

## CAPÍTULO V

### EL CONTROL PARLAMENTARIO Y LA DIVISIÓN DE PODERES

#### I. LA DIVISIÓN DE PODERES: UNA GARANTÍA DEL CONTROL POLÍTICO

##### 1. *Aspectos históricos*

Es innegable que desde los orígenes del pensamiento político hasta la actualidad encontramos un ánimo permanente por garantizar la libertad del hombre como un elemento inexorable de su ser. El principio liberal de la división de poderes más que ser un dogma de filosofía política es una receta de técnica política que garantiza el equilibrio entre los poderes del Estado, y con ello posibilita la actividad del control político del poder. De lo contrario, es decir, si este principio no se encontrara presente en el Estado constitucional democrático moderno, ocurriría simplemente que el ciudadano se encontraría en un estado de incertidumbre frente a la actividad estatal. El principio de división de poderes nace precisamente como una exigencia de seguridad personal frente a la actividad de ese ente que se denomina *Estado*. Es decir, ante la célebre frase de lord Acton: “todo poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente”, se imponía la tarea de *dominar al Leviatán* que, todavía hasta Hobbes, se consideraba como un poder soberano cuyos atributos esenciales del poder son la unidad, la indivisibilidad y el carácter absoluto, y que, bajo esa óptica, resultaba totalmente inverosímil intentar controlar a un poder con estas características.<sup>864</sup> Pero la práctica constitucional y la filosofía política se encargaron de desmentirlo. El principio de la división de poderes es un requisito *sine quan non* para que el control político del poder afecte toda la

<sup>864</sup> Passerin D’Entrèves, Alessandro, *La noción de Estado*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 143.

actividad estatal, tal y como lo comprobamos en un primer estudio de las ideas políticas de la antigüedad y que nos permitieron vislumbrar el precedente de lo que a partir del Estado moderno se denominará la división de poderes.<sup>865</sup>

En este sentido encontramos a Platón<sup>866</sup> y a Aristóteles,<sup>867</sup> para quienes la Constitución mixta representaba la mejor forma de gobierno, o el “Estado ideal”, pues los diferentes elementos constitutivos de la *polis* se encontraban en perfecto equilibrio. Es decir, la existencia de varios elementos —obviamente bajo su lógica separación— y su perfecta armonización entre ellos, permite que la forma de gobierno sea legítima y justa. Más tarde, en las *Historias* de Polibio, volvemos a encontrar la Constitución mixta en el pensamiento político de los griegos, pero su análisis lo llevará a separar las “instituciones” para conseguir el “Estado ideal” mediante su equilibrio.<sup>868</sup>

Aquel *status mixtus* ideado por los antiguos, será recibido siglos más tarde por la escolástica medieval, y a través del liberalismo inglés del siglo XVII engarzará con el moderno principio de la división de poderes,

<sup>865</sup> El concepto y los postulados capitales del principio de la “separación de poderes” aparecen indudablemente en la obra de Montesquieu. Sin embargo, como bien señala Lucas Verdú, ya otros autores habían dado los trazos generales acerca del tópico que nos ocupa en este capítulo. Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político, cit.*, nota 191, p. 134. En similar sentido, véase Virga, Pietro, “La separación de poderes”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, septiembre-octubre de 1955, p. 89.

<sup>866</sup> Del pensamiento político de Platón se deduce el inicio del “Estado ideal”, el cual es para él, aquél donde el gobernante siempre está controlado por los demás componentes de la Constitución, de lo contrario se le considerará como el mayor enemigo de la ciudad entera. Platón, *Las leyes, cit.*, nota 111, t. II, pp. 104-856b, 104-856c.

<sup>867</sup> Al igual que su mentor Platón, el estagirita seguirá su camino definiendo la Constitución como “aquella ordenación de todas las magistraturas, y especialmente de la suprema, y es supremo en todas partes el gobierno de la ciudad, y ese gobierno es el régimen”. Aristóteles, *La política, cit.*, nota 106, pp. 78-1279a. Por ello, para Aristóteles, la Constitución se encontraba dividida entre las diferentes clases sociales existentes en la *polis*, pues éstas eran las que legitimaban las distintas formas de gobierno. De tal suerte que, para él la característica distintiva del “Estado ideal” consistía en la combinación prudente entre la oligarquía y la democracia. Sabine, George H., *Historia de las ideas políticas, cit.*, nota 115, p. 108.

<sup>868</sup> Para el historiador Polibio, el éxito de la Constitución romana radica en que las “instituciones” se encuentran perfectamente equilibradas, llegando a afirmar que “nadie, ni tan siquiera los nativos, hubieran podido afirmar con seguridad si el régimen era totalmente aristocrático, o democrático, o monárquico”. Polibio, *Historias, cit.*, nota 121, p. 169.

permaneciendo así en la historia del pensamiento político que llega hasta nuestros días.<sup>869</sup>

### A. *El absolutismo regio*

El principio de la división y equilibrio de poderes constituye el fundamento orgánico del Estado liberal de derecho, que llegando hasta nuestros días —aunque con algunas transformaciones, y aún enfrentándose a diferentes problemas— permite asegurar la libertad e igualdad política de los ciudadanos.<sup>870</sup> Ahora bien, desde los inicios del pensamiento político, esa libertad a la que nos referimos, nunca es planteada en términos abstractos, sino que siempre se trata de una exigencia de la libertad respecto a algo.<sup>871</sup> De tal suerte que el principio de la división de poderes aparece con la intención de exigir el reconocimiento de los derechos de libertad e igualdad del ciudadano, tales como los religiosos, de expresión, políticos, civiles, económicos y sociales, entre otros. Pero, para comprender la esencia del principio de la división de poderes, es necesario situarse en el momento histórico del Estado absoluto, pues la evolución de éste —posterior al Estado feudo-medieval, pero anterior al Estado de derecho—

<sup>869</sup> García Pelayo, Manuel, “La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961”, *op. cit.*, nota 3, p. 2880. Igualmente Marsilio de Padua también anticipa varios conceptos de la democracia liberal, en opinión de Lucas Verdú, de modo sorprendente, en su obra *Defensor pacis*, la cual representa una manifestación típica de la secularización del pensamiento político. Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político, cit.*, nota 191, p. 134. Véase Marcillo de Padua, *El defensor de la paz*, Madrid, Tecnos, 1988.

<sup>870</sup> Heller, Hermann, “Estado de derecho o dictadura”, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, p. 286. García Roca, Javier, “Del principio de la división de poderes”, *op. cit.*, nota 210, p. 1087.

<sup>871</sup> Para García-Pelayo los valores fundamentales a donde apunta el Estado democrático liberal son la libertad y la igualdad. De tal suerte que esa libertad definida por él como “la posibilidad de realizar, mediante decisiones libres, los propios objetivos vitales”, y su consiguiente igualdad, ha de estar condicionada por tres factores: a) *el sujeto de la libertad*, b) *el objeto de la libertad*, y c) *los obstáculos para el cumplimiento de tal objetivo*. García Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *Obras Completas*, t. I, pp. 343 y 344. En este sentido, encontramos en las guerras de religión el antecedente más inmediato del sentimiento liberal, tal y como lo señala McIlwain, cuando considera que de no haber ocurrido el cisma religioso del siglo XVI, entre el protestantismo y la ortodoxia católica, o de puritanos y oponentes, el constitucionalismo medieval hubiera sido relegado por el creciente poder del príncipe. McIlwain, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno, cit.*, nota 180, p. 199.

permitió crear el clima propicio para la sentar las bases de la filosofía del pensamiento político liberal.<sup>872</sup>

Entonces, ya en el siglo XVI el orden medieval se encontraba en una vertiginosa transformación, debido entre otras cosas, a las guerras religiosas que fueron minando las relaciones entre el poder temporal y el espiritual hasta destruirlas, pues los diques impuestos por la Iglesia fueron derribados por la filosofía elaborada durante el movimiento de Reforma, al abstraer para su causa la doctrina del derecho natural que identificaba la voluntad de Dios, a través de una interpretación de la razón y la conciencia humana.<sup>873</sup> Igualmente, la expansión demográfica, el crecimiento comercial, industrial y agropecuario en mayor escala, fueron factores decisivos para la desaparición del sistema feudal europeo. Dicho fenómeno económico-social trajo consigo sus consecuencias políticas, pues una nueva clase emergente demandaba un Estado más centralizado, o más intervencionista, para que velara por sus intereses y garantizara la paz tanto en el interior como en el exterior.<sup>874</sup> Por lo tanto, los señores feudales ya no podían servir más a los intereses ni

<sup>872</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, cit., nota 254, p. 10.

<sup>873</sup> Al resucitarse las ideas del derecho natural se permitió legitimar el derecho del pueblo a un gobierno justo, lo que permitió hablar de un contractualismo entre el rey y los súbditos, quedando desligados estos últimos de la fidelidad política ante un gobierno despótico. De esta manera, las luchas religiosas preparan el camino a las revoluciones de los siglos XVII y XVIII, impregnadas por las ideas de las doctrinas antimonárquicas, el contrato social y los derechos naturales. Gettell, Raymond, *Historia de las ideas políticas*, Barcelona, Labor, 1930, p. 269.

<sup>874</sup> Esta relación entre los diferentes estamentos medievales era posible a través de los contratos de dominación, que no eran otra cosa más que normas destinadas a regular las relaciones entre los diferentes estamentos, bajo el perfil de los derechos y las libertades. De esta manera, los contratos de dominación servían para reforzar las respectivas esferas de dominio entre el señor y los estamentos. Estos contratos perdurarán durante la conformación del Estado absoluto, hasta llegar a los umbrales de las revoluciones de finales del siglo XVIII. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales...*, cit., nota 134, pp. 28-30. En este orden de ideas, para Heller, primeramente aparecerá una exigencia de tutela por parte del ciudadano en su esfera material, pero posteriormente, lo cual queda de manifiesto en los actuales textos constitucionales, se buscará la limitación jurídica objetiva del poder del Estado, de suerte que los derechos fundamentales del individuo sean protegidos en virtud de la estructura fundamental de la organización del Estado, como considerar a la división de poderes y a los derechos fundamentales como dos instituciones independientes una de otra, lo cual implica una incompreensión radical y peligrosa. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, cit., nota 107, p. 292.

de la naciente burguesía, ni de la creciente monarquía, creándose así el Estado absoluto.<sup>875</sup>

El Estado absoluto se caracteriza, según Matteucci, por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad tanto en el plano internacional como en el plano interno, ya que no admite en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar en el poder político.<sup>876</sup> Es por ello que, como dice Peces Barba: “este cambio social y económico tiene su paralelo en el campo político, donde las estructuras del poder político medieval son sustituidas por el Estado como forma del poder racional centralizado y burocrático”.<sup>877</sup> De tal suerte que aquí comenzamos a ver una estructura estatal racionalizada. Es decir, un Estado soberano, ilimitado, racional, burocrático y legalista al que Hobbes no dudó en calificar de “dios mortal que asegura, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa”.<sup>878</sup>

Efectivamente, durante el Medioevo no se encuentra la figura del Estado,<sup>879</sup> sino que es en el absolutismo cuando se inicia el proceso de su formación<sup>880</sup> —en el que igualmente persisten representaciones irracionales, como aquella que afirmaba que el derecho del rey a gobernar lo era “por la gracia de Dios”—, pero sólo el Estado liberal llevará al extremo la tendencia racionalista del Estado.<sup>881</sup>

<sup>875</sup> Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, cit., nota 193, pp. 31 y ss.

<sup>876</sup> Mateucci, Nicola, *Organización del poder y libertad...*, cit., nota 223, p. 29.

<sup>877</sup> Peces-Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 21.

<sup>878</sup> García Pelayo, Manuel, “Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político”, *Obras Completas*, t. II, p. 1120. En este sentido, la aparición del absolutismo fue estimulada por la filosofía de las luces, pues mientras que los déspotas ilustrados luchaban contra los privilegios, emprendiendo una reforma igualitaria en contra del feudalismo, aquella le era útil para el esplendor de su reinado. Hazard, Paul, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, Alianza, 1991, p. 289.

<sup>879</sup> El “Estado” medieval no es una institución, ya que ni siquiera es un cuerpo político, sino más bien una “idea” en la que su esencia puede ser entendida a través del concepto *civilitas*. Weckmann, Luis, *El pensamiento político medieval...*, cit., nota 137, p. 151.

<sup>880</sup> Recordemos que es durante el Renacimiento cuando aparece la obra *El príncipe* de Nicolás Maquiavelo, en la cual se introduce por primera vez el término “Estado”. Maquiavelo, Nicolás, *op. cit.*, nota 192.

<sup>881</sup> García-Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *Obras Completas*, t. I, p. 353. García Pelayo entiende que una estructura es racional “cuando una ordenación de órganos y de actos está establecida de tal manera que conduce a un objetivo previa-

En el Estado absoluto desaparecen los poderes intermedios,<sup>882</sup> ya que únicamente están por una parte, el rey que detenta el *gubernaculum* y la *jurisdictio*, y por la otra, los súbditos.<sup>883</sup> Así pues, el banquero, el comerciante, el industrial, reemplazaron en la dirección de la política económica y social al terrateniente, al eclesiástico y al guerrero como tipos de influencia social determinante en el Medioevo.<sup>884</sup> De esta manera, el capitalismo hace que el Estado feudal, asentado en la propiedad feudal y los servicios personales, permita el paso a un nuevo Estado basado en la propiedad privada y en el intercambio de bienes,<sup>885</sup> pues tal y como dice Gettel, durante el

mente fijado, recibiendo todos los elementos de la serie una disposición y un papel funcional con arreglo a la finalidad prevista. La racionalidad tiene carácter técnico cuando los órganos y los actos están calculados para lograr una unidad de acción; tiene carácter axiológico cuando se calculan para realizar un valor". *Ibidem*, p. 354.

<sup>882</sup> Un claro ejemplo de la desaparición de los poderes intermedios es el relativo a la Reforma. Crossmann nos recuerda cómo la corrupción de la Iglesia denunciada por Lutero, y contra la cual se dirigió todo el movimiento de la Reforma, hizo que la Iglesia se convirtiera en un departamento de Estado. Ello fue posible debido a que se produjo la destrucción de la Iglesia por las duras críticas hacia ella, y con ello desapareció el control papal, para ser entregado a los príncipes seculares y así adaptarlo a cualquier forma que les conviniera. Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, *cit.*, nota 193, pp. 43 y ss. Gierke atribuye la desaparición de los cuerpos intermedios en el Medioevo a una tendencia a extender y concretar conceptualmente las esferas de la comunidad suprema por una parte, y el individuo por otra, a costa de los poderes intermedios. Gierke, Otto Friedrich von, *Teorías políticas de la Edad Media*, *cit.*, nota 131, p. 239.

<sup>883</sup> Mateucci, Nicola, *Organización del poder y libertad...*, *cit.*, nota 223, p. 39.

<sup>884</sup> Laski, Harold, *El liberalismo europeo*, México, FCE, 1961, p. 11.

<sup>885</sup> De acuerdo con Weckmann, el espíritu capitalista comienza a adueñarse de Europa a finales del siglo XV, posibilitado principalmente por el triunfo del protestantismo, principalmente en el calvinismo, que en su opinión, resultó ser el suelo más propicio para el desarrollo del capitalismo y del individualismo bajo su doctrina. Así pues, con la llegada del capitalismo el "pensamiento político se seculariza y la experiencia económica, que en la Edad Media no poseyera convencimiento doctrinal, se convierte en un árbitro de la política estatal y en uno de los criterios directrices de la conducta humana". Weckmann, Luis, *El pensamiento político medieval*, *cit.*, nota 137, pp. 251-253. En opinión de Crossman la aparición del capitalismo —para muchos el principal impulso del absolutismo— está íntimamente relacionado con la Reforma, ya que entre otras cosas, Calvino fundó una Iglesia en la cual los comerciantes y banqueros de sus días podían sentirse a sus anchas, dándoles así libre juego para su realización. Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, *cit.*, nota 193, p. 31 y ss. Igualmente, Laski está de acuerdo en que el Protestantismo dio un impulso enorme a la formación del capitalismo, como ya lo afirmaran tanto Max Weber como Tawny, pero para él, la filosofía liberal no entraba en los propósitos definidos de los reformadores teológicos. Sin embargo, de ninguna manera se puede negar que los resultados sociales de dichas doctrinas redundaron en la emancipación del

siglo XVI se producen una serie de transformaciones que permitirá a los reyes establecer impuestos para sostener ejércitos y emplear funcionarios, en vez de depender de los señores feudales, por lo cual se exaltaba el prestigio del monarca, a la vez que éste se convertía en el centro del absolutismo.<sup>886</sup>

### El *Leviatán*: una justificación del absolutismo

A mediados del siglo XVII, periodo en que Inglaterra se encontraba sumida en una dramática situación,<sup>887</sup> apareció la obra *Leviatán* como un intento por legitimar el poder absoluto. Dicho poder debería ser soberano: “ya sea éste un hombre, como ocurre en una monarquía, o una asamblea de hombres, como es el caso en una democracia, o en una aristocracia”.<sup>888</sup> De esta manera, Thomas Hobbes negaba cualquier validez a la Constitución mixta, pues intuía que un gobierno dividido en tres facciones no era un Estado independiente, sino de tres facciones independientes.<sup>889</sup> De tal suerte que, para el inglés, el poder soberano resultaba ser indivisible, pues consideraba “¿qué otra cosa puede ser dividir el poder de

individuo. Laski, Harold, *El liberalismo europeo*, cit., nota 884, p. 27. Esto lo verificamos en el estudio realizado por Gettell, el cual sostiene que la Reforma al destruir la idea de unidad religiosa, no sólo reorganiza territorialmente a Europa en distintos Estados nacionales —fortaleciendo de modo inmediato la autoridad del Estado—, sino que produjo resultados benéficos con respecto a la libertad del individuo y la expansión de la democracia. Gettell, Raymond, *Historia de las ideas políticas*, cit., nota 873, pp. 247-250.

<sup>886</sup> Con la llegada del Absolutismo, potenciada por el movimiento capitalista, comienza una dislocación de la organización social, con la cual aparecerán nuevos valores sociales y económicos. De tal suerte que la revolución mercantil del siglo XVI será el antecedente de la revolución industrial del siglo XVIII. *Ibidem*, pp. 272-274.

<sup>887</sup> Thomas Hobbes escribe el *Leviatán* en 1651, inmediatamente después de la condena a muerte del rey, la abolición de la Cámara de los Lores, la caída de la tradicional Constitución mixta inglesa, así como el nacimiento en 1649 de la República o *Commonwealth*. Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, cit., nota 102, p. 77. De acuerdo con Sabine, los escritos de Hobbes estaban destinados a apoyar la monarquía absoluta, ya que todos sus intereses personales se adscribían al partido monárquico, puesto que creía que la monarquía era la forma más estable y ordenada de gobierno. Sabine, George H., *Historia de las ideas políticas*, cit., nota 115, p. 353.

<sup>888</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, cit., nota 199, p. 216.

<sup>889</sup> En el capítulo XXIX, Hobbes hace una dura crítica al gobierno mixto en los siguientes términos: “Pues aunque pocos son los que perciben que un gobierno así no es un gobierno, sino una división del Estado en tres facciones, a lo cual llaman monarquía mixta, la verdad es que no se trata de una persona representativa, sino de tres”. *Ibidem*, p. 263.

un Estado sino disolverlo?”, entonces los poderes que están divididos se destruyen mutuamente.<sup>890</sup>

Igualmente Hobbes justificó el absolutismo cuando comprendió que la sociedad estaba cambiando; por lo tanto, consideró necesario fundamentar el poder del Estado en una teoría política que justificara la autoridad estatal desde el punto de vista del consentimiento del individuo en sociedad, y no “por la gracia de Dios”. Ello fue posible, porque reconoció una nueva sociedad individualista que necesitaba, por encima de cualquier cosa, un gobierno fuerte y centralizado, el cual, sólo sería realizable mediante un contrato social.<sup>891</sup>

Para lograr ese contrato social, el filósofo inglés partía de la concepción del individuo como un sujeto libre que abandona su estado de naturaleza, y del que conserva el derecho de creer en lo que quiera, pero no de expresarlo; libre para hacer lo que desee si el poder superior se lo permite.<sup>892</sup> Pero de cualquier forma lo que aquí nos interesa señalar es el hecho de que Hobbes reconoce el poder absoluto en cualquiera de sus versiones, llámese monarquía o democracia, pero a fin de cuentas poder ilimitado, ante la ausencia de oposición, bajo el argumento del carácter soberano de éste, con lo cual, coloca al soberano en situación de supremacía, a la vez que rechaza el reconocimiento de cualquier otro poder estatal, y con ello, la división de poderes, definitiva de la Constitución mixta.

<sup>890</sup> *Ibidem*, p. 260. La teoría absolutista defendida por el filósofo de Malmesbury fue la culminación de la teoría de la soberanía parlamentaria absoluta iniciada por Herny Parker, ya que éste afirmaba la imposibilidad de mantener un gobierno mixto, otorgándole un poder absoluto al Parlamento para hacer frente a los peligros de la monarquía absoluta, pero únicamente en casos extraordinarios y ante situación de peligro para la salud pública. Sin embargo, Hobbes le dará carácter absoluto a un poder soberano, sea éste, un hombre o asamblea de hombres. De tal suerte que se convierte en el máximo artífice del carácter absoluto, indivisible e irrevocable del poder. Dorado Porras, Javier, *La lucha por la Constitución, Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid, CEPC, 2001, p. 193.

<sup>891</sup> Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, cit., nota 193, pp. 78 y 79.

<sup>892</sup> *Ibidem*, p. 77. Es en la filosofía de Hobbes donde, de acuerdo con Bobbio, encontramos el origen del iusnaturalismo moderno, ya que es en el pensamiento del inglés, y no en el Grocio, donde nace la teoría de los derechos naturales, conclusión a la que se llega, según él, como consecuencia de un mejor estudio de la filosofía escolástica tardía. Bobbio, Norberto, “Hobbes y el iusnaturalismo”, *Estudios de la historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1985, pp. 151 y ss.

### B. *El postulado liberal*

Ahora bien, durante la vigencia del Estado absoluto, esa clase emergente llamada burguesía, demandará el poder político para sí, pues ya para aquel entonces la sociedad buscaba el reconocimiento de los derechos inalienables del hombre frente a la voluntad despótica de la monarquía. Por ello, era necesario proclamar su libertad y sancionar su igualdad, a través del uso de la razón, en contraposición con el capricho regio, y dejar atrás los atavismos religiosos que impregnaban al ánimo social de la época; todo lo cual supuso el inicio del Estado liberal.<sup>893</sup>

Sin embargo, definir al liberalismo con una precisión seria no es nada fácil, pues representa tanto una doctrina como un modo de ser, ya que su proceso de formación nunca fue directo y mucho menos consciente.<sup>894</sup> Es decir, la diversidad de sus ideas hace que sea difícil encontrar una línea recta en dicho proceso, ya que durante la formación del pensamiento liberal se entrecruzan corrientes doctrinales de diverso calado, en donde vemos que algunas estructuras económicas, políticas, sociales y culturales propias del medioevo desaparecen, pero que a la vez, otras se adaptan y consiguen sobrevivir a la nueva era. Por esta ra-

<sup>893</sup> En efecto, la burguesía que había sido la principal beneficiaria con el absolutismo regio, ahora también reclamaba para sí el poder político. Para lo cual, el individualismo, la filosofía de los derechos humanos y demás elementos filosóficos liberales, combatirán y destruirán el absolutismo que en sus inicios sirvió a sus intereses. Peces-Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, *op. cit.*, nota 877, p. 22.

<sup>894</sup> Dunn, John, *La teoría política de Occidente ante el futuro*, México, FCE, 1981, p. 67. También, Laski, Harold, *El liberalismo europeo*, *cit.*, nota 884, p. 12. Por su parte, Touchard advierte que el liberalismo ofrece aspectos muy diversos, dependiendo de las épocas, los países, o las tendencias en una misma época y en un mismo lugar. De tal suerte que él habla de una ruptura dentro de la unidad del liberalismo, produciendo una fragmentación del mismo en varias ideologías distintas como: el liberalismo económico, político o intelectual. Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, *cit.*, nota 245, pp. 401-403. De esta manera Guido de Ruggiero nos ofrece cuatro diferentes concepciones de liberalismo: como método, partido, arte de gobierno o forma de organización estatal. Pero advierte que esas concepciones no se excluyen sino que se complementan, ya que cada una de ellas expresa un aspecto particular del espíritu liberal. De Ruggiero, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, Madrid, Pegaso, 1944, p. 355. De ahí que Luis Diez del Corral no dude en afirmar que la verdadera historia del liberalismo está por hacerse, pues sus contornos tan amplios y vagos, a la vez que insuficiente en su articulación interna permiten una noción desajustada de todo ese periodo. Diez del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, p. 8.

zón, consideramos más apropiado hablar de esta etapa histórica como “un tránsito a la modernidad”.<sup>895</sup>

De cualquier forma podemos considerar el liberalismo como una doctrina que se relaciona, sin duda, directamente con la noción de libertad, pues surgió como enemigo del privilegio conferido a cualquier clase social por virtud del nacimiento o la creencia. Ya que, como hemos venido diciendo, una nueva clase social logró ascender hasta el poder estatal, al modificar los diferentes órdenes de vida propios del absolutismo, los cuales se basaban en la idea de los derechos compatibles únicamente con la idea de la posesión territorial.<sup>896</sup> De tal suerte que la burguesía necesitó, tras el derrumbamiento de las antiguas estructuras políticas medievales, el establecimiento del orden y de la seguridad, pues la anarquía se consideraría una suerte de antítesis respecto de los postulados liberales.<sup>897</sup> Así pues, como decía Maquiavelo, la primera tarea de un gobierno consiste en gobernar.<sup>898</sup>

<sup>895</sup> Ésta es en España la postura del profesor Peces Barba, quien siguiendo a Michelet —como él mismo lo dice en su *Historia de los derechos fundamentales*—, considera que la Edad Media y el Renacimiento no representan una oposición cronológica, pues dice: “su simultaneidad, como su contraposición constituyen la plenitud de la vida en los siglos últimos de la Edad Media y en los primeros de la Edad Moderna, aunque, eso sí, de tal forma que la manera antigua va desapareciendo paulatinamente, aquí más pronto, allá más tarde, mientras se inicia el dominio de la nueva”. Peces-Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, *op. cit.*, nota 877, p. 18. Para Anthony Black hay más continuidad de la que se suele indicar en el contraste entre lo medieval y lo moderno, ya que para él, muchas de las configuraciones del pensamiento político moderno fueron establecidas durante el Medievo, tales como: la soberanía, el contrato, derecho natural, derechos y confianza, entre otros. Black, Antony, *El pensamiento político en Europa, 1250-1450, cit.*, nota 175, p. 296. De acuerdo con esto último, Maravall ya había denunciado que el pensamiento humano del Renacimiento deseó no sólo romper con el Medievo —aún cuando aquél forma parte de éste—, sino que juzgó desfavorablemente el pensamiento medieval, formulando diversas tesis para volver a los antiguos. Maravall, José Antonio, *Antiguos y modernos*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1966, p. 290. Gaetano Mosca nos indica que, por Renacimiento, debemos entender aquella etapa histórica que “consiste en la mayor familiaridad con la cultura clásica, con el mundo intelectual de los antiguos griegos y romanos y en la influencia preponderante que ejerció aquélla sobre el pensamiento humano y, sobre todo, sobre el de las clases dirigentes y las clases cultas”. Mosca, Gaetano, *Historia de las doctrinas políticas*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 77.

<sup>896</sup> Laski, Harold, *El liberalismo europeo, cit.*, nota 884, p. 14.

<sup>897</sup> Peces-Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, *op. cit.*, nota 877, p. 39.

<sup>898</sup> Crossman señala perfectamente que el florentino escribió *El príncipe* en momentos de clara convulsión, ya que en su obra reconoció la necesidad de un orden moral, que

Y esta seguridad solamente podía ser ofrecida por un poder capaz de absorber o superar más instancias de poder y de informar a toda la sociedad, para poder transformarla de la forma más homogénea posible.<sup>899</sup> En definitiva, el principal sentimiento del Estado liberal es la existencia de una libertad, que implica conjuntamente la idea de una igualdad. Es así que la doctrina del liberalismo será la punta de lanza para buscar el reconocimiento universal de los derechos del hombre como una garantía frente al Estado y su consiguiente limitación, a través de una justificación de trascendencia antropológica y del uso de la razón. De tal suerte que este movimiento liberal surge en Inglaterra a partir del siglo XVI desarrollándose hasta llegar al “Estado de derecho” o *Rechtsstaat*, trazado principalmente por la escuela alemana.<sup>900</sup>

### John Locke y el gobierno civil

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la historia inglesa se nos presenta como un paradigma insoslayable para la comprensión del pensamiento político liberal. En efecto, analizando algunos acontecimientos dentro del constitucionalismo inglés, observamos que a partir del siglo XIII encontramos atisbos de limitación del poder regio;<sup>901</sup> un efímero ab-

denunciaba la podredumbre existente, pues era una época de instituciones destruidas y en donde el constitucionalismo y la moralidad tradicionales no eran suficientes para una sociedad estable, razón por la cual, predicó la doctrina del poder. Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, cit., nota 193, p. 32.

<sup>899</sup> Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social, siglos XV a XVII*, Madrid, Revista de Occidente, 1972, t. I, p. 323.

<sup>900</sup> El liberalismo vio el Estado de derecho desde la perspectiva que afirma los derechos y libertades fundamentales, porque tales derechos eran, a la sazón, considerados como los valores principales que convenía reconocer y tutelar. Lucas Verdú, Pablo, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, cit., nota 254, p. 11. Por otra parte, el término “Estado de derecho”, nos dice Böckenförde, es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del lenguaje alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas. De tal suerte que este concepto surge en la teoría del Estado del liberalismo temprano alemán, que se orienta desde planteamientos propios de la concepción racional del derecho. Böckenförde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, cit., nota 283, pp. 18 y 19.

<sup>901</sup> Durante el capítulo I hemos hecho alusión a la Carta Magna de 1215, otorgada por el rey Juan sin Tierra, así como a las diferentes opiniones acerca de su posterior influencia en el constitucionalismo. Pero, de cualquier forma, importa señalar aquí que existen tesis, como la de Gneist, Green o Boutmy, que ven en la Carta Magna una especie de liberalismo indiferenciado del moderno, es decir, que asignan una especie de liberalismo

solutismo intermedio que apenas tuvo existencia; y una revolución que, más que intentar insertar un nuevo orden político, propugnó por reinstaurar el antiguo modelo quebrantado por los intentos absolutistas, puesto que trajo consigo el desequilibrio de los elementos de su gobierno mixto que caracterizan profundamente su historia.<sup>902</sup> Así las cosas hemos de reconocer que es en Inglaterra donde se encuentra el origen del movimiento liberal europeo<sup>903</sup> que se acentúa a partir de la aparición del pensamiento político-filosófico de quien a la postre resultó ser el principal ideólogo de la Gloriosa Revolución,<sup>904</sup> así como una fuerte influencia para los padres de la Revolución norteamericana: John Locke.<sup>905</sup>

infuso ya sentido por los hombres del siglo XIII. García-Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *op. cit.*, nota 881, t. I, p. 431.

<sup>902</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, *cit.*, nota 102, p. 90. Trevelyan expresa el carácter conservador de la *Glorious Revolution* con meridiana claridad: “La expulsión de Jacobo fue un acto revolucionario; y, sin embargo, el espíritu de esta extraña revolución era opuesto a todo intento revolucionario. No quiso destruir las leyes, sino confirmarlas contra un rey que las vulneraba... Fue al mismo tiempo liberal y conservadora... En tales condiciones, la nota dominante del Ordenamiento de la Revolución fue la libertad personal bajo la ley, lo mismo en religión que en política. La más conservadora de las revoluciones que ofrece la historia fue también la más liberal”. Trevelyan, G. M., *La Revolución inglesa: 1688-1689*, *cit.*, nota 617, pp. 10 y 11.

<sup>903</sup> La aportación que hace el constitucionalismo inglés del siglo XVII a la idea liberal, la realiza por dos vías: primero, trata de establecer las reglas que deben guiar el carácter de la autoridad, y segundo, trata de imbuir dichas reglas en la idea de que su fin es la protección del ciudadano contra injerencias extrañas al cuso de la ley. Laski, Harold, *El liberalismo europeo*, *cit.*, nota 884, p. 89. Para un estudio acerca de los diferentes elementos político-sociales que se conjugaron durante las décadas revolucionarias del siglo XVII en Inglaterra, véase Hill, Christopher, *El mundo trastornado. El ideario popular extremista en la Revolución inglesa del siglo XVII*, Madrid, Siglo XXI, 1983.

<sup>904</sup> La *Glorious Revolution* fue posible por el hecho de que las dos fuerzas políticamente activas —*tories* y *whigs*— se unieron para hacer un frente común en contra de Jacobo II, quien deseaba devolver a Inglaterra el catolicismo romano. Después de la huída del rey a Francia, el Parlamento declaró vacante el trono, proclamando inmediatamente reyes de Inglaterra a Guillermo III de Orange y su esposa María. García-Pelayo, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, *op. cit.*, nota 881, p. 446. En este sentido, resulta interesante la tesis sostenida por Hill, para quien la revolución inglesa de 1688 tuvo pocas experiencias en las que inspirarse, es decir, no tuvo orígenes intelectuales, a diferencia de la francesa de 1789, pues “no hubo ningún Jean-Jacques Rousseau ni ningún Karl Marx de la Revolución inglesa”. Hill, Christopher, *Los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa*, Barcelona, Crítica, 1980, pp. 13 y 14.

<sup>905</sup> En efecto, en el pensamiento de Locke se revela un carácter radical, a la vez que no deja de ser moderado, aun cuando alimentó doctrinalmente a los padres de la independencia americana, y de forma más deliberada y directa, justificara la Gloriosa Revolución

Sin duda, los orígenes del liberalismo europeo se vislumbran durante los debates constitucionales de principios del siglo XVII en Inglaterra, y que van a caballo con las exigencias de una tolerancia religiosa, a la cual Locke considera, no ya la exigencia de una secta perseguida, sino el verdadero y auténtico fundamento del nuevo Estado.<sup>906</sup> Pero, más allá de señalar su carácter liberal, lo cual es innegable, nos interesa poner de relieve el hecho de que la disertación que realiza acerca del estado de naturaleza, así como del concepto de propiedad, le permite entender la verdadera naturaleza del poder político, su estructuración y sus límites, y en consecuencia, esto le vale para reconocer una separación funcional de poderes dentro de la Constitución inglesa, cuyo principal fundamento es la libertad política.<sup>907</sup> Pues, como decíamos anteriormente, el pensamiento liberal nace como una exigencia de la burguesía para limitar el poder del monarca absoluto, intentando retomar la constitución mixta de los antiguos, ya que ve en ella, y en su distinción de poderes, una garantía frente al poder estatal.

Por ello, Locke señala que “el principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad”. De tal suerte que encuentra en el estado de naturaleza tres defectos:

...primero, faltaba una ley establecida, fija y conocida; segundo, faltaba un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres, según la ley establecida; tercero, faltaba un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente.<sup>908</sup>

Estos defectos, o mejor dicho, ausencias dentro del estado de naturaleza, vienen a representar el cuerpo de la teoría de la división de poderes que se encuentra implícita en la obra del político inglés.<sup>909</sup>

o, también llamada, *Bloodless Revolution* o revolución sin sangre. Ruiz Miguel, Alfonso, *Una filosofía del derecho en los modelos históricos...*, cit., nota 135, p. 217.

<sup>906</sup> Mateucci, Nicola, *Organización del poder y libertad...*, cit., nota 223, p. 140.

<sup>907</sup> *Ibidem*, pp. 128-140.

<sup>908</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., nota 215, p. 134.

<sup>909</sup> En Locke, nos dice el profesor De Agapito: “el derecho natural adquiere un contenido histórico determinado al reconocer la propiedad como derecho fundamental por excelencia, y la construcción del Estado incluye la aceptación de éste como el supuesto desde el cual se articula el proceso político”, lo cual lleva al Estado a adoptar una estructura constitucional acorde a las exigencias de la sociedad, bajo la base de la división de

En efecto, John Locke fijaba su preocupación en imponer límites a los diferentes poderes que constituían el gobierno inglés, ya que intuía el peligro que representaba tanto una monarquía absoluta como un desmedido dominio del legislativo o del gobierno de asamblea.<sup>910</sup> Señalaba al respecto que “en aquellos países en los que el Poder Legislativo reside en una asamblea permanente,<sup>911</sup> o en un hombre (tal y como ocurre en las monarquías absolutas), sí existe el peligro de que los gobernantes creen que sus propios intereses son distintos de los de la comunidad”.<sup>912</sup>

Es decir, lo que se observa en la teoría de Locke es un ánimo por evitar la confusión entre el Legislativo y el Ejecutivo,<sup>913</sup> y por tanto el absolutismo, ya que según él, éstos deben residir en manos diferentes, como ocurre en las monarquías moderadas y en los gobiernos bien estructurados.<sup>914</sup> Es así que la justificación de la necesidad de separar los poderes Legislativo y Ejecutivo, en la construcción lockiana, proviene de un pesi-

funciones entre los órganos que lo componen. Agapito Serrano, Rafael de, *Estado constitucional y proceso político*, cit., nota 197, pp. 82 y 83.

<sup>910</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, cit., nota 102, p. 43.

<sup>911</sup> Para el filósofo de Wrington, una asamblea permanente representa el mismo peligro que una monarquía absoluta, razón por la cual el órgano legislativo debe desaparecer en el momento en que ha terminado de elaborar la ley, pues “como esas leyes (que han de ejecutarse constantemente y han de estar siempre en vigor) pueden ser hechas en muy poco tiempo, no es necesario que tenga siempre algo que hacer... y una vez que las leyes han sido hechas, la asamblea vuelve a disolverse, y sus miembros son entonces simples súbditos, sujetos a leyes que ellos mismos han hecho”. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., nota 215, pp. 150 y 151. Locke temía un gobierno de asamblea debido a la experiencia que tuvo Inglaterra durante el Parlamento Largo, al cual Trevelyan considera como el “verdadero punto de viraje en la historia política de las razas de lengua inglesa, y que no sólo impidió una monarquía absoluta... sino que hizo un gran experimento en el gobierno directo del país y del imperio mediante la Cámara de los Comunes”. Varela Suanzes, Joaquín, “Sistema de gobierno y pluralismo político en Locke”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 232.

<sup>912</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., nota 215, p. 146.

<sup>913</sup> En la separación de poderes lockiana, es evidente la ausencia del poder judicial dentro de su definición de poderes de Estado, ya que Locke considera que la función judicial ha de ser desempeñada por aquellos que elaboran las leyes, o a quienes éstos designen, explicándolo de la siguiente manera: “Esto es lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado: el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y para castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado; y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella”. *Ibidem*, p. 104.

<sup>914</sup> *Ibidem*, p. 164.

mismo antropológico que lleva a Locke a justificar el tránsito del estado de naturaleza al de la sociedad,<sup>915</sup> pues “debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular el poder), éstos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer las leyes y el de ejecutarlas para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen”.<sup>916</sup>

Ahora bien, Locke considera que el equilibrio se rompe cuando el Poder Legislativo se descompone, ya que los elementos que concurren a la formación de éste hacen mal uso del poder que tienen; bien porque el príncipe impide que la legislatura se reúna a su debido tiempo, o porque impone su voluntad arbitrariamente en vez de ajustarse a las leyes, afectando de esta manera los derechos de los súbditos, y consiguiéndose así la disolución del gobierno.<sup>917</sup> En síntesis, para Locke la separación de poderes es el remedio para evitar que a causa de la fragilidad de los hombres que hacen las normas, éstos tengan la tentación

...de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio, llegando así a crearse intereses distintos de los del resto de la comunidad y contrarios a los fines de la sociedad y del gobierno [por eso concluye] es práctica común en los Estados bien organizados que el Poder Legislativo sea puesto en manos de diversas personas.<sup>918</sup>

Es así que en el pensamiento lockiano se presenta por vez primera, como bien apunta Silvestri, el interés por conectar el principio de la separación de poderes con el principio de legalidad, asumiendo de este modo una función garantista,<sup>919</sup> cuando se dice que

...el poder absoluto y arbitrario, o gobernar sin leyes establecidas, no puede ser compatible con los fines de la sociedad y del gobierno... Sería imposible suponer que su intención es —de tener poder para ello— dar a uno o a más individuos un poder absoluto y arbitrario sobre sus propias personas y propiedades.<sup>920</sup>

En la construcción del modelo de separación de poderes, John Locke indudablemente establece los límites que han de tener los poderes del

<sup>915</sup> Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, p. 46.

<sup>916</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., nota 215, p. 150.

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>918</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>919</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, nota 915, p. 47.

<sup>920</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cit., nota 215, p. 144.

Estado de cara a la salvaguarda de los derechos de propiedad y libertad, es decir, aquellos denominados por la doctrina como límites “inter-nos”.<sup>921</sup> Sin embargo, en la teoría lockiana no se encuentran los límites instrumentales o “externos” necesarios para evitar que los poderes estatales entren en conflicto, puesto que la única vía de solución que Locke plantea es “la opción de apelar a los cielos”.<sup>922</sup> Ahora bien, la línea argu-mental en la obra del filósofo de Wrington era la separación de poderes, pero en ningún caso la necesaria idea de equilibrio. Equilibrio que, paradójicamente Montesquieu teoriza sobre la base misma de la Constitución inglesa en la cual Locke encontró la separación de poderes. De cualquier forma, no se puede infravalorar la contribución del pensamiento lockiano a la teoría política del Estado constitucional debido a sus omisiones, más al contrario, su obra llegó a ser un clásico debido a que alcanzó un doble fin: “por un lado, el de ofrecer un fundamento teórico más sólido al cons-titucionalismo inglés; y por otro, convertir la Constitución inglesa en un modelo de organización del poder civil para toda Europa”.<sup>923</sup>

### C. *La libertad política y el equilibrio de poderes en Montesquieu*

Para finales del siglo XVII, el modelo constitucional inglés había al-canzado un gran desarrollo —cuyo corolario sería la victoria alcanzada por el Parlamento durante la *Glorious Revolution*—, representando para la Europa continental un paradigma de libertad que casi lo convertía en enigma. Ello motivó a Montesquieu a realizar un viaje a las islas británi-cas en 1729, lo cual le permitió elaborar un estudio de las instituciones que conformaban el gobierno mixto inglés desde consideraciones políti-co-sociales. Es decir, mediante el examen de hechos concretos eliminó cualquier consideración moral contenida dentro del modelo británico, pa-rra apoyarse en la observación de hechos sociales que encuentran cone-xión con la política, haciendo de ésta una ciencia. Por esta razón se le considera el precursor de la sociología del derecho.<sup>924</sup>

<sup>921</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, nota 915, p. 55.

<sup>922</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, *cit.*, nota 215, p. 170.

<sup>923</sup> Mateucci, Nicola, *Organización del poder y libertad...*, *cit.*, nota 223, p. 128.

<sup>924</sup> Lucas Verdú, Pablo, “Alabanza y menosprecio de la Constitución inglesa”, *op. cit.*, nota 220, p. 68. En este sentido, Émile Durkheim considera que es en la obra de Montesquieu donde se encuentran establecidos por primera vez los principios fundamen-tales de la ciencia social. Ya que aunque éstos no se encuentren en términos expresos,

Al igual que lo fuera en Bolingbroke y posteriormente en Hume, el pensamiento político del barón de Montesquieu, plasmado principalmente en el *Espíritu de las leyes*, estuvo impregnado por la búsqueda de la libertad a través del principio de la separación de poderes.<sup>925</sup> Libertad que para él no es sino “el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad”.<sup>926</sup> Y es precisamente esa conexión entre ley y libertad, lo que llevó al francés a prescribir la necesidad de diseñar un sistema jurídico que no solamente proclamara la libertad en términos abstractos, sino que también la garantizara a través de un mecanismo de distribución de poderes,<sup>927</sup> pues consideraba que “para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”.<sup>928</sup>

Es decir, el propósito que anima la exposición de Charles de Sécondat tiene que ver con el objetivo teórico de formular de manera sistemática

perfectamente se pueden deducir de la doctrina del barón de la Brède y sacarlas a la luz. De tal suerte que el francés estableció las nociones clave indispensables para la constitución de la ciencia social: la noción de *tipo* y la noción de *ley*. Durkheim, Émile, *Montesquieu y Rousseau, precursores de la sociología*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 102.

<sup>925</sup> En el pensamiento político de estos filósofos podemos encontrar que la idea de la división de poderes adquirió un significado fundamental, razón por la cual este principio se convirtió en un postulado esencial del Estado liberal de derecho. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, cit., nota 546, p. 291. Al término de la *Glorious Revolution*, Bolingbroke advirtió una supuesta parlamentarización del sistema constitucional inglés, ya que los poderes Ejecutivo y Legislativo se reducían a una mayoría parlamentaria, de tal suerte que reinterpretó la Revolución de 1688 y con ella el sistema político, bajo la fórmula del *King in Parliament*: dentro del cual se comprendía la limitación de la monarquía por parte del parlamento y la necesidad de un ejecutivo de titularidad monárquica que nunca podía ser dominado completamente por el Parlamento. Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, cit., nota 102, p. 96. Para Carl Schmitt, el autor efectivo de la doctrina teórico-constitucional del equilibrio de poderes es Bolingbroke, ya que, aunque no realizó una exposición sistemática de la idea de equilibrio y control recíproco, sí que lo hizo en escritos de carácter polémico o en sus memorias. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 178, p. 187. El principio de división de poderes también influyó en David Hume, quien en uno de sus ensayos (XVII) reprochó que “la máxima que aconseja mantener el equilibrio de poderes encuentra tal apoyo en el sentido común y el razonamiento más obvio que es imposible que pudiera escapar por completo a la Antigüedad, que en otros aspectos nos da tales muestras de penetración y discernimiento”. Hume, David, *Ensayos políticos*, cit., nota 214, p. 151.

<sup>926</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., nota 216, lib. XI, cap. III, p. 106.

<sup>927</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, nota 915, p. 67.

<sup>928</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., nota 216, lib. XI, cap. III, p. 106.

los supuestos de la organización de un Estado que tiene por objeto directo la libertad.<sup>929</sup> Pero esa libertad que busca el político francés, dice encontrarla únicamente en los estados moderados, ya que ésta no siempre aparece ni en la democracia ni en la aristocracia, por no ser estados libres por naturaleza. En efecto, Montesquieu consideró que dichos estados no garantizaban una libertad *per se*, pues para que la libertad aparezca en ellos, es preciso que no se abuse del poder. Por lo cual, la idea principal es asegurar la libertad de los ciudadanos, proporcionándoles, mediante la separación de poderes, la garantía de que cada uno de éstos se ejercerá legalmente. En este sentido, el pensamiento del barón de la Brède apuntaba hacia el mismo pesimismo antropológico ya denunciado por Locke, pues decía que “es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene el poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites”.<sup>930</sup>

Ahora bien, Montesquieu consideraba que, en principio, todos los estados tienen un mismo fin, sin embargo, cada uno de ellos busca uno en particular. De tal suerte que para él, lo que Inglaterra representaba era “la nación en el mundo cuya Constitución tiene como objeto directo la libertad política. Vamos a examinar los principios en que se funda: si son buenos, la libertad se reflejará en ellos como un espejo”.<sup>931</sup> Modelo que, para el francés, los ingleses habían tomado de los germanos de ese “magnífico sistema hallado en los bosques”.<sup>932</sup> Por ello, en el capítulo VI del libro XI, dedicado a la Constitución de Inglaterra, se encuentra verdaderamente su doctrina política, pues es ahí donde examina los principios por los cuales un Estado puede alcanzar la libertad política.

Primeramente, Montesquieu acude a una separación orgánica-funcional de los poderes, “pues 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”.<sup>933</sup> Después, cada uno de estos poderes tiene asignada una determinada función:

<sup>929</sup> Agapito Serrano, Rafael de, *Libertad y división de poderes. El contenido esencial del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 148.

<sup>930</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., nota 216, lib. XI, cap. III, p. 106.

<sup>931</sup> *Ibidem*, lib. XI, cap. V, p. 107.

<sup>932</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>933</sup> *Ibidem*, cap. VI, p. 107.

...por el Poder Legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado.<sup>934</sup>

En definitiva, lo que el barón de la Brède pretendió al realizar la separación funcional de poderes, fue evitar la confusión de titulares entre dos o más órganos del Estado, o como dice Barckhausen, mejor aún buscar la *no confusión*,<sup>935</sup> pues diría Montesquieu: “todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.<sup>936</sup>

Ahora bien, decíamos anteriormente que lo que el francés pretendió fue evitar la confusión de poderes y no una estricta separación de los mismos. Es decir, y siguiendo la tesis de Charles Eisenmann, la teoría de Montesquieu, y muy especialmente el célebre capítulo sobre la Constitución de Inglaterra, ha engendrado un verdadero mito: el mito de la separación de poderes, que particularmente desde finales del siglo XIX y hasta los comienzos del XX, defendió el modelo teórico del francés como un régimen en el que estuviera rigurosamente asegurada la separación de poderes.<sup>937</sup> Pero, en ningún caso se trata de una estricta separación de poderes, sino más bien “que no es adecuado que dos cualesquiera de las tres funciones estén íntegramente reunidas en las mismas manos”,<sup>938</sup>

<sup>934</sup> *Idem.*

<sup>935</sup> Citado por Vallet de Goytisolo, Juan, *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, p. 369.

<sup>936</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes, cit.*, nota 216, lib. XI, cap. VI, p. 107.

<sup>937</sup> Althusser, Louis, *Montesquieu: La política y la historia*, Barcelona, Ariel, 1974, p. 119.

<sup>938</sup> *Ibidem*, p. 122. Efectivamente, en el caso de la Constitución inglesa, así como los poderes intermedios franceses analizados en la teoría de Montesquieu, se produce un equilibrio dinámico que produce una constante acción-reacción similar al mundo físico newtoniano, lo cual haría que no se tratara de una separación de los diferentes poderes y fuerzas sociales, sino una distinción de elementos que producirían una combinación equilibrada, similar a la imagen newtoniana del universo. Iglesias, María del Carmen, *El pensamiento de Montesquieu*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 392 y 393. La mecánica celeste de Newton, en la cual se basa la teoría del francés, entiende que los sistemas solares se man-

pues dice Eisenmann, si la finalidad que perseguía el francés era la que se concretaba en su formulación inicial de “que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder [parece difícilmente discutible que] entre la idea de especialización funcional, *a fortiori* de la separación funcional, y la idea de mutuo control, hay una incompatibilidad lógica absoluta”,<sup>939</sup> pues en definitiva, el verdadero objeto de Montesquieu es precisamente la combinación o enlace de los tres poderes, ya que se trata ante todo de un problema político de relación de fuerzas, y no de un problema jurídico que concierne a la definición de la legalidad y sus esferas.<sup>940</sup>

De este modo, como bien apunta Blanco Valdés, la separación orgánico-funcional que postula Montesquieu no opera sino en su construcción como una condición previa para el equilibrio de poderes que habrá de conseguirse a través de su recíproco control, mediante la disposición de toda una serie de mecanismos de coordinación, o lo que es lo mismo, de frenos y contrapesos entre ellos.<sup>941</sup> Y es precisamente en el equilibrio de poderes donde se encuentra la quintaesencia de la teoría del francés, pues como

tienen en un equilibrio de fuerzas gravitatorias y centrífugas, siendo el concepto de moda, así como fundamento de diversas teorías durante el siglo XVIII. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, *cit.*, nota 546, p. 291.

<sup>939</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, nota 915, p. 70. La mala interpretación que se ha hecho acerca de la teoría de Montesquieu, y que ha sido producto de una serie de factores de diverso calado, como no distinguir entre lo que ella constituye (un componente teórico) y lo que es aplicación jurídica al contexto histórico y social de su época, o la atención explícita que hace éste a la integración del factor político en la organización del Estado, ha derivado en un reproche hacia el francés, respecto a que él proponía la división de la soberanía del Estado, argumento utilizado tanto por liberales radicales como por conservadores. De Agapito Serrano, Rafael, *Libertad y división de poderes*, *cit.*, nota 929, pp. 149 y 150.

<sup>940</sup> Althusser, Louis, *op. cit.*, nota 937, p. 122.

<sup>941</sup> Blanco Valdés, Roberto, *op. cit.*, nota 915, p. 70. Montesquieu sistematizó la teoría de los frenos y contrapesos a través de la distinción entre la facultad de *estatuir* y la facultad de *impedir*, señalándolo en los siguientes términos: “Si el Poder Ejecutivo no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo, éste será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable, aniquilará a los demás poderes.

“Recíprocamente el Poder Legislativo no tiene que disponer de la facultad de contener al Poder Ejecutivo, pues es inútil limitar la ejecución, que tiene sus límites por naturaleza; y además, el Poder Ejecutivo actúa siempre sobre cosas momentáneas...

“Pero si en un Estado libre el Poder Legislativo no debe tener derecho a frenar al Poder Ejecutivo, tiene, sin embargo, el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado”. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, *cit.*, nota 216, lib. XI, cap. VI, p. 111.

bien señala Althusser, lo que está en el fondo de la teoría del *Espíritu de las leyes*, son los trazos de un gobierno moderado, en donde

...la verdadera moderación no es ni la estricta separación de poderes, ni la preocupación y el respeto jurídico a la legalidad, sino el equilibrio de poderes, es decir, el reparto de poderes entre potencias, y la limitación o moderación de las pretensiones de una potencia por el poder de las otras. [En resumen] la famosa separación de poderes es sólo el reparto ponderado del poder entre potencias determinadas: el rey, la nobleza, el pueblo.<sup>942</sup>

En conclusión, la teoría del equilibrio de poderes que sostiene Montesquieu, y no solamente su separación tal y como lo teorizó Locke, es lo que hace que el pensamiento político del francés llegue a impregnar cualquier texto constitucional en la actualidad, pues no sólo es un principio organizativo del Estado, sino la realización del mismo.<sup>943</sup> En síntesis, el barón de la Brède realizó la teoría del equilibrio o de coordinación entre poderes, a través de un sistema de frenos y contrapesos, a fin de evitar el abuso del poder, y en consecuencia, preservar la libertad política de los ciudadanos, resumiéndolo así brevemente:

...he aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el Poder Ejecutivo que lo estará a su vez por el Legislativo. Los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo.<sup>944</sup>

<sup>942</sup> Althusser, Louis, *op. cit.*, nota 937, p. 123. En el mismo sentido, Virga, Pietro, “La separación de poderes”, *op. cit.*, nota 865, p. 90.

<sup>943</sup> En opinión del profesor Rafael de Agapito la teoría que venimos analizando aquí ha sufrido un *proceso de dogmatización* al considerársele como un principio apriorístico basado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reduciendo su contenido a lo más elemental, y en la mayoría de los casos supone una drástica simplificación de su sentido original, concluyendo que la teoría de la separación de poderes “es algo más concreto que un principio y más complejo que una mera articulación de contenidos o fuerzas históricas”. Agapito Serrano, Rafael de, *Libertad y división de poderes*, *cit.*, nota 929, p. 118.

<sup>944</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, *cit.*, nota 216, lib. XI, cap. VI, p. 113.

D. *La experiencia constitucional norteamericana y la absoluta separación de poderes en la Asamblea Francesa de 1789*

Una clara muestra del sentimiento que impregnaba el pensamiento europeo del siglo XVIII fue la novedosa obra *L'Encyclopédie*, impresa en 1751, y que nos revela, entre otras cuestiones, el interés acerca de las limitaciones del poder mediante un pacto entre gobernantes y gobernados. Así lo encontramos en la reflexión que hace Diderot acerca de la autoridad política, y donde afirma que el verdadero y legítimo poder tiene necesariamente limitaciones, y así, mediante esa limitación, el gobernante no puede destruir el *contrato*, pero tampoco el pueblo tiene el poder para hacerlo, por la condición misma de dicho contrato.<sup>945</sup> Pero, en este específico sentido, las revoluciones dieciochescas, primero la americana y después la francesa, representan un punto de inflexión de suma importancia para el constitucionalismo, pues sitúan en primer plano un nuevo concepto que confrontará la tradición constitucionalista por un lado, y la soberanía popular por el otro. Es decir, nos referimos al poder constituyente.<sup>946</sup>

Ahora bien, en relación con el hecho de que el pueblo norteamericano con la Constitución de Filadelfia decidió hacer uso de su poder constituyente, después de alcanzar su independencia, lo que nos interesa poner

<sup>945</sup> Diderot, Denis, "Autoridad política", *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 6-16.

<sup>946</sup> En este sentido, Fioravanti señala que en el ejercicio del poder constituyente estaba contenida una indestructible expresión de la soberanía, con la que todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir una nueva forma política. Era, en pocas palabras, lo que el constitucionalismo siempre había temido. Sin embargo, resulta paradójico que, al final, estas distintas y opuestas tradiciones tienden a confluir. Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, cit., nota 102, p. 103. En 1774, Thomas Jefferson publicaba un escrito dedicado a exponer los derechos que se arrogaban los británicos en suelo norteamericano. En este sentido, aquello era una suerte de advertencia para Su Majestad, debido a los innumerables abusos sufridos en las colonias por parte del Parlamento inglés, por lo que el pueblo soberano podría resolver imponer un poder constituyente. Jefferson, Thomas, "Visión sucinta de los derechos de la América británica", *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 301-320. Por otra parte, para entender el camino seguido por el constituyente francés, es menester acudir a la obra de Emanuel-Joseph Sieyès, quien introduce la noción de un poder constituyente, que habrá de realizar el verdadero pacto constitucional a través de representantes idóneos, por lo que dicho poder establecerá a los poderes constituidos, y en consecuencia se encontrará ilimitado respecto a los representantes ordinarios. Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, cit., nota 223, pp. 104 y ss. Al respecto, Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad...*, cit., nota 223, p. 228.

de relieve ahora es la manera en que los creadores de la Constitución Federal de 1787 entendieron el principio de la separación de poderes. En este sentido, Alexander Hamilton —atento lector del *Esprit des lois*, principal razón por la que de Montesquieu derivó la confianza en la división de poderes— creía en un gobierno republicano democrático, y sostenido por el consenso de los ciudadanos.<sup>947</sup> Por su parte, James Madison también prefería el régimen republicano sobre el democrático llevado a su máxima expresión,<sup>948</sup> por lo que dicho régimen debía reconocer la separación de poderes, pues la acumulación de todos éstos en las mismas manos, “sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonómbrada o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía”.<sup>949</sup> Pero a la vez Madison, fiel al apotegma político del barón de la Brède, no concebía que los diferentes poderes o departamentos estuvieran absolutamente aislados unos de otros, pero también aclaraba que “los poderes propios de uno de los departamentos no deben ser administrados completamente ni directamente por cualquiera de los otros”.<sup>950</sup>

Al igual que en *Del espíritu de las leyes*, el pensamiento de este *federalista* también se encuentra impregnado por ese pesimismo antropológico, cuando señala que “no puede negarse que el poder tiende a extenderse y que se le debe frenar eficazmente para que no pase de los límites que se le asignen... por lo tanto, la tarea más difícil consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de los otros”.<sup>951</sup> En definitiva, Madison postula no tanto una abstracta separación de poderes, sino un concreto equilibrio entre éstos, de tal suerte que se obtenga el resultado de conjunto del gobierno limitado.<sup>952</sup>

<sup>947</sup> Mastellone, Salvo, *Historia de la democracia en Europa. De Montesquieu a Kelsen*, Madrid, Edersa, 1990, p. 23.

<sup>948</sup> Así lo señala en el número 22 de *El Federalista*: “Por eso estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de propiedad; y por eso sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes... Una república, o sea, un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación, ofrece distintas perspectivas y promete el remedio que buscamos”. AA. VV., *El Federalista*, México, FCE, 2001, núm. 22, p. 39.

<sup>949</sup> *Ibidem*, núm. 47, p. 204.

<sup>950</sup> *Ibidem*, núm. 48, p. 210.

<sup>951</sup> *Idem*.

<sup>952</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, *cit.*, nota 102, p. 108.

Por otra parte, en Norteamérica, el problema que dominaba los debates hasta antes de la guerra de independencia era el relativo a la materia tributaria, ya que los impuestos venían exigidos por un Parlamento en el que no encontraban representación alguna las colonias americanas, por lo que el problema atendía principalmente a la vieja fórmula: “*no taxation without representation*”.<sup>953</sup> En efecto, el origen de la Revolución fue en un principio relativo a cuestiones económico-comerciales. Posteriormente, la problemática afectó a realidades de índole político-constitucionales, desde el momento en que se planteaba la necesidad de oponerse a un legislador que se suponía fuera de los confines de su legítima jurisdicción. Es decir, para los americanos, el Parlamento inglés de hecho se creía soberano y omnipotente, lo cual suponía una amenaza para el patrimonio histórico de sus derechos y libertades.<sup>954</sup>

En este sentido, como bien apunta Fioravanti, la cultura político-constitucional americana está marcada desde siempre por una desconfianza frente a los legisladores,<sup>955</sup> que se corrobora en las palabras de Hamilton, cuando señala que

...una cosa es estar subordinado a las leyes y otra diversa depender del cuerpo legislativo. La primera situación concuerda con los principios fundamentales de un buen gobierno, en tanto que la segunda los viola y, cualesquiera que sean las formas de la Constitución, concentra la totalidad del poder en las mismas manos... La tendencia de la autoridad legislativa a absorber todas las otras se ha puesto de manifiesto... En los gobiernos auténticamente republicanos esta propensión es casi irresistible. En una asamblea popular, los representantes del pueblo parecen imaginarse en ciertas ocasiones que son el pueblo mismo y dan muestras violentas de impaciencia y enfado... como si el ejercicio del Poder Ejecutivo o el Judicial de los derechos que les competen fueran un ataque a los privilegios del Legislativo o un ultraje a su dignidad.<sup>956</sup>

En definitiva, para Hamilton la separación de poderes debía atender a una colaboración entre éstos, pero jamás a una absoluta separación, y mucho menos a una sumisión al órgano legislativo por parte de los otros dos poderes o “departamentos”, porque entonces se perdería el equilibrio

<sup>953</sup> Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit., nota 245, p. 353.

<sup>954</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, cit., nota 134, p. 82.

<sup>955</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>956</sup> AA. VV., *El Federalista*, cit., nota 665, núm. 71, p. 305.

que debía suponer cualquier buen gobierno. Esto último lo señala en *El Federalista* de la siguiente manera:

...con frecuencia los representantes parecen dispuestos a ejercer una intervención imperiosa respecto a los departamentos restantes y como comúnmente tienen al pueblo de su lado, proceden con una impetuosidad tal que hacen muy difícil a los otros miembros del gobierno mantener el equilibrio de la Constitución.<sup>957</sup>

Es así que, sobre esta base argumentativa se llega a afirmar el poder que tienen los jueces para declarar nulos aquellos actos del Legislativo contrarios al sentido evidente de la Constitución. Pues si la Constitución limitada es, como entiende Hamilton, aquella que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, entonces, su superioridad debe ser reafirmada por los jueces a través del control difuso de constitucionalidad, pues a ellos pertenece determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del Legislativo.<sup>958</sup> Se trata, a final de cuentas, de jueces que son instrumentos de la Constitución, la cual se sirve de ellos para “reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias, del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría en turno”.<sup>959</sup> En definitiva, el pueblo norteamericano proyectó una división de poderes que permitiera el mejor equilibrio posible de la Constitución, lo cual se logró al no caer en dogmatismos radicales respecto a cuestiones tanto de constitucionalismo, como de soberanía popular. En este sentido, las palabras de Alexis de Tocqueville son sumamente precisas cuando dice: “los americanos nunca se apasionaron tanto como los franceses por las ideas políticas generales”, pues en los Estados Unidos nunca se vieron cuerpos políticos tan apasionados por las ideas generales como, en el caso de Francia, la Asamblea Constituyente o la Convención.<sup>960</sup>

<sup>957</sup> *Idem*. En este sentido, Gottfried Dietze señala que mientras que los ingleses se contentaron con restringir la Monarquía estableciendo la supremacía parlamentaria, los americanos avanzaron más puesto que los derechos del hombre se libraron tanto del gobierno popular como del monarca. Citado por Lucas Verdú, Pablo, “Algunas consideraciones de un profesor español sobre la Constitución de los Estados Unidos de América”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 7, 2001, p. 102.

<sup>958</sup> AA. VV., *El Federalista*, *cit.*, nota 665, núm. 78, p. 332.

<sup>959</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, *cit.*, nota 102, p. 109.

<sup>960</sup> Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, *cit.*, nota 244, t. II, p. 21.

Por otra parte, habíamos anotado anteriormente que la llegada del absolutismo se fundó en la exigencia de un gobierno fuerte que pudiera velar por los intereses de la naciente burguesía. Es así que, a partir del siglo XVI, ya se habla del concepto de soberanía del Estado y se identifica completamente Estado con gobierno. Es decir, de esta manera se ponía especial énfasis en la necesidad de un gobierno nacional fuerte y eficaz.<sup>961</sup> La teoría de la soberanía estatal, teorizada principalmente por Bodin,<sup>962</sup> trajo consigo otras teorías, como la de Thomas Hobbes que postulaba una indivisibilidad de la soberanía estatal, sea que ésta recaiga en un monarca o en una Asamblea,<sup>963</sup> o en la “voluntad general” del pueblo, según Rousseau,<sup>964</sup> pero que no se llegarían a contentar con la teoría de la separación de poderes, bien porque ésta suponía un ataque a la indivisibilidad de la soberanía, bien porque rompía la unidad orgánica del Estado.<sup>965</sup>

Pero, si bien es cierto que Montesquieu jamás fundamenta su teoría, ni aclara la cuestión acerca de la unidad del Estado y de la relación de los poderes con esa unidad,<sup>966</sup> también es cierto que tanto Locke como él no plantearon la cuestión relativa a dónde residía la soberanía del Estado, sino más bien, cómo puede ejercitarse la soberanía del mejor modo posible

<sup>961</sup> Siguiendo a McIlwain, recordamos una vez más que en la baja Edad Media, el recuerdo del poder reciente y los excesos de una multitud de “señores arrogantes”, así como la amenaza de desintegración, consecuencia de las radicales diferencias religiosas, condujeron tanto a la aceptación de una concentración de poder político en el gobierno como no se había conocido en la época medieval. McIlwain, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, cit., nota 180, pp. 169 y 170.

<sup>962</sup> Para Bodin: “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República...”. Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, cit., nota 186, lib. I, VIII, p. 47.

<sup>963</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, cit., nota 199, pp. 216 y 260. También, Dorado Porras, Javier, *La lucha por la Constitución...*, cit., nota 890, p. 193.

<sup>964</sup> Evidentemente Rousseau reconoce una distinción de poderes, por ejemplo, entre Legislativo y Ejecutivo. Sin embargo, dicha distinción resulta aparente desde el punto de vista de la teoría de Montesquieu, pues el ginebrino no concibe poderes estatales en situación de igualdad, “para que el poder frene al poder”, sino que admite un poder único, el Poder Legislativo que habrá de ser quien detenta la soberanía, y donde la relación entre el Legislativo y el Ejecutivo es idéntica a la que existe entre la voluntad que determina un acto y la fuerza o potestad física que lo ejecuta, por lo que el Ejecutivo se convierte en un mero intermediario entre los súbditos y el soberano. Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969, pp. 65 y 66.

<sup>965</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, cit., nota 191, vol. II, p. 140.

<sup>966</sup> Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., nota 108, p. 452.

por los diferentes elementos de ésta.<sup>967</sup> Y a mayor abundamiento, Montesquieu, quien, por su obra *Del espíritu de las leyes*, es considerado como el principal teórico de la doctrina de la separación de poderes, no emplea a lo largo de todo el texto de su obra las expresiones *división* ni *separación* de poderes. Únicamente en el párrafo 5 del capítulo VI, utilizó el verbo *separar* en forma negativa.<sup>968</sup> “Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del Ejecutivo”.<sup>969</sup> Entonces, como bien señala Barckhausen, las brutales expresiones *separación* y *división* traicionan el pensamiento del francés, pues sería más exacto decir la *no-confusión* de poderes.<sup>970</sup> De esta manera, el objetivo del autor *Del espíritu de las leyes* era obtener una limitación del poder como agencia de decisión, y que por el equilibrio de sus propios elementos garantizara una esfera de libertad. Es decir, el fenómeno de la división de poderes es al mismo tiempo un fenómeno de “coordinación de poder”, puesto que el francés también creyó en la necesidad de un impulso unitario del poder, pero aquí la unidad no ha de resultar de una sola voluntad, sino de la compleja síntesis que crea el acuerdo entre varias voluntades, produciendo que esa oposición entre poderes sea puramente dialéctica, a través de una compleja y delicada balanza de facultades correlativas de estatuir e impedir con que los poderes se coordinan.<sup>971</sup>

En definitiva, y como igualmente lo señaló Hauriou: “lo más defectuoso de la teoría de la separación de poderes es el nombre mismo con que se designa y que no expresa toda la realidad”, ya que para él, lo que el barón de la Brède teorizó fue una separación de poderes “en sentido flexible”, pues mediante esta concepción “se realiza un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el gobierno del Esta-

<sup>967</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político, cit.*, nota 191, vol. II, p. 140.

<sup>968</sup> Vallet de Goytisolo, Juan B., “La separación, no confusión o contrapeso de poderes y la independencia de la función judicial en la perspectiva de Montesquieu”, en AA. VV., *División de poderes*, Jornadas, Córdoba, 1996, p. 39.

<sup>969</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes, cit.*, nota 216, lib. XI, cap. VI, p. 107.

<sup>970</sup> Vallet de Goytisolo, Juan, *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes, cit.*, p. 369.

<sup>971</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Nacional, 1979, pp. 462 y 478. En este mismo sentido, Kant lo diría más tarde: “Los tres poderes del Estado están, pues, en primer lugar, coordinados entre sí como personas morales (*potestates coordinatae*), es decir, que una persona complementa a las otras para lograr la integridad de la Constitución del Estado... Así pues, en virtud de tres poderes diferentes tiene su autonomía el Estado, es decir, se configura y mantiene a sí mismo según leyes de la libertad”. Kant, Emmanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 146 y 149.

do, una vida interior permanente y continuada, al mismo tiempo que una garantía de la libertad”.<sup>972</sup>

Ahora bien, si la teoría de la separación de poderes elaborada por Montesquieu ha sido tergiversada o malentendida —en muchos casos de manera intencional—, en ningún caso debe ser atribuible esa falta a nuestro autor, ya que ni siquiera él estimó que su postulado fuera el único y exclusivo medio para garantizar la libertad, así como tampoco se puede soslayar el hecho, y es necesario precisarlo aquí, que las causas de inestabilidad política son varias y complejas, y en consecuencia, ajenas a la institución de la separación de poderes.<sup>973</sup> Sin embargo, la brillantez del pensamiento del francés, a la vez adolece de una suficiente precisión jurídica, que ha hecho que éste no siempre se haya llegado a comprender de manera correcta. En definitiva, debido a esa desafortunada interpretación, se han llegado a cometer errores en la organización política, lo que ha propiciado que resulte más sencillo negar la existencia o la utilidad de todo principio de separación de poderes.<sup>974</sup>

Para finales del siglo XVIII aparece en Francia, específicamente el 26 de agosto de 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 16 dice: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes carece de Constitución”.<sup>975</sup> Sin embargo, el constituyente

<sup>972</sup> En este sentido, Hauriou afirma que Montesquieu únicamente expresó de manera tática una garantía de libertad política que procura la separación de poderes, la que proviene de la moderación del poder ocasionada por dicha separación. Sin embargo, en su pensamiento está implícita la que resulta de la continuidad del gobierno, de la ausencia de interrupciones y sobresaltos en la marcha de los asuntos, y que a la vez crea la libertad. Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, cit., nota 252, pp. 376-382.

<sup>973</sup> Ésta es la postura del profesor Lucas Verdú, quien percibe como causas de inestabilidad política aquellas de índole social, económica y política, entre las que se encuentran los conflictos socioeconómicos originados por la desigualdad, fanatismos ideológicos, excesiva proliferación de partidos políticos, partidocracia o un parlamentarismo excesivo. Y otros medios para garantizar la libertad los encuentra en el pluralismo político-social, el respeto a las minorías y de la oposición, la libertad de los derechos y libertades fundamentales con los cuales es compatible perfectamente la separación de poderes, encaminándose juntas a limitar el poder y, con todo ello, a evitar el despotismo. Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, cit., nota 191, p. 142.

<sup>974</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, cit., nota 252, p. 377.

<sup>975</sup> Es indudable la influencia que tuvo el constituyente norteamericano durante la elaboración del texto constitucional francés de 1791, específicamente el *Bill of rights* de

galo de 1791, fiel a la teoría de Montesquieu, adoptó una concepción rígida de la separación de poderes como dogma de filosofía política, y no como una receta de técnica política, lo que llevó a los hombres de la Asamblea de 1789, a entender que los poderes eran fracciones de soberanía que el pueblo delegaba a sus representantes, los cuales al convertirse en únicos beneficiarios de su función, igualmente deberían ser los únicos en ejercerlo en su totalidad, de esta manera, los constituyentes de 1791 al intentar introducir esta concepción rígida convirtieron la Constitución en un monstruo políticamente inviable, que condujo al país galo primeramente a una tiranía de Asamblea, y para 1848, a un gobierno dictatorial.<sup>976</sup>

Esto fue denunciado por León Duguit en 1893 cuando publicó tres artículos en los que realizaba un agudo análisis sobre el principio de separación de poderes aplicado a la Constitución francesa de 1791. En dicho estudio, nuestro autor afirmaba que en teoría la separación absoluta de poderes no podía concebirse, ya que el cumplimiento de cualquier función estatal es siempre producto de un acto de voluntad a través de la manifestación de su personalidad, por lo que implica el concurso de todos los órganos que constituyen la persona del Estado. Razón por la cual, si la teoría de la separación de poderes supone la creación de distintos poderes dentro de un Estado, sin relación alguna entre ellos, sin ninguna acción recíproca, y confiando a cada uno funciones diferentes sin el concurso de los otros, para así pretender hacer de ésta la condición esencial de garantía necesaria y común de los intereses colectivos y de los derechos individuales de cualquier gobierno ponderado, entonces, dicho principio estará condenado a ser una singular ilusión.<sup>977</sup> Y era una ilusión,

Virginia del 12 de junio de 1776. Esta tesis, brillantemente expuesta por Jellinek, confirma que el primer Estado que ha producido una Declaración de Derechos, en el pleno sentido de la palabra, fue el de Virginia, ya que en su artículo V señala: “Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial deben ser separados y distintos...”. Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, Victoriano Suárez, 1908, pp. 107 y 235. Para un estudio acerca de este periodo histórico, véase Soboul, Albert, *Compendio de la historia de la Revolución Francesa*, Madrid, Tecnos, 1989.

<sup>976</sup> Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., nota 714, pp. 196-197.

<sup>977</sup> El trabajo fue publicado en tres partes, bajo el título “La séparation des pouvoirs et l’Assemblée Nationale de 1789”, *Revue d’Économie Politique*, 1893. Sin embargo, para esta investigación hemos utilizado la versión traducida al castellano por Pablo Pérez Tremps. Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Ma-

como dice Troper, porque de hecho la Constitución de 1971 no respetó en absoluto el principio de separación de poderes, pues ni los órganos estaban especializados, bien porque el rey participaba lo mismo en el proceso ejecutivo como en el legislativo, o bien porque el cuerpo legislativo participaba en la función jurisdiccional.<sup>978</sup>

Con la separación de poderes consagrada por el artículo 16 de la Declaración de 1789 y por la Constitución de 1791, se reconocía una soberanía indivisible pero fraccionada en diferentes poderes a la vez; es decir, se trataba de una distinción de poderes y no de funciones ni de órganos,<sup>979</sup> y era indivisible pues la soberanía nacional procedía de la nación, de la cual emanaban todos los poderes, y posteriormente se podían ejercer por delegación.<sup>980</sup> Sin embargo, como bien lo señala Duguit, esta separación de poderes también consagraba una serie de decisiones contradictorias capaces de falsear los resortes de la vida social y política del país, pues colocar a la cabeza del Estado dos poderes sin vínculo entre ellos, era condenarlos totalmente a la lucha; y añadía que

drid, CEC, 1996, p. 3. Para Carré de Malberg, el principio de la división de poderes, en el sentido en que la entiende Montesquieu, nunca se ha encontrado realizado en el derecho positivo francés, pues dice, ni la división de poderes, ni la especialización de funciones materiales, ni la independencia de sus órganos han sido reconocidas como posibles. En este sentido, nuestro autor encuentra más conveniente hablar de la primacía de algún órgano estatal, que si bien no se encuentra ilimitado ni mucho menos es soberano, pero que de igual manera nada pueda hacerse sin su consentimiento. Para ello recurre al Parlamento, el cual absorbe la soberanía nacional, y cuya única limitación, y en cierto sentido la única división de poderes que él reconoce, es su naturaleza temporal, debido a que se trata de un órgano electivo. Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, cit., nota 675, p. 861.

<sup>978</sup> Troper, Michel, *Por una teoría del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 207. En el mismo sentido, Maurizio Fioravanti señala que la Constitución de 1971 había sido construida completamente en torno a la primacía del Poder Legislativo, privada casi totalmente de verdaderos y auténticos contrapesos, y con ello, de la posibilidad misma de contrastar en el plano legal y constitucional ese mismo poder. Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, cit., nota 102, p. 115. En efecto, para Sánchez Agesta, la Constitución francesa no estableció una estricta división de poderes, sino más bien de funciones, por lo que, apoyándose en ella, y en el valor intrínseco que se atribuye a esas funciones por su referencia a la legitimación del poder en el pueblo, dibujó una curiosa jerarquía entre esos poderes, en el que el principal beneficiario sería la Asamblea Nacional. Sánchez Agesta, Luis, "Poder Ejecutivo y división de poderes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, p. 14.

<sup>979</sup> Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, cit., nota 339, p. 149.

<sup>980</sup> Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la historia*, cit., nota 208, p. 108.

como uno de estos poderes estará necesariamente peor armado que el otro, éste absorberá a aquél.<sup>981</sup> Esa fue precisamente la experiencia del constituyente francés, pues, dice Jellinek, aun cuando en la Declaración de los Derechos se proclama el principio de la división de poderes, ésta no se lleva hasta sus últimas consecuencias, sino que más bien hizo que todos los poderes se unieran dentro del Poder Legislativo.<sup>982</sup> Por ello, bien vale aquí la crítica que Edmund Burke endereza en contra de la Asamblea constituyente francesa, pues para él, ésta no era más que una “asociación voluntaria de hombres”, que en determinadas circunstancias históricas se había adueñado del poder político, sin estar limitado por “ninguna ley constitucional”, de manera que, con ella se había inaugurado una nueva forma de despotismo.<sup>983</sup>

## 2. *Crítica y rechazo doctrinal al principio de división de poderes*

Cuando Ranke sostenía que la teoría de la división de poderes de Montesquieu era “una abstracción del pasado, un ideal del presente al tiempo que un programa para el futuro”,<sup>984</sup> apuntaba directamente hacia la suerte que habría de correr dicha fórmula política. Pues, en efecto, el principio que hemos venido abordando resulta ser un elemento clave dentro del constitucionalismo moderno, ya que, aunque con innumerables modificaciones, ha logrado llegar hasta nuestros días, encontrando su vigencia en el hecho de que su reconocimiento, expreso o no, impregna los textos constitucionales de cualquier democracia actual. De lo contrario, si se abandonase el principio liberal de la división de poderes, sig-

<sup>981</sup> Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, cit., nota 977, p. 132.

<sup>982</sup> Es aquí donde la concepción democrática que sirve de base a la doctrina de la soberanía popular no consiente a la división de poderes desempeñar otro papel que el de un principio secundario. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., nota 108, p. 452. Para un estudio acerca de la singular interpretación que se da de la división de poderes en la Francia revolucionaria, contraria a la teoría de Montesquieu, y que supone la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo, véase García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981, p. 41.

<sup>983</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución...*, cit., nota 102, p. 121.

<sup>984</sup> Citado por García-Pelayo, Manuel, “La división de poderes y su control jurisdiccional”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1983, p. 10.

nificaría llegar de nueva cuenta al absolutismo de Estado.<sup>985</sup> Entonces, analizadas las causas que dieron origen a este principio, cuyo objetivo es la libertad política del ciudadano, así como también la aplicación que se dio de éste en los textos constitucionales que surgieron como consecuencia de sendas luchas a uno y otro lado del Atlántico (como lo fueron las revoluciones dieciochescas), hemos de reconocer —siguiendo el pensamiento político-constitucional de finales del siglo XIX y prácticamente todo el XX—, que este principio organizador del Estado para unos, o dogma institucional para otros, puede asegurar óptimamente la libertad del individuo dentro del Estado, a través de un sistema de separación y de frenos y controles recíprocos entre los tres poderes.<sup>986</sup> De tal suerte, que el principio de la división de poderes ha sido el caldo de cultivo para innumerables debates doctrinales, entre los cuales encontramos el sostenido por los defensores del positivismo jurídico como fuente originaria de todo texto constitucional por un lado, frente a los detractores del mismo por el otro.

#### *A. La defensa de la unidad del Estado y el positivismo jurídico*

Una de las principales discusiones doctrinales en torno al principio liberal de la división de poderes, es la relativa a la unidad del Estado. Desde los siglos XVIII y XIX los interpretes de la teoría de Montesquieu veían en ella una suerte de colegio de voluntades entre diversos órganos estatales, los cuales, al emitir al unísono su voluntad formaban la unidad estatal. De tal suerte que, con estas ideas y otras como las esbozadas por la escuela del positivismo jurídico se abría un blanco para atacar dicho principio desde diferentes corrientes doctrinales.

En este primer campo encontramos la tesis de George Jellinek, quien consideraba que tan pronto se quisiera trasladar la doctrina de la separación de poderes a la realidad surgirían diferentes dificultades, tanto prácticas como doctrinales, en donde las primeras aparecerían en el campo de la política, ya que éstas jamás pueden ser enteramente dominadas por una fórmula abstracta. En efecto, para él, la actitud del constituyente

<sup>985</sup> Pérez Serrano, Nicolás, “El principio de separación de poderes: antecedentes del problema”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, t. II, p. 658.

<sup>986</sup> Kági, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico...*, *cit.*, nota 831, p. 81.

francés ha sido fecunda, pues a pesar de que la Declaración de los Derechos del Hombre proclama dicho principio, posteriormente no es llevado a sus últimas consecuencias debido a todos los doctrinarismos, sino que más bien hace del legislativo un órgano al que han de unirse todos los demás poderes, pasando a un segundo plano el principio de división de poderes, puesto que la concepción democrática que sirve de base a la doctrina de la soberanía popular no la consiente.<sup>987</sup> En este sentido, Jellinek afirma que no hay Constitución alguna que haya llevado a sus últimas consecuencias un estricto reconocimiento de la separación de poderes, pues dice, es mejor hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes, pues en la variedad de sus órganos estatales no existe sino un solo poder del Estado.<sup>988</sup>

De esta manera, Jellinek deja de lado la cuestión relativa al principio de división de poderes cuando habla de la existencia de la unidad del Estado que ha de manifestarse en un órgano supremo, el cual no es más que “aquel que pone y conserva en actividad al Estado y posee el poder más alto de decisión, ya que según él, en todo Estado es necesario un órgano que dé impulso a la actividad total de aquél y cuya inacción habría de llevar consigo la paralización del Estado”.<sup>989</sup>

Por su parte Raymond Carré de Malberg al negar la factibilidad del principio de división de poderes —a la que calificaba de errónea e inapli-

<sup>987</sup> George Jellinek parte del fundamento de que la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como una unidad, razón por lo cual, su tesis afirma el principio de indivisibilidad del poder de Estado. Ahora bien, nuestro autor afirma que aceptar la divisibilidad del poder del Estado, es decir, intentar trasladar la doctrina de la separación de poderes a la realidad producirá dificultades tanto técnicas como prácticas, pues advierte que para la concepción democrática, la cual sirve de base a la doctrina de la soberanía popular, la división de poderes únicamente realiza un papel secundario, como la subordinación del Poder Judicial al Legislativo en la Constitución francesa de 1791. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado, cit.*, nota 108, pp. 450-453.

<sup>988</sup> En este sentido Jellinek niega una posible división de poderes del Estado, al señalar que, aun cuando diversas constituciones hayan aceptado dicho principio, lo cierto es que éstas admiten un punto de unión, a saber, el monarca o el pueblo, lo que en ambos casos significa que la unidad del Estado debe ser comprendida desde el punto de vista de la evolución de la soberanía, de tal suerte que cada órgano estatal representa, dentro de sus límites, el poder del Estado. *Ibidem*, p. 454.

<sup>989</sup> En el caso de la República, le corresponde al pueblo ejercitar la función del voto para organizar el Estado y con él sus órganos. De igual modo, en las monarquías típicas, dice, es necesaria la actividad del monarca para poner en movimiento al Estado y conservar su vida. *Ibidem*, p. 496.

cable— fue aún más categórico que el alemán, pues decía que las críticas contra este principio no se dirigían solamente al sistema de separar hasta el exceso las funciones materiales comprendidas en la potestad estatal, sino a cualquier sistema que pretenda separarlas en cualquier grado, ya que toda separación es excesiva en sí, puesto que atenta contra la unidad del Estado. Es decir, para el francés, la separación de poderes tal como la comprendió Montesquieu es irrealizable, porque al concedérsele una función material de la potestad estatal a un órgano independiente y hasta soberano dentro de su propia esfera —lo que constituye a la vez una igualdad entre los órganos—, no sólo paralizaría la potestad del Estado, sino que además arruinaría su unidad.<sup>990</sup>

Ahora bien, el francés afirma que la unidad del Estado—la cual es condición fundamental de éste—, no excluye la multiplicidad de órganos, pero es la Constitución la que ha de coordinar entre sí las respectivas actividades de los órganos, de tal modo que de sus múltiples voluntades se desprenda finalmente una voluntad estatal unitaria.<sup>991</sup> Y es aquí donde señala, al igual que Jellinek, que es necesario que uno de ellos tenga un poder de decisión más alto, es decir, una voluntad superior, que haga de él el órgano predominante y supremo. Pero este órgano supremo no significa en modo alguno órgano con potestad ilimitada, o más aún, soberano, sino un órgano preeminente, cuya voluntad domine la de los órganos concurrentes.<sup>992</sup> Es así que, para Carré de Malberg, el órgano su-

<sup>990</sup> En efecto, la tesis de Carré de Malberg, al igual que en Jellinek, se encuentra impregnada por una constante afirmación del principio de unidad del Estado, el cual niega la validez del principio que nos ocupa, partiendo del hecho de que la teoría de Montesquieu consiste en descomponer y seccionar la potestad del Estado en tres poderes principales, susceptibles de atribuirse separadamente a tres clases de titulares que constituyen por sí mismos, tres autoridades primordiales e independientes dentro del Estado. Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, cit., nota 675, pp. 757 y 835.

<sup>991</sup> *Ibidem*, p. 836.

<sup>992</sup> *Ibidem*, pp. 836 y 837. Efectivamente, tanto para Jellinek como para Carré de Malberg, el órgano supremo no significa en modo alguno órgano soberano, pues el único titular es el Estado y no otro (Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., nota 108, p. 495). Un órgano supremo es el que de un modo definitivo resuelve sobre las modificaciones del orden jurídico, y desde el punto de vista exterior tiene el derecho a declarar la guerra, de tal suerte que, si en una determinada Constitución hubiera dos órganos supremos iguales en poder, la consecuencia habría de ser una lucha permanente entre ellos, que concluiría con la victoria de uno o la aniquilación del Estado, razón por la cual, Jellinek considera que el órgano supremo es el cuerpo legislativo, al cual solamente compete el poder supremo de decisión (*ibidem*, p. 497). Por otra parte, Rudolf

premo sería el cuerpo legislativo por poseer la potestad más alta, por lo que, para él, en este sentido es más preciso hablar de un sistema de *gradación* de poderes que de un sistema de *separación* de poderes, por cuanto el Parlamento es el único que puede realizar actos de potestad legislativa, lo que significa que es el único que puede tomar medidas iniciales en una decisión estatal, es decir, crea el derecho libremente, cuyas reglas constituyen el orden jurídico superior y estatutario del Estado, lo cual obliga a todos los órganos o autoridades estatales.<sup>993</sup>

Es precisamente en esta última línea argumentativa en la que se mueve Hans Kelsen, cuando sostiene que el principio de la división de poderes tiene un significado político, en el que no se debe de hablar de división de poderes del Estado, sino de proceso de creación jurídica, en donde “no existe una yuxtaposición de funciones más o menos inconexas y aun especialmente distintas, sino una jerarquía de los distintos grados del proceso creador de derecho”.<sup>994</sup> De tal suerte que, aunque el fundador de la Escuela vienesa reconozca que hay una cierta ventaja técnica en separar los poderes Legislativo y Ejecutivo, para la posición formalista que él defiende nada de esto importa, puesto que lo único que interesa es la función crea-

Smend sostiene la necesidad de crear una instancia suprema para lograr una eficacia aglutinadora real. En este sentido dice que el pensamiento constitucional suele buscar dicha instancia en un órgano irresponsable supremo, ya sea éste un tribunal constitucional como el norteamericano o en el órgano legislativo como se ha hecho en Europa, y que es para él el más favorable. Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, cit., nota 419, pp. 149 y 150.

<sup>993</sup> También en esta gradación de poderes, el Legislativo tiene la potestad más alta puesto que puede tomar con total libertad las medidas que considere necesarias, así como que no está sujeto a sus propias leyes, pues puede derogar la legislación vigente. Igualmente es totalmente irresponsable de sus actos, pues no puede formularse ningún recurso en contra de sus actos, salvo el que se aplica por el cuerpo electoral, al ser renovadas las cámaras. Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, cit., nota 675, p. 839.

<sup>994</sup> Para Kelsen el postulado de la separación de poderes no tiene más que un significado político, pues en la separación técnica entre la legislación y la ejecución radica una cierta ventaja política, aprovechada principalmente por la Monarquía constitucional, como instrumento de defensa ante la oleada democrática que comenzaba ya a ganar terreno frente al poder ilimitado que anteriormente había ostentado, por lo que de esta manera se aseguraba una posición independiente e irresponsable frente al Parlamento. Por otra parte, Kelsen sostiene que es completamente errónea la idea del poder estatal como sustancia divisible cualitativamente, puesto que la libertad no se concibe aislando los poderes del Estado, sino dividiendo o repartiendo el Poder Legislativo entre los distintos órganos. Kelsen, Hans, *Teoría del Estado*, Granada, Comares, 2002, pp. 427-430.

dora del derecho.<sup>995</sup> Esta postura llevó a Hans Kelsen a situarle en el extremo opuesto de otras concepciones de la Constitución que veían en ésta a aquella norma que regula y ordena la vida del Estado no siempre por cauces jurídicos, es decir, aquellas posiciones en las que se ven mezclados elementos de naturaleza tanto jurídica como política o social. Entre estas tesis podríamos señalar por ejemplo, la defendida décadas antes por Ferdinand Lasalle,<sup>996</sup> o la teoría de la integración de Rudolf Smend, quien a través de la distinción entre Estado y derecho intentó desvirtuar la teoría de la Escuela de Viena.<sup>997</sup> Pero quizá, quien se haya enfrentado

<sup>995</sup> Primeramente, en la posición de Jellinek se acusaba una doble vertiente para percibir y captar la esencia del Estado: el aspecto sociológico y el aspecto jurídico. Sin embargo, posteriormente, su discípulo Hans Kelsen reaccionará frente a este dualismo modélico señalando que el Estado es un fenómeno jurídico o no es nada, por lo cual en su tesis señala que el mundo jurídico queda constituido por una pirámide en el vértice de la cual se encuentra la Constitución en sentido jurídico-positivo, normal, que nos va a decir cómo se elaboran con secuencia jurídica o con un formalismo correcto las leyes ordinarias, que a su vez tienen por misión decirnos cómo se van a poder confeccionar los reglamentos, mismos que indicarán cómo se pueden elaborar las instrucciones. Pérez Serrano, Nicolás, “El principio de separación de poderes...”, *op. cit.*, nota 985, pp. 649-651. Por su parte Hermann Heller, en contraposición con Kelsen, no encuentra que la suma de preceptos jurídicos sea jamás un sistema lógicamente cerrado y unitario, pues siempre será una obra humana con lagunas e imperfecciones, de tal suerte que, el orden jurídico cerrado es un objetivo inalcanzable, y lo único que cabe es irse acercando a él gradualmente. Heller, Hermann, *Teoría del Estado, cit.*, nota 107, p. 286.

<sup>996</sup> Efectivamente, en la tesis sostenida por Ferdinand Lasalle, se afirmaba que “los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando son expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social”. De tal suerte, que la Constitución es, en esencia, “la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”, y no una simple hoja de papel escrita. Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 92 y 119.

<sup>997</sup> La teoría de la *integración* de Smend parte de la existencia de diversas fuerzas sociales en el Estado, por lo que es necesario reimplantar la realidad total de éste, lo cual haría que la Constitución fuera la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de dicho proceso. Ello es así, debido a que la Constitución no puede abarcar en su totalidad aquellas funciones del Estado que le compete regular, por lo que de esta manera, se acusa el dinamismo de la vida política del Estado. De tal suerte que la “naturaleza de la Constitución no tiende a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso creador”. Es en este sentido que Smend rechazó la tesis *positivista* de Hans Kelsen, al señalar que un texto constitucional de acuerdo a como lo planteaba este último, identificaría al órgano estatal como un simple órgano dotado de capacidad de obrar, en donde las funciones formales y la organización del Estado no son

con mayor energía a la doctrina positivista vienesa haya sido Carl Schmitt, por medio de su doctrina jurídico-política del decisionismo.

*B. Carl Schmitt y su crítica al parlamentarismo:  
un ataque al principio de división de poderes*

El concepto de decisión que Carl Schmitt utilizó para llevar a cabo una crítica y un ataque frontal hacia el Estado liberal burgués —y con él, al principio de división de poderes que hemos venido estudiando—, lo convierten quizás, entre otras muchas cuestiones, en el más controvertido de los grandes autores de la teoría del Estado y de la Constitución del siglo XX, cuya vigencia aún en los inicios de esta centuria es prácticamente inegable.<sup>998</sup> Sin embargo, aunque no sea éste el lugar para llevar a cabo un

más que instrumentos técnicos cuyo fin primario es la formación del derecho y del Estado mismos. En cambio, según Smend, cuando la estructura de una Constitución distribuye los poderes no se está refiriendo en ningún caso a una distribución de funciones jurídicas, sino a poderes reales máximos y concretos, cuyo equilibrio y combinación en la práctica es el problema legislativo clave. Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, cit., nota 419, pp. 129-145. Kelsen por su parte, en una obra dedicada a dar respuesta a las críticas que Smend realiza sobre su teoría —a las que por cierto califica de *observaciones aforísticas*—, no encuentra más que contradicciones, pues opina, debido a la peculiaridad de las exposiciones de Smend, su total carencia de clausura sistemática, una cierta inseguridad de la concepción, lo que lo aparta de decisiones claras e inequívocas, y que le hace moverse preferentemente sólo con vagas indicaciones, produce en él un estilo literario oscuro y difícil, lleno de voces extrañas que sólo se aplican a medias. De tal suerte que todas sus contradicciones, dice, colocan las posturas de Smend tanto en el lado de la doctrina de su maestro Theodor Litt, quien sostiene la tesis de la estructura social libre de normatividad, así como también en el lado de la teoría normativa de la Escuela de Viena. Kelsen, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 3-37. En España el profesor Pablo Lucas Verdú ha seguido de cerca la obra de Smend, quien moviéndose en la misma línea argumentativa del alemán, formula fuertes diatribas en contra del positivismo jurídico, al que acusa de incurrir en un *solipsismo jurídico* al defender la tesis de que el ordenamiento jurídico se sostiene a sí mismo sin necesidad de recurrir a criterios y fundamentos ajenos o exteriores. Igualmente lo califica de soberbiamente prepotente al pretender establecer un *statu quo* en beneficio de los poderosos, a favor de los detentadores del poder, en un *establishment* que se autoreproduce. Lucas Verdú, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 78 y 79.

<sup>998</sup> Para un estudio sobre la vida y obra de Carl Schmitt, véase Sosa Wagner, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público*, cit., nota 737, pp. 443-487. La trascendencia del pensamiento del alemán —sin dejar de lado la gran aportación al campo jurídico por

análisis lo bastante extenso, debido a la riqueza doctrinal del pensamiento de este polémico jurista alemán, resulta insoslayable hacer alusión a los rasgos más representativos de la doctrina antiliberal que Schmitt defendió, a fin de comprender que, cuando a través de una inteligente teoría jurídico-política como la que este autor sostenía, se logra eliminar el principio liberal de división de poderes en un Estado democrático-constitucional, como fue el caso de Weimar, los derechos fundamentales así como las libertades y las garantías de los ciudadanos estarán condenadas a perecer, por más que se aluda a una situación extraordinaria que demande la suspensión de éstas, bajo el argumento del bienestar y la unidad estatal.<sup>999</sup> A ello dedicaremos las siguientes páginas, con la intención

parte de Kelsen, Heller O Smend, tal y como lo señala Lucas Verdú—, estriba en que éste fue mucho más incisivo, pero sobre todo que la cultura política de Weimar le favoreció, haciendo de él, “el intérprete singular y máximo debelador de la cultura política demoliberal”, concluyendo así que hasta los defensores de dicha cultura tuvieron —y tienen ahora— que hacer las cuentas con su pensamiento y escritos. Por otro lado, también su pensamiento es trascendental puesto que aun cuando sus obras intentan hacer un diagnóstico jurídico-político sobre una situación coyuntural específica, la excelencia y brillantez de su pensamiento radica precisamente en el hecho de que muchas de sus argumentaciones y sus tesis son todavía aprovechables hoy en día, siempre y cuando se disocien de la concepción del mundo de la vida que inspiró a la República de Weimar. Sin embargo, a la vez considera peligroso al pensamiento schmittiano, al observar que en tiempos inestables, el cultivador del derecho público comprueba, en seguida, que el pensamiento libre ya no es posible porque sus ideas son controladas por hombres que no comprenden un intelecto libre. De tal suerte que en este sentido, el arsenal ideológico de Schmitt, encaminado a la destrucción del orden jurídico demoliberal sigue siendo peligroso. Lucas Verdú, Pablo, “Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal”, *op. cit.*, nota 496, pp. 29 y ss. Por su parte, Manuel Fraga en una conferencia dictada en el Instituto de Estudios Políticos, decía que, aunque en ciertos medios ultraliberales se atribuye una mala reputación a algunos aspectos de la obra del alemán —lo cual por cierto, resulta injusto para él—, es imposible encontrar un libro reciente sobre temas políticos o internacionales sin abundantes referencias schmittianas. Por esta razón, recuerda que ya Schmitt decía que “escribir sobre política es siempre ponerse en manos de alguien que puede proscribir”. Fraga Iribarne, Manuel, “Carl Schmitt, el hombre y su obra”, *REP*, núm. 122, 1962, pp. 3-15. Para Jesús Fueyo Álvarez la mala fama de Schmitt, es decir, su prestigio crítico como doctrinario del Estado total, radica en que este hombre, como todos los pensadores de genio, ha obligado a discurrir mucho más a sus enemigos que a sus discípulos. Fueyo Álvarez, Jesús, *La época insegura*, Madrid, Ediciones Europa, 1962, p. 176.

<sup>999</sup> Acercarse a la obra de un jurista de la talla de Carl Schmitt se debe hacer, como bien lo señala Manuel Aragón, con delicadeza y sumo cuidado, es decir, sin ninguna ingenuidad, a la vez que con el cuidado de no caer en el prejuicio, a fin de no incurrir en las confusiones que propician los textos de quien se considera un implacable sofis-

de poner de manifiesto una vez más, la importancia y trascendencia del principio que nos ocupa, y con ello reiterar, de nueva cuenta, la necesidad que tiene cualquier Estado —que desee ser reconocido como constitucional— de que sus órganos constitucionales deben estar plenamente equilibrados, a fin de evitar a toda costa, el predominio de uno de ellos, bajo argumentos de diversa índole.

Por otra parte, es importante señalar que la obra de Carl Schmitt debe ser estudiada desde el contexto histórico en que él define los trazos principales de su doctrina. Es decir, durante la crisis democrática de la Repú-

ta. Aragón, Manuel, Estudio preliminar de *Sobre el parlamentarismo* de Carl Schmitt. En dicha edición española se incluye la obra *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* publicada en 1923, cuya traslación al castellano es *La situación histórico-intelectual del parlamentarismo en nuestros días*. Hecha esta advertencia, es menester del estudioso de la obra de Schmitt situarse en el contexto histórico en que son publicadas sus obras, de tal suerte que, como bien apunta Nicolás Pérez Serrano, en el pensamiento del alemán se pueden encontrar dos etapas doctrinales: la primera hacia 1928 cuando publica su *Verfassungslehre* “Teoría de la Constitución”, y la segunda hacia 1933, periodo en que se opera en Alemania el fenómeno del arribo al poder por parte de Hitler y el nazismo. Pérez Serrano, Nicolás. “El principio de separación de poderes: Antecedentes del problema”, *Escritos de derecho político*, cit., nota 985, t. II, pp. 654 y 655. Ahora bien, es imposible, a la vez que presuntuoso, llevar a cabo un estudio concienzudo acerca de la obra de Carl Schmitt y, con él, el trasfondo histórico-político del que fuera el telón de fondo de su doctrina, razón por la cual, nos remitimos a los estudios sobre Carl Schmitt realizados magistralmente tanto por José Antonio Estévez Araujo, bajo el título *La crisis del Estado de derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989, así como por Ramón Campderrich, cuya obra se titula *La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*, Madrid, Trotta, 2005. De esta manera, y al igual que ellos, en este pequeño epígrafe no intentamos sistematizar el pensamiento del jurista alemán bajo el exclusivo estudio de categorías, sino más bien, conjugaremos brevemente las categorías schmittianas con el momento histórico al que sus propuestas pretenden dar respuesta. De tal suerte que, con ello podamos poner de manifiesto el quebrantamiento del Estado constitucional de Weimar, a través de la pluma del jurista de Plettenberg. Ahora bien, nuestro estudio ira destinado al pensamiento schmittiano desarrollado durante el periodo weimariano —específicamente su lucha contra el parlamentarismo—, por lo que, no se incluirá aquí el pensamiento del alemán elaborado durante el periodo nazi, ya que, aún cuando éste representa una gran importancia, nuestro único objeto es estudiar las causas político-constitucionales en torno al pensamiento schmittiano que allanaron el camino para el arribo del nacionalsocialismo. Sobre el régimen de Adolf Hitler, una novedosa obra que no sólo muestra las atrocidades del régimen nacionalsocialista, sino también el marco internacional más amplio de la Alemania nazi, se presenta bajo la pluma de Burleigh, Michael, *El tercer Reich. Una nueva historia*, Madrid, Taurus, 2002.

blica de Weimar,<sup>1000</sup> pues es esa situación histórica la que le permitió comprender la esencia y el significado de las instituciones así como su sentido temporal caduco. De ahí que considerase que había que desmascarar las instituciones y poner al descubierto las verdaderas causas de su derrumbe, lo que le obligó a analizarlas no sólo desde el ámbito puramente jurídico, como lo haría Kelsen, sino también a la luz del fenómeno de la realidad socio-política.<sup>1001</sup> Ahora bien, como decíamos anteriormente, la parte más importante de los trabajos de Carl Schmitt sobre temas constitucionales fueron escritos y publicados durante el periodo de la República de Weimar, periodo en que la doctrina era dominada por el positivismo jurídico.

Así pues, fue en la obra *Teología política*, en la que Schmitt comienza la definición de su teoría del *decisionismo*; teoría que vendría a ser el modo en que, según él, debía ser comprendido el derecho positivo, en contraposición con el normativismo kelseniano. Es así que, desde las primeras páginas de esta obra, nuestro autor confronta el decisionismo frente a la

<sup>1000</sup> Hattenhauer, Hans, *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1981, pp. 293-305. En realidad, la Constitución de la República de Weimar fue la principal causante de los ataques que se profirieron en su contra, pues, como dice Neumann, dicha Constitución no ocultaba nada, su carácter de compromiso, las componendas entre los diversos intereses, el *status* independiente de la burocracia de la Reichswehr, así como el carácter francamente político del poder judicial, eran hechos que podían verse con toda claridad. De forma que la teoría y la práctica constitucionales descubrieron la debilidad de las fuerzas democráticas, así como el poder de sus adversarios. Neumann, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1943, p. 66. Esa realidad decadente, desde el punto de vista democrático, es la que, según Caamaño Martínez, intenta justificar el pensamiento de Carl Schmitt, ya que su obra es un claro símbolo de la situación en crisis, crisis que el autor lleva dentro de sí, pues al ser un profundo conocedor no sólo de la cultura alemana, sino también de la francesa y del pensamiento clásico europeo, siente la presión y la llamada de esta tradición histórica. Caamaño Martínez, José, *El pensamiento jurídico de Carl Schmitt*, Santiago de Compostela, Porto y Cia., 1950, p. 169. Igualmente sobre esto, véase Droz, Jacques, *Historia de las doctrinas políticas en Alemania*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 131.

<sup>1001</sup> Caamaño Martínez, José, *El pensamiento jurídico de Carl Schmitt*, cit., nota 1000, p. 170. Carl Schmitt, al intentar construir su ataque en contra del pensamiento liberal, se enfrentará con el optimismo antropológico de éste, recurriendo a la contraposición existencial entre amigo y enemigo. Esta categoría básica es para Lucas Verdú el *locus canonicus* de su doctrina. “Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal”, *op. cit.*, nota 496, p. 53. Sobre la contraposición amigo-enemigo, véase, Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, cit., nota 496.

doctrina profesada por la Escuela vienesa bajo una serie de argumentos que de manera sucinta intentamos comentar aquí.<sup>1002</sup> Primeramente, Carl Schmitt comienza afirmando que “soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” —entendiendo por éste, dice él, un concepto general de la teoría del Estado, no un decreto de necesidad o el estado de sitio como fenómenos aislados—, ya que “la decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia”.<sup>1003</sup> Todo esto en contraposición con el normativismo, puesto que estas posiciones consideran que sólo lo “normal” es cognoscible, y por consiguiente todo lo demás es “perturbación”; por lo que, mediante la enumeración de las facultades extraordinarias creen delimitar estrictamente las facultades para los casos de excepción. Sin embargo, para él, todo eso es un craso error, pues frente a un caso extremo se encontrarán sin saber qué hacer. “Porque no toda facultad extraordinaria, ni una medida cualquiera de policía o decreto de necesidad son ya, por sí, un estado excepcional”. Por ello afirma que “hace falta que la facultad sea ilimitada en principio, pues se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente”.<sup>1004</sup> Es así que, ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud de su propia conservación, pues dice que no existe una norma que fuera aplicable al caos —tal y como lo señala el normativismo—, por lo que “es necesario implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la

<sup>1002</sup> Schmitt, Carl, “Teología política”, *Estudios políticos*, Madrid, Doncel, 1935. En este famoso ensayo, Schmitt analiza profundamente el principio de la soberanía, con la única finalidad de dar respuesta al problema que surge cuando hay que determinar quién debe decidir en caso de excepción, cuestión que él considera, ha sido intencionalmente abandonada por el “Estado de derecho que desconoce el alcance propio de la decisión”. Por teología política debemos entender, siguiendo la opinión de Bökenförde, el proceso de transposición de conceptos teológicos al ámbito jurídico-estatal, tales como la *potestas absoluta* o la *plenitudo potestatis*. Justamente esa fue la intención de Schmitt en su teología política, cuando decía: “Todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”. Citado por Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del derecho de Carl Schmitt*, México, Fontamara, 1999, p. 15. Un magnífico estudio que analiza los tres modos de considerar científicamente el derecho positivo en el pensamiento schmittiano, es la obra de Arturo Enrique Sampay, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

<sup>1003</sup> Schmitt, Carl, “Teología política”, *op. cit.*, nota 1002, pp. 35 y 36. Sobre este tema, véase la obra de Germán Gómez Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986.

<sup>1004</sup> *Ibidem*, p. 42.

situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre derecho de una situación determinada. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad”.<sup>1005</sup> Es decir, que con la decisión se crea un nuevo marco jurídico positivo, dentro del cual quedará enmarcada su soberanía como representación del pueblo, y así adquirirá una forma jurídica concreta.<sup>1006</sup>

Para Carl Schmitt, esa situación normal se habría de conseguir a través de la decisión del soberano, es decir, mediante una “decisión soberana”. Ahora bien, el alemán, en su *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)* publicada en 1928, identificó la “decisión soberana, mediante el concepto de Constitución positiva, con aquella determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”. De acuerdo con esto, se produciría la Constitución en sentido absoluto, entendida como aquella que es producto de una voluntad, o mejor dicho, de “una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, el pueblo en la democracia y el monarca en la monarquía auténtica”.<sup>1007</sup> Pero para ello, es insoslayable precisar quién es el soberano en un Estado, es decir, quién es, para él, a fin de cuentas, el que va a decidir el derecho en caso de excepción. Sin embargo, y antes de continuar, cabe aquí la interrogante ¿por qué Schmitt se cuestiona acerca del estado de excepción?

Recordemos que Carl Schmitt, al analizar y diagnosticar la realidad constitucional de la democracia parlamentaria de su tiempo, singularmente la de Weimar, llega siempre a la conclusión de que tal realidad se

<sup>1005</sup> Por eso Schmitt dice: “El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho”. *Ibidem*, pp. 42 y 43.

<sup>1006</sup> Herrero López, Montserrat, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, Barañáin, Eunsa, 1997, p. 299.

<sup>1007</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 178, pp. 45-48. En una obra publicada por nuestro autor en 1921, abordaba un tema que, según él, no ha sido tratado en profundidad por parte de la doctrina: la dictadura. En ella da el esbozo de lo que será para él más tarde la herramienta técnica que habrá de establecer la normalidad, dejando de lado, si es preciso, la normatividad. Para él “la dictadura es un medio para alcanzar un fin determinado... pues una dictadura que no se hace dependiente de un resultado a alcanzar, es una dictadura cualquiera, pero lograr un resultado concreto significa intervenir en el decurso causal del acontecer con medios cuya corrección está en su conveniencia y dependen exclusivamente de las conexiones fácticas de ese decurso casual”. Y continúa diciendo que, “la justificación de la dictadura es que si bien ignora el derecho, es precisamente para realizarlo”. Schmitt, Carl, *La dictadura*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 19-31.

ofrece como una situación corrompida que no deja otro camino a la esperanza que el derrocamiento del actual sistema y el establecimiento de otro completamente distinto.<sup>1008</sup> En este sentido, Schmitt, al atacar la moralidad universalista como medio ideológico del liberalismo, cree encontrar la forma típica de organización política liberal en el Estado de derecho constitucional parlamentario, por lo que construye una discusión en contra de éste, bajo la premisa adicional según la cual toda corriente tiene que legitimarse democráticamente, en cuyo caso, el Estado constitucional parlamentario ni es una forma de gobierno adecuada a la moderna sociedad de masas, ni tampoco se le puede considerar democrática.<sup>1009</sup>

La crítica al parlamentarismo se puede encontrar en casi la totalidad de los trabajos schmittianos, pero ésta se revela con mayor intensidad en un escrito publicado en 1923, bajo el título *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*.<sup>1010</sup> Sin embargo, es en el prefacio de

<sup>1008</sup> Fijalkowski, Jürgen, *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la filosofía política de Carl Schmitt*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 83. En este sentido, y siguiendo la tesis de Estéves Araujo, encontramos que la producción del pensamiento político-jurídica schmittiana se puede dividir perfectamente en dos etapas. En la primera de ellas, Schmitt elabora su teoría de la soberanía y de la dictadura comisarial y defiende la tesis de que la capacidad de mantener el orden constituye el fundamento de la legitimidad del poder político. En la segunda, dirige toda su actividad a minar las bases de la legitimidad del régimen weimariano y a elaborar un modelo institucional alternativo mediante el desplazamiento de las atribuciones del Parlamento al presidente del Reich. Estéves Araujo, José Antonio, *La crisis del Estado de derecho liberal...*, cit., nota 999, p. 173.

<sup>1009</sup> Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas?...*, cit., nota 1002, p. 81. Para Schmitt, uno de los principales errores en que incurre el liberalismo es en elevar una serie de axiomas a la categoría de criterios universalmente válidos, por ello, para Kaufmann la quintaesencia en el pensamiento schmittiano es la tesis básica antiuniversalista. *Ibidem*, pp. 7-17. Todo ese rechazo a cualquier universalismo ético-político en el pensamiento del alemán, se explica debido a la influencia que tuvieron en él, las teorías de Weber y Nietzsche, de quienes transfiere su percepción del mundo moderno como una época del más radical relativismo ético al ámbito político. Campderrich, Ramón, *La palabra de Behemoth...*, cit., nota 999, p. 38.

<sup>1010</sup> Schmitt, Carl, *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*, Madrid, Tecnos, 2002. También aparecen estas críticas en su *Teoría de la Constitución*, y en *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971. Respecto a estas críticas, conviene precisar aquí la postura de Martin Kriele, quien considera que Schmitt le atribuyó una base histórico-ideológica al parlamentarismo con la sola finalidad de poder afirmar la desaparición de éste, ya que, al crear un sistema ideal le opuso una realidad desilusionante. Sin embargo, en realidad lo que hace es atender una teoría del parlamentarismo y no la historia del mismo. Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., nota 177, pp. 232-234.

1926 a la segunda edición de esta obra, donde Schmitt —misma en la que da respuesta, por cierto, a las críticas de Richard Thoma a la primera edición de la misma—, señala con meridiana claridad, que, o se buscaba un nuevo fundamento espiritual para el parlamento, o éste estaría tocando a su fin.<sup>1011</sup> Ya que consideraba que los órganos y normas específicamente parlamentarios cobraban su sentido sólo por la discusión y la publicidad, de suerte que si éstos eran suprimidos, el parlamento no encontraba otro fundamento para su existencia. Es decir, si el Parlamento pasaba de ser una institución de la verdad evidente a un mero medio práctico y técnico, bastaría con demostrar *via facti*, que existen otras posibilidades para que el Parlamento desaparezca.<sup>1012</sup>

Por otro lado, también en este ensayo, Carl Schmitt señaló que el *parlamentarismo* no era democrático, puesto que no afirmaba la homogeneidad del Estado, porque

En el mismo sentido, Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas?...*, cit., nota 1002, pp. 84 y 85.

<sup>1011</sup> Como da testimonio el propio autor, Richard Thoma (*Archiv für Sozialwissenschaften*, 1925, t. 53, pp. 212 y ss) pone de manifiesto que el funcionamiento parlamentario de hoy es un mal menor, puesto que es mejor que el bolchevismo y la dictadura, que surgirán consecuencias imprevisibles en caso de abolirlo y que bajo el punto de vista técnico-social resulta bastante práctico. Sin embargo, para Schmitt, esto no supone una justificación para la existencia del órgano constitucional, ni mucho menos el fundamento intelectual de una institución de determinada fuerza. Schmitt, Carl, *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*, cit., nota 1010, p. 5. La crítica schmittiana al parlamentarismo se puede descomponer perfectamente en dos estratos. El primero de ellos lo encontramos cuando ataca al parlamentarismo como forma de gobierno, al considerar que el régimen parlamentario ha muerto porque genera gobiernos inestables, o en caso contrario, que debido a la disciplina de partido, el gobierno asumiera una superioridad frente al parlamento, también habría muerto el régimen. Por lo que Schmitt, como dice Aragón, parecía no dejar salida alguna al parlamentarismo. Pero el alemán consideró que ese único ataque no era suficiente, por lo que al ir más allá atacó al parlamentarismo como forma de Estado, es decir, la democracia parlamentaria como sistema. Aragón, Manuel, Estudio preliminar de *Sobre el parlamentarismo*, cit., nota 474, p. 17.

<sup>1012</sup> *Ibidem*, p. 12. Para Schmitt la discusión significaba “un intercambio de opiniones, cuyo objetivo es convencer al adversario, con argumentos racionales, de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto”. Por lo que, en cualquier caso, decía, el Parlamento sólo será real en tanto que la discusión pública sea tomada en serio y llevada a efecto, *ibidem*, pp. 7 y 8. Es evidente que en tema de la discusión Schmitt encuentra una fuente de inspiración en Hegel, cuando recuerda que éste dice tener la determinación de que la “conciencia pública se forma a partir de universalidad empírica de las opiniones y los pensamientos de muchos”, *ibidem*, p. 61.

...toda democracia real se basa en el hecho de que no sólo se trata a lo igual de igual forma, sino, como consecuencia inevitable, a lo desigual de forma desigual... [lo que en consecuencia significaría] que el poder político de una democracia estriba en saber eliminar o alejar lo extraño y desigual, lo que amenaza la homogeneidad.<sup>1013</sup>

Es decir, el método de formación de la voluntad por la simple verificación de mayoría únicamente es admisible cuando se presupone la homogeneidad sustancial de todo el pueblo.<sup>1014</sup> Por otro lado, dirá que la crisis del Parlamento ha hecho su aparición debido, entre otras causas, a la democracia de masas, la cual, al no poder realizar la identidad entre gobernantes y gobernados, convierte al Parlamento en una institución envejecida y ya inconcebible. Por ello, la crisis del Estado moderno se encuentra, según él, en el hecho de que una democracia de masas o de todos los seres humanos no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado, ni tampoco encaminar un Estado democrático.<sup>1015</sup> Es decir, él intuye que la idea del parlamentarismo como forma de Estado aparece como algo esencialmente democrático, pero, a pesar de todas las conexiones con las ideas democráticas, éste no lo es, así como tampoco resulta conveniente dicho sistema bajo los argumentos de un pragmatismo institucional. Esto último es así, puesto que si unas personas de confianza son las que deciden en lugar del pueblo, en ese caso también lo podría hacer una única

<sup>1013</sup> *Ibidem*, pp. 12 y 13. En este sentido, Schmitt, en su *Teoría de la Constitución* postula un concepto de igualdad puramente político, rechazando de esta manera el concepto de igualdad en términos del Estado burgués de derecho. Es decir, para él la igualdad de todo lo que *tenga figura humana* no puede ofrecer fundamento ni a un Estado, ni a una forma política, ni a una forma de gobierno. Por el contrario, el concepto democrático de igualdad, dice él, es un concepto político y como todo concepto político auténtico, debe relacionarse con la posibilidad de una *distinción*. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 178, pp. 222-224. Schmitt aborda el tema de la homogeneidad de manera diferente en el prólogo de 1926 a *La situación histórico-intelectual* y en su *Teoría de la Constitución*. En esta última se omiten los párrafos que hacen referencia a la segregación, aniquilación o privación de derechos políticos del heterogéneo. La diferencia en el tratamiento del tema, nos dice Estévez Araujo, puede explicarse por el hecho de que la *Situación histórico-intelectual* es un breve opúsculo, mientras que la *Teoría de la Constitución* es la obra con la que el alemán pretende alcanzar la consagración académica. Estévez Araujo, José Antonio, *La crisis del Estado de derecho liberal...*, cit., nota 999, p. 210.

<sup>1014</sup> Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 42.

<sup>1015</sup> Schmitt, Carl, *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*, cit., nota 1010, pp. 20 y 21.

persona de confianza, cuya argumentación, dice él, sin dejar de ser democrática, justificaría un cesarismo antiparlamentario.<sup>1016</sup>

En definitiva, estas últimas ideas ponen de relieve la intención de Carl Schmitt al atacar el régimen parlamentario. En efecto, se puede advertir con facilidad que la tesis de la ineficacia y la invalidez del régimen parlamentario de gobierno de Schmitt parecería llevarnos ineludiblemente hacia la sustitución de éste por un régimen presidencial igualmente democrático, sin embargo, no es ésa la solución por la que él se decanta. Más bien, su apuesta sería por un presidencialismo cuya deformación sería irremediablemente una dictadura presidencial.<sup>1017</sup> De esta manera, y para cumplir su deseo de pasar hacia un nuevo sistema, primeramente, tratará de derrocar ideológicamente al Estado parlamentario democrático, con lo cual, a la postre, se podrá asentar un Estado totalitario legitimado a través del plebiscito.<sup>1018</sup>

#### a. El parlamentarismo: esencia y valor de la democracia

Previamente hemos señalado que para Carl Schmitt el pluralismo representaba uno de los peores fundamentos en los que se basaba la ideología liberal, ya que la democracia no podía identificarse con aquél, sino que habría de serlo con la homogeneidad. Esto lo señalaba claramente en su *Legalidad y legitimidad* aparecida en 1932: “Toda democracia se basa en el presupuesto de un pueblo unitario, integral, homogéneo e indivisible, no hay, en realidad, para ella en lo esencial ninguna minoría, y menos aún una mayoría compuesta por minorías fijas y constantes”.<sup>1019</sup> En este sentido para Schmitt la identidad democrática entre gobernantes y gobernados se acabaría, pues, sobre la base de que si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, y se atiende únicamente

<sup>1016</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>1017</sup> Aragón, Manuel, Estudio preliminar de *Sobre el parlamentarismo*, *cit.*, nota 474, p. 17.

<sup>1018</sup> Fijalkowski, Jürgen, *La trama ideológica del totalitarismo...*, *cit.*, nota 1008, p. 235. De ahí que no resulte mera coincidencia que el ministro de propaganda del régimen nazi, doctor Joseph Goebbels, considerase la democracia como “sinónimo de idiotización de las masas y al parlamentarismo como la organización de la estulticia hacia arriba y la irresponsabilidad hacia abajo”. Citado por Zafra Valverde, José, “Responsabilidad política del gobierno...”, *op. cit.*, nota 360, p. 99.

<sup>1019</sup> Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, *cit.*, nota 1014, p. 42.

la verificación de la mayoría, entonces quedará tan sólo el despotismo de una mayoría sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por lo tanto, subyugada.<sup>1020</sup>

Schmitt no fue el único que atacó el parlamentarismo durante el periodo de la República de Weimar. Éste también se vio atacado, desde la izquierda, por el anarquismo y el marxismo; y desde la derecha, por el conservadurismo reaccionario<sup>1021</sup> —cuyo mayor exponente fue Schmitt—. Sin embargo, la magnífica defensa del parlamentarismo vino de parte de Hans Kelsen en su obra *De la esencia y valor de la democracia*, publicada en 1920.<sup>1022</sup> En esta obra afirmó que, si bien es verdad, la democracia y el parlamentarismo no son idénticos, puesto que la democracia directa es impracticable en el Estado moderno, también es verdad que el parlamentarismo es la única forma real en que puede llevarse a cabo la democracia en la realidad social. “Por ello, la opción por el parlamentarismo es también la opción por la democracia”.<sup>1023</sup>

Para Kelsen la llamada crisis del parlamentarismo ha sido provocada por las incorrectas interpretaciones que han formulado sus críticos en la medida en que juzgan equivocadamente tanto la esencia de esta forma política como su valor. En este sentido él se pregunta, ¿cuál es, sin embargo, la esencia objetiva del parlamentarismo, y que no deben confundir con la interpretación subjetiva quienes deseen conocer esta institución?

<sup>1020</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>1021</sup> Aragón, Manuel, Estudio preliminar de *Sobre el parlamentarismo*, cit., nota 474, p. 14.

<sup>1022</sup> Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2006. Todas estas ideas también aparecen en su artículo “Das Problem des Parlamentarismus”, *Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der soziologischen Gesellschaft in Wien*, Wien-Leipzig, W. Braümuller, 1925, t. III. Existe una traducción al castellano por Manuel Atienza, bajo el título “El problema del parlamentarismo”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

<sup>1023</sup> Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, cit., nota 1022, p. 92. Conviene transcribir aquí las palabras de Kelsen en relación con la democracia parlamentaria: “Pero, precisamente, si lo que importa es una expresión de las verdaderas relaciones sociales de poder, entonces la forma de Estado de democracia parlamentaria, basada esencialmente en el principio de la doble articulación mayoría-minoría, es la «verdadera» expresión de la actual «sociedad dividida esencialmente en dos clases». Y si hay una forma que ofrezca la posibilidad de dirimir esta fuerte contraposición (que se puede deplorar, pero no negar en serio) y no a través de una revolución sangrienta, sino pacífica y gradualmente, esta forma es la democracia parlamentaria”. Kelsen, Hans, “El problema del parlamentarismo”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., nota 1022, pp. 97 y 98.

Por lo que dirá: “El parlamentarismo es la formación de la voluntad normativa del Estado por un órgano colegiado que decide por mayoría y que es elegido por el pueblo por sufragio universal e igual, es decir, democráticamente”.<sup>1024</sup>

En *Esencia y valor de la democracia* también afirma que la lucha por el parlamentarismo fue una lucha por la libertad política, cuestión que, para él, los críticos del régimen han olvidado fácilmente cuando se dirige una crítica injusta bajo diferentes argumentos, pues una vez en posesión de la libertad, ésta no se valora y se da por hecho. Sin embargo, la idea de la libertad es y será el centro de gravedad perpetua de toda especulación política, la cual únicamente puede ser garantizada por el parlamentarismo.<sup>1025</sup> Por otra parte Kelsen, en relación al principio de mayoría —principio que según Schmitt ocasionaba la dictadura de la mayoría—, dirá que es más preciso denominarlo *principio de mayoría-minoría*, ya que la configuración dialéctico-contradictoria del procedimiento parlamentario imposibilita una dominación absoluta por parte de una mayoría aritmética sobre una minoría, puesto que está construida sobre la base del discurso y la réplica, el argumento y la contradicción, es decir, está orientada a la consecución de un compromiso.<sup>1026</sup>

Hans Kelsen apostó por la democracia parlamentaria, no porque ésta fuera la mejor opción frente a una doctrina neocomunista y llevada a la práctica por el partido bolchevique ruso, ni tampoco frente a una actitud antidemocrática de la burguesía que encuentra en el fascismo italiano su expresión teórica y práctica,<sup>1027</sup> sino porque

...la forma de Estado democrático-parlamentario, con su principio de mayoría-minoría constitutivo de una dualidad esencial, es la verdadera expresión de la sociedad de hoy, dividida básicamente en dos clases. Y si hay una forma que ofrezca la posibilidad de superar de manera pacífica y progresiva esta violenta oposición, que cabe lamentar pero no negar, y no conducirla por vías sangrientas y revolucionarias hacia la catástrofe, tal forma es la de la democracia parlamentaria, cuya ideología es la libertad no alcanzable en la realidad social, pero cuya realidad es la paz.<sup>1028</sup>

1024 *Idem.*

1025 *Ibidem*, p. 93.

1026 *Ibidem*, pp. 145 y 146.

1027 *Ibidem*, p. 37.

1028 *Ibidem*, p. 167.

Kelsen, al refutar las críticas vertidas en contra de la ideología del liberalismo, señaló que, así como ésta espera la máxima armonía de intereses económicos mediante una competencia económica completamente libre, así también espera que de la libre confrontación de opiniones en el procedimiento parlamentario resulte una verdad de algún modo “absoluta”.<sup>1029</sup> En definitiva ésta era la contraposición con Schmitt, pues mientras este último afirmaba que por el hecho de que el Parlamento no había alcanzado esa verdad absoluta, y en consecuencia el Parlamento únicamente se mantenía en pie por pura inercia mecánica, Kelsen señalaba que el error estaba en atribuirle “a la democracia liberal una concepción del mundo metafísico-absoluta, en vez de una crítico-relativista”, por cuanto lo único que ésta busca es la consecución de una vía media entre los intereses de la mayoría y de la minoría.<sup>1030</sup>

Este “relativismo filosófico” al que apela Kelsen es en esencia un impulso hacia un método dialéctico, que permite el desarrollo de las opiniones y contraopiniones, de tal suerte que con ello se pueda alcanzar el equilibrio para que ninguno de los dos puntos de vista se adopte de manera absoluta. Pues sería cierto que se caería en una dictadura si se afirmara una creencia metafísico-religiosa, en el sentido de que a alguna persona se le atribuyera la posibilidad de estar en posesión de la verdad absoluta de manera misteriosa tal y como lo afirmaba Schmitt.<sup>1031</sup> Es aquí donde finalmente confluye toda la discusión entre estos dos grandes juristas, aclarándose de este modo quién era en realidad para Schmitt aquél soberano que habría de decidir en caso de excepción, aquél soberano que habría de representar la unidad del Estado a través del decisionismo se trataba del presidente del *Reich*.

<sup>1029</sup> Kelsen, Hans, “El problema del parlamentarismo”, *op. cit.*, nota 1023, p. 103.

<sup>1030</sup> *Idem*.

<sup>1031</sup> En este sentido Kelsen añade: “Pues sólo frente a tal absoluto, que es tanto como frente a la divinidad, puede pretenderse una obediencia silenciosa y agradecida y una renuncia sin reservas a la autodeterminación que constituye la esencia de la dictadura”. *Ibidem*, p. 104. Por el contrario, para Carl Schmitt el presidente del *Reich* era por sus facultades excepcionales, así como su legitimación plebiscitaria, la instancia abocada a defender la unidad política contra las fuerzas disolventes del pluralismo y a extender la mano para el tránsito a un Estado autoritario. Fijalkowski, Jürgen, *La trama ideológica del totalitarismo...*, *cit.*, nota 1008, p. 235.

b. El Guardián de la Constitución. Una discusión sobre el principio de la división de poderes

A principios de 1931, Carl Schmitt publicó *Der Hüter der Verfassung* (*La defensa de la Constitución*),<sup>1032</sup> cuya tesis central era el problema acerca del protector o garante de la Constitución, concluyendo —como no podía ser de otra manera en él— que la función de proteger a ésta le correspondía únicamente al presidente del *Reich* conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución de Weimar. En virtud de esto último, poco tiempo después, Hans Kelsen fiel a su ideología liberal le dedicaría —en la revista jurídica berlinesa *Die Justiz*— una larga reseña con el sugestivo título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?)*, donde resolvía que la defensa de la Constitución había de ser llevada a cabo por un Tribunal Constitucional.<sup>1033</sup> La confrontación entre estos dos grandes juristas es evidente, y en este sentido, llegaría a su etapa de máxima expresión. Señalándolo perfectamente Klaus Günther con la siguiente alegoría: “frente a la embriaguez del decisionismo, opone Kelsen el *pathos* de la sobriedad, donde habita el compromiso”.<sup>1034</sup>

<sup>1032</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., nota 264, Schmitt, en su *Teoría de la Constitución* al analizar la “suspensión constitucional de la Constitución” señalaba que el artículo 48 constitucional permitía que las prescripciones constitucionales fueran provisionalmente puestas fuera de vigor. Sin embargo, en esta obra no se ocupa más del problema, lo hará, como hemos dicho, en *La defensa de la Constitución*. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 178, p. 116.

<sup>1033</sup> *Die Justiz* 1930-31, *Helt 11-12*, *Bd. VI*, pp. 576-628. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995. Kelsen ya había defendido la introducción del control de constitucionalidad “concentrado” en su ponencia para el congreso de 1928 de profesores alemanes de derecho público titulada *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit*, cuyo escrito mereció la atención de Schmitt, y que lo motivó a escribir *La defensa de la Constitución*. Campderrich, Ramón, *La palabra de Behemoth...*, cit., nota 99, p. 53. En relación con esta polémica entre Schmitt y Kelsen, Carlos Miguel Herrera nos señala que si bien ésta fue la única confrontación directa entre ellos, un largo contrapunto venía desarrollándose desde los primeros años de la década de los veinte e incluso más atrás. De tal suerte que podría decirse que la obra de Schmitt de aquellos años se construirá en una suerte de constante contraposición con la obra del jurista vienés. Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *REP*, núm. 86, 1994, p. 196.

<sup>1034</sup> Citado por, Sosa Wagner, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público*, cit., nota 737, p. 405.

El contexto histórico en que se desenvuelve el debate sobre el “Guardián de la Constitución” es, al igual que los anteriores, la recurrente crisis weimarina. Pero es ese el momento en que la práctica constitucional se ve sometida a los embates más graves y peligrosos de toda su vida, cuando irremediamente se está acudiendo al ocaso de la República de Weimar.<sup>1035</sup> Es precisamente a esa crisis, a la que Carl Schmitt pretende ofrecer una salida a través de *La defensa de la Constitución*, cuando al inicio de la misma dirá: “la demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”.<sup>1036</sup>

Ahora bien, las razones por las que tanto Kelsen como Schmitt toman diferentes actitudes en relación a la cuestión de qué institución ha de ser la más adecuada para desempeñar la función de “Guardián de la Constitución” son fáciles de intuir, pero atienden principalmente al hecho de que ambos juristas defienden con la misma expresión de garantía o defensa de la Constitución cosas muy distintas. Pero esa divergencia es aún mayor en la contraposición del concepto mismo de Constitución.<sup>1037</sup> Así, para Kelsen la “Constitución es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas”.<sup>1038</sup> En este sentido, para él, garantizar la Constitución ha de significar “garantizar la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución”.<sup>1039</sup>

<sup>1035</sup> Vega, Pedro de, en el “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, cit., nota 264, p. 16. Pedro de Vega advierte que para comprender la significación y la originalidad de la controversia desatada en torno al problema que aquí nos ocupa, es necesario atisbar con detenimiento su contexto histórico. En este sentido, De Vega recuerda que en el siglo XIX debido al pacto entre monarca y pueblo se vivió en un utopismo constitucional mágico, conforme al cual la Constitución no es atacada, y por consiguiente tampoco necesita ser defendida. Pero comenzará la confrontación y el distanciamiento entre realidad constitucional y realidad política, la cual culminará en los momentos convulsivos que suceden a la primera Guerra Mundial, sufriendo el sistema político liberal la crisis más grave de toda su historia. Es de esta manera que se plantea la necesidad de un “Guardián de la Constitución”, op. cit., nota 1033, pp. 16 y 17.

<sup>1036</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., nota 264, p. 27.

<sup>1037</sup> Campderrich, Ramón, *La palabra de Behemoth...*, cit., nota 999, p. 57.

<sup>1038</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., nota 1022.

<sup>1039</sup> *Ibidem*, p. 112.

En otra posición estaba Carl Schmitt, quien partiendo de una concepción de la Constitución en sentido absoluto, veía a ésta como una situación total de unidad y ordenación política de un pueblo determinado, basada en una homogeneidad. Y sobre esta unidad política, venía como consecuencia una decisión sobre su concreto modo de ser.<sup>1040</sup> En este orden de ideas, para Schmitt, la unidad del Estado estaba siendo amenazada por el sistema pluripartidista ya denunciado por él.<sup>1041</sup> Por esta razón, resultaba imperativo definir una decisión soberana que defendiera la sustancia del Estado, es decir, a través de presidente del Reich. Pues en definitiva, para él, Estado y pluralismo era simplemente un contrasentido.<sup>1042</sup> Kelsen por su parte sostiene que es a un órgano diferente e independiente, tanto del Parlamento como del gobierno, o de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional.<sup>1043</sup> Por su parte,

<sup>1040</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., nota 178, pp. 45-48.

<sup>1041</sup> *Ibidem*, p. 142. En este sentido, para Schmitt la Constitución no es nunca límite para el poder del Estado, sino que, por el contrario, es límite para los intentos que se hagan desde la sociedad para cambiarla. En otras palabras, la cuestión del control del ejercicio del poder mediante formas jurídicas se convierte en una cuestión secundaria cuando se trata de la defensa de la Constitución valorada por el “Guardián” de la misma. Pérez Royo, Javier, “Jefatura del Estado y democracia parlamentaria”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 39, 1984, pp. 24 y 25.

<sup>1042</sup> Fijalkowski, Jürgen, *La trama ideológica del totalitarismo...*, cit., nota 1008, p. 235.

<sup>1043</sup> Para Kelsen, una regla general sobre la organización jurisdiccional que valga para todas las constituciones es prácticamente imposible. Sin embargo, sí que se pueden realizar algunas consideraciones de valor y alcance general: el número de sus miembros no habrá de ser demasiado alto; en relación al método de selección, es preciso que se combine la elección por el Parlamento y el nombramiento por el gobierno, haciendo, por ejemplo, que los jueces fueran elegidos por el Parlamento a propuesta del gobierno, quien habría de proponer varios candidatos para cada uno de los puestos a ocupar, o a la inversa; preferentemente han de ser juristas los miembros del órgano; y por último, incompatibilidad para ser miembro del tribunal por aquellos que lo son bien del Parlamento, bien del gobierno. Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., nota 1022, pp. 129-132. A diferencia del modelo norteamericano *difuso*, Kelsen defendía la introducción de un control de constitucionalidad *concentrado*, el cual consiste en “un proceso autónomo de constitucionalidad ante un órgano jurisdiccional único y específico, a impulso bien de un órgano constitucional o fracción del mismo, bien de un juez o tribunal con ocasión de la resolución de un proceso pendiente, con efectos inmediatos o generales sobre la validez o, cuando menos, la vigencia de la norma sometida a control en el supuesto de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad”. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987. Por

Schmitt dirá que primeramente ningún tribunal puede ser protector en sentido estricto de la Constitución, de forma que a quien le corresponde defender la Constitución es al presidente del *Reich*, de acuerdo con el derecho positivo de la Constitución de Weimar.<sup>1044</sup> Schmitt también recurrirá a una defensa del principio de división de poderes cuando dice que, respecto al Estado de derecho, sigue teniendo validez el principio de que un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución y justicia carece de Constitución, de suerte tal que es necesario distinguir entre ley y sentencia judicial y, por consiguiente, entre legislador y juez, a fin de evitar la intromisión de éste sobre aquél.<sup>1045</sup>

Para Kelsen ni el Parlamento ni ningún otro órgano constitucional son soberanos, pues la soberanía pertenece únicamente al ordenamiento estatal como tal. Es decir, tanto el procedimiento legislativo como el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas están subordinados a la Constitución. Por ello, considera que quienes argumenten una incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente porque intentan disimular el deseo del poder político que se expresa en el legislativo de no dejarse limitar por las normas de la Constitución.<sup>1046</sup> Luego entonces, para Kelsen: “anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con signo negativo y, por tanto, una función legislativa”.<sup>1047</sup> En pocas palabras, un tribunal que puede anular una ley es tam-

otra parte, hay que recordar que en 1921 se aprueba la ley que puso en pie al Tribunal Constitucional austriaco, al que Hans Kelsen serviría como magistrado, nombrado, en principio, en forma vitalicia. Pero sólo en principio, pues en virtud de una polémica suscitada en torno a la nulidad de los matrimonios, se decidió reformar la composición del Tribunal, de suerte que el vienés fue separado del cargo, por lo que tuvo que aceptar una invitación de la Universidad de Colonia en 1930. Sosa Wagner, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público, cit.*, nota 737, pp. 403-405.

<sup>1044</sup> Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución, cit.*, nota 264, pp. 43 y 220. Schmitt considera de especial interés la distinción histórica que se ha hecho entre *autoritas* y *potestas*, puesto que las considera las divisiones cardinales del pensamiento político europeo y ha hecho que se reconozca también la teoría de Benjamin Constant. Efectivamente, en el pensamiento del alemán se puede ver claramente la influencia que ha recibido tanto de Constant y su *pouvoir neutre*, así como la de Hugo Preuss. *Ibidem*, pp. 213-221.

<sup>1045</sup> *Ibidem*, pp. 77-79.

<sup>1046</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *op. cit.*, nota 1022, p. 129.

<sup>1047</sup> *Ibidem*, p. 130.

bién un órgano del Poder Legislativo. De tal suerte que esto se puede interpretar más como un reparto del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión dentro del Poder Legislativo. Entonces, para el maestro vienés en este caso no se podría hablar de que el principio de separación de poderes ha sido violentado, como tampoco se hace, por ejemplo, cuando en las constituciones de las monarquías constitucionales, la legislación es encomendada en principio al Parlamento conjuntamente con el monarca, pero este último tiene conjuntamente con los ministros y en ciertas circunstancias excepcionales, la facultad de dictar decretos que derogan leyes. En tal virtud, dirá: “la institución de la justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo”.<sup>1048</sup>

No se puede negar la importancia crítica ni la fuerza demoleadora que tuvo la Escuela de Viena. Hans Kelsen al insistir en la validez única del derecho, desprovista de toda consideración moral de carácter sociológico o político, convirtió su teoría en relativista y hasta nihilista. Ese fue el principal argumento que usaron el decisionismo y el socialismo en su contra. Pero el resultado de todo esto fue que, al excluir de toda consideración los problemas relativos al poder político y social, el relativismo kelseniano preparó el camino —al igual que lo hicieran las doctrinas conservadoras— al decisionismo, a la vez que se preparaba la primera etapa de la ideología nacional-socialista.<sup>1049</sup> Y así, en el ocaso de la República de Weimar se apelaría de manera recurrentemente al mítico artículo 48 constitucional —la influencia de Schmitt es evidente— para afrontar aquella crisis tanto económica como política y social

<sup>1048</sup> Como se puede observar, Hans Kelsen recurre al origen histórico del principio de la separación de poderes, para, a partir de ahí, legitimar la actuación del órgano jurisdiccional encargado de anular las leyes que considere anticonstitucionales, bajo el argumento del legislador negativo. Pues dice: “Si se quiere mantenerlo en la República democrática sólo puede razonablemente ser tomado en consideración, de entre sus diferentes significados, aquel que se expresa mejor en la fórmula división de poderes que en la separación de los mismos, es decir, el que alude a la idea del reparto del poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros. Y esto no sólo para impedir la concentración de un poder excesivo en manos de un solo órgano, sino también para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos”. *Ibidem*, pp. 130 y 131.

<sup>1049</sup> Neumann, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, cit., nota 1000, pp. 67 y 68.

que desde su inicio la venía azotando.<sup>1050</sup> La crisis no desapareció. La República de Weimar, en aras de paliar esa crisis e intentando conservar “su esencia basada en la homogeneidad”, fue conducida hacia derroteros que irremediablemente la llevaría hasta la dictadura presidencialista de Adolf Hitler.<sup>1051</sup>

## II. CODA

Es necesario afirmar de nueva cuenta que el principio de la división de poderes es uno de los principales pilares del constitucionalismo moderno. Aun con las innumerables modificaciones que éste ha sufrido, logra llegar hasta nuestros días para garantizar la normalidad en la actuación de los poderes del Estado a través del equilibrio de los mismos. Así, pues, hemos constatado que este principio, en análisis, nace como una exigencia por parte de una clase social emergente que requiere le sean protegidos y garantizados sus derechos y propiedades frente al absolutismo regio. Así lo expresarán grandes liberales como Locke y Montesquieu, en su intento de buscar la mejor fórmula que logre contener las ambiciones de todo hombre o facción que se haga con el poder político. El no correcto entendimiento que se hizo de la teoría defendida por estos realistas —a la vez que visionarios de la política— produjo situaciones sumamente lamentables en la historia política europea, como lo ocurrido en la Francia posrevolucionaria, y a la que hicimos puntual referencia. La experiencia norteamericana se presentó de manera diferente al evitarse a toda costa un apasionamiento por las ideas retóricas —como por ejemplo la soberanía popular encarnada en una Asamblea—, apostando, en cambio, por una separación de poderes que permitiese un mejor y más duradero equilibrio entre los mismos.

<sup>1050</sup> Sobre esta etapa en la vida de la República de Weimar, véase, Sosa Wagner, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público*, cit., nota 737, pp. 237-343.

<sup>1051</sup> Hattenhauer, Hans, *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán...*, cit., nota 1000, p. 299. En este sentido, Gómez Orfanel indica cómo el estudio del destino de la República de Weimar es un tema que nunca ha perdido actualidad, y sobre todo para los alemanes, quienes tuvieron muy presente las experiencias negativas de la época weimariana en el momento de redactar la Ley Fundamental de Bonn. Gómez Orfanel, Germán, “El final de la República de Weimar y Carl Schmitt”, en Negro Pavón, Dalmaico (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Veintiuno, 1996, p. 213.

En Alemania la teoría de la división de poderes tampoco se mantendría ajena a los debates doctrinales. Y aunque si bien es cierto que éstos fueron un reflejo específico del pensamiento de la época en que se desarrollaban, igualmente es cierto que más que contribuir a su desaparición, ayudaron a demostrar lo importante que es el reconocimiento constitucional del principio que aquí nos ocupa; pues ocurre que cuando posiciones doctrinales atentan contra los postulados del gobierno moderado, a través de una crítica aguda y en gran medida oportunista, logrando eliminar por completo el principio de división de poderes en un Estado democrático-constitucional, los derechos fundamentales así como las libertades de los ciudadanos y sus garantías correspondientes estarán condenadas a perecer.

En su momento Carl Schmitt dijo: “en realidad, ha sido nuestro Estado alemán de Caudillo el que primeramente ha pasado el Rubicón. Italia no se atrevió a romper abiertamente con el principio de la separación de poderes. La Alemania de Hitler, sí”. Por ello, y siguiendo al profesor Nicolás Pérez Serrano, es necesario reflexionar si esta confusión y concentración al máximo del poder en las manos de un solo hombre, por muy bien dotado políticamente que esté, no tiene las contingencias de una depuración, que se realiza como la que en su propio partido llevó a cabo el Führer actuando como juez supremo de la nación, con grave riesgo de todos los derechos fundamentales, libertades, garantías, etcétera.<sup>1052</sup>

Pero, ¿por qué volver al análisis de lo ocurrido en el periodo de entreguerras? Porque la teoría de la Constitución en el periodo de Weimar se considera aún hoy de un valor teórico insuperable, ya que su construcción en torno a un núcleo problemático central continúa proporcionando hasta nuestros días modelos teóricos dotados de gran fuerza explicativa con respecto a los principales problemas del Estado,<sup>1053</sup> y porque a fin de cuentas, como bien dijera el profesor Lucas Verdú: “la República de Weimar es un punto de referencia doctrinal y práctico insoslayable para el derecho constitucional europeo continental”.<sup>1054</sup> Por este motivo, hemos acudido al estudio específico del paradigma weimariano intentando justificar una revaloración del principio de división de poderes que, como decíamos anteriormente, no debe de ser considerado únicamente como dogma

<sup>1052</sup> Pérez Serrano, Nicolás, “El principio de separación de poderes...”, *op. cit.*, nota 985, pp. 657 y 658.

<sup>1053</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, *cit.*, nota 563, p. 20.

<sup>1054</sup> Lucas Verdú, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar...*, *cit.*, nota 997, p. 25.

filosófico —porque sus fallos podrían incitar a su desaparición—, sino más bien como un mecanismo de técnica política que necesita de una constante actualización, a fin de justificar su vigencia.

Según el espíritu del principio de la división de poderes, al Parlamento le corresponde entre otras cuestiones el papel institucional de ser un órgano que posibilite el equilibrio del poder estatal. Esto último fue el caldo de cultivo para las discusiones doctrinales durante la crisis de la República de Weimar. En este sentido se habló de una inoperatividad por parte del Parlamento, lo cual obligaría a la reflexión acerca de su desaparición. También se afirmó su carácter antidemocrático al no representar a una supuesta homogeneidad del pueblo, cuya causa era atribuible a la democracia de masas. Efectivamente, es verdad que la aparición de la democracia de masas vendría a trastocar todos los fundamentos teóricos que en materia de controles habría configurado el Estado liberal o burgués de derecho para la defensa y protección de los ciudadanos. Pero, esto no significa que el Parlamento deba desaparecer porque se afirme que ni controla ni tampoco representa. Ni mucho menos significa que el principio de la división de poderes se ha destruido. Lo que ocurre, simplemente, es que se ha transitado de una división de poderes liberal a otra de corte democrático. Pero a esa cuestión nos dedicaremos durante las siguientes páginas.

Por ahora, nuestra intención es afirmar con absoluta seguridad que hoy menos que nunca estamos autorizados a condenar al Parlamento a su desaparición debido a una supuesta falla en su actuación, pues ocasionaría la dictadura por parte de alguno de los otros dos poderes, como ocurrió en el pasado. Atentar en contra del Parlamento —y junto a él al principio de división de poderes—, es olvidar las ideas políticas y los acontecimientos históricos que fueron el germen del Estado constitucional y democrático de derecho; pues en definitiva, cuando Montesquieu, a fin de evitar el abuso del poder y con ello preservar la libertad política de los ciudadanos, realizó la teoría del equilibrio o de coordinación entre poderes a través de un sistema de frenos y contrapesos, lo hizo con la única intención de contener el abuso desmedido del poder por parte de quien lo detenta. Ese es en definitiva el espíritu en que se fundamenta el control político del poder.