tribunal Constitucional ha subrayado en numerosas ocasiones esta libertad del legislador, p. ej., en la *STC 57/1985* (FFJJ 2.º y 3.º) subrayó la libertad del legislador para ordenar los procesos y el sistema de recursos, y afirmó que «las Cortes Generales son libres para modificar las leyes... cuya política legislativa, dentro del marco de la Constitución puede moverse con toda libertad». Y, cuando se le preguntó en la *STC 108/1986* sobre la supuesta interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) de la ley, en relación con una pretendidamente arbitraria reducción de la edad de jubilación, reclamó «cierta prudencia», puesto que «la ley es la expresión de la voluntad popular... como es dogma básico de todo sistema democrático. Ciertamente, en un régimen constitucional, también el poder legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal velar porque se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente» (FJ 18.º).

el adecuado ejercicio de esa función de control; y tampoco es fácil ofrecer soluciones ni parece claramente haberlas en el continente europeo. La función de control parece residenciarse en las minorías que integran la oposición, de suerte que se antoja sensato reforzar su posición en los reglamentos parlamentarios, y atribuirles la titularidad de suficientes instrumentos. Del mismo modo, es realista señalar que la actividad de control gubernamental por dicha oposición se desenvuelve, de hecho, en el ejercicio de cualesquiera funciones parlamentarias y no sólo en el conjunto de las herramientas que, en sentido estricto, identificamos habitualmente como función de control.

Desde otra óptica, habrá que reconocerse que el lugar de las Cámaras se encuentra hoy algo desvaído. El Parlamento es nominalmente omnipotente, pero ni toma realmente él mismo muchas de sus decisiones, tras un procedimiento basado verdaderamente en la publicidad y la discusión, sino que le vienen impuestas o, mejor, predeterminadas desde el ejecutivo, ni puede muchas veces hacerlas cumplir (Cassese).

E) Por otra parte, es notorio —basta con observar la realidad de las cosas además de las normas— que los *dualismos orgánicos* —Parlamento, Gobierno— se ven habitualmente integrados —y a veces desconocidos— por el flujo continuo que supone la presencia de una misma mayoría parlamentaria o de gobierno en ambos órganos. La *dinámica monista de la mayoría* amortigua considerablemente un diseño orgánico demasiado estático o mecanicista de la división de poderes. Tampoco la situación a principios del siglo *xxi* es como se pretendió en los siglos *xvi* y *xvii*.

Para un Presidente del Gobierno que es el líder de una mayoría no siempre es suficientemente importante resolver adecuadamente —con verdadero respeto a las normas constitucionales— cuál es la sede y el acto jurídico que debe dar forma a las decisiones políticas de su grupo. A menudo, no es sencillo elegir, ante un concreto problema que requiere de una intervención normativa, qué debe ser objeto de regulación por un reglamento o un Decreto-ley dictados por el Gobierno, o, al contrario, por una ley parlamentaria de Comisión o tramitada por el procedimiento de urgencia. El respeto a la división de poderes, sin embargo, requiere de una «voluntad de Constitución». Mas las fuentes del Derecho se interpretan y manejan —conviene recordarlo ante la ingenuidad y el formalismo de numerosos análisis doctrinales—, no con arreglo a pautas estrictamente jurídicas y judicialmente interpretadas, sino por operadores políticos, que son lógicamente sensibles a criterios igualmente políticos y se resisten a encerrarse en categorías y formas jurídicas precisas y rígidas. De ahí la versatilidad de las propias fuentes y la constante aparición de patologías o fuentes atípicas que los Tribunales Constitucionales enjuician y tratan de reconducir a límites razonables. Al desbordamiento de las Leyes de Presupuestos, una vez cerrado el problema por la jurisprudencia constitucional, sucede el de las leyes de acompañamiento y así continuamente en una secuencia algo atormentada. Estos excesos deben ser revisados en su constitucionalidad con mucha rigurosidad. El momento orgánico y las formas que de él se derivan, no están desprovistos de sentido en los Estados de Derecho fundados en la división de poderes.

Frente a la mayoría se sitúan las *minorías* políticas que forman la oposición. Se ha asentado un entendimiento de la naturaleza de los *derechos democráticos* como derechos a la participación política de los ciudadanos y de las formaciones sociales en que estos se integran. Unos derechos encaminados a la protección de las minorías en la formación de la voluntad estatal (Pizzorusso, Schneider). La nave del Estado no puede navegar hoy a toda vela y sin ancla exclusivamente impulsada por el viento de la regla de la mayoría: los derechos fundamentales de las minorías limitan la velocidad y el ritmo de la travesía.

En suma, la vieja dicotomía orgánica entre Parlamento y Gobierno se relativiza —pero no desaparece por razones jurídicas de peso e inaplazables— a la relación dialéctica permanente entre mayoría y minorías.

F) Al margen de la lógica de todo este complicado escenario de interrelaciones, se sitúa el *Poder Judicial*, que ostenta el monopolio o la exclusividad de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y para el cual sí rige un entendimiento omnímodo y rígido de la separación de poderes. Así el art. 117 CE, apartado 3.º, establece una reserva absoluta de la función jurisdiccional a favor de los órganos judiciales; de parecido tenor, pero menos taxativos, son el art. 112 de la Constitución italiana y el art. 92 de la alemana.

No es de recibo que el ejecutivo o el legislativo puedan en la actualidad ostentar funciones judiciales tal y como los Parlamentos medievales o la Corona en el pasado desempeñaron. Pero la otra cara de la misma moneda de esa exclusividad jurisdiccional (15) consiste en que, en principio, no cabe atribuir a Jueces y Tribunales como tales más funciones que las meramente judiciales. Salvo muy raras excepciones, debidamente justificadas y que no puedan afectar o menoscabar su independencia; así, p. ej., la garantía contencioso electoral en la revisión de candidaturas y actas electorales. Por el contrario, me parecen altamente problemáticas las competencias no jurisdiccionales que muchas Constituciones latinoamericanas atribuyen todavía a las Cortes Supremas —por razones históricas— ya sea para el gobierno de los Jueces, la administración y gestión del presupuesto de la justicia, o el nombramiento y la habilitación de los Abogados o los Notarios; unas facultades más propias de un Consejo de la Magistratura o de un Ministerio de Justicia o de la autonomía de las propias corporaciones afectadas. La cuestión se hace patente si se cae en la cuenta de que tales decisiones no jurisdiccionales, de ser recurridas, deberían ser enjuiciadas por la misma Sala que las dictó, violando el principio de que nadie puede ser Juez y parte. Gobernar o administrar y juzgar no son funciones que deban acumularse desde la perspectiva del principio que nos ocupa.

Tan férrea es la separación de la función jurisdiccional, que cabe pensar que la división de poderes contemporánea prácticamente se reconduce; a un «circuito de-

(15) Hay muchos pronunciamientos sobre la exclusividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales que proclama el art. 117.3 CE. El primero fue en la *STC 1/1981* en relación con el delicado asunto del Derecho anterior a la Constitución, los Acuerdos con la Santa Sede y la ejecución de las Sentencias canónicas de separación por los órganos jurisdiccionales civiles.

mocrático» que arranca del electorado, pasa por Parlamento y llega hasta el Gobierno, rigiéndose por los principios democrático y representativo; junto a otro «*círculo garantista*», ordenado conforme a la bien distinta lógica de la juridicidad, que emana del Estado de Derecho, y en el que se insertan los órganos judiciales y los Tribunales Constitucionales, pero también otras instituciones de garantía no judiciales.

Conviene recordar, eso sí, que los Jueces son independientes, claro está, sólo en la medida en que se mantengan sujetos al *imperio de la Ley*, como proclama el art. 117.1 CE, y a los criterios y normas en ella predeterminadas. De nuevo otra conexión entre división de poderes y Estado de Derecho.

La *función jurisdiccional*, no obstante, asume progresivamente una función de creación del Derecho y no únicamente de aplicación de la ley al caso, dimensión que otorga hoy mucho más poder y protagonismo a Jueces y Tribunales del que tuvieron en el pasado; nunca un poder «de alguna manera nulo», según el juicio equivocado de Montesquieu o, cuando menos, superado por las circunstancias sobrevenidas. El fenómeno se produce en los ordenamientos europeos y legistas —no sólo en los anglosajones o de creación judicial del Derecho— en virtud de múltiples y variadas causas: la mayor complicación de las fuentes del Derecho, la tendencia a introducir cláusulas generales en las leyes, el doble sometimiento del Juez a la Constitución y a la ley, el valor normativo de los principios constitucionales —del Derecho dúctil— y de los derechos fundamentales, el crecimiento del derecho convencional y su delicada inserción en el ordenamiento interno, la integración comunitaria, la dificultad de los hechos y de su prueba; etc.

Una función jurisdiccional que se proyecta actualmente sobre *ámbitos muy diversos* en su naturaleza de los primitivos órdenes jurisdiccionales civil y criminal; y, de tiempo en tiempo, cada vez más amplios. Incluso sobre terrenos que estaban antiguamente reservados al secreto de Estado —a los *arcana imperii*— o a la dirección política del Gobierno, absolutamente discrecionales y libres de controles jurisdiccionales. Al igual que antes se aludió al Gobierno de los Jueces (el más odioso de todos, parafraseando a Montesquieu), ha podido en nuestros días hablarse de una *democrazia giudiziaria* con los riesgos que sus excesos entrañan. Pero cosa bien distinta es el deseable control judicial de las decisiones del ejecutivo sometidas a Derecho, en aplicación de las reglas que presiden el Estado de Derecho, y que, en los Estados Unidos, está presente desde «El Federalista» y nadie osaría discutir.

G) Al tiempo, la *extensión del sufragio universal* en los Estados democráticos ha modificado en mucho la realidad social y las instituciones sobre la que operaba el modelo liberal y burgués de división de poderes. Un esquema de gobierno asentado sobre el sufragio censitario y capacitario, es decir, sobre el derecho de voto de la burguesía y la exclusión de los trabajadores. Esto es algo tan evidente que no necesita comentario. El principio democrático ha dado una legitimidad a los viejos y a los nuevos poderes del Estado, aquella que se asienta en la soberanía popular; lo expresa con frase feliz el art. 1.2 CE: la soberanía nacional reside en el pueblo español del que «emanan» —de dónde traen origen y principio— los poderes del Estado.

Casi tanto ha contribuido a la transformación de las sociedades y de sus instituciones el *pluralismo*, un valor esencialmente democrático y típico de este siglo, que refuerza la posición constitucional de las minorías frente a la mayoría en el seno de los diversos órganos y poderes del Estado. El tránsito de las sociedades homogéneas a las heterogéneas es su fundamento.

H) Es no menos importante traer a colación que el crecimiento y *desarrollo económico* de las sociedades industriales actuales, que en bien poco se asemejan a las sociedades agrarias del siglo XVIII, ha generado grandes espacios de poder dentro de la sociedad y al margen del Estado. Diversos grupos financieros y asociaciones de intereses privados concurren «con» o sustraen «del» Estado muchas de sus decisiones anteriores, privatizándolas. Con la globalización económica, este fenómeno de fortalecimiento de los *poderes privados* se intensifica.

5. UNA PLURALIDAD DE COMPLEJAS REGLAS, COMPLEMENTARIAS EN LA DIVISIÓN DEL PODER

Lucas Verdú nos advertía hace un cuarto de siglo que la construcción de la división de poderes es antes empírica que dogmática, y, al tiempo, que cada época posee sus problemas históricos, concluyendo que conviene «vivificar» constantemente la eficacia del principio y de sus aplicaciones: aplicarla a las nuevas cuestiones.

La diferencia más relevante respecto del modelo ilustrado de división de poderes estriba en que en la actualidad no puede reconducirse a una única regla de organización la salvaguardia de la libertad política de los ciudadanos y los grupos. Existen tantas divisiones de poderes que casi es imposible sistematizarlas y la mayoría son bastantes más sofisticadas que la bastante elemental formulación clásica.

A) En efecto, la «*división horizontal y tripartita de poderes del Estado y de funciones*» no sólo se ha transformado hasta prácticamente resultar otra, la moderna organización constitucional, sino que se ha visto sustituida por una pluralidad de reglas y de principios extremadamente complejos, complementarios unos de otros en la labor de controlar y limitar al poder (pueden verse Lucas Verdú, García Pelayo, De Marco, Modugno, Cerri, Boggetti, etc.); aludiré a algunas.

B) Antes me he referido a la «*división entre poderes constituyente y poderes constituidos*». Es decisiva la función de control o garantía constitucional que los Tribunales Constitucionales realizan, preservando las normas dispuestas por el poder constituyente frente a las normas elaboradas por los poderes ordinarios, en especial, el Parlamento (*vid.* García Pelayo).

C) Y no menos incuestionable es la importancia que tiene la «*división territorial o vertical del poder entre entes*» públicos de base territorial de un mismo Estado ordenamiento. Un deslinde predeterminado de competencias conforme a reglas constitucionales, que es propio de los distintos tipos de federalismo y Estados regionales. Este principio organizativo es completamente diverso en su lógica interna al horizontal. El art. 137 CE responde a esa trabada razón que lleva a diferenciar el in-

terés nacional, el regional y el local y a conceder autonomía constitucional a diferentes entidades para la concreción y defensa de sus respectivos intereses. Desde la óptica de la división de poderes, la distribución constitucional de competencias entre entes públicos sirve no sólo para garantizar una esfera de decisión política autónoma, vale también para que esas entidades se controlen y contrapesen impidiendo el exceso y preservando el interés común a todo el ordenamiento. La integración en un polígono de fuerzas de esa pluralidad de políticas territoriales permite limitar al poder. En Alemania no ha sido extraño el contrapeso de los *Länder* a las direcciones políticas del Gobierno federal; y, en España, no pocas decisiones del Gobierno de la Nación o de las Cortes Generales se han visto discutidas especialmente desde las nacionalidades y regiones, cuyos órganos de autogobierno han impugnado las disposiciones de aquéllos ante el Tribunal Constitucional.

Otro tanto cabría razonar respecto de la importancia de garantizar una seria esfera de Gobierno local dotado de una autonomía política, potencialmente divergente de la del Estado o de las regiones, y basada en un principio de subsidiariedad, que está en la naturaleza de las cosas y en la lógica del lenguaje federal, amén de en la Carta Europea de Autonomía Local. También las Comunidades Autónomas deben respetar en su interior el mismo pluralismo territorial que demandan del Estado para no atraer el riesgo de convertir a las nacionalidades culturales en una suerte de monoteísmo secularizado, escasamente plural y democrático.

D) Es esencial una *«división de poderes en el tiempo»*, basada en la alternancia tras la concurrencia electoral, y en la inevitable limitación temporal de los mandatos representativos. El sistema electoral y las normas sobre inelegibilidades deben proveer a estos fines. Por obvio que pueda parecer, frecuentemente se olvida que sin alternancia no existe realmente democracia. Todo lo cual obliga inevitablemente a pensar en términos de renovación de las elites, de circulación de los cargos públicos representativos. El control ante la opinión pública erigida en electorado es decisivo en democracia.

Casase, entre otros, nos ha contado bien la lección que puede extraerse del fracaso italiano: una *uncommon democracy* sin alternancia en el vértice. Hasta 1994, cincuenta Gobiernos giraron en torno a un solo partido y una misma clase política; el resultado fue el desplome del sistema y la aparición de una II República.

Es preciso no volver a repetir lo que —estimo— antes que un hipotético modelo de democracia sin alternancia (el caso italiano, distinto es el sueco durante décadas) probablemente, constituye una patología de la misma: celebración de elecciones, y tras las mismas, una articulación de la responsabilidad política tan difusa que no conlleva una verdadera alternancia ni un cambio siquiera de los gobernantes. La alternancia, sin duda, sana ciertos vicios habituales de los gobernantes y de sus actos, y lava su responsabilidad política ante el electorado, fortaleciendo la democracia.

El debate sobre la posibilidad de la reelección ilimitada del Presidente de la República en algunos países Hispanoamericanos, aboliendo las actuales limitaciones temporales o prohibiciones de reelección, debería observarse también desde esta

perspectiva: sin circulación de las elites no existe división temporal de poderes y, en consecuencia, se acrecienta el riesgo del abuso del poder y de la tiranía.

E) Íntimamente unida con la anterior técnica hasta casi llegar a confundirse, pero perfectamente distinguible en su concepto y manifestaciones, es la «*división de poderes personal*». Atiende a la regulación de un sistema de incompatibilidades entre los cargos públicos que impida que las decisiones de distintos poderes —o incluso de un mismo poder— se tomen por unas mismas personas. A esta lógica responde claramente el art. 70.1 CE y, en diferente medida, los artículos 127.2 y 159.4 (*vid.* García Macho, Solozábal).

F) Es también, hasta cierto punto, una prolongación de la división territorial y vertical el proceso de *integración comunitaria* de los Estado europeos. Una «*división supraestatal del poder*». Los viejos Estados soberanos ven condicionado su poder no sólo hacia abajo con la distribución interna de competencias, también hacia arriba mediante la transferencia de soberanía o, mejor, de competencia hacia la Unión Europea. Esa *suprema maiestas* de quien no reconoce superior, típica de los Estados, se ve fuertemente condicionada por las instituciones europeas que les imponen sus políticas allí donde ostentan competencias. Por cierto, unas bastante imprecisas «atribuciones», que crecen con el tiempo manejando técnicas tan expansivas y evolutivas como es la teoría de los poderes implícitos, procedente del federalismo estadounidense. No en balde, se les califica ya como «*Estados constitucionalmente limitados*». Y no falta quien se refiere directamente, con gráfica expresión, a la «soberanía monetaria» (Cassese) de la Unión Europea.

G) Los *derechos fundamentales* en las Constituciones democráticas en las que rige el Estado social no son siempre ya normas de separación entre la sociedad y el Estado como pretendía el liberalismo. El crecimiento de los derechos de prestación es una notoria evidencia de cuanto digo. Pero en gran medida continúan siendo también unos derechos de libertad o abstención y configuran un sólido *status libertatis* que entraña un momento de autonomía de los individuos y de los grupos en el ordenamiento. Son, al cabo, «normas de competencia fundamental» que crean una «*división social del poder*». Delimitan un reino de la comunidad o de la sociedad civil frente a aquellas intromisiones o medidas estatales que no se revelen ni justifiquen como protectoras de un interés público inaplazable y necesario, o acaben por ser irrazonables o desproporcionadas respecto de los fines pretendidos. La «cultura de las libertades» es también una forma de pensar el poder, de lo que resulta o no legítimo para las fuerzas sociales (véase Fioravanti).

La tradición estatista europea, de génesis germánica y francesa (contrapuesta a la *stateles society* anglosajona), en la que el Estado asume un rol benefactor y paternal, de ordenación de la sociedad a través del Derecho (*vid.* Cassese), se ve seriamente limitada o condicionada en el terreno de autonomía y libre decisión que los derechos de libertad acantonan. Y esto es igualmente una técnica de limitación del poder del Estado, que debe conducir a abandonar determinados entendimientos paternalistas. Un freno del excesivo intervencionismo estatal, especialmente en materia económica, pero también en la regulación de las relaciones colectivas, de-

jando su debido protagonismo a los representantes de los trabajadores y empresarios.

H) Por último, pero no en importancia, el actual Estado social es un Estado de asociaciones, en particular, se encuentra vertebrado en torno a esas peculiares asociaciones que son los partidos políticos, en cuanto instrumentos fundamentales de la participación política. La extendida expresión «*Estado de partidos*» me parece discutible, puesto que mezcla sin excesivos matices el ámbito de los órganos del Estado y de la personalidad jurídico pública, con el de la sociedad y las asociaciones de privados que cumplen fines públicos. Pero es altamente expresiva de una realidad innegable: el protagonismo de los partidos en cualquier forma de gobierno democrática.

Hoy los partidos —decía Giuseppe Ugo Rescigno— son el soberano, el Príncipe al que hay que controlar para que su poder no se desborde. La inclusión de lo que llamamos Estado de partidos en las reglas liberales de la división de poderes es harto problemática y suscita dificultades, y no estoy seguro ni de que estén todavía definitivamente resueltas ni de que hayamos adoptado las modificaciones normativas suficientes, pese al largo periodo transcurrido. La precariedad del balance de pesos y contrapesos es más delicada que nunca. El papel de los partidos políticos tiende a vaciar de contenido las competencias de dirección política de los órganos constitucionales (De Marco), y a relativizar las divisiones de poderes orgánicas; es inevitable. Mas deberíamos esforzarnos en construir ciertas reglas, por difícil que resulte, de «*división de poderes entre partidos y Estado*».

Con este afán, he tratado de contribuir a precisar el concepto de «cargos públicos representativos», común a todos los Estados constitucionales (*vid.* García Roca) pero que en España se consagra como derecho fundamental en el art. 23.2 CE, y de perfilar una regla de procedimiento democrático en la formación de la voluntad estatal. Cada concreto ciudadano titular de uno de esos cargos en ciertos órganos del Estado, aunque haya sido electo como candidato en una lista de partido, posee la titularidad del mismo, viene protegido por la prohibición de mandato imperativo (art. 67.2 CE), y está armado con una serie de facultades de actuación que le permiten desempeñar su puesto y contribuir a erigir la relación de representación junto a los partidos. Un límite a la representación por partidos en los casos de conflicto.

Por otro lado, visto el decisivo papel que juegan los partidos políticos en la organización y la vida del Estado, sorprende la raquítica atención normativa y regulación legal que en la mayoría de los ordenamientos se ocupa de ellos (sin duda en el español). Esto es muy descompensado e irrazonable. Cuestiones como son su organización interna democrática, la selección de los candidatos electorales con las debidas garantías para los militantes, su financiación y el control de la misma, los vicios en la formación de su voluntad y su ulterior relevancia e influencia en los procesos electorales, son extremos que deberían analizarse con especial cuidado por la doctrina, y afrontarse por la legislación constitucional moderna. Carece de sentido un Estado de partidos en el que se legisla sobre casi todo menos sobre los partidos. Abandonemos ese prejuicio.

1) Al cabo, el problema del Derecho Constitucional es siempre el mismo, siglo tras siglo, desde nuestros precursores ilustrados: limitar al Príncipe, controlar el poder, para permitir la libertad política de los ciudadanos. O, en otras palabras, salvaguardar el Estado de Derecho para que, dentro de sus límites, operen la soberanía popular y el principio democrático. Las reglas en que se articula la división de poderes siguen siendo elemento esencial de esta arquitectura constitucional.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La bibliografía en distintas lenguas es inabarcable, sorprendentemente, mucho menos cuantiosa en castellano. Me referiré exclusivamente a las obras mencionadas o sobre las que he construido el texto, siguiendo una numeración que se corresponde con los epígrafes del mismo y, normalmente, por el orden en el que los diversos autores se citan.

1. Para la definición de la separación de poderes como principio y postulado dogmático PABLO LUCAS VERDÚ: «El principio de la separación de poderes», en *Curso de Derecho Político*, volumen II, capítulo V, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 133 y ss. Lección después reelaborada en PABLO LUCAS VERDÚ y PABLO LUCAS MURILLO: *Manual de Derecho Político*, volumen I, capítulo IV, Tecnos, Madrid, 1987.

LUCAS VERDÚ parece influido por PIETRO VIRGA: «La separación de poderes», en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, septiembre-octubre 1955, pág. 90, traducido por el propio LUCAS VERDÚ; WALTER KAEGI: «Von den Klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung...», en *Verfassungswirklichkeit. Feischrift für Hans Huber zum 60 Geburtstag*, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1961, págs. 158 y ss.; y PIERRE PACTET: *Institutions politiques. Droit Constitutionnel*, Masson et Cie Editeurs, París, 1969. Esta atención conjunta a la doctrina italiana, alemana y francesa y su habitual lectura no eran frecuentes en la época.

Cito conjuntamente y por orden cronológico a CARLOS DE CABO MARTÍ: «División y predominio de poderes», en VV.AA.: *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Madrid, 1978, págs. 71 y ss.; JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA: «Sobre el principio de la separación de poderes», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, 1981, págs. 215 y ss.; y AUGUSTO CERRI: «Poteri (Divisione dei)», en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, págs. 1 y ss., con muy interesantes referencias bibliográficas.

Extremadamente simplificador es GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA: «Partitocracia y unificación de poderes», en VV.AA.: *División de poderes*, Jornadas, Córdoba, 1996.

EUGENIO DE MARCO: «Valore attuale del principio della divisione dei poteri», en VV.AA.: *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milán, 1999, tomo I, págs. 409 y ss.; habla de la «sostanziale vanificazione del principio nel costituzionalismo fascista» (pág. 414) y cita el artículo de COSTANTINO MORTATI: «Esecutivo e Legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano» publicado en 1940 en la *Rivista di Diritto Pubblico*.

Sigo la comparación de GEORG JELLINEK: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Albert Fontemoing Éditeur, París, 1902, traducido por GEORGES FARDIS y prefacio de M. F. LARNAUDE, capítulo VI «Contraste entre les déclarations américaines et anglaises», los datos que ofrezco en pág. 41. No coincide exactamente en la selección de las declaraciones america-

nas JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL: «Sobre el principio...», ob. cit., pág. 224; este autor destaca para la exposición histórica VILE: *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967, y se ocupa también como LUCAS VERDÚ de los precedentes del principio.

Cito conjuntamente y por orden cronológico a PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, 1974, ob. cit.; MANUEL GARCÍA PELAYO: «La división de poderes y su control jurisdiccional», en *Revista de Derecho Político*, números 18-19, 1983, págs. 7 y ss.; RICARDO GARCÍA MACHO: «Problemática de la división de poderes en la actualidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 53, 1986, págs. 175 y s.

Puede verse CARLOS OLLERO: *El Derecho Constitucional de la postguerra*, Bosch, Barcelona, 1949, capítulo V, «La división de poderes».

Los pensadores liberales y obras clásicas reseñadas y citadas han sido manejadas en las siguientes ediciones. JOHN LOCKE: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969, 5.ª reimpresión 1981, traducción de AMANDO LÁZARO. MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, 1.ª reimpresión 1980, traducción de MERCEDES BLÁZQUEZ Y PEDRO DE VEGA, prólogo de ENRIQUE TIerno. DAVID HUME: *Ensayos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1955, 2.ª edición 1982, prólogo de ENRIQUE TIerno. Tiene interés sobre ellos, entre otros muchos, REINHOLD ZIPPELIUS: *Teoría General del Estado*, traducción de HÉCTOR FIX-FIERRO, UNAM, México, 1985, parágrafo 31 «división de poderes», págs. 321 y ss.

La alusión a SCHMITT de CARLOS DE CABO: «División y predominio...», ob. cit., se encuentra en pág. 71. Véase CARL SCHMITT: *La Dictadura*, primera edición en alemán en 1931, he utilizado la edición de Alianza Universidad, Madrid, 1985, traducción de JOSÉ DÍAZ; también *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.ª ed., 1934, traducción de FRANCISCO AYALA, parágrafo 15 «La distinción (llamada división) de poderes».

Muy sugerente es ROBERTO BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, capítulo I «La formulación doctrinal del principio de separación de poderes: Locke y Montesquieu».

Sobre el Estado de Derecho aludo a las posiciones de uno de sus primeros defensores en España, hace cuarenta y cuatro años, véanse PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, 1974, ob. cit., capítulo IX «Notas sobre el Estado de Derecho»; y *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Colegio de España en Bolonia, 1975; no he podido utilizar la monografía «Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho», Acta Salmaticensis, 1955, que fue parte de ese segundo trabajo.

Las consideraciones de JELLINEK sobre Montesquieu y el empleo de la Constitución de Inglaterra como ficción argumental las leí primeramente en PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, 1974, ob. cit., pág. 137; proceden de su conocida *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, epígrafe «División de las funciones del Estado», traducción y prólogo de FERNANDO DE LOS RÍOS, original en alemán de 1911, págs. 458 y ss.

Las observaciones sobre la vigencia de la separación de poderes en el Reino Unido son de HILAIRE BARNETT: *Constitutional and Administrative Law*, Cavendish Publishing, Londres, 1997.

Para el estudio de la formulación clásica del principio menciono a ROBERTO BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, ob. cit.; FRANCO MODUGNO: «Poteri (divisione dei)» en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, 3.ª ed. 1957, págs. 472 y ss., es muy sugerente; AUGUSTO CERRI: «Poteri (Divisione dei)», en *Enciclopedia Giuridica*, ob. cit.; y GAETANO SILVESTRI: «Poteri dello Stato (divisione dei)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 670 y ss.

Un documentado y reciente estudio sobre la evolución histórica de la institución y su sentido presente es GIOVANNI BOGNETTI: *La divisione dei poteri (saggio di diritto comparato)*,

Giuffrè, Milán, 1994; del mismo autor «Poteri (divisioni dei)» en *Digesto*, XI, UTET; 4.ª ed. 1996, págs. 372 y ss. Lo aludo al referirme a la «sociedad separada» en la que surge el principio. Allí mismo menciono a RICARDO GARCÍA MACHO: «Problemática de la división de poderes...», ob. cit.

Sintetizo las conocidas posiciones sobre el «poder» como teoría de la sociedad y medio de comunicación social guiada por un código de NIKLAS LUHMANN: *Poder*, Anthropos, Universidad Iberoamericana, Barcelona, 1995, el original en alemán es de 1975.

Sobre el presidencialismo estadounidense cito a DALMACIO NEGRO PAVÓN: «El juego de poderes en el presidencialismo», en VV.AA.: *División de poderes*, ob. cit., págs. 68 y ss., donde contrapone «presidencialismo» y «Estado» (pág. 82); en el mismo trabajo (pág. 81) razona sobre la creación judicial del derecho.

Aludo a ROBERT REDSLOB: «Le régime parlementaire en Allemagne», en *Revue de Droit Public*, 1923, págs. 511 y ss. Me he ocupado de la caracterización del sistema parlamentario en JAVIER GARCÍA ROCA: «El sistema parlamentario en el País Vasco...», en *Revista de Estudios Políticos*, núms. 46-47, 1985, págs. 183 y ss. La cita de ENRIQUE TIerno es de su prólogo a *Del Espíritu de las leyes*, ob. cit.

2. La ilusión histórica de la separación absoluta de poderes.

Es decisivo LEÓN DUGUIT: *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, presentación y traducción de PABLO PÉREZ TREMPES. El trabajo fue originalmente publicado en tres partes en la *Revue D'Economie Politique* en 1893.

Siguo sus pasos CHARLES EISENMANN: «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs», en *Mélanges Carrér de Malberg*, París, 1933, págs. 190 y ss.; posteriormente, «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», en VV.AA.: *Bicentenaire de L'Esprit des Lois*, París, Sirey, 1952. Puede leerse una síntesis, junto a otras consideraciones, en LOUIS ALTHUSSER: *Montesquieu: la política y la historia*, Ariel, Barcelona, 1968, 2.ª edición 1974, el original en francés de 1959, traducción de ESTER BENÍTEZ.

Cito a JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO: «La separación, no confusión o contrapeso de poderes y la independencia de la función judicial en la perspectiva de Montesquieu», en VV.AA.: *División de poderes*, ob. cit., págs. 39 y ss.; del mismo autor *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, Civitas, Madrid, 1986.

Recuerdo el trabajo de LUIS SÁNCHEZ AGESTA: «Poder ejecutivo y división de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 9 y ss.

3. Para el estudio del presidencialismo, aludo de alguna manera o he utilizado los siguientes trabajos: A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY: *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, 5.ª reimpresión, 1994, prólogo y traducción de GUSTAVO R. VELASCO. Resulta revelador hasta en el título, GIULIANO AMATO: «Il sistema presidenziale, un remedio all'eccesso di partitocrazia», en *Il Politico*, núm. 158, 1991. JORGE CARPIZO: *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI editores, México, 1978, 10.ª edición, 1993. J. J. GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA: *Os poderes do Presidente da Republica (especialmente em matéria de defesa e política externa)*, Coimbra Editores, 1991. DAYSE DE VASCONCELOS MAYER: «O Presidente da República em Portugal e no Brasil: interfaces numa perspectiva política e numa visao comparada», en VV.AA., *Perspectivas Constitucionais, nos 20 annos da Constituição de 1976*, edición a cargo de JORGE MIRANDA, Coimbra Editores, 1996, volumen I, págs. 533 y ss. JOSÉ ALFONSO DA

SILVA: «O sistema Constitucional do Brasil», en VV.AA., *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, págs. 129 y ss., edición a cargo de D. GARCÍA BELAUNDE, F. FERNÁNDEZ SEGADO y R. HERNÁNDEZ VALLE. DIETER NOHLEN: «Presidencialismo versus parlamentarismo en América latina», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 74, 1991, págs. 43 y ss., quien defiende que el posible autoritarismo no procede únicamente del parlamentarismo y denuncia los riesgos de la «tentación parlamentaria», las formas de gobierno —recuerda— deben adaptarse a los países y circunstancias históricas. CELSO RIBEIRO BASTOS: *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 17.^a ed. 1997, Título IV sobre la organización de los poderes. Acerca de las transformaciones institucionales de América latina HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: Estudio preliminar a PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

Cito la teoría del *federalising process*, cfr. CARL J. FRIEDRICH: «El federalismo y la división territorial del poder», en *Gobierno constitucional y democracia (teoría y práctica en Europa y América)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 377 y ss., del mismo autor *Cooperate federalism and linguistic politics*, Quevcc Roundtable, Univ. Laval, 1972; KARL LOEWENSTEIN: «Federalismo» (capítulo X), en *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, págs. 353 y ss.

En la misma obra colectiva se encuentran los siguientes trabajos: MANUEL ARAGÓN: «Sistema Parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado», en VV.AA.: *Parlamento y control del ejecutivo*, V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 29 y ss., al que cito en varias ocasiones; JOHN RHODES III: «La relación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en los Estados Unidos», págs. 47 y ss.; y MARÍA PAZ SÁNCHEZ: «La separación de poderes y el modelo presidencial estadounidense», págs. 53 y ss.

Menciono las posiciones sobre prensa, televisión y democracia de consumidores de LEE C. BOLLINGER: *Images of a Free Press*, University of Chicago Press, 1991.

4. Sobre las transformaciones de la organización constitucional actual me refiero a los siguientes autores.

PABLO LUCAS MURILLO: «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995, págs. 167 y ss.; y «La experiencia europea del Consejo de la Magistratura», en *Poder Judicial*, núm. 52, pág. 53 y ss.

En relación a la teoría de los órganos constitucionales y su aplicación a los Tribunales Constitucionales, para solventar su lugar en la división de poderes, ALDO M. SANDULLI: «Sulla posizione della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1960, págs. 705 y ss.; MANUEL GARCÍA PELAYO: «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, págs. 11 y ss.; la consideración de la Corona como órgano constitucional procede de SANTI ROMANO: *Corso di Diritto Costituzionale*, segunda parte «I singoli organi costituzionali», XII «La Corona», CEDAM, Padua, 1928, págs. 152 y ss.

La elección y composición de los Tribunales Constitucionales en HANS Kelsen: «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, pág. 197.

JAVIER PÉREZ ROYO: *Tribunal constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.

HANS Kelsen niega —con cierta exageración— la claridad de la distinción entre «administración» y «jurisdicción» en su *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979,

traducción de LUIS LEGAZ LACAMBRA, parágrafo 35 F, págs. 316 y ss. Ver las consideraciones al respecto de FRANCO MODUGNO: ob. cit., pág. 482.

BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, 1934, traducido del francés por SABINO ÁLVAREZ GENDÍN, el capítulo I sobre «El problema de la racionalización del poder», y el VII sobre «La significación política del ejecutivo» donde ya defiende la «supremacía política» del mismo. Las mismas ideas también en su Estudio Preliminar a *Las nuevas Constituciones del mundo*, Ed. España, Madrid, 1931.

Respecto de los «órganos auxiliares», una delimitación conceptual puede verse en FERRARI: *Gli organi ausiliari*, Giuffrè, Milán, 1956; ENZO CHELI: «Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale», en *Archivio Giuridico*, 1965, pág. 106; JOAQUÍN VARELA SUANZES: «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, págs. 63 y ss.

Independizar la política monetaria en el proceso de integración comunitaria es una cuestión que se nos da resuelta e impone a los juristas por los economistas, puede verse como divulgación DAVID MARSH: *El Bundesbank (el banco que gobierna Europa)*, Colegio de Economistas de Madrid-Celeste Ed., 1994.

Se preocupa de la constitucionalización progresiva de estos nuevos órganos, con información comparada, JOSÉ LUIS GARCÍA RUIZ: *El Consejo Económico y Social (génesis constituyente y parlamentaria)*, CES, Madrid, 1994, especialmente en los tres primeros capítulos. Véase también, con un enfoque a veces no coincidente, ALFREDO ALLUE BUIZA: «El Consejo Económico y Social», en VV.AA.: *Derecho Público de Castilla y León*, coordinado por JAVIER GARCÍA ROCA, puede leerse en ese autor una síntesis del interesante debate sobre la existencia o no de una posición constitucional de este órgano.

Respecto de las *Hauptfunktion* me baso en FRANCO MODUGNO: «Poteri (divisione dei)», ob. cit., pág. 478.

Eugenio DE MARCO: «Valore attuale del principio della divisione dei poteri», ob. cit., pág. 415, cita un texto de SANTI ROMANO: *Il Diritto Pubblico Italiano*, edición póstuma, Milán, publicado en 1988 y escrito al inicio de la I Guerra Mundial, en el que denuncia que la tripartición no agota el entero contenido de la potestad estatal.

Se ocuparon del *indirizzo politico*: RUDOLF SMEND en 1923, COSTANTINO MORTATI en 1931, y VEZIO CRISAFULLI en 1939; y ya en la década de los setenta autores como M. GALIZIA o TEMISTOCLE MARTINES. He manejado siempre VEZIO CRISAFULLI: *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, Studi Urbinati, 1939, sobre la teoría de la función de gobierno el capítulo I. Puede verse una bibliografía de clásicos muy bien seleccionada en AUGUSTO CERRI: «Poteri (Divisione dei)», ob. cit., págs. 7 y ss.

En relación a la función de gobierno cito al siempre penetrante Ignacio DE OTTO: «La posición constitucional del Gobierno», en *Documentación Administrativa*, núm. 188, 1980, págs. 139 y ss.; y a JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: *El Gobierno en acción (elementos para una configuración jurídica de la acción gubernamental)*, CEC, Madrid, 1995, con un sólido esfuerzo de construcción teórica de una actividad muy diversa. He leído en FRANCO MODUGNO: «Poteri (divisione dei)», ob. cit., pág. 479, las posiciones de OTTO MAYER que probablemente influyeron en IGNACIO DE OTTO.

Aludo a RICARDO GARCÍA MACHO: ob. cit., pág. 183, al tratar la «esfera nuclear» (*Kernbereich*) de cada poder.

Me he ocupado de las transformaciones de la función legislativa en un artículo cuyas ideas principales resumo JAVIER GARCÍA ROCA: «La decostruzione della legge del Parlamento», en

VV.AA.: *Profili di Diritto Parlamentare in Italia e in Spagna*, a cura di Giancarlo Rolla e Eleonora Ceccherini, Giappichelli editore, Turín, 1997, págs. 127 y ss.

Es muy sugerente SABINO CASSESE: *Lo Stato introvabile (modernità e arretratezza delle istituzioni italiane)*, Donzelli editore, Roma, 1998, al que cito en diversas oportunidades.

Sobre la dinámica de la minorías y la mayoría. ANTONIO D'ATENA: «Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali», en VV.AA., *Perspectivas Constitucionais, nos 20 annos da Constituição de 1976*, ob. cit., págs. 437 y ss., en especial, el epígrafe «Lo stato di diritto ed il principio di separazioni». ALESSANDRO PIZZORUSSO: *Minoranze e maggioranze (I principi di libertà e uguaglianza e l'equilibrio della democrazia)*, Einaudi, Turín, 1993. HANS PETER SCHNEIDER: *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, prólogo de LUIS LÓPEZ GUERRA, en especial, el artículo «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», antes publicado en 1979 en la *Revista de Estudios Políticos*.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.

Puede verse JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL: «Separación de poderes», *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6188 y ss.

5. Al tratar la pluralidad de reglas contemporáneas en la división del poder, aludo por vez primera los siguientes trabajos, las demás citas son a los estudios ya referidos en esta bibliografía.

MAURIZIO FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, traducción de MANUEL MARTÍNEZ, las cláusulas entrecomilladas en la presentación de CLARA ÁLVAREZ, pág. 15.

GIUSEPPE UGO RESCIGNO: «Limitare Il sovrano. Brevi note sui partiti politici», en *Critica del Diritto*, núms. 27-28, 1982, págs. 11 y ss.

JAVIER GARCÍA ROCA: *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, para las relaciones entre partidos políticos y titulares de los cargos.

