

# SOBRE EL PRINCIPIO DE LA SEPARACION DE PODERES

Por JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA

## SUMARIO

*Introducción.*—1. Formación histórica del principio hasta el período revolucionario: la idea de la diversidad de funciones; gobierno mixto y constitución equilibrada.—2. La crítica doctrinal del principio de separación de poderes en el Derecho constitucional y en la ciencia política. Las críticas jurídicas de Carré y Kelsen. Las críticas politológicas de Dahl y Almond.—3. Vigencia en el Estado moderno del principio de separación de poderes. Su corrección en la idea de la distinción de poderes.—Nota bibliográfica

## INTRODUCCION

Desde su formulación solemne en el siglo XVIII, el principio de la separación de poderes —la idea de que las distintas funciones estatales corresponden a conjuntos de órganos (poderes) separados, independientes y equilibrados entre sí— se ha considerado un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos del constitucionalismo, esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado. Se trata, en efecto, señala Loewenstein, de un integrante imprescindible del bagaje estándar del constitucionalismo, del dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucionales.

La comprensión adecuada del principio comprende necesariamente al menos tres momentos: la atención a su formación en los planos conceptual e institucional hasta la obra de Montesquieu y las Constituciones de 1787 y 1791; la crítica doctrinal del principio en el plano del Derecho constitu-

cional y la ciencia política, y la supervivencia —en fin— de ese principio en la realidad, es decir, en la organización actual de los sistemas democráticos de nuestro tiempo.

1. *La trayectoria histórica de la formación del principio de la separación de poderes*

Aunque la idea genuina de la separación de poderes, la proposición sobre la necesidad de la separación orgánica equilibrada de las diversas funciones estatales, sólo es alcanzada, como veremos, por Montesquieu, anteriormente existen contribuciones, doctrinales e institucionales, sin las cuales aquélla no hubiera sido posible. Estas ideas anteriores son las de la diversidad de funciones estatales, la del gobierno o constitución mixta y la de la constitución equilibrada.

En la *obra aristotélica* se habla, en efecto, de las tres funciones del Estado: la deliberativa, la judicial y la encomendada a los magistrados. A pesar de que se ha incurrido a veces en un cierto anacronismo en la interpretación de Aristóteles, la función deliberante no consiste en la producción de leyes o normas generales que se consideran «dadas» y a las que sólo se puede clarificar, desarrollar o aplicar a supuestos determinados.

De modo que Aristóteles, por consiguiente, sólo concebía dos verdaderas funciones estatales, que eran la de *ejecutar* (con sus aspectos de gobierno y administración, función encomendada a los magistrados) y la de *juzgar*. Los órganos encargados de cumplir estas funciones son distintos, pero no se encuentran verdaderamente separados. Como han señalado Loewenstein y Jellinek, no existía repugnancia en que un miembro del jurado desempeñase al mismo tiempo una magistratura o, por supuesto, interviniera en la asamblea.

Más interés tiene quizá la aceptación en el pensamiento clásico de la *doctrina del gobierno mixto*, que consiste en la intención de proporcionar a cada sector social una intervención en el gobierno de la comunidad. La Constitución ideal sería aquella que integrase la democracia (o gobierno del pueblo), la aristocracia (o gobierno de unos pocos o de los ricos) y la monarquía o gobierno de uno solo. La idea se encuentra ya en Platón (democracia y monarquía) y Aristóteles (democracia y aristocracia), pero su expositor más claro será el griego, afincado en Roma, Polibio. Lo que explica la excelencia de la Constitución de la República romana y su larga duración sería su capacidad para realizar el gobierno mixto: el gobierno monárquico se encuentra realizado por los cónsules; la aristocracia, por el Se-

nado, y la democracia, por los tribunos de la plebe. Resumiendo y complementando lo dicho podríamos señalar que en el mundo clásico:

- se alcanza una cierta idea de las funciones del Estado (aunque con una visión limitada de la función deliberante que no equivale a la legislativa);
- se acepta la conveniencia de un gobierno equilibrado o mixto en el que los diversos sectores sociales tienen asegurada su participación, pues temen la posibilidades opresoras del gobierno ejercido por una sola clase social, alcanzándose la idea de que la garantía de la libertad frente a la opresión reside no en la confianza en la buena voluntad del gobernante, sino en la consecución de una estructura del poder tal que haga imposible el despotismo.

La idea del equilibrio se realiza o exigiendo la colaboración conjunta de varias magistraturas en la actuación de la voluntad estatal (por ejemplo, Senado y cónsules en el nombramiento de gobernadores) o dotando de poderes de veto a alguna magistratura, como ocurre con los poderes de los tribunos de la plebe en Roma.

Pero en el mundo clásico no se alcanza ni la idea de la exclusividad funcional de los órganos (aunque tal vez sí cierta especialización), ni la de la separación personal de los integrantes de los mismos. Como ha escrito Vile: «El propósito principal de los antiguos teóricos del constitucionalismo era conseguir un equilibrio entre las varias clases de la sociedad y poner de manifiesto que los intereses diferentes de la comunidad que se reflejan en los órganos de gobierno deberían cada uno tener una parte que jugar en el ejercicio de las funciones, deliberativa, de los magistrados y judicial.»

\* \* \*

En la Edad Media podemos seguir el desarrollo de las dos ideas fundamentales. Santo Tomás repite la defensa aristotélica del *gobierno mixto*, pero éste no encontrará un terreno apropiado hasta la baja Edad Media con el desarrollo de las ciudades burguesas y la reclamación del reino a participar en el gobierno de la comunidad, especialmente en la creación y la modificación del Derecho. A finales del siglo xv sir John Fortescue distinguió tres clases de gobierno: el *dominium regale*, o monarquía absoluta; el *dominium politicum*, o gobierno republicano o democracia, y el *dominium politicum et regale*, una mezcla mixta, que era el modelo del gobierno inglés.

Por lo que se refiere a la *división de funciones*, la función legislativa siguió propiamente sin ser concebida: el Derecho medieval se descubre, se sistematiza o se declara, pero no se crea. En el siglo XIII, por lo menos en Inglaterra (Bracton) se distinguen claramente dos funciones del gobierno —entendiendo este término como la actividad desempeñada por el poder político—, atribuidas al monarca: la del *gubernaculum*, actividad de atender al bien de la colectividad, actividad administrativa, diríamos hoy, y la *iurisdictio*, o función de juzgar; en la primera se contempla una actividad discrecional; en la segunda el monarca ha de atenerse a las leyes.

Marsilio de Padua concibe con claridad la función legisladora que corresponde al pueblo y la función ejecutiva encomendada al gobernante, que consiste en realidad en la función judicial. Si había descubierto la capacidad de producción de la ley, había descuidado la función de *administración* o de *gubernaculum* de que Bracton habla.

\* \* \*

Como es sabido el pensamiento político durante la época absolutista abandonó la idea del gobierno mixto —por ejemplo, Bodino—, confiriendo al rey el poder de *donner et casser la ley*. Un sector, como diríamos hoy, contestatario, sin embargo, insistía en conferir al monarca el papel secundario que preconizara Marsilio de Padua. Para los monarcómacos, en efecto, el rey es considerado como *minister, custos, executor legum*.

*Durante el período de la revolución inglesa* tuvo lugar un importante desarrollo constitucional que alcanzó no sólo a la teoría de la *diferenciación de funciones*, sino a la de la propia *separación de poderes*, que se mostró como una alternativa tanto al intento del monarca de alterar a su favor la Constitución mixta inglesa, como al intervencionismo del Parlamento durante el período del Parlamento largo.

En efecto, en 1657 George Lawson distingue, siguiendo a Sadler, entre funciones legislativa, judicial y ejecutiva, aunque este autor tiene todavía una visión limitada de la función ejecutiva, que es comprendida como la realización de la sentencia de los tribunales.

Pero como decimos, el desarrollo más interesante consiste en la formulación de la teoría de la división de poderes.

Dallison en 1648 no sólo tenía en la mente una triple división de funciones, sino que dedicó todo su esfuerzo a demostrar que un gobierno satisfactorio sólo podía funcionar como consecuencia de situar las distintas funciones del gobierno en manos separadas, de modo que «cada cual esté separado y actúe dentro de sus límites». Llega a apreciar la posición de

los jueces en el sistema jurídico-político con mayor claridad que lo harán después los escritores del siglo XVIII; sin embargo, quedan aún rasgos de la concepción de la Constitución mixta por cuanto prevé una intervención legislativa del monarca.

Según el *Instrument of Government* de 1653, el supremo poder de hacer las leyes residía en el Parlamento, que ordinariamente obtendrán el asentimiento del ejecutivo (Lord Protector). Si éste no se produjera y aquéllas no fueran inconstitucionales entrarán en vigor.

El poder ejecutivo residía en el Lord Protector y su Consejo, que podía disolver en algunos casos el Parlamento, el cual, de su parte, si no era convocado se reunía automáticamente cada tres años.

Había, pues, una recepción bastante firme de la doctrina de la separación de poderes, aunque en dicho documento constitucional existían también elementos de la Constitución mixta, sobre todo manifestados en el hecho de que no se estableciera incompatibilidad entre la condición de miembro del Consejo de Estado (ejecutivo) y del Parlamento.

La obra de Harrington, *Oceana*, retoma las ideas clásicas, sobre todo las de Polibio, acerca del gobierno mixto. Para Harrington la cuestión de conseguir una *commonwealth* en la que gobiernen las leyes y no los hombres se resuelve incorporando a la producción de las leyes a la aristocracia natural y al pueblo llano, siendo el magistrado neutral quien las ejecute. «El Senado propone, el pueblo resuelve y el magistrado ejecuta.»

\* \* \*

*La teoría posterior a la revolución inglesa* es una reflexión acerca de las condiciones de la *Constitución equilibrada*. Se trata, como recuerda Vile, de una amalgama compleja del gobierno mixto, la supremacía del legislativo y la separación de poderes. Su expositor arquetípico fue Locke.

Locke distinguió entre el *poder legislativo*, poder de hacer leyes permanentes y conocidas por el pueblo y que comprende también el de juzgar mediante jueces rectos e imparciales; el *poder ejecutivo*, que respalda con la fuerza las decisiones legales, cuidando de su ejecución mientras estén vigentes, y el *poder federativo* o poder de relaciones exteriores, que es el «poder de declarar la guerra y la paz, de constituir ligas y alianzas y llevar adelante todas las negociaciones que sea preciso realizar con las personas y las comunidades políticas ajenas». Como señala García de Enterría, el Estado de Locke se reduce a esto: «Ley y tribunales por una parte y la coacción organizada de otra, tanto para imponer el orden interior respaldando la

ley y las sentencias como para asegurar la independencia exterior frente a las demás comunidades.»

Como es bien sabido, en Locke los tres poderes no son conferidos a órganos independientes. Pues la función legislativa es atribuida al Parlamento y al Rey; la federativa al monarca y la ejecutiva al monarca y su Consejo.

La función legislativa es considerada claramente como superior, de modo que el poder ejecutivo se encuentra subordinado a la ley, pues su función es precisamente aplicarla. Pero esta supremacía no implica carácter arbitrario o ilimitado: ha de legislar según justicia, con un procedimiento regular, y establecer sólo reglas generales. Tampoco supone dicha supremacía limitaciones sobre el poder federativo, pues la dirección de los asuntos extranjeros requiere velocidad y rapidez y no puede verse ligada por reglas generales, porque depende demasiado de una situación internacional siempre cambiante. Incluso el poder ejecutivo aparece dotado de una importante dependencia, bien porque, como cree Mortati, hay una especie de transposición al ejecutivo de las cualidades del poder federativo, posibilitadas porque el titular es el mismo órgano —y Mortati habla aquí de *indirizzo politico*—, o porque, como parece más lógico —y recuerdan Vile y Jellinek—, el monarca estaba dotado del poder de prerrogativa, poder residual tras sus limitaciones impuestas por el Parlamento y que aquél ejerce de una manera libre en interés del bien común.

En Locke no existe un poder judicial independiente, quizá, como razona Mortati, porque los jueces en el sistema del *common law* hacen algo más que aclarar o aplicar la ley, la crean a través de los precedentes, o porque la Cámara de los Lores, que es el Tribunal Supremo del Reino, es coautor de las leyes en cuanto integrante del Parlamento. En resumidas cuentas podríamos sintetizar diciendo:

- En Locke persiste la idea de la forma mixta del gobierno, de modo que se asegure a los diversos sectores sociales su intervención en el gobierno, especialmente en la elaboración de la ley (veto del rey, Cámara de los Lores, Cámara de los Comunes).
- Locke acepta cierto equilibrio entre los diversos poderes, con la supremacía del Parlamento, pero con un ejecutivo coordinado en cierto modo al legislativo por su intervención en el proceso mismo de legislar (veto del rey), su función ejecutiva, federativa y sus poderes de prerrogativa.
- Hay en Locke una progresiva comprensión de la diferencia de funciones y de la conveniencia, para el aseguramiento de la libertad, de

su residencia en diferentes órganos. Como señala Vile, la afirmación de Locke de la necesidad de separar a los titulares de la función legislativa y ejecutiva no puede ser más clara: «Sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas.»

*El pensamiento de Montesquieu* se acerca más a la «pura» división de poderes, aunque, como veremos, todavía hay en él rasgos, quizá fundamentales, de la teoría del gobierno mixto. En él es básica la idea del equilibrio, común al pensamiento dieciochesco científico y filosófico, que, como señala Schmitt, une a Montesquieu, a través de Bolingbroke, con el mercantilismo, los fisiócratas, la física de Newton o la psicología de Shaftesbury. En cualquier caso, Montesquieu suministró la formulación más perenne a la teoría de la división de poderes.

El ensamblaje del capítulo en que realiza su exposición con el resto de su obra es difícil; históricamente la suerte de la interpretación de Montesquieu (y estoy pensando sobre todo en la desconfianza revolucionaria hacia el poder judicial) dependió del sentido general de su obra, que no defendía una monarquía establecida sobre la base de la división de poderes, sino una monarquía «moderada» o templada, en la línea tradicional francesa bodiniana, en la que los poderes intermedios (las clases sociales altas, nobleza, clero y sus instituciones, sobre todo los Parlamentos) jugasen un papel fundamental.

Por eso creo defendible la interpretación general adoptada por Carré y Vile. La separación de poderes es presentada con un carácter abstracto y general, de interés para todo el Estado, aunque en realidad su reflexión hubiese partido de la contemplación, distorsionada, de la realidad inglesa.

Como hemos señalado anteriormente, Montesquieu atribuyó las distintas funciones estatales a órganos separados entre sí, pero interdependientes y en posición equilibrada. Como indicó Jellinek, «la distinción más importante entre él y sus antecesores consiste en que en su tipo ideal de Estado, deben coincidir, generalmente, la diferencia subjetiva y la objetiva; en tanto que desde Aristóteles hasta Montesquieu se fundó el conocimiento de la distinción objetiva en la distinción del sujeto, sin hallar obstáculo alguno para que las mismas personas participasen del ejercicio de varias o de todas las funciones».

En Montesquieu aparecen claramente definidas las diversas funciones del Estado. Aunque, como señala García de Enterría, el contenido no varíe, las funciones estatales son comprendidas de modo más claro y moderno. El

*poder legislativo* «promulga leyes o enmiendas y deroga las existentes»; se corresponde con el poder del mismo nombre de Locke, al que se priva de la función judicial, que se convertirá en un nuevo poder en Montesquieu. De todos modos el poder legislativo no se encuentra en Montesquieu super-enfatizado como en el autor inglés. *El poder ejecutivo* se encarga del poder de las relaciones exteriores y se le encomienda la vigilancia de la seguridad interior («poder coactivo que asegura la paz interior y la independencia exterior»), integrando, pues, el poder ejecutivo, el federativo y el de prerrogativa de Locke. *El poder de juzgar* castiga los delitos o resuelve jurídicamente las diferencias entre particulares.

Estos poderes deben ser confiados a órganos separados y mutuamente independientes si se quiere impedir el naufragio de la libertad, pues «es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él: llega hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición de las cosas el poder frene al poder».

La opresión se evita dividiendo al poder, distribuyéndolo entre órganos independientes e iguales entre sí. «Todo estaría perdido si el mismo hombre y el mismo cuerpo ejerciese los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutarlas y el de juzgar.»

El poder legislativo ha de estar separado del ejecutivo: *a)* por el carácter general y abstracto de la ley, independiente de casos concretos, y *b)* porque el ejecutivo debe estar ligado u obligado por la ley y, en consecuencia, ésta ha de quedar fuera de su alcance.

El poder judicial ha de estar separado del legislativo por la misma razón: si ha de aplicar la ley, ésta ha de quedar fuera de su alcance.

La unión del poder judicial y el ejecutivo alteraría asimismo el significado y la observancia de la ley.

La idea de la separación de poderes no era ajena a la constitución mixta pues hacía corresponder, con la excepción del poder judicial, cada órgano o poder a una clase social determinada: ejecutivo (rey), legislativo (burguesía, Cámara Baja; aristocracia, Cámara Alta), órganos que cooperan en la legislación, y por cuanto retomaba la idea del equilibrio del que resultaría la libertad individual, pues «el poder controla al poder». Cada poder disponía de una capacidad de estatuir o disponer por sí mismo e intervenir en la disposición del otro poder y de «impedir» o evitar las extralimitaciones del otro, anulando su actuación.

El poder ejecutivo regula el momento de la celebración y lo referente a la duración de las asambleas; además veta su legislación, aunque sólo forma parte de la función legislativa por su capacidad de impedir. También corresponde al poder legislativo el examen del cumplimiento de sus leyes.



La concepción de un poder verdaderamente independiente corresponde al poder judicial. Los jueces son «seres pasivos, mera boca que pronuncia las palabras de la ley». Son elegidos *ad hoc* para cada caso y operan con especial rigor procedimental para proteger a los individuos. Se trata en cierta forma de un poder «nulo», pues no representan una clase social independiente; representan a todos y a ninguno. El poder judicial será, por consiguiente, totalmente ajeno de los intereses de clase del Estado. Este énfasis de Montesquieu sobre la independencia judicial (que luego completará Blakstone, con su insistencia en el carácter profesional y las garantías de inamovilidad de los jueces) es extraordinariamente importante para el desarrollo del poder judicial en el Estado de Derecho.

El correspondiente riesgo de bloqueo en la actuación del Estado consiguiente a la concepción separada de los poderes no merece mucha atención a Montesquieu: la actividad de éstos de común acuerdo resultará «del movimiento necesario de las cosas».

Así que en Montesquieu apreciamos una mayor claridad y «modernidad» en la concepción de las funciones, la afirmación de la preponderante especialización funcional en los órganos del Estado y su exclusividad personal, una insistencia en la independencia del poder judicial —que no puede influir en los otros poderes— y cuya función de juzgar es exclusivamente suya, excepto en algunos casos en que el poder legislativo puede también actuar. Quedan, no obstante, rasgos de la concepción de la constitución mixta y del equilibrio de poderes —intraórganos e interórganos en el caso del legislativo—, herederos del pasado, pero que explicarán el atractivo de Montesquieu una vez que el principio de la separación de poderes, dogmáticamente entendido, haya pasado de moda.

\* \* \*

La teoría de la *constitución equilibrada* fue objeto de duras críticas tanto en sus supuestos sociales como en sus manifestaciones jurídicas durante el siglo XVIII en el doble teatro de las revoluciones americana y francesa. Las objeciones vinieron a ser las mismas, pero sus situaciones políticas respectivas exigieron el radicalismo en Francia y la no transigencia, pura división de poderes, mientras que posibilitaron la transacción en América, de modo que la separación de poderes aquí fue templada por la doctrina de los *cheks and balances*.

El descrédito de la teoría de la constitución equilibrada provino de su adecuación a una sociedad no democrática, dividida en clases sociales a las que se quería conceder su oportunidad en el gobierno; ello contrastaba con

la situación revolucionaria de América y Francia que desconocen o abolen la aristocracia y la monarquía. De otra parte, se denuncia la práctica política corrompida de la Constitución inglesa que situaba (al menos en la lectura no inglesa) al Parlamento, a través de las elecciones amañadas, la disposición de cargos y los sobornos en manos del ejecutivo.

La preponderancia del ejecutivo parecía más grave en América, dada la clara injerencia del gobernador en los asuntos de la comunidad. Por eso la primera manifestación revolucionaria americana mostrará claramente su orientación hacia una organización del Estado que repose en el principio de la separación de poderes. No se temerá, en una sociedad democrática, que el ataque a la libertad provenga de una clase social que oprima a las demás, sino de los propios gobernantes. Si se delimitan y se especifican sus funciones y se establece su control directo por el pueblo se reducirá el riesgo de despotismo y arbitrariedad.

El principio de la separación de poderes se recoge en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia y en las Constituciones de Maryland y North Carolina; pero sobre todo inspiraba las Constituciones de Pensilvania y Vermont. Las dos instituciones más importantes de la Constitución de Pensilvania, el Consejo y la Asamblea legislativa, eran elegidos por el pueblo y la pertenencia a ambas era incompatible. En 1776 la doctrina de la separación de poderes era el único principio coherente de gobierno constitucional sobre el que establecer una Constitución que rechazase la monarquía y la aristocracia.

Sin embargo, pronto se iba a producir un cambio debido a los excesos radicales que mostraron a las claras los abusos que se podían derivar del predominio de la Asamblea, aunque la situación revolucionaria americana no permitiría volver al sistema de la Constitución equilibrada inglesa. La transición hacia el sistema americano de los *cheks and balances* se percibe en las Constituciones de Nueva York de 1777 y de Massachussets de 1780.

En la convención de Filadelfia se abre un camino medio —patrocinado por Madison— entre quienes aspiran a reproducir el sistema inglés —Adams, Hamilton— o se pronuncian por una cuasi pura doctrina de la separación de poderes —Jefferson—. Las diversas funciones quedan encomendadas a poderes separados, pero con importantes atribuciones de colaboración y sobre todo neutralizadoras de los posibles abusos de sus titulares principales. En la Constitución federal americana se restauró el poder de veto en el presidente, aunque fuese un veto cualificado. El poder de nombrar cargos se confería asimismo al presidente, aunque fuese necesaria la confirmación del Senado para los superiores. El poder de declarar la guerra se atribuyó al Congreso...

La adopción de un sistema de separación de poderes y *cheks and balances* en la Constitución federal no arredró a los partidarios acérrimos de la pura separación de poderes, que siguieron clamando por una estricta separación orgánica de funciones, dependiente de control popular; y así, entre otros, Jefferson, se opuso al control judicial de la constitucionalidad y al veto presidencial, al menos mientras no fue presidente. Taylor, que simplificaría todavía más este planteamiento, señalaría que la amenaza contra la libertad había pasado de la aristocracia feudal a la aristocracia del papeleo y el patronazgo. «Los peligros de la nueva aristocracia son mucho mayores que los peligros que se derivan de la aristocracia territorial, pues la nueva aristocracia necesita un sistema impositivo permanente y opresivo para sustituir la riqueza que la aristocracia feudal obtiene de su tierra.»

\* \* \*

*La recepción del principio de separación de poderes en Francia* será mucho más radical y doctrinaria no sólo porque, en efecto, se piensa que otra ordenación constitucional chocaría con el carácter democrático de la revolución, sino porque no había existido una experiencia francesa de la Constitución equilibrada que, de haberse producido, seguramente hubiera matizado el rechazo libresco de tal sistema, y porque además los peligros de involución no desaparecieron y la admisión de la Constitución equilibrada hubiese supuesto para la mentalidad revolucionaria conceder alguna oportunidad a la monarquía y, sobre todo, a la aristocracia, rechazadas.

El reforzamiento de las tesis en favor de la división de poderes en la Constituyente —que apenas si contó con algún opositor como Mably y Mirabeau— se vio efectuado por el eco distorsionado de la posición roussoniana y por las tesis de la unidad del poder constituyente y separación de los poderes constituidos de Sieyès.

El pensamiento de Rousseau era incompatible con la idea de la división de la soberanía que le merecía duros sarcasmos. Clarificando el carácter de las funciones del Estado, Rousseau subrayó, asimismo, la condición meramente «comisoria» del llamado poder ejecutivo. Las características que él atribuía al cuerpo social se confirieron por el Constituyente a la Asamblea legislativa y las del poder ejecutivo al Rey y sus ministros. No habría lazos entre estas ramas, cuyas funciones diferentes son claras y precisas: la una quiere, la otra actúa.

También Sieyès colaboró a la implantación del principio de la separación de poderes, aunque, no obstante, él partía de la imposibilidad de dividir el poder soberano, que se expresa a través del poder constituyente de la

nación. El poder constituyente establece diversos poderes constituidos: Asamblea legislativa, Gobierno, jueces, que son independientes entre sí y disfrutan del mismo rango. Ningún veto se requiere entre ellos, pues si alguno se excediera, la convención del pueblo intervendría y retomaría el poder que ha delegado.

La Constitución de 1791 acepta una extrema división de poderes y comienza declarando abolidos todo género de privilegios y distinciones sociales. Proclama el carácter indivisible e inalienable de la soberanía del pueblo, aunque se precipita a señalar después que la nación sólo puede ejercer sus poderes por delegación a través de sus representantes, la Asamblea nacional, el Rey y los jueces elegidos. La Asamblea no puede ser disuelta por el Rey, quien tampoco tiene el derecho de iniciativa, aunque sí un veto suspensivo. Los miembros del Gobierno no son políticamente responsables, aunque sí penalmente, y sólo pueden hablar en la Asamblea. Los miembros de la Asamblea no pueden serlo del Gobierno ni recibir un cargo gubernamental hasta dos años después de dejar de pertenecer a la Asamblea. Los jueces son elegidos popularmente y ejercitan su función con independencia. La Asamblea constituyente insertó en la Constitución una denegación específica del control judicial de las leyes.

Al prohibirse a los tribunales —además de la interferencia en el poder legislativo— el intervenir en lo referente a la ejecución de las leyes, esto es, el ejercer control sobre la actividad ejecutiva o administrativa, se establecieron las bases de la importante distinción del Derecho francés entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa.

El principio de la división de poderes no fue abandonado por las restantes constituciones revolucionarias francesas, ni siquiera por los dos proyectos de la Convención (el girondino y el jacobino de 1793), a pesar del dominio de la Asamblea. La Constitución de 1795 fue una Constitución con los poderes estrictamente separados, lo que predisponía el surgimiento de conflictos entre la Asamblea legislativa y el ejecutivo, que conducirían a un golpe de Estado por la mayoría del Directorio, situando a Francia en el camino hacia el Imperio de Napoleón Bonaparte.

La práctica del constitucionalismo monárquico —Cartas de 1814 y 1830— se apartó claramente del principio de la separación de poderes, aunque, claro está, no cayó en el confucionismo del antiguo régimen y reconoció cierta especialización funcional. De la labor teórica llevada a cabo por los doctri-narios es especialmente importante la realizada por Benjamin Constant sobre el papel moderador del monarca. La monarquía constitucional tiene la ventaja de disponer de un poder neutro en las manos del rey que le sirve para mantener la armonía entre los otros tres poderes. Los poderes legislativo,

judicial y ejecutivo han de cooperar, desempeñando cada uno la parte que le corresponde en las operaciones generales de gobierno: si surgen conflictos entre ellos es el rey quien ha de restaurar la armonía. Sus procedimientos para intervenir son las prerrogativas del veto, la disolución, la destitución de los ministros y el perdón. Estas prerrogativas no pueden situarse en manos de alguno de los posibles contrincantes, deben de permanecer en manos sólo de aquel que está interesado exclusivamente en mantener el equilibrio entre los poderes del gobierno.

2. *La crítica doctrinal del principio de separación de poderes en el Derecho constitucional y la ciencia política. Las críticas jurídicas de Carré y Kelsen. Las críticas politológicas de Dahl y Almond*

El principio de separación de poderes ha quedado reducido en la práctica, como después veremos, a una cierta especialización funcional, salvo en lo que se refiere a la independencia judicial. Pero no sólo es la práctica la que ha cuestionado el principio, sino la propia teoría y ello se ha hecho desde la doble perspectiva del Derecho constitucional y la Ciencia política.

Carré de Malberg, recogiendo posiciones como la de Jellinek y adhiriéndose al criterio de autores como Duguit, Moreau, Cahen y Seignobos frente a algunos defensores del principio como Esmein y Michoud, ha señalado tres grandes reparos al principio de separación de poderes. En primer lugar, esta idea tal y como fue formulada por Montesquieu —y se trata de un reparo de tono general o filosófico— atenta contra el principio de la unidad del Estado, rasgo consustancial de la moderna forma política. «La influencia del dogma de Montesquieu —escribe Carré— es ciertamente disolvente, ya que la separación de poderes, al descomponer el poder estatal en tres poderes, que no tienen cada uno sino una capacidad de acción insuficiente, no conduce a otra cosa que a destruir en el Estado la unidad que es el mismo principio de su fuerza.»

Según Carré, el principio de la unidad estatal se observa reconociendo al Estado una personalidad jurídica que opera a través de determinados órganos que ejercen los poderes de que están investidos no como capacidades personales, sino como competencias estatales.

La segunda crítica que realiza Carré se refiere al principio de la separación funcional entre los órganos: la exclusividad funcional ni es de hecho practicada ni conviene que lo sea.

Como ya señalaba Jellinek, órganos legislativos cumplen funciones judiciales (cuando actúan, sobre todo las Cámaras Altas, como Tribunal Su-

premo); órganos administrativos funciones judiciales (tribunales administrativos, operando según el principio *juger c'est encire administrer*) y órganos judiciales funciones legislativas (tribunales constitucionales) y funciones administrativas (decisiones sobre tutela, teneduría de libros, etc.).

Las constituciones no sólo instituyen vetos o poderes de frenar, sino que instrumentan la cooperación positiva entre los diversos poderes. Montesquieu se ocupó sólo de la neutralización pasiva (*le pouvoir arrête le pouvoir*), pero creyó en la solución automática, como veíamos, de los problemas de cooperación en el seno del Estado.

No cabe, en efecto, admitir la independencia extrema de los órganos. El legislativo necesita conocer las sugerencias que el ejecutivo puede plantearle y debe poder vigilar el desarrollo de su propia obra legislativa. «Es preciso ciertamente reservar al ejecutivo una cierta participación en la confección de las leyes, concediéndole al menos la facultad de iniciativa y, además, el derecho de concurrir a su discusión; conviene asimismo no sólo reconocer al cuerpo legislativo medios de control o de acción sobre la autoridad ejecutiva, sino asociar al Parlamento de algún modo a la función ejercida por el poder ejecutivo.»

Sin duda, la ignorancia constitucional de estos problemas conduce a la desunión y, a través de la anarquía, al despotismo del poder más fuerte.

La tercera objeción al planteamiento de Montesquieu se refiere a la afirmación sobre la igualdad de los órganos. Esta igualdad, afirmada explícitamente por Montesquieu y las Constituciones francesas que recogen el principio de la separación de poderes es ya negada —como observaron Orlando y Duguit— como consecuencia de la afirmación de la superioridad de la ley que ha de ser observada por el ejecutivo y el juez: es absurdo pensar que la superioridad en las funciones no se va a transponer a los órganos encargados de realizarlas. Pero además es incompatible con el principio de la unidad de poder, irrenunciable en el Estado moderno. Jellinek señaló que es indispensable que en todo tiempo exista un centro único de imputación y de voluntad, un órgano preponderante. Sería, en efecto, contrario a la unidad estatal que el cuerpo legislativo y el jefe elegido del ejecutivo puedan mantener, cada uno por su parte, dos políticas diferentes: para evitar tal dualismo se necesita que la Constitución haya reservado a una de estas autoridades un poder especial que le permita, en caso de necesidad, hacer prevalecer sus puntos de vista y su voluntad. Contra lo que han sugerido algunos intérpretes, señala Carré, en el régimen parlamentario no existe ningún tipo de equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo; por el contrario, la superioridad del Parlamento es clara: el Gobierno necesita para desempeñar su

función el respaldo del Parlamento y su poder de disolución recurriendo al pueblo, no le libra de su dependencia del nuevo Parlamento.

El tratamiento de Hans Kelsen del principio de la división de poderes es interesante, en primer lugar, porque suministra una interpretación histórica del mismo que se aparta de la ordinariamente ofrecida. No son motivos de división de trabajo o eficiencia técnica ni mucho menos de garantía de libertad los que explican su adopción. Se trataría, antes bien, de un instrumento a que recurre la monarquía constitucional para hacer frente al principio democrático que se ha apoderado de los parlamentos, reclamando para sí en exclusiva la posesión del ejecutivo.

En segundo lugar, la división de funciones es falsa en lo que se refiere a la función ejecutiva y la función judicial, pues en ambos supuestos se trata, según el pensador austriaco, de aplicar la ley a un caso concreto. Más útil sería hablar de *ejecución mediata* llevada a cabo por la llamada convencionalmente Administración indirecta y la organización judicial, y que se realiza instrumentada a través de un proceso, sea decidido por un órgano independiente (órgano judicial) o dependiente (Administración), y la *ejecución inmediata*, que consiste en la actuación del Estado para la consecución de sus propios fines por medio de la Administración directa.

La teoría de la división de poderes no tiene sino un significado político. Legislación, Administración y Jurisdicción no son funciones realmente diferentes del Estado, sino fases del proceso de creación del Derecho. Mientras en la fase de legislación el Derecho es proclamado de modo abstracto y general, en las fases de administración y ejecución se procede a la individualización y concreción de la norma.

Como señalaba con anterioridad, el principio de la separación de poderes ha sufrido un fuerte embate desde la Ciencia Política, que lo ha considerado como el exponente o la cifra fundamental del constitucionalismo. De ahí que la crítica del behaviorismo al principio de la división de poderes quede comprendida en la que realiza al constitucionalismo: la realidad política es resultado antes de la operación de factores humanos que del sistema regulador del proceso de gobierno. Es el poder de los grupos lo que constituye la variable esencial del sistema político, del cual dependen los demás factores, de modo que las estructuras institucionales tienen poco o ningún efecto significativo sobre las situaciones políticas.

La asunción de estos postulados ha llevado a algunos behavioristas —Dahl por ejemplo— a negar efectividad a la separación de poderes en la prevención de la tiranía (hay países con libertad y sin división de poderes, como Gran Bretaña en la actualidad; o Grecia, antes; y países con división de poderes y sin libertad (sistemas con constitucionalismo nominal o semán-

tico), con argumentos cuya lógica puede ser discutible, según ha mostrado Vile.

Almond, por su parte, ha insistido en la insuficiencia de las funciones que especifica la teoría de la separación de poderes (olvida las *funciones input*: socialización política y reclutamiento, articulación y agregación de intereses, la comunicación política), además de criticar el formalismo jurisdicista de las que formula. Por ello ha propuesto su propio catálogo de funciones necesarias en todo sistema político que ha de incluir la *producción de reglas* («rule-making»), la *aplicación de reglas* («rule-application») y la *adjudicación de normas* («rule-adjudication»), que no son necesariamente desempeñadas por estructuras especializadas. pues el análisis político ha puesto de manifiesto, de un lado, que la Asamblea legislativa no es el único cuerpo que produce normas en el sistema; y de otro, que los ejecutivos y los tribunales también hacen normas y los burócratas pueden adjudicarlas.

Sin embargo, a pesar de la contundencia del ataque, otras posiciones de estos autores dulcifican su alcance. Así, Dahl acepta en una medida superior al *Prefase to Democratic Theory*, la importancia del constitucionalismo en su *Poliarquía*. Y Almond llegará a adoptar posición acerca del papel de la especialización de funciones en los sistemas modernos que le acercan a Montesquieu. El grado en que los sistemas políticos no occidentales se aproximan al modelo democrático se pondera de acuerdo con la superior participación o especialización de determinadas estructuras en el desempeño de sus correspondientes funciones gubernamentales. Así, la intervención del Ejército en la función de hacer reglas, o una superior participación del ejecutivo en la adjudicación —que manifiestamente no son «sus» funciones— son indicadores del «escaso» desarrollo del sistema.

Por consiguiente, recuerda Vile, un nivel adecuado de especificidad en el desempeño de la función, se equipara con la democracia moderna, una conclusión, añadimos nosotros, que seguramente hubiera agradado al clásico francés.

### 3. *Vigencia en el Estado moderno del principio de separación de poderes. Su corrección en la idea de la distinción de poderes*

Según señala Mortati, el principio de la separación de poderes comprende las siguientes tesis:

1) Los órganos que integran los diversos poderes llevan a cabo las diferentes funciones estatales. Existen en la actividad del Estado, en efecto, tres diferentes funciones materiales. Estas son: *la función legislativa* o pro-



ducción de normas jurídicas abstractas y generales —como requisito normal— y nuevas —como requisito esencial—. *La función ejecutiva*, que tiene por objeto ejecutar la ley, pero que comprende dos actividades diferentes: la de gobierno o *indirizzo politico*, que consiste en la actuación de las medidas de importancia más vital para la actividad interior y exterior del Estado (esto es, la fijación de los objetivos políticos en el ámbito externo e interno y actuación de los mismos), y la de la Administración a través de la cual se activa el aparato estatal para el cumplimiento de los objetivos del Estado. Sin duda, el contenido de esta función es difícil de fijar. Se trata de un contenido tan vario y múltiple que algunos autores, por ejemplo Zanobini, han preferido recurrir a una definición puramente negativa, considerando administración toda actividad que no es ni legislativa ni jurisdiccional.

Así, ha escrito Virga, la función administrativa atiende esencialmente a la tutela de la seguridad y orden público (actividad de policía), a la integración de la actividad individual insuficiente o ausente (actividad económica del Estado) y a la prestación de bienes y servicios necesarios a la colectividad estatal (ejercicio de servicios públicos). La tercera actividad, *la jurisdiccional*, consiste en la actividad del Estado encaminada a comprobar y hacer valer en casos particulares el ordenamiento jurídico estatal. A instancia de parte y a través de un proceso, el Estado tutela intereses lesionados, bien sea por incertidumbre de las normas que los protegen o por su conculcación, voluntaria o no. Según Virga, la función judicial comprende la valoración del comportamiento humano según la norma adecuada para resolver un conflicto.

La distinción de la función legislativa respecto de las demás no ha ofrecido problemas en la teoría, salvo para los kelsenianos, que, como hemos visto, consideran las funciones como diferentes momentos de la creación jurídica; otra cosa ocurre en el sistema anglosajón, en que la función creadora de los precedentes judiciales es considerable. Más problemática aparece la distinción entre jurisdicción y administración. Ambas tratan de una actuación de la ley, pero la actuación de la Administración, que opera sometida a la legalidad y aspira a realizar su contenido material o de valores es directa y no a través de un proceso y a instancia, ordinariamente, de particulares como ocurre en la función jurisdiccional.

En la jurisdicción además el juez opera neutralmente, desde una posición de imparcialidad; por el contrario, los órganos administrativos actúan exorbitantemente, ya que son portadores del interés del Estado, que es superior y diverso de los intereses de los particulares.

2) Estas funciones son atribuidas en exclusiva a diversos órganos, cuya estructura parece adecuarse mejor a su realización. Así, la *función legisla-*

*tiva*, en cuanto función primera y condicionante de las otras, es atribuida al Parlamento, órgano electivo que refleja mejor la voluntad popular. Por cuanto a la *función ejecutiva*, le es indispensable un funcionamiento interrumpido y parece oportuno atribuirle a órganos individuales (monarca) o a cuerpos formados por pocos miembros (gobierno). Por lo que se refiere a la *función jurisdiccional* un cuerpo de magistrados inamovibles y señalados por la especialización de sus conocimientos jurídicos se presenta como más idóneo para su ejercicio.

3) Cada poder actúa independientemente, de modo que se preserve su autonomía.

4) Cada poder opera por medio de actos específicos. El poder legislativo cumple su función por medio de leyes; el ejecutivo actúa mediante decretos, y el poder judicial mediante sentencias.

5) La actuación de cada poder aparece dotada de una eficacia determinada: fuerza de la ley, eficacia de la cosa juzgada y ejecutoriedad del acto administrativo.

Este esquema de la visión ortodoxa de la separación de poderes ha sido sometido a análisis teórico y contrastado con la efectiva organización de poderes de los países occidentales.

Por lo que se refiere a la distinción de las diversas funciones materiales del Estado se ha señalado la omisión, en la clásica división tripartita, de la *función constituyente*, que sólo con alguna dificultad podría ser reconducida a la función legislativa, y sobre todo la de la *función del gobierno*, que más que integrante de la ejecutiva engloba a todas ellas al proponerlas objetivos y asegurar su coordinación (Virga, Sandulli). De otra parte, como señaló Laband, la distinción tajante entre administración y ejecución ignora que a ambas corresponde la ejecución de la ley.

La especificación de tres tipos de órganos —además— deja fuera de tratamiento algunos poderes importantes como el poder moderador, que corresponde al monarca y del que hablara Constant, u otros poderes como el municipal o el regional, que plantea tan interesantes problemas teóricos.

En cualquier caso la crítica básica de la teoría se ha centrado en dos puntos importantes: cada poder realiza actos que en puridad no le corresponden, pero que se siguen de la competencia que se reconoce a cada poder *para autoorganizarse*; por ejemplo, el Parlamento actúa administrativamente al ocuparse de su propio funcionamiento, o judicialmente al resolver sobre los títulos de admisión de sus propios miembros, etc., o interviene en funciones diferentes a las suyas específicas: así, el ejecutivo realiza funciones materialmente legislativas (reglamento), el legislativo funciones ejecutivas (aprobación de presupuestos), o el poder judicial funciones ejecuti-

vas (jurisdicción voluntaria, administración de tutela) o el poder ejecutivo desempeña funciones jurisdiccionales (tribunales administrativos...).

Ordinariamente la actuación de cada órgano, independientemente del contenido material de la misma, asume su forma específica normal: así, las leyes materiales del ejecutivo son decretos; la actuación administrativa del Parlamento se realiza por medio de leyes, etc. Pero esto no siempre ocurre así, por cuanto el acto propio de un poder puede ser emanado en una forma diversa de la característica del mismo poder. Así, recuerda Mortati, los pronunciamientos emitidos por el Senado, en los juicios penales, que se les confiaban según el estatuto albertino, se efectuaban con la forma propia de los actos jurisdiccionales. Es importante que las normas singulares especifiquen el sentido material o formal de las expresiones ley, acto administrativo, acto judicial. Así, si se someten a control los actos administrativos en un ordenamiento es preciso saber si por tales se entienden los producidos por los órganos del poder ejecutivo o aquellos que lo son materialmente, con independencia del órgano del que provengan.

Lo propio ocurre para los ordenamientos que establecen la casación de las leyes. ¿Alcanzan sólo a las producidas por el poder legislativo o a los decretos con fuerza de ley o comprenden también a los reglamentos?

La eficacia de los actos depende, si no se especifica otra cosa, normalmente de su calificación formal. Así, un decreto, aunque materialmente sea una ley, no puede anular el contenido de una ley formal (salvo el caso de los decretos-leyes o decretos legislativos). Sin embargo, una sentencia, aunque sea pronunciada por el órgano legislativo, no puede alterar el derecho.

A la vista de todas estas dificultades *la teoría de la separación de poderes* se ha transformado en una *teoría de la distinción y la colaboración de poderes* (la llamada *séparation souple* de la doctrina francesa en contraposición con la *séparation tranchée*). La corrección, como señala Biscaretti, supone:

1.º Que es necesaria una coordinación entre los distintos poderes (aunque más bien de carácter político que jurídico), de modo que la actividad de éstos se despliegue en armonía con una dirección política unitaria.

Los actos mediante los cuales se desarrolla la función de gobierno a veces no adoptan forma particular —resoluciones, mociones, órdenes del día—, a veces, en cambio, son actos típicamente constitucionales regulados por la Constitución (disolución de la Cámara, nombramiento de ministros, voto de desconfianza). A menudo es imposible separar el acto de dirección (*indirizzo politico*) del acto legislativo o del acto administrativo en que está transferido; y

2.º Que si bien, en términos generales, cada poder debe contenerse en

la órbita de su propia función institucional, no obstante, de ordinario, son oportunas ciertas excepciones a tal principio, esto es, transferencias más o menos extensas o importantes de funciones que corresponderían a otros poderes.

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

El presente trabajo consistió en la aportación del autor a una de las sesiones del Seminario abierto de Derecho constitucional que bajo la dirección del profesor Rubio Llorente venimos celebrando en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

La exposición histórica descansa ampliamente en el libro de VILE: *Constitutionalism ant the Separation of Powers*, Oxford, 1967; aunque haya utilizado, en parte para corregir su enfoque sesgadamente politológico, los capítulos correspondientes de JELLINEK: *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1970, y, sobre todo, CARRÉ DE MALBERG: *Théorie Générale de l'État*, París, 1920, y C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934. Es útil para este propósito el libro de FRIEDRICH: *Constitutional Government and Democracy*, Nueva York, 1964.

Las notas sobre el constitucionalismo antiguo deben bastante a la exposición de RUBIO LORENTE en sus *Apuntes de cátedra*. Sobre el constitucionalismo medieval y el principio de la separación de poderes, véase MC ILWAIN: *Constitutionalism ancient and Modern*, Ithaca, Nueva York, 1958, y B. CRICK: *In defence of Politic's*, Londres, 1964. También GARCÍA PELAYO: «La idea medieval del Derecho», en *Del mito y de la razón*, Madrid, 1968.

Sobre Locke y Montesquieu he utilizado las sugerencias de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1972, pero especialmente las páginas pertinentes de CARRÉ y MORTATI: *Le forme di Governo*, Padova, 1973. También CARLOS DEL CABO: «División y predominio de poderes», en *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, ed. de M. Ramírez, Barcelona, 1978.

El segundo apartado del trabajo descansa sobre la obra citada de CARRÉ y la *Teoría general del Estado* de Kelsen, Méjico, 1979.

Las críticas de DAHL y ALMOND están inducidas de sus obras, respectivamente: *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956, y *Poliarquía*, Madrid, y ALMOND y COLEMAN: *The Politics of Developing Areas*, Princeton, 1960.

El tercer apartado está construido a partir de MORTATI: *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, 1976; VIRGA: *Diritto Costituzionale*, 1979, y BISCARETTI: *Derecho constitucional*, Madrid, 1965.

No quisiera finalizar estas referencias sin agradecer —y compartir— las críticas al manuscrito original de los profesores De Vega y Aragón. El profesor De Vega insistió en la necesidad de poner de manifiesto el carácter utópico del planteamiento liberal de la separación de poderes; la conveniencia de profundizar en las conexiones de este principio y el del gobierno mixto, y su diferente juego en el constitucionalismo francés y americano. Para el profesor Aragón la tesis de la distinción de poderes sigue siendo un elemento indispensable de la democracia, al proveer instrumentos de control recíprocos que aseguran la supremacía del poder constituyente o soberanía popular sobre los poderes constituidos.