

DIVISIÓN DE PODERES. ANTES Y AHORA

MILAGROS OTERO PARGA*

El principio de división de poderes surge históricamente con la finalidad de limitar el poder. Esto es, con la intención de organizar un sistema a través del cual la distribución del poder haga que éste se frene a sí mismo. De hecho, lo que se pretende evitar es la concentración de poder en unas únicas manos, ya que ello conduciría al abuso en la mayoría de los casos. En realidad, lo que se busca es crear una situación de equilibrio que garantice el respeto por los derechos de cada individuo y con ellos los de cada comunidad.

En principio, no parece aventurado asegurar que esta fue la intención con la que apareció históricamente este principio. Sin embargo, tanto entonces como ahora su aplicación práctica resulta complicada, porque no significa la separación clara y tajante de los tres poderes tradicionalmente admitidos. Es más, creo que de lo que se trata es de asegurar el reparto de funciones y no la división de poderes. Por otro lado, y a pesar de lo que se ha dicho, esa es la idea que defiende el Tratado de Maastricht en cuanto a la Unión Europea se refiere. Ya que, habida cuenta del hecho de que cada Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía en las que se siguen rigiendo por el derecho nacional, lo que habría que asegurar es la adecuada identificación de funciones y competencias de cada

* Universidad de Santiago.

Estado a fin de poder establecer «a posteriori» un adecuado reparto de funciones, y no una división de poderes «stricto sensu»¹. Y por eso hoy en día la división de poderes como principio genérico, es de muy difícil consecución, a pesar de haber sido aceptada como principio general². Sin embargo, y a pesar de esta constatación, el principio de división de poderes sigue funcionando, posiblemente con un valor más tópico que real. No es real porque no puede llevarse a cabo en la actual estructura nacional e internacional. Y sin embargo se sigue aludiendo a él para alejar el fantasma del absolutismo y del uso arbitrario y abusivo del poder concentrado en unas únicas manos.

En el presente artículo me propongo realizar un estudio relativo al surgimiento histórico del principio de división de poderes, a fin de establecer en qué circunstancias y con qué finalidad nació y sobre todo, en qué sentido puede entenderse hoy en día.

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO

Aunque la autoría del principio de división de poderes corresponde a Montesquieu, es preciso analizar el antecedente que surge en la obra de Locke, puesto que es él el que advierte, por primera vez, del peligro que supone la concentración de poder en unas únicas manos³. En este sentido, cuando afirma que « el poder puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana, demasiado

¹ Más información en MANGAS MARTÍN, A. «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia,» en: *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 58 ss.

² Sobre este extremo ha realizado valiosas aportaciones GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E. *La estructura institucional de las Comunidades europeas y el proceso de toma de decisiones* en: *Estudios de Derecho Comunitario europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, p. 15 ss.

³ Antes de esto podemos encontrar manifestaciones en la filosofía griega, o en autores como Aristóteles. Sin embargo no nos referiremos a ellos porque estas alusiones son sesgadas y no responden a un planteamiento claro de base. Por otro lado, su análisis excedería con mucho el ámbito de este trabajo.

afecta ya de por sí, a aferrarse a él»⁴ está sentando la base sobre la que sustenta el principio de división de poderes. En realidad, de lo que se trata, como ya he dicho, es de evitar los abusos y el exceso. Sin embargo, la división de poderes no nació inicialmente para establecer una ordenación determinada sino únicamente para evitar la concentración de poder. Y por eso surgió como una consecuencia, como el resultado de la necesidad de evitar el peligro que suponía la tendencia humana a la acumulación, en este caso de poder. No obstante, este peligro no es el único que puede surgir en cuanto al gobierno de la sociedad se refiere, ya que además hay que tener en cuenta la necesidad de asegurar el orden y las prosperidad social. Por eso esta división no puede ser excesivamente estricta, porque de otro modo, se perdería la fuerza de la república al no estar en contacto con la sociedad⁵. De hecho, la tensión entre necesidad de atender, coordinar y relacionar todos los poderes del Estado a fin de conseguir un buen funcionamiento de la sociedad, y necesidad de evitar el abuso de la concentración de poder en unas únicas manos, se mantiene todavía hoy en día y está en el centro del problema al que nos estamos refiriendo. Ya que se debe evitar el peligro advertido, pero se tiene que hacer mirando a la sociedad, y no de espaldas a ella y a sus necesidades. Y por ello, la división de poderes debe suponer una distribución y no una desunión. Pero para obtener un conocimiento más claro de este principio es conveniente tener en cuenta el momento histórico en que nació, así como las circunstancias históricas que rodearon su nacimiento. Y para ello debemos atender a la obra de Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, publicada en octubre de 1689 en Londres y en inglés.

Se dice que este libro responde, en gran medida, a una polémica con Filmer, pero esta afirmación debe ser matizada. Pienso que la pretensión de Locke al escribir su obra no era tanto polemizar con ningún autor sino rebatir la tesis de la monarquía absoluta. De

⁴ LOCKE, J. *Dos ensayos sobre el Gobierno civil*. Ed. J. ABELLÁN, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, & 143, p.310. Esta será la edición a la que me referiré a partir de este momento. No obstante he confrontado las citas con *Works of John Locke in ten volumes*, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1963. Es una reimpresión de la edición de Londres de 1823. Los *Tratados sobre el gobierno civil* se encuentran en el vol. V. En esta misma recopilación de trabajos, en el vol I, y dentro del *Tratado sobre el entendimiento humano*, Locke dedica el cap. XXI del libro II al poder.

⁵ *Ibíd.*, p. 312.

hecho cuando Locke escribió su obra, Robert Filmer había muerto hacía más de 30 años. Y el mismo Locke pide disculpas, en el prefacio de sus *Tratados sobre el Gobierno Civil*, por haber escrito contra un «adversario muerto». Pero al mismo tiempo, y a renglón seguido justifica este hecho diciendo que se encuentra en la necesidad de hacerlo porque había habido otras personas que «habían pregonado sus escritos y se habían adherido a su doctrina». Esta adhesión no habría sido grave, y por tanto no habría precisado del esfuerzo de Locke por desmontarla, si no fuera por el hecho de que por avatares de la vida se había puesto de moda la obra de Filmer titulada *El Patriarca*, y era comúnmente utilizada para apoyar las tesis de la monarquía absoluta. Y es por este motivo, y no por afán de polemizar con un muerto, por el que Locke se dedica a rebatir las posturas expresadas por Filmer en su obra. Sea como fuere, lo cierto es que Sir Robert Filmer representaba el pensamiento absolutista del momento. Su figura se alzaba como la gran defensora del sistema establecido y llegó a tener mucha significación política en el momento. Locke, por el contrario, era más liberal y buscaba sobre todo, asegurar el ejercicio de la libertad.

El problema de base entre ambos autores se centraba en el pensamiento vertido por el primero, Filmer, en su obra *Patriarcha, or the Natural Power of King*. En ella se defendían los intentos de los Estuardos, amigos de los católicos, de alcanzar una posición preeminente en Inglaterra, al estilo de la obtenida por Luis XIV en Francia. Por su parte, Locke atacaba los argumentos esgrimidos por su oponente, con la finalidad de negar el poder absoluto del rey. De hecho, no argumentaba en contra de la monarquía, sino de la monarquía absoluta cimentada sobre la idea del origen divino del poder que se traslada al monarca. Locke entendía, y es lo que defiende en su obra, que el Estado nace de una unión política realizada a partir de hombres libres e iguales. De hecho afirmaba que el poder se entrega para el cumplimiento de un fin y siempre que ese fin se incumpla, retorna a las manos de quienes lo entregaron. Esto es, del pueblo. Y por ello «la comunidad retiene a perpetuidad el poder supremo de substraerse a los manejos y designios de cualquiera»⁶. Con estas palabras Locke ataca la concepción de la monarquía absoluta, pero no se enfrenta a la institución en sí, sino a su uso de forma absoluta. Y

⁶ *Ibíd*, p. 313.

prueba de ello son sus referencias continuas a que sólo es legítimo el uso de la fuerza frente a los mandatos del príncipe cuando se ejerza una fuerza injusta e ilegal. De otro modo se conseguiría únicamente la anarquía y la confusión ⁷.

Ahora bien, si los actos ilegales se generalizan, si están en peligro sus leyes, sus haciendas, sus libertades, sus vidas e incluso su religión, Locke no ve como se puede evitar la resistencia por la fuerza. En esos casos, el gobernante se pone, por su propia voluntad, en una situación de máximo peligro ejerciendo un poder injusto y arbitrario y entonces no debe ser compadecido, ya que él mismo habrá alentado la rebelión de sus súbditos. Al pueblo de hecho no le gusta la lucha y sólo acude a ella cuando la situación se hace insostenible. Y, en ese caso, «el pueblo no puede ser culpable de actuar como criaturas racionales y considerar que las cosas son tal y como encuentran y sienten que son» ⁸. La postura de Locke es clara. Admite la monarquía y la necesidad de asegurar el orden y la paz, pero sobre cualquier otra consideración defiende la libertad, y por ello la posibilidad de tener que acudir a la violencia para impedir que se ejerza una fuerza injusta.

Sin embargo el recurso a la fuerza debe ser considerado como la última posibilidad y por ello arbitra un mecanismo para evitar la concentración de poder y el posible mal uso del mismo. Así, sobre la base de que el poder reside en la sociedad y a ella retorna siempre, establece las funciones que éste debe cumplir y la forma de hacerlo.

Por ello afirma que lo primero que hay que hacer como ley política primera y principal de toda la república, es el establecimiento del poder legislativo. Este poder, como los demás, corresponde al pueblo pero ante la imposibilidad de que este lo ejercite en masa debe cederlo a otro. Pero en todo caso, la cesión será temporal ya que el

⁷ *Ibíd.*, p. 353. En este párrafo el autor responde a la pregunta que el mismo se hace, sobre si se puede ofrecer resistencia frente a los mandatos de un príncipe. Se cuestiona si pueden los súbditos negarse a obedecer siempre que se sientan agraviados e imaginen que el derecho está de su parte. Y contesta afirmando que «si actuáramos siempre así se correría el peligro de desquiciar y desbaratar todas las sociedades políticas, y en lugar de orden y gobierno, no habría más que anarquía y confusión».

⁸ *Ibíd.*, p. 372.

pueblo podrá reclamar de nuevo para sí su poder cuando sea necesario. En realidad lo que se produce es un depósito, que puede entregarse en una o varias manos, y cuya finalidad es siempre la misma. Esto es, dirigir la fuerza de la república hacia la preservación de la comunidad⁹. De todos modos, aclara, el poder legislativo no tiene por que estar siempre en activo ya que no siempre tendría algo que hacer. Y en ese caso, supondría una tensión excesiva para el ser humano. Sin embargo, y aunque el poder legislativo pueda residir en una sola mano, parece más conveniente que se deposite en varias personas reunidas en asamblea. Pero una vez cumplida su tarea, se deben separar de nuevo y convertirse en súbditos de esas leyes. De esa manera pondrán especial cuidado en que éstas sean justas y concretas. No obstante, y como las leyes precisan de una ejecución permanente, es necesario crear otro poder que se encargue de hacer que éstas se cumplan. Surge así el poder ejecutivo que por su propia naturaleza está frecuentemente separado del legislativo¹⁰.

Se crea así un segundo poder, que a diferencia del legislativo, tiene que estar siempre en activo, porque siempre es necesario que se ejecuten las leyes. Este poder puede tener la prerrogativa de convocar y disolver las convenciones del legislativo, pero no por ello es superior a él¹¹. En realidad, es mas bien al contrario, ya que Locke advierte taxativamente del hecho de que «cuando el poder ejecutivo descansa en las manos de alguien que no participa del legislativo, está visiblemente subordinado y ha de rendirle cuentas»¹². Así, y según este esquema, los poderes legislativo y ejecutivo se configuran respectivamente como dos poderes distintos con distintas funciones y finalidades. Por ello es conveniente que estén separados. Pero no siempre lo están, y Locke es consciente de ello. De hecho no podemos olvidar la situación histórico-política en la que surge su obra y la vivencia tan clara del autor en relación con la monarquía absoluta a la que se quiere oponer. Y así en su obra pueden apreciarse palabras como «frecuentemente» o «cuando el poder ejecutivo descansa en manos de alguien que no participa del legislativo», que indican

⁹ *Ibíd.*, p. 310.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 311.

¹¹ *Ibíd.*, p. 319.

¹² *Ibíd.*, p. 315. Y continúa diciendo que el legislativo no tendrá más subordinación que aquella a la que él mismo se preste, la cual no será mucha.

que pese a que establece la conveniencia de que no se produzca la concentración de poder, sabe que la realidad práctica confirma normalmente lo contrario. Quizá ni siquiera él mismo tenía muy asimilada la división. Quizá sencillamente exponía algo que consideraba adecuado y que quería que fuese una realidad política futura y no una utopía.

Además de estos dos poderes, establece un tercero al que califica de natural¹³, que es el federativo. Este poder debe ser confiado a la prudencia y sabiduría de aquellos en cuyas manos descansa. Su misión es la de declarar guerras, firmar la paz y ostentar algo así como la representación de la república frente a las potencias extranjeras. Se configura, desde este punto de vista, como un poder diferente al ejecutivo, pero normalmente se deposita en las mismas manos. Ya que de hacerlo de otro modo, la fuerza de la república estaría en manos distintas con lo cual se debilitaría y se produciría la ruina y el desorden en la sociedad.

En función de los datos analizados podemos afirmar que la preocupación central del pensamiento de Locke es evitar el abuso de poder. Para ello establece más que una división de poderes, una organización de funciones, ya que poder sólo hay uno (al que él llama poder supremo), y corresponde al pueblo. Y es el pueblo el que lo entrega a sus mandatarios pudiendo recuperarlo cuando éstos incumplan la función para la que le fue entregado. Por otro lado, de los tres poderes que establece, legislativo, ejecutivo y federativo, entiende que el primero, el legislativo es el más importante¹⁴ y todos los demás se deben subordinar a él. Pero a pesar de ello este poder no es en sí mismo más que un poder fiduciario. Esto es un poder para cumplir ciertos fines concretos. Y es el pueblo el que tiene en todo caso el poder supremo ya que incluso puede expulsar o alterar al legislativo siempre que éste actúe traicionando su confianza. Por todo ello podemos afirmar que Locke no estableció el principio de

¹³ *Ibíd.*, p. 311. Advierte que «existe otro poder en toda la república al que podemos denominar natural, pues responde al poder que cada hombre tenía por naturaleza». Contiene el poder de «declarar la guerra y firmar la paz, de construir ligas y alianzas y de llevar a cabo cualquier tipo de negociación con las personas y comunidades ajenas a la república. A tal poder podemos denominarlo federativo».

¹⁴ *Ibíd.*, p. 313.

división de poderes. No habló de él en ningún momento. Sin embargo es el antecedente claro del mismo en tanto en cuanto vio la necesidad de limitar el poder y propuso un modo de hacerlo. Aunque con relación al sistema actual el poder judicial no aparece y el ejecutivo a su vez aparece subdividido en el ejecutivo propiamente dicho y el federativo.

Siguiendo esta línea, y posiblemente conociendo el antecedente lockiano, se publicó en 1748 la obra de Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*.

El punto de partida es el mismo ¹⁵ pero la forma que arbitra para alcanzar su finalidad es distinta. En realidad ambos parten de la misma preocupación, la necesidad de frenar el abuso del poder simbolizado en la monarquía absoluta del momento. Y esta similitud no es la única que les une ya que ambos poseen muchos puntos en común. De hecho, los dos eran muy aficionados a viajar. Los dos vivieron en Francia y en Inglaterra y los dos adquirieron con ello una gran experiencia y un profundo conocimiento de ambos países. Además creo que Montesquieu conoció la obra de Locke y la tuvo en cuenta a la hora de crear la suya propia. Y Locke a su vez, aunque pudo haber conocido a Montesquieu, no pudo haberlo leído por un problema simplemente cronológico ¹⁶, ya que cuando murió Locke Montesquieu sólo tenía 14 años.

En cuanto a la cuestión de la división de poderes, Montesquieu establece dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, de forma clara. Pero en cuanto al judicial surgen ya problemas de concreción. A

¹⁵ MOTESQUIEU. *El Espíritu de las leyes*, Introd. E. TIERNO GALVÁN, Trad. M. BLÁZQUEZ y P. VEGA, Tecnos, Madrid, 1987. Esta es la edición de la obra a la que me referiré a partir de ahora. En el & XI, p. 106, dice que «para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder».

¹⁶ Para aclarar esta afirmación conviene señalar las fechas vitales de ambos autores así como de las obras a las que nos estamos refiriendo. JOHN LOCKE vivió entre 1632 y 1704 y publicó sus Ensayos sobre el Gobierno Civil el 1689. En cuanto a MONTESQUIEU, sus fechas vitales se sitúan entre 1689 y 1755. El *Espíritu de las Leyes* es de 1748. Por lo tanto MONTESQUIEU nació el mismo año en el que se publicó la obra de LOCKE, cuando este ya contaba 57 años de edad. Y cuando murió LOCKE, MONTESQUIEU, como queda dicho, tenía 14 años.

veces lo presenta como una subespecie del ejecutivo en palabras como éstas: «hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil»¹⁷. Y solamente cuando explica a que se dedican estos tres poderes aparece el poder judicial. También advierte que por el poder legislativo se promulgan las nuevas leyes y se enmiendan o derogan las existentes. Por el segundo poder, esto es el ejecutivo, se dispone la guerra y la paz y se envían y reciben embajadores; se establece la seguridad y se previenen invasiones. Y por el tercero, el judicial, se castiga los delitos o se juzgan las diferencias entre particulares.

La mención clara al poder judicial introduce una diferencia en relación con la obra de Locke en la cual no aparecía este poder como tal. De hecho las referencias al mismo son del tenor de la que se recoge en el Capítulo XI, # 136 de su obra en el que explica que «el poder legislativo está obligado a dispensar justicia y dictaminar los derechos de cada súbdito de acuerdo con las leyes vigentes promulgadas y por medio de jueces conocidos». Con lo cual parece que no pretende establecer un poder judicial diferenciado sino que entiende que esta misión corresponde al legislativo¹⁸. Por otro lado ambos autores hablaban en sus obras del poder legislativo aunque con distintas funciones. Y en cuanto al ejecutivo y aunque ambos lo mencionen, aparecen algunas modificaciones ya que Montesquieu concreta este poder en lo que Locke llamaba federativo y gubernativo y establece «ex novo» el poder judicial.

Pero en *El Espíritu de las leyes* se aprecian más diferencias, ya que poco después se afirma que el poder legislativo no puede en ningún caso estar unido al ejecutivo porque de ser así no habría libertad. Además señala que tampoco la habría si el poder judicial, ahora sí emplea esta terminología, estuviera unido al legislativo y al

¹⁷ MONTESQUIEU, op. cit., XI, VI, p. 107.

¹⁸ BOBBIO, N. *Locke e il diritto naturale*, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1963. p. 263. Afirma que el poder judicial, según el pensamiento genuino de LOCKE, no constituye un poder autónomo, sino que se encuentra incluido dentro del legislativo. En este mismo sentido se manifiesta LASKI, H. *Political thought in England*, Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1977, p. 48 ss.

ejecutivo ¹⁹. Esta afirmación tan tajante supone un avance en cuanto a la configuración del principio de división de poderes, ya que si recordamos la obra de Locke se puede observar que se expresaba en forma condicional afirmando que convenía que el legislativo y el ejecutivo estuvieran separados, pero admitiendo que no siempre sucedía así. Montesquieu es más tajante en su concepción y plantea la necesidad de la división de poderes y no únicamente la conveniencia de que así sea. No obstante sabemos que este autor no desconocía la existencia real de los problemas de la concentración de poder; y de la imposibilidad de que pudieran ser evitados sus efectos en la realidad. Sin embargo, simplemente no quería asumirlo. En realidad, lo único que asume y defiende a ultranza es la libertad y por ello toma como modelo a Inglaterra, país que consideraba como ejemplo del respeto por este valor ²⁰. Y con razón o sin ella basándose en este modelo establece el reparto de funciones del poder en un esquema tripartito. En él, el poder legislativo debe estar en manos del pueblo ya que «todo hombre considerado como poseedor de un alma libre debe gobernarse por sí mismo» ²¹. No obstante como esto no es posible ni en los grandes ni en los pequeños Estados, el pueblo deberá delegar en unos representantes para que éstos realicen en su nombre aquello que no pueden hacer por sí mismos.

El poder reside en el pueblo, al más puro estilo democrático, pero como el mismo Montesquieu reconoce, éste no está preparado en muchos casos para discutir asuntos y ello constituye uno de los

¹⁹ *Ibíd.*, p. 107. Dice exactamente «cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo».

²⁰ Frente a la afirmación de que Inglaterra es el país en el cual se respetaba más a fondo la libertad Condorcet muestra su total desacuerdo. En su opinión lo único que hay que respetar verdaderamente en ese país es la férrea voluntad de una nación que quiere su organización y que es capaz de defenderla hasta el punto de haber depuesto a seis o siete de sus reyes. Para más información sobre este tema: DESTUT DE TRACY, *Comentarios sobre El Espíritu de las leyes de Montesquieu*, con las observaciones inéditas de Montesquieu, trad. de R. SALAS, Barcelona, 1835, p. 134.

²¹ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 109.

grandes inconvenientes de la democracia. Sin embargo siempre existen en los Estados personas distinguidas por sus riquezas, nacimiento u honores, con una serie de capacidades y necesidades distintas. Y por eso, y para que estas personas puedan ejercitar su libertad de la misma manera que el resto de los ciudadanos, es preciso que sus inquietudes sean tenidas en cuenta. Por eso el poder legislativo debe estar formado por un cuerpo de nobles y otro que se escoja para representar al pueblo ²². Este cuerpo de nobles debe ser hereditario y debe tener la facultad de impedir, pero no de estatuir, ya que debe tener gran interés en conservar sus prerrogativas, odiosas por sí mismas y en peligro constante en un Estado libre.

El tenor de estas palabras produce extrañeza. Por un lado parece querer amparar los derechos de los nobles como diferentes de los del resto del pueblo, y por otro lado, y a renglón seguido, no sólo los califica de «odiosos» sino que limita sus poderes a «impedir» prohibiéndoles «estatuir». Pues bien, esta actitud, aunque puede ser poco clara en sí misma, no es extraña en lo que al pensamiento de Montesquieu se refiere. Ya que no se puede olvidar la circunstancia de que este autor era noble y estaba profundamente marcado por este hecho a pesar de que posiblemente no encontrase, racionalmente muy defendible esta situación, al menos como elemento diferenciador.

En relación con el poder legislativo se dice que el barón de La Bréde siempre lo consideró como el más importante. Incluso llegó a decirlo así en su obra, pero me inclino por pensar que en realidad lo que buscaba era lograr un cuerpo legal único aplicable a toda la nación (salvando quizá las diferencias por razón de cuna). Con ello pretendía facilitar la tarea de los otros dos poderes. Especialmente del judicial, al cual le unía un vínculo especial, a pesar de que siempre lo trató peor, al menos de palabra. No en vano él mismo se dedicó durante un período de su vida a ejercer esta función.

Por lo que se refiere al poder ejecutivo afirma que debe estar en manos del monarca ya que esta parte del gobierno necesita normalmente de una acción rápida. Y por eso suele ser conveniente que lo

²² *Ibíd*, p. 110. Continúa diciendo que «cada uno de ellos se reunirá en asambleas y deliberará con independencia del otro, y ambos tendrán miras e intereses separados».

detente una sola persona. Es preciso además que esté en relación con el legislativo pero separado de él. De hecho advierte que podrá frenar las aspiraciones del legislativo para evitar que éste pueda atribuirse tanto poder que aniquile a los demás. Y a su vez, el legislativo debe tener derecho a examinar cómo son cumplidas las leyes que él ha promulgado ²³. De esa manera legislativo y ejecutivo, aunque en manos distintas, estarán permanentemente controlándose y limitándose, sin que pueda decirse por ello que ninguno tenga primacía sobre el otro. Y creo que es aquí donde está el verdadero sentido de la división de poderes que propugna Montesquieu. No tanto en que se produzca una tajante separación entre ellos sino en que se arbitre la posibilidad de que unos puedan ejercer control sobre los otros. En cuanto al poder judicial advierte que no debe darse a un Senado permanente sino que lo deben ejercer personas del pueblo ²⁴. De esa manera se conseguía que ese poder tan terrible en su concepción se viese suavizado al no ligarse a ninguna profesión concreta. Además, en las acusaciones graves, se establecía la posibilidad de elegir juez o al menos recusar a todos los que no se considerasen adecuados.

También establece la conveniencia de que los jueces sean de la misma condición que el acusado con lo cual, y aunque posiblemente su intención fuese favorecer al reo estableciendo que lo juzgase alguien más próximo, en realidad está dando muestras de nuevo (al igual que lo había hecho antes con el poder legislativo) de querer mantener unas claras diferencias entre los ciudadanos por razón de cuna. No obstante, y aunque ello resulte contrario al principio de igualdad, este hecho debe ser entendido en relación con la situación histórico-política del momento a fin de comprender su significado. En cuanto a la relación de este poder con los poderes legislativo y ejecutivo, entiende que en general no debe estar unido a ninguna parte del legislativo ²⁵, aunque admite algunas excepciones. La más

²³ *Ibíd*, p. 111.

²⁴ *Ibíd*, p. 108. Que según él deberían ser «nombrados en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera».

²⁵ *Ibíd*, p. 112. Afirma que «el cuerpo legislativo no debe tener potestad para juzgar a la persona, ni por consiguiente la conducta del que ejecuta. Su persona debe ser sagrada, porque, como es necesaria al Estado para que el cuerpo legislativo no se haga tiránico, en el momento en que sea acusado o juzgado ya no habría libertad».

clara es una consecuencia lógica de su postura en relación con los nobles y a la cual ya nos hemos referido con anterioridad. Pero salvando algunas excepciones, su postura es clara y la manifiesta abiertamente afirmando que los tres poderes no están distribuidos ni fundidos. Es mas, cada uno tiene una atribución particular que debe ser cumplida para evitar el despotismo ²⁶.

De lo visto hasta ahora creo que podemos extraer tres conclusiones:

1.^a) Cuando Montesquieu se refiere al principio de división de poderes no lo elabora como un modelo universal a seguir. En realidad sólo se refería en su obra al gobierno inglés de su momento, y en función de ello estableció la división del poder de forma tripartita. Se ocupó del poder legislativo, ejecutivo y judicial, pero no como tres poderes distintos sino como uno solo con distintas manifestaciones. Según él, estos tres poderes deben estar en reposo, pero como ello no siempre será posible, cuando se muevan deberán respetarse y armonizarse para evitar la concentración de poder y el consecuente abuso. De lo que se trata por tanto, no es de una escisión clara, sino de una organización equilibrada que busca la libertad y cree poder conseguirla a través del establecimiento de la posibilidad de que los distintos poderes puedan controlarse entre sí.

2.^a) En relación con el antecedente de Locke, Montesquieu introduce una serie de modificaciones tendentes a determinar de forma más clara, el alcance de este principio. No obstante ambos autores buscan la libertad, pero difieren en la forma de alcanzarla. Locke propone una serie de funciones del poder a las cuales denomina poder legislativo, ejecutivo y federativo. El poder legislativo tendría la función de elaborar las leyes. El ejecutivo de ejecutarlas; y el federativo, subespecie del ejecutivo, se encargaría de las relaciones exteriores. Sin embargo, no parece adecuado extraer de estas apreciaciones la afirmación de que en la obra de Locke se anticipa el principio de división de poderes. De hecho este autor no habla de ello en ningún momento aunque sí establece el precedente sobre el que más tarde se centraría Montesquieu.

3.^a) Después de analizar estos precedentes creo que se puede afirmar que hoy en día el principio de división de poderes está asentado

²⁶ *Ibid*, p. 115.

como una garantía de la libertad. A través de él se pretende asegurar que no se produzcan situaciones de concentración de poder que conlleven abusos. En cuanto a la historia y evolución de dicho principio, creo que en su última manifestación procede de Montesquieu aunque tiene un claro antecedente en Locke. Por otro lado, y cara a la consecución de una adecuada intelección del mismo, no se deben olvidar las circunstancias históricas en las que se produjo. Se trataba de resolver un problema concreto y en un país determinado. Y, a mi juicio, esto implica el hecho de que hoy en día la concepción del principio debe variar porque ya no se adapta a la situación actual. Y el motivo por el cual se mantiene posiblemente se centra en que posee una gran fuerza como tópico. Además su finalidad de hecho sigue siendo válida, aunque la forma de conseguirla deba cambiar. De hecho hoy en día se trata de conseguir un equilibrio armónico entre la funciones de un único poder y no de dividirlo de forma tajante ²⁷. Se trata, en realidad, de buscar un reparto de competencias y no una separación o división tajante a pesar de que el principio siga valiendo como tal, al menos, y como ya se ha dicho, en cuanto a su finalidad se refiere.

En el epígrafe que expondré a continuación propongo una somera reflexión en relación con las funciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en la actualidad, a fin de comprobar mi afirmación anterior.

FUNCIONES DE LOS PODERES LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL EN LA ACTUALIDAD

El sistema jurídico actual español se fundamenta en la división de poderes. Sin embargo, entiendo que el sentido que se debe dar a

²⁷ Sobre este punto es interesante: TARELLO, G. «*Per una interpretazione sistematica de L' esprit des lois*» en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1), 1971. TROPER, M. «*Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, op. cit, XX, 1990. AGAPITO SERRANO, R., *Libertad y división de poderes. El «contenido esencial» del principio de división de poderes a partir del pensamiento de MONTESQUIEU*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 148 ss.

este principio en la actualidad se mueve en la línea de una organización en la cual no se produzca una separación tajante sino una división de funciones.

De hecho, en cuanto al poder legislativo se refiere, debemos advertir que es un atributo de soberanía cuya titularidad cambia. En algunas ocasiones estuvo depositado en unas únicas manos, normalmente las del monarca. En otras, esta potestad fue compartida por la Cortes y el rey. Actualmente el Parlamento es soberano y en él descansa fundamentalmente la potestad legislativa. En ese sentido, el art. 66 de la CE establece que son las Cortes Generales las que ejercen la potestad legislativa del Estado. Con lo cual nos encontramos con el hecho de que se ha producido una habilitación por una norma superior en cuanto a la titularidad del poder legislativo se refiere. A pesar de ello, el Parlamento no ejerce esa titularidad de forma exclusiva ya que el art. 82 CE establece que «las Cortes generales podrán delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley». Y a continuación, y en los cinco párrafos restantes de este artículo, se estudian las distintas posibilidades de delegación legislativa.

Por otro lado, el art. 86 del mismo texto legal regula la posibilidad de que el gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, dicte disposiciones legislativas provisionales que adoptaran la forma de decretos-ley. Sabido es que esta posibilidad presenta unos límites en cuanto a la materia de la que se ocupan y de su forma. Además exigen un debate urgente y posterior en el Congreso que deberá convalidarlos o derogarlos en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. Pero, de todos modos y aún admitidas estas cautelas, se ha introducido la ruptura del principio de división de poderes entendida en el sentido estricto, ya que el resultado aunque sea excepcional, es la intromisión del poder ejecutivo en las funciones del legislativo tanto en el ámbito del estado central como en el de las Comunidades Autónomas²⁸, ya que aunque en relación con estas últimas no hay una habilitación expresa, sí puede entenderse que existe diferida a los Estatutos de Autonomía. Por otro lado el

²⁸ Esta intromisión también se produce en cuanto a la posibilidad que tiene la Administración de elaborar reglamentos. Me ocuparé más en profundidad de este extremo, al referirme al poder ejecutivo.

poder legislativo presenta una serie de límites y un privilegio. Los límites se establecen en el sentido de que no puede ocupar reservas de otros poderes ni de la Constitución. Además su actuación, a pesar de ser discrecional, no puede ser arbitraria, a fin de no excederse en los límites que le marca el interés público. Respecto al privilegio me refiero al aspecto jurisdiccional en tanto en cuanto las normas por él emanadas no pueden ser inaplicadas o anuladas por ningún juez. Para ello existe únicamente el juez constitucional al cual el ordinario puede elevar sus dudas ²⁹.

Por lo que respecta al poder ejecutivo, también se puede observar el mismo fenómeno, aunque quizá de forma todavía más clara. Ello se debe al hecho de que la Administración Pública, es un producto de la Revolución francesa. En ese momento se produjo una crisis económica, política y social que trajo, entre otras muchas consecuencias, una nueva concepción de la legalidad. Apareció así una administración pública sometida a reglas. Y esta nueva Administración se vio muy fortalecida por el principio de división de poderes en cuya filosofía estaba la prohibición expresa de intromisión del poder legislativo o judicial en sus dominios. El resultado de esta evolución se tradujo en el surgimiento de una Administración pública fuerte cuya función estaba, en principio, referida a ser ejecutora de las leyes, aunque sometida al control de los tribunales ordinarios. Sin embargo, más tarde se produjo la misma exención jurisdiccional de la Administración pública, aunque esta situación se corrigió con la ley de 5 de abril de 1904 que impuso la definitiva judicialización del sistema con el pase del contencioso de la Administración a las jurisdicción ordinaria. Esta es la situación que se vive en la actualidad y evidentemente no puede ser la misma que aquella en la que pensaron Locke o Montesquieu. Parece difícil poder imaginar siquiera que la mente de estos autores pudiera concebir un poder como el que ostenta en la actualidad la Administración pública. Y por ello todo lo que establecieron en relación con el poder ejecutivo, debe adaptarse a la situación actual, con las modificaciones que ello impone.

No obstante es preciso establecer el hecho de que la Administración pública participa hoy en día del poder legislativo, al menos en

²⁹ Estos extremos están recogidos en los arts. 163 y 161.1.a) de la C.E.

lo que a la potestad reglamentaria se refiere ³⁰. Con lo cual, el resultado que se produce de nuevo es la intromisión de un poder, en este caso el ejecutivo, en las funciones de otro, el legislativo. De todos modos, y a pesar de que se produzcan algunas ingerencias, es preciso establecer el hecho de que la Administración pública en tanto en cuanto detenta el poder ejecutivo, tiene unas funciones determinadas frente al legislativo y al judicial, aunque existen distintos puntos de vista en cuanto a su determinación. En realidad, algunos entienden la función administrativa como la encargada de la realización de actos. Y así, su trabajo se concretaría en emanar actos unilaterales en los cuales no se incluirían los reglamentos. Otros opinan que esta función debe concretarse, por el contrario, en la ejecución de las leyes. Y el grupo más numerosa se inclina por considerar la función administrativa como una actividad estatal con una finalidad determinada que puede ser la de realizar los fines del Estado o los intereses públicos.

Otro sector de la doctrina pretende determinar las funciones propias de la Administración, y con ellas las del poder ejecutivo, por la vía de la exclusión. De esa manera, todo lo que no correspondiera específicamente a los poderes legislativo y judicial, se incluiría dentro del ejecutivo. Por otro lado, la Constitución española se ocupa del gobierno y de la Administración en el título IV poniendo de manifiesto que ésta debe servir con objetividad al interés general actuando de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103-1) y sometida al control judicial (art. 106-1). Sea como fuere lo que interesa destacar en este momento es que hoy en día el poder ejecutivo que ostenta la Administración mantiene relaciones con los otros poderes llegando a interferir en sus funciones, de lo que se sigue que el principio de división de poderes, enfocado en un sentido estricto, no se aplica.

Por lo que se refiere al poder judicial, la función primordial que debe desarrollar es declarar de manera vinculante y previo proceso,

³⁰ Más información sobre estos temas en PÉREZ FRANCESH, J.L. *El gobierno*, Reimpresión de la 1.ª ed, Tecnos, Madrid, 1994, p. 117 ss. CHINCHILLA & LOZANO, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

cuál es el derecho en el caso concreto ³¹. No obstante ese «caso concreto» al que nos referimos es muy amplio, ya que abarca cualquier tipo de conflicto concebible; desde los juicios entre los particulares, hasta los producidos entre un particular y un ente público pasando por el ejercicio del «ius puniendi» ³². En cuanto a los principios por los que se rige este poder, la Constitución española establece tres. A saber, reserva, exclusividad y unidad. Por lo que a la reserva se refiere conviene advertir que se regula en el artículo 117 de la CE toda vez que en él se establece que ningún órgano que no pertenezca al poder judicial podrá ejercer funciones de naturaleza jurisdiccional. Si trasladamos esa afirmación al problema que nos ocupa, el resultado que se produce es que ni el legislativo, ni el ejecutivo pueden inmiscuirse en las tareas del judicial. Con lo cual parece que, en principio, en lo que a este poder respecta, sí se cumple el mandato establecido por el principio de división de poderes ³³.

Por lo que se refiere a la exclusividad, el artículo 117.4 entiende que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las que la CE les señale y las que le sean atribuidas expresamente por la ley en garantía de cualquier derecho. La exclusividad se aprecia en el sentido de que el poder judicial tiene, como hemos visto, el monopolio de la potestad jurisdiccional y toda su actividad debe dirigirse únicamente a esto. Por último corresponde referirse al

³¹ En relación con este tema y para un estudio histórico, es interesante, APARICIO, M. *El «status» del poder judicial en el constitucionalismo español*, Universitat, Barcelona, 1995.

³² En cuanto al ejercicio del «ius puniendi» así como en relación con los delitos perseguibles de oficio, es clara la necesidad de intervención del poder judicial, ya que afectan a bien común. Sin embargo, cuando el conflicto afecta únicamente a particulares la intervención del poder judicial no se produce siempre, ya que el principio de autonomía de la voluntad imperante en el sistema jurídico español posibilita el hecho de que las partes no acudan a un juez a dirimir sus conflictos si así lo prefieren, ya que la solución, como hemos dicho, les afecta exclusivamente a ellos y pueden solucionarla de otra manera.

³³ Nuestra Constitución sólo admite dos excepciones a esta afirmación. Los tribunales militares, recogidos en el art.117-5, ya que sólo están integrados en parte en el poder judicial. Y el Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales.(art. 123-1). Más información en TOLIVAR ALAS, L. *El derecho administrativo y el poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1996 y GARGARELLA, R, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contradictorio del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

principio de unidad en el sentido de que todos los órganos judiciales comparten una organización única. De tal manera fue el poder judicial es uno para todo el territorio nacional con independencia de que puedan existir tribunales en las distintas Comunidades Autónomas. Además conviene señalar, como rasgo definitorio del poder judicial, lo relativo a su independencia. Esta aparece recogida en el artículo 117-1 de la CE que determina que los jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, son independientes, inamovibles y responsables y están sometidos únicamente al imperio de la ley. Esta independencia puede apreciarse «ad extra», esto es frente a los demás poderes, y «ad intra», es decir, referida a la propia organización judicial.

Por consiguiente podemos afirmar que hoy en día, el poder judicial es el que cumple con el principio de división de poderes de forma más estricta. Ya que es el único que no admite ingerencias del legislativo ni del ejecutivo en sus funciones. Además mantiene su independencia en tanto en cuanto está sometido únicamente al imperio de la ley. Sin embargo, esta afirmación resulta excesiva en alguna medida ya que la ausencia de ingerencias no se observa de manera absoluta y por ello debe ser matizada. Y en ese orden de cosas y fijándonos en el derecho comparado, conviene recordar, a modo de ejemplo, que la tradición jurídica anglosajona admite algunas funciones judiciales a las Cámaras. Así, la Cámara de los lores dispone de seis lores jurídicos o de apelación que son juristas, nombrados barones por la Corona, con funciones judiciales. Y en cuanto al ámbito nacional se refiere recientemente se ha discutido en relación con la posible interferencia en el poder judicial que supone la modificación de la forma de elección de los miembros del Consejo del poder judicial. En relación con este extremo pienso que si bien se debe tener en cuenta, no supone una intromisión ya que el Consejo del poder judicial no tiene función juzgadora sino únicamente organizadora y de gobierno. No obstante creo que la tendencia actual es tratar de extender la posibilidad juzgadora a otros operadores jurídicos distintos de los políticos o legislativos dándoles competencia dictaminadora. Y quizá uno de los casos en los que se aprecia con más claridad este fenómeno es en lo que se refiere a la ley de arbitraje. Por ello no se puede entender que el poder judicial esté absolutamente libre de intromisiones de los demás poderes en cuanto al ejercicio de sus funciones se refiere. No obstante creo que en la actualidad es el poder que más se aproxima a ello.

CONCLUSIONES

Después del análisis expuesto creo estar en condiciones de afirmar que el principio de división de poderes nació en la obra de MONTESQUIEU titulada *El Espíritu de las leyes*. Sin embargo existe un antecedente muy claro en la obra de Locke, *Dos ensayos sobre el Gobierno civil*, que debe ser tenido en cuenta. La finalidad por la cual nació este principio fue correcta. Se pretendía asegurar el ejercicio de la libertad y se veía la concentración de poder en unas únicas manos como un obstáculo muy grave para conseguirlo. A fin de remover ese obstáculo LOCKE estableció que el poder, único en esencia, debía desarrollar tres funciones distintas. Y así habló del legislativo, ejecutivo y federativo. Sin embargo no fue capaz de asegurar que estas tres funciones del poder estuvieran siempre separadas, a pesar de que creía que ello era lo adecuado.

Posteriormente Montesquieu retomó este tema haciéndolo suyo y estableciendo unas diferencias fundamentales. Hizo surgir, de forma clara, el tercer poder, esto es el judicial. Y además lo separó totalmente de los otros dos. Así, el principio de división de poderes quedó definitivamente concretado. Su finalidad era la separación de poderes concebida de modo absoluto. De tal forma que bajo ningún concepto podía admitir la injerencia de un poder en las funciones de los otros.

Por otro lado, de estos tres poderes así entendidos, el más importante era, para ambos, el legislativo. Y el que tenía menor trascendencia, el judicial.

Hoy en día la situación entiendo que es distinta. El principio de división de poderes sigue siendo la base del ordenamiento jurídico y se puede conceder que la finalidad de la búsqueda de la libertad y el adecuado ejercicio de los derechos no ha cambiado. Sin embargo lo que sí ha cambiado es la forma de conseguir ese objetivo. El poder legislativo ha cedido parte de su protagonismo. Ya no es el poder más importante ni tiene en exclusiva la potestad de dictar leyes. De hecho, esa potestad está ahora compartida (aunque en pocos y muy determinados casos) por el ejecutivo, en cuanto a la posibilidad que tiene éste de evacuar decretos-leyes, decretos-legislativos o reglamentos. A su vez, el poder ejecutivo ha variado mucho en cuanto a

su configuración y funciones especialmente después de la Revolución francesa que introdujo un nuevo concepto de Administración Pública. Sin embargo, quizá el cambio de mayor entidad se haya producido en cuanto al poder judicial. Ya que este poder, cuyo surgimiento fue más complicado y subordinado a otros, se entiende hoy en día como el más independiente (aunque también con sus limitaciones, tal y como se ha establecido a través de algunos ejemplos). Y sobretodo como aquel en el cual los otros dos, legislativo y ejecutivo, no pueden inmiscuirse (o al menos tienes más dificultades para hacerlo).

La situación es distinta. En realidad tendría que ser así ya que el ordenamiento jurídico y sus principios deben cambiar para adaptarse a las nuevas circunstancias. Y por tanto sería punto menos que imposible que un principio formulado en los siglos XVII y XVIII tuviera el mismo sentido en la actualidad. No obstante, considero fundamental llamar la atención sobre el hecho de que con sus modificaciones, el principio de división de poderes sigue siendo válido hoy en día. Y lo es porque su finalidad es inatacable. Pretende asegurar la libertad y para ello pone frenos al ejercicio abusivo del poder. Esto no puede pasar de moda.

La forma concreta de realización de esta finalidad varía según la época de la historia a la que nos refiramos. En sus orígenes se busca la separación tajante, hoy en día se pretende el equilibrio y la armonización, pero la finalidad, esto es, la lucha por el adecuado ejercicio de la libertad, es la misma y la humanidad sabe que está demasiado empeñada en ello para poder deshacerse de él.