

# TERCERA PARTE

# DIVISIÓN DE PODERES

## MONTESQUIEU EN EL ESTADO DE PARTIDOS

Javier RUIPÉREZ ALAMILLO\*

### I

No dejaría de ser, y para todos ha de resultar inconcuso, un simple ejercicio de constatación de lo obvio comenzar este estudio recordando que el principio de división de poderes se presenta como uno de los contenidos fundamentales y basilares del moderno Estado constitucional, así como, nadie lo ignora, uno de los elementos medulares del concepto mismo de Constitución. Lo es, en efecto, desde la comprensión de esta última que nos ofrece el concepto formalista y neutro —por cierto, y en la medida en que, dando, de una u otra suerte, por buena, y pese a no ser, en rigor, más que una auténtica falsificación de la realidad y de la historia (P. de Vega), la afirmación de los McIlwain, Wormuth, Pocock y Jennings, conforme a la cual el régimen constitucional ha existido desde el momento mismo en que los hombres y mujeres comenzaron a unirse en asociaciones de tipo político y jurídico, termina, como habían hecho ya tan relevantes tratadistas de las ciencias del derecho del Estado como lo fueron, por ejemplo, Mommsen, Jellinek, Hintze y Bruner, por convertir al código jurídico-político fundamental en un mero documento de gobierno ajeno al que es su rasgo definitorio cardinal: el que es la expresión normativa de la voluntad soberana de los ciudadanos del Estado actuando investidos del Poder Constituyente, el menos útil para la cabal y ponderada comprensión de toda la rica problemática del derecho constitucional (H. Heller)—, de los códigos constitucionales, que es al que, en los albores de la presente centuria, apeló el “europeísmo a ultranza”, y tanto por parte de los prácticos de la política, como por parte de los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, para tratar de atribuir a aquel “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea”, —que por su propio ori-

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de A Coruña (España).

gen y naturaleza, y no obstante lo afirmado, *verbi gratia*, por Peter Häberle en 2004, tan solo podría ser entendido como una norma de derecho internacional, siquiera sea especial y particular—, en la medida en que este documento jurídico iba a contener los dos elementos a los que se refiere el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. Pero lo es también, y por los motivos a los que aludiremos posteriormente, del concepto político de Constitución —del que jamás, y sin excusa posible alguna, puede prescindir el constitucionalista, por lo menos si éste es consciente de su propia función social y de su específico objeto de estudio—, en la medida en que, como aclaró el maestro Pedro de Vega, en dicho precepto se dan cita los supuestos medulares sobre los que se edificó la democracia constitucional, y que, en definitiva, no son otros que los de tratar de dar, de modo permanente, auténtica realidad y efectividad, con su ponderada combinación, a las viejas ideas de “Democracia”, “Libertad” y, como correctivo necesario de ambas, que, por lo demás, ya había sido exigido en la Atenas clásica por Solón y, todavía de un modo más explícito, Aristóteles, “Igualdad”.

No es éste, obviamente, para extendernos en el, indudable, hecho de que se encuentra firmemente asentado en el imaginario colectivo la idea de que la formulación de la división del ejercicio del poder político ordinario se debe al barón de La Brède y de Montesquieu. Aunque, en todo caso, no está de más advertir que ello, y desde la perspectiva del pensamiento político y constitucional, no es más que una simplificación, que, además, incurre en una cierta injusticia. Ha de tomarse en cuenta, a este respecto, que lo que sucede es que se está obviando el que, con anterioridad a la redacción, en 1748, de *Del espíritu de las leyes* por Montesquieu, este problema había sido ya abordado por otros pensadores políticos y jurídicos. Lo hizo, en efecto, y ya en 1324, Marsilio de Padua en su célebre *Defensor Pacis*, con el que se iniciaba la elaboración de un derecho natural secularizado (H. Heller), y del que un tratadista tan poco sospechoso de no ser un jurista como lo fue Otto von Gierke llegó a decir que tenía como principal mérito no, y como, empero, sí afirmaría Mosca, el haber establecido un incipiente y rudimentario sistema de división de poderes, sino, por el contrario, y en tanto en esa obra se contiene, siquiera sea de modo embrionario, la afirmación de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional, el haber establecido un modelo jurídico-político que se presenta como uno de los más claros precedentes teóricos del moderno Estado constitucional. Y, a nuestro juicio, no está de más recordar que si esto es así, ello —y dando buena prueba de la importancia que tuvo el pensamiento iusnaturalismo contractualista en

la forja teórico-ideológica del constitucionalismo moderno, y que, en último extremo, es lo que permite afirmar, por ejemplo, a Smend que la teoría del contrato social es la única que permite comprender adecuadamente el proceso de fundamentación y conceptualización del Estado constitucional— se debe, y de un modo muy principal, al hecho de que, al partir de la concepción de que la comunidad política es una creación de los hombres, y, en consecuencia, era a éstos, y únicamente a ellos, a quien correspondía decidir tanto los modos y las formas en que querían ser gobernados en el futuro, como sobre las cuestiones diarias sobre el gobierno de aquélla, no hacía más que afirmar la soberanía del pueblo. Tampoco debería olvidarse que también con anterioridad al celeberrimo escrito de Montesquieu, había procedido ya John Locke a proponer que el poder político ordinario fuese dividido en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo —en el que quedaban incardinados los jueces— y Poder Federativo, siendo éste en realidad un poder que se ocupaba de las relaciones exteriores del Estado.

Debemos, sin embargo, señalar que si esto es así, no es menos cierto que, de una u otra suerte, aquella simplificación tiene una clara explicación, y justificación. Al fin y al cabo, lo que sucede es que la construcción del aristócrata liberal y, aunque sin poder confesarlo abiertamente, gran maquiavelista (P. de Vega), francés se presenta como la más acabada perfecta, y fue, en todo caso, la que se consagró, en el más estricto cumplimiento de aquella lógica de la mecánica del proceso constituyente que, como está generalmente aceptado (Ch. Borgeaud, P. de Vega), encontró en Wise su primer, y más brillante, expositor, por parte de los primeros revolucionarios liberal-burgueses en los códigos constitucionales. Ocurriendo, además, y como está generalmente aceptado en la doctrina de las ciencias del Estado y del derecho del Estado y, naturalmente, desde la concepción del constitucionalismo moderno como una técnica de garantía de la libertad individual frente al poder político, que, en consecuencia, se presenta como sinónimo del liberalismo, que su constitucionalización —que, de acuerdo con la explicación del proceso constituyente realizada en el marco de la Revolución francesa, en donde la concepción de Wise era, por lo demás, y como, entre otros, ha puesto de relieve Zweig, bien conocida, por los Isnard, Desmeunier, Valdruche, Romme e Isnard, y explicando de algún modo las reticencias que mostraron los demócratas y demócratas radicales a la inclusión de la referencia a la separación de poderes en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, venía, de una u otra suerte, impuesta por el contenido del momento de la libertad— se concibió, de modo muy principal, como la articulación de un mecanismo técnico

para tratar de hacer real y efectiva esa esfera de libertad individual que se había reconocido a los ciudadanos del Estado, mediante el establecimiento de, por decirlo en palabras del propio Montesquieu, un sistema en el que “el poder frene al poder”, en cuyo seno “los tres poderes permanecerán 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”.

No es menester, asimismo, dedicar mucho espacio a tratar de averiguar cuál era la verdadera intención de Montesquieu al teorizar la división de poderes y, al mismo tiempo, proponer su articulación, siguiendo la visión que él tenía del sistema británico, como un sistema de pesos y contrapesos entre un Poder Ejecutivo —que se atribuía al monarca y a sus ministros—, un Poder Legislativo —constituido, siguiendo el modelo británico, como un órgano bicameral, en el que una de las cámaras tendría como misión la de expresar la voluntad de los ciudadanos del Estado en general, mientras que la otra quedaba reservada a los miembros de la aristocracia—, y un Poder Judicial —que, expresando ese gran temor que el aristócrata liberal sentía hacia una judicatura sometida al rey (F. Tomás y Valiente), estaría atendido por unos jueces independientes, y, como auténtica novedad respecto de la situación existente en el Antiguo Régimen, claramente separados de los cuerpos administrativos al servicio del monarca—, al que, de cualquiera de las maneras, anulará desde el punto de vista político al configurarlo como un poder políticamente neutro y que el juez no es más que la boca que pronuncia la ley. Y ello, por cuanto que poco importa, y desde luego a los efectos de este trabajo, determinar si tenía, o no, razón Althusser cuando, desde una óptica marxista, defiende la idea de que en realidad, y frente a la opinión común, la doctrina de Montesquieu es en extremo conservadora, en la medida en que, al afirmar que el Poder Judicial es un poder neutro, y que, con ello, lo que hace es reducir en el terreno de la realidad aquel sistema de frenos y contrafrenos a la contraposición y confrontación entre la Cámara legislativa popular y el titular del Poder Ejecutivo, lo que realmente pretendía Montesquieu era organizar el Estado de forma tal que la aristocracia, clase a la que él mismo pertenecía, terminase configurándose como un sujeto *legibus solutus* en tanto que la cámara legislativa de la aristocracia no encontraría en su actuación ningún tipo de freno y acabaría por imponer su voluntad a todos. Como tampoco, y a nadie puede ocultársele, tiene una particular importancia el que, contrariamente, nos inclinásemos por dar la razón a quienes consideran que el esquema propuesto, en realidad, respondía al deseo demostrado por Montesquieu —que, en este punto se apartaba, y grandemente, del criterio mantenido por Nicolás Maquiavelo—, por

apartar al pueblo de los asuntos públicos en lógica y coherente consecuencia con esa innegable desconfianza, o temor, a las multitudes que siempre han demostrado las doctrinas del elitismo político, y que desde luego Montesquieu compartía. Interpretación esta última que, de cualquiera de las maneras, vendría avalada por el contundente aserto realizado por Montesquieu en el sentido de que el

pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquéllos a quienes debe confiar parte de su autoridad porque no tiene que tomar decisiones más que a propósito de cosas que no puede ignorar y de hechos que caen bajo su dominio de los sentidos. Sabe perfectamente cuándo un hombre ha estado a menudo en la guerra o ha tenido tales o cuales triunfos; por ello está capacitado para elegir un general. Sabe cuándo un juez es asiduo...: cosas suficientes para que elija un pretor... Son estos hechos de los que se entera mejor en la plaza pública que el monarca en su palacio. Pero, en cambio, no sabría llevar los negocios ni conocer los lugares, ocasiones o momentos para aprovecharse debidamente de ellos... Del mismo modo que la mayoría de los ciudadanos que tienen suficiencia para elegir no la tienen para ser elegidos, el pueblo, que tiene capacidad para darse cuenta de la gestión de los demás, no está capacitado para llevar la gestión por sí mismo.

## II

Lo que, de verdad, nos interesa aquí es tratar de explicar la centralidad que tiene el principio de división de poderes en el marco del moderno Estado constitucional, y la verdadera virtualidad que, al margen de meras consideraciones formales, adquirió la constitucionalización de este principio siguiendo los esquemas conceptuales propuestos por Montesquieu. Y ello, por cuanto que, como a nadie debiera ocultársele, es tan solo —y como, con gran sagacidad y acierto, puso de manifiesto el maestro Pedro de Vega cuando escribió que “Como es obvio, para responder a interrogantes de ese cariz, es necesario abandonar los métodos que tan cuidadosamente ha sabido elaborar y depurar el tecnicismo jurídico, y colocarnos en una atalaya de perspectivas más amplias”—, desde la cabal y ponderada comprensión de esto desde donde únicamente podremos alcanzar una correcta comprensión de la realidad del principio de división de poderes en el momento actual.

En cuanto al primero de estos interrogantes, creemos que no ha de existir dificultad alguna para que todos, pero principalmente quienes se dedican profesionalmente al estudio de las ciencias del Estado y las ciencias del

derecho del Estado para descubrir el motivo por el cual la división de poderes ocupa esa posición preeminente tanto para el concepto neutro y formal, como para el concepto político de los códigos constitucionales. Bastará, para ello, con actuar con el concepto técnico, moderno y actual de los códigos jurídico-políticos fundamentales, que es, en definitiva, el que se corresponde con el que, a lo largo de toda su obra, escrita y no escrita, el maestro Pedro de Vega identificó con el rótulo de “concepto liberal-burgués de Constitución”, y al que se le reconocía una validez y vigencia plena (H.-P. Schneider, P. Lucas Verdú...), por lo menos hasta que el Estado constitucional mismo, —y muy particularmente cuando adopta la forma de Estado constitucional democrático y social—, ha comenzado a ser discutido como consecuencia de la mundialización o globalización.

Y es que, en efecto, no puede olvidarse que desde este concepto técnico, moderno y actual —que es, por lo demás, el que han aceptado también iuspublicistas tan relevantes como son, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, Maunz, Starck, Schneider, Zagrebelsky, García-Pelayo, Ollero, Morodo, García de Enterría, Rubio Llorente o Cascajo—, se entiende que únicamente es posible hablar de una verdadera Constitución para referirse a aquellos instrumentos de gobierno que surgen a raíz de un momento histórico determinado: las grandes revoluciones liberal-burguesas americana y francesa de finales del siglo XVIII, y que tienen un concreto sustrato teórico común: la confrontación de los supuestos ideológicos del pensamiento político liberal —representados, fundamentalmente por la obra de Montesquieu, y de una manera muy singular por su celeberrimo escrito *De l'esprit des lois*— y los presupuestos del pensamiento político democrático —encarnados, y ello es irrefutable, en el genial “Ciudadano de Ginebra”, en cuanto que indiscutido e indiscutible padre de la democracia moderna—, de tal suerte que sólo podrán considerarse como verdaderos códigos constitucionales aquellos textos constitucionales que, procediendo a la previa organización de los poderes de la colectividad y a la determinación de los modos en que éstos han de decidir, se encuentran definidos e inspirados por los principios democrático (la teoría democrática del poder constituyente), liberal (defensa de la libertad individual a través de los institutos, ciertamente, y como nos advirtió Heller, inseparables, de las declaraciones de derechos y la separación de poderes) y de supremacía constitucional (sujeción, por igual, pero, y como señaló correctamente el Tribunal Constitucional español en su sentencia 101/1983, del 18 de noviembre, no de idéntica manera, de gobernantes y gobernados a la Constitución, y concordancia del derecho ordinario con ella). La Constitución, como producto típico, junto con los códigos

del derecho técnico ordinario, del racionalismo jurídico, se presenta, desde tal óptica, como un documento escrito, formal y solemne, aprobado y sancionado por una autoridad superior competente: el *Pouvoir Constituant du Peuple*, que, recogiendo los supuestos basilares del pensamiento político liberal, explicitados en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, pretende, de manera consciente, establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la vida política del Estado.

Fácil es deducir, a la vista de lo anterior, el motivo por el cual, y como ya hemos señalado, existe un acuerdo generalizado en la identificación de los términos “constitucionalismo” y “liberalismo”. Como también, según nuestro parecer, ha de ser fácil de comprender el motivo por el que Heller considera que declaración de derechos y división de poderes se presentan como dos instrumentos inescindibles, así como el que forme parte del imaginario colectivo, y como una idea firmemente asentada en él, que la constitucionalización de la división de poderes tuvo como primigenia y fundamental finalidad la de proporcionar un mecanismo técnico-jurídico merced al cual los hombres y mujeres podrían gozar pacíficamente de los derechos que les eran reconocidos en cuanto que ciudadanos del Estado, y frente a la actuación de los titulares del poder político ordinario en este último. Lo que, de cualquiera de las maneras, será fácil de entender —así lo será, desde luego, para todos los que acepten que el derecho constitucional vigente en el Estado sólo puede ser cabalmente entendido atendiendo a los procesos de fundamentación y conceptualización del Estado constitucional mismo—, con sólo tomar en consideración el proceso por el cual hizo su entrada en la historia el Estado constitucional. En este sentido, basta con recordar que debemos, entre otros muchos, a Battaglia, Loewenstein, Pérez Serrano y De Vega, la observación de que lo propio de la primera manifestación estructural concreta del Estado constitucional, el Estado burgués de derecho, fue el que, en su nacimiento histórico, la primera tarea que abordaron los revolucionarios liberal-burgueses americanos, y ya en la etapa colonial, así como, con posterioridad, y bajo la influencia de lo hecho por los estadounidenses (G. Jellinek), los franceses fue, justamente —y desde la indiscutible, e incondicionada, aceptación de los esquemas conceptuales puestos en circulación por el reverendo Wise—, la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta, que se concretaba en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Sólo en un momento posterior, y, además, como mecanismo de garantía de aquéllos, es cuando se procede, con la aprobación del texto constitucional, a la organi-



zación política del Estado sobre la base de la división de poderes. E interesa advertir que así sucedió desde el mismo momento en que, como nos enseñó Georg Jellinek, se inició la historia de lo que los europeos solemos identificar con el nombre de derechos fundamentales, y en el continente americano como derechos humanos, esto es, de los derechos y libertades que se disfrutaban no por la condición de ser hombres, sino, por el contrario, de ser ciudadanos de una determinada comunidad política estatal. Lo que, de cualquiera de las maneras, resulta incuestionable con sólo tomar en consideración que el documento escrito formal y solemne con el que realmente empieza la historia de los derechos fundamentales, y que no es otro que el *Bill of Right of Virginia*, fue aprobado el 12 de junio de 1776, mientras que la Constitución de Virginia lo fue el 29 del mismo mes y año.

Mayores complicaciones plantean la segunda de las cuestiones a las que antes nos referíamos, es decir, la de cuál fue la verdadera virtualidad que tuvo la constitucionalización de la división de poderes. Y ello, por cuanto que, a nadie puede pasarle desapercibido, si, de una manera generalizada, se ha hecho especial mención al, incuestionablemente, transcendental papel que juega la consagración en el más alto nivel normativo del Estado de la construcción de Montesquieu para tratar que los ciudadanos de ese cuerpo político gozasen del mayor grado de libertad posible, a lo que, sin embargo, no se le ha prestado una especial atención es a las circunstancias jurídico-políticas e ideológicas que condujeron a una tal solución en el contexto del ejercicio de la función constituyente de acuerdo, de una manera muy básica, con la teorización de su mecánica debida al abate liberal Sieyès, a cuyo conocimiento, por lo demás, nunca puede, ni debe, renunciar el constitucionalista, por lo menos si éste es consciente de su propia función. Tanto más cuanto que el desconocimiento de los procesos de conceptualización y fundamentación del Estado constitucional puede, de manera lamentable, conducirnos a repetir esa dramática circunstancia de la primera mitad de la pasada centuria, en donde, como escribió el propio De Vega,

Tergiversando los planteamientos weberianos se ha producido una identificación arbitraria entre los términos de legitimidad y legalidad, como consecuencia del abandono incomprensible de los principios de la soberanía popular y la voluntad general, sin cuya mediación esa identificación carece por completo de sentido. Ya en la época de Weimar constataba Heller con estupor el hecho de que la organización constitucional, y las explicaciones consiguientes de la misma, se estuvieran olvidando del papel central de las nociones clásicas de soberanía popular y de voluntad general, que comenzaban a ser tratadas como conceptos extraños a la teoría constitucional. Las protestas

contra ese olvido, que fueron todavía numerosas en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, están quedando subsumidas ahora en el más oprobioso de los silencios. Es difícil encontrar en la actualidad, entre los teóricos de la democracia y de la Constitución, textos en los que se denuncien los riesgos derivados de los intentos de reducir la democracia a un sistema de reglas del juego, y donde se critique el colosal disparate de pretender convertir las cuestiones de legitimidad en meras cuestiones de legalidad, sin una previa fundamentación democrática de la legalidad.

No es éste, obviamente, el momento oportuno para detenernos a discutir si, como afirman, entre otros, Zweig y De Vega, tenía, o no, razón el constitucionalista francés Edouard Laboulaye cuando, de modo contundente, afirmó que Sieyès “lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”. Como, y de forma inconcusa, tampoco lo es para recrearnos en la célebre polémica en torno a si, como, por ejemplo, sostiene Bacot, Sieyès operaba con el concepto de nación en el que tan sólo estarían integrados los hombres de la generación presente en cuanto que ciudadanos activos de la comunidad política, o si por el contrario, tiene toda la razón Carré de Malberg cuando, supuestamente desde una interpretación jacobina, afirma que, en realidad, el abate revolucionario liberal opera con un concepto de nación que, alejándose de la concepción maquiavélica —y que, por lo demás, constituye uno de los mayores éxitos del insigne pensador florentino (P. de Vega)—, del pueblo como un sujeto histórico, temporal, real y concreto el cual, actuando como tal y siempre en el ejercicio de la virtud política, decide libremente sobre el gobierno del Estado en cuanto que realidad histórica, temporal, real y concreta, terminaba por convertir a ésta en un sujeto ahistórico, atemporal y, de una u otra forma, mítico en el que, al igual que sucedía con la comunidad política misma en el mundo clásico y medieval, estarían integradas las generaciones presentes, pasadas y futuras. Aunque, de cualquiera de los modos, no está de más advertir, aquí y ahora, que ha sido, de todas formas, a la apelación a este último concepto de nación, y desde la máxima sublimación y espiritualización de ésta, del que se sirvieron, y se siguen sirviendo hoy, los antidemócratas y antiliberales de toda especie para tratar de excluir a los ciudadanos del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, e incluso fingiendo ser los grandes defensores de una forma política y jurídica como es el Estado constitucional, el cual, y en la medida en que se encuentra edificado sobre y desde la lógica inherente a las ideas y el principio democrático, tiene uno, como acertadamente nos recordaba el maestro Pedro de Vega, de sus principios básicos en la idea de que los ciudadanos, que en cuanto que titulares de la soberanía individualmente

considerados, y del ejercicio de la soberanía en cuanto que integrantes del pueblo estatal, habían procedido a la aprobación del código jurídico-político fundamental, en modo alguno podrían ser excluidos del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, del gobierno del cuerpo político en definitiva, una vez que ha entrado en vigor la Constitución por ellos aprobada.

Lo que nos interesa destacar, aquí y ahora, es que cuando, como, por lo demás, resulta obligado, se toma en consideración la exposición realizada por Sieyès de la mecánica del proceso constituyente, y explicándola desde lo que, por ejemplo, y contraponiéndola a la “teoría pacífica del Poder Constituyente del pueblo” que había operado en Estados Unidos, Julius Hatschek había denominado la “teoría revolucionaria del Poder Constituyente”, lo que, de modo inevitable, se descubre es que la verdadera, y más importante, virtualidad que tuvo la constitucionalización del principio de división de poderes es, como, con igual contundencia que acierto, indicó Heller, la de actuar como un instrumento técnico a través del cual podría materializarse la que posteriormente se presentaría como la tesis rousseauiana de la *volonté générale*. Afirmación ésta que, según nuestro modesto parecer, no ha de encontrar dificultad alguna para todos los estudiosos de la teoría del Estado y del derecho constitucional.

No la tendrán, desde luego, todos aquellos constitucionalistas que no renuncien al conocimiento de los procesos de conceptualización y fundamentación del Estado constitucional. Y ello, por cuanto que, si así actúan —e, insistamos en ello, para nosotros un tal comportamiento resulta inexcusable, por lo menos si de verdad quiere obtenerse una cabal y ponderada comprensión del derecho constitucional vigente en el Estado de que se trate—, conocerán que, como pusieron ya de relieve tratadistas tan relevantes como fueron, por ejemplo, Zweig, De Vega y Vanossi, uno de los mayores aciertos del abate Sieyès a la hora de explicar la mecánica del proceso constituyente en el contexto de la democracia representativa fue, justamente, su intento por tratar de conciliar la lógica de la democracia representativa defendida por el Barón de Montesquieu y la doctrina de la *volonté générale* teorizada, desde la lógica de la democracia de la identidad, por el genial “Ciudadano de Ginebra”. Distinción ésta, y en modo alguno es ocioso resaltarlo, de la que, no obstante el hecho de que la misma se ha visto, de una u otra suerte —y de un modo muy singular como consecuencia de la interpretación hobbesiana que realizó Carl Schmitt de la formulación del abate revolucionario, y que terminan, contrariando la concepción que el constitucionalista alemán tenía en 1928 sobre la reforma constitucional como una auténtica facultad constitucional limitada, por convertir al poder

de reforma en un sujeto facultado para ejercer una dictadura soberana—, oscurecida por la interpretación que se ha generalizado del hecho de que tanto Sieyès como La Fayette exigieran que los miembros de la Asamblea de revisión recibiesen del Cuerpo Electoral un poder especial y específico para llevar a cabo la modificación formal del texto constitucional, se deriva la eficacia, y que, a diferencia de lo que sucede desde 2003, fue perfectamente entendida por el Tribunal Constitucional bajo la presidencia del doctor García-Pelayo, que ha de tener la distinción poder constituyente-poderes constituidos tan pronto como el código constitucional ha sido aprobado y ha entrado en vigor, siempre, lógicamente, en condiciones de normalidad constitucional.

Sea de ello lo que sea, lo que, de verdad, nos interesa destacar es que al tratar de articular la mecánica del proceso constituyente desde la conciliación de los presupuestos del pensamiento de Montesquieu con los del genial “Ciudadano de Ginebra”, el indiscutido, e indiscutible, padre de la democracia moderna, lo que Sieyès hizo fue, en último extremo, potenciar algo que ya se encontraba implícito en la obra de Montesquieu. Y que, a nuestro juicio, no ha de ser muy difícil de entender, comprender y compartir. Bastará, en efecto, para ello, con tomar en consideración que, como no podría ser de otra manera, Montesquieu, como buen liberal que era, había formulado su construcción de la división de poderes actuando desde el aparato conceptual y categorial elaborado por el iusnaturalismo contractualista. De un modo más concreto, elaboró Montesquieu su tesis sobre la necesidad de dividir el ejercicio del poder político ordinario, desde los esquemas teóricos propios de la teoría del contrato social formulada no, y ni mucho menos, desde los presupuestos de las doctrinas del *pactum subjectionis* construidas desde la idea de la *traslatio imperii*, defendida en el medioevo por Accursio, Baldo, Bartolo de Sassoferrato y Angelo Aretino —y que son las que, sirviendo de apoyo básico a Thomas Hobbes, se convirtieron en el fundamento último de los regímenes autocráticos en cualquiera de sus variantes: monarquía absoluta, totalitarismos, etcétera, que en el mundo han sido y son—, sino, por el contrario, sobre los de la teoría de la *concessio imperii* formuladas por Cino, Cristóforo Parco y Zarabella que, en cuanto que precedente inmediato del iusnaturalismo contractualista racionalista democrático, es desde donde únicamente puede fundamentarse adecuadamente la actual estructura del Estado constitucional (R. Smend). Lo que, como ha de ser para todos evidente, implica que aceptaba Montesquieu la idea de que, en toda comunidad política democrática, de la que el Estado constitucional es su máximo exponente, toda la actividad política de gobernados y gover-

nantes ha de estar jurídicamente limitada por la voluntad soberana de una autoridad superior expresada normativamente en la ley.

Y es, innecesario debiera ser aclararlo, a esta idea a la que, justamente —y a pesar del hecho de que no exista en el contenido formal de *De l'Esprit des Lois* referencia alguna a esa necesaria, e ineluctable y constrictiva, existencia de un poder político superior y anterior, y en el que, a la postre, y muy en contra de lo que se deriva de la contraposición realizada por Rehm sobre la soberanía del Estado y la de los órganos, se residencia la titularidad legítima del ejercicio de la soberanía en esa determinada comunidad política, a los que, en cuanto que poderes constituidos, se organizan como Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial—, responde su construcción del principio de división de poderes. De Vega, con la brillantez y rigor que siempre le caracterizaron, lo puso claramente de relieve en su insuperada, y, con toda probabilidad, insuperable, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Así, hizo notar el maestro que

Es cierto que Montesquieu no alude nunca a lo largo de su extensa obra al poder constituyente. Sin embargo, no lo es menos que constituye una premisa tácita y perfectamente presumible en la lógica global de su pensamiento, en la medida en que la aparición de los tres poderes... que recíprocamente se vigilan y controlan como poderes constituidos, no se concebiría sin el reconocimiento de un poder previo y superior a ellos en el que aquellos cifrarán la razón de su existencia.

Fácil resulta comprender, desde esta perspectiva —y en modo alguno resulta ocioso reseñarlo—, el motivo por el cual Zweig y Carré de Malberg, oponiéndose a una idea muy generalizada entre los estudiosos del derecho público, y muy especialmente entre los iuspublicistas españoles, pudieron afirmar que puestos a buscar el verdadero antecedente teórico inmediato de la teoría democrática del *Pouvoir Constituant du Peuple*, el mismo debe de situarse en las especulaciones de Montesquieu, y no en las de Rousseau. Lo que, de cualquiera de las maneras, se explica fácilmente. Es menester, en tal sentido, tomar en consideración que, aunque obligados, incluso, a admitir que, como indicó Egon Zweig, la tesis del “Ciudadano de Ginebra” sobre la soberanía popular actúa como un complemento lógico de la teoría de división de poderes del aristócrata liberal para la construcción por parte de Sieyès de la, por así decirlo, “teoría revolucionaria del Poder Constituyente”, lo que jamás debiera ser olvidado es que, aunque consciente de las dificultades y problemas que tendría su puesta en marcha en el marco de los grandes Estados-nación, lo que Rousseau defendía, siquiera fuera como

modelo ideal, era la democracia de la identidad, en la que, por ser todos los integrantes del cuerpo político al mismo tiempo, y por igual, gobernantes y gobernados, y ejercer la soberanía en todo momento, no ha lugar a la distinción entre el Poder Constituyente soberano y los poderes constituidos, así como para proceder a la división del ejercicio —que no, y bajo ningún concepto, de la titularidad, que sigue perteneciendo al pueblo del Estado como titular legítimo de la soberanía, pero que, siguiendo de una u otra suerte las concepciones de Nicolás Maquiavelo como gran teórico del régimen democrático en cuanto que proceso que se pone a prueba consigo mismo, y que tan solo reconocía la legitimidad al ejercicio del poder absoluto por parte del gobernante en los momentos de grave crisis de la comunidad política, únicamente actúa como tal en el momento del “comienzo o al final Estado constitucional, cuando éste es creado o cuando éste es abolido” (M. Kriele), lo que, a la postre, permite decir, desde la óptica del positivismo jurídico, a un Krabbe y a un Kelsen que, en rigor, en el marco de un Estado constitucional ya operante no cabe más soberanía que la de la Constitución y el derecho—, poder político en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

### III

Conocida ya la verdadera significación del principio de división de poderes, es cuando, lógicamente, podemos abordar el estudio de su problemática en el derecho constitucional actual. Y, en este sentido, no dejaría de ser un simple ejercicio de constatación de lo obvio el comenzar nuestro estudio afirmando que el mismo, y sobre todo si nos quedamos en los meros términos formales de su teorización por parte de Montesquieu, ha experimentado una serie de transformaciones en su materialización jurídico-formal. Entre ellas, y acaso como la más significativa, por lo menos en lo que hace al constitucionalismo europeo y a todos los Estados que finalmente han optado por consagrar el que, oponiéndolo —obviando, en todo caso, que en cuanto que racionalización del sistema americano que es (A. La Pergola), las diferencias entre el modelo difuso y concentrado no fueron nunca, como se encargó de poner de relieve el mismo Kelsen, tan rígidas como se presumía en su explicación teórica, y que, además, hoy estas diferencias tienden a difuminarse en el ámbito del derecho constitucional comparado— al sistema de la *judicial review* puesto en marcha, en 1803, por el juez John Marshall —quien, por lo demás, no volvería ni a poner en marcha el control de constitucionalidad, ni a dejar

inaplicada una ley federal, hasta el fin de su carrera judicial (D. García Belaúnde)—, con la emanación de la celeberrima sentencia del caso *Madison versus Marbury*, Schmitt denominó el modelo de la jurisdicción constitucional concentrada. Nos referimos, obviamente, a aquellos tribunales constitucionales que, contruidos, fundamentalmente, sobre las especulaciones de Franz Weyr y de Hans Kelsen, hicieron su entrada en la historia con las Constituciones checoeslovaca, del 29 de febrero de 1920, y austriaca, del 1o. de octubre de ese mismo año —cuya influencia, debe hacerse constar, se dejaría notar, y de modo palmario, en la Constitución de la Segunda República española—, y que se generalizaría, en muy buena medida para tratar de eludir el riesgo de nuevos regímenes totalitarios (M. Cappelletti), en la Europa desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, actúan, de una suerte u otra, como comisionados por el Poder Constituyente para el sostenimiento de su obra normativa, y se configuran como unos órganos de carácter jurisdiccional aunque no adscritos al Poder Judicial, del que, como del resto de los poderes constituidos (A. Bickel, J. H. Ely), es independiente (K. A. Bettermann).

Y no hace falta decir que la aparición de este nuevo órgano constitucional, que supone, y de modo difícilmente cuestionable, un colosal embate a la literalidad de la construcción de Montesquieu, fue interpretado, desde concepciones jurídico-políticas claramente antidemocráticas y antiliberales, por, *verbi gratia*, Forsthoff como la definitiva transformación del Estado constitucional en un mero Estado jurisdiccional, en el que, de modo inexorable, los contenidos del principio liberal, y muy especialmente la división de poderes, quedaban eliminados. Lo que, ni que decir tiene, resulta claramente inexacto por cuanto que, al tener los tribunales constitucionales como principal misión la de, por decirlo en palabras del primer presidente del supremo custodio constitucional español, garantizar “que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la decisión del Constituyente tal y como quedó objetivada en las normas constitucionales” (M. García-Pelayo), lo que sucede es, justamente, todo lo contrario. El maestro Pedro de Vega, con igual acierto que contundencia y rigor, lo puso claramente de manifiesto cuando, en los albores de la actual etapa constitucional española, escribió que

No merece la pena discutir la realidad, a todas luces exagerada, de ese posible “gobierno o dictadura de los jueces”. Lo que interesa constatar, sin embargo, es el cambio en el significado constitucional del juez. Como guardián de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ya no es el simple vigilante que da coherencia a los actos normativos de rango inferior con los preceptos consti-

tucionales (en cuya esfera se sitúa el control de constitucionalidad), sino que, además, se ha convertido en el vigilante y encargado de dar coherencia a la vida estatal en su conjunto, resolviendo los conflictos entre poderes y obligando a todos ellos a cumplir los imperativos constitucionales.

De donde, sin dificultad alguna, se deduce que lejos de ser ciertas las acusaciones realizadas desde el pensamiento jurídico-político antidemocrático y antiliberal —y no obstante el hecho de que en no pocas ocasiones se hayan convertido en la práctica en uno de los elementos fundamentales para la generación del caos (P. de Vega)—, lo que, en realidad, sucede es que los tribunales constitucionales han servido para dar auténtica realidad y eficacia a todos y cada uno de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, en la medida en que, dirá el maestro,

el principio liberal, basado, como señalamos en su momento, en la división de poderes y en el reconocimiento de los derechos y libertades, se traduce a nivel jurisprudencial en la asignación al Tribunal de la facultad para resolver los conflictos entre órganos y para entender del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional se presenta, así, como última garantía de la división de poderes (en cuanto impide que unos órganos afecten las esferas de actuación de otros) y como salvaguarda final de los derechos y libertades. De igual manera, el principio de supremacía constitucional tiene su traducción más patente en el sistema de protección jurisdiccional, en la competencia básica de toda la justicia constitucional, que es, como se sabe, la de los recursos de inconstitucionalidad. Otro tanto cabría indicar con relación al principio democrático, que tal y como señalamos que se entiende y se integra en los ordenamientos constitucionales del presente, encuentra su mejor garantía en la propia competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La razón es evidente: una ley en contra de la Constitución, si tuviera validez, equivaldría a una reforma de la Constitución.

#### IV

De cualquiera de las maneras, y como ha de ser para todos meridiano, no es ésta la circunstancia que nos interesa resaltar en este momento, y para dar cumplida respuesta a la interrogante de si, por utilizar la expresión vulgar frecuentemente empleada en el debate político, Montesquieu ha muerto en el contexto del Estado constitucional y, además, tan pronto como éste se presentó ya, y sin ambages de ningún tipo, e incluso antes de su legalización y constitucionalización, como aquel *Parteienstaat* (Estado de partidos) del que habla-



ba Triepel, y en el que, acaso como rasgo más notorio, aquel mandato libre conforme al cual, y de acuerdo ya con la teorización de Sieyès, y que, en todo caso, se convertiría en el rasgo definidor más importante de la representación política, se establecía la ficción de que el representante parlamentario, que, ahora, y a diferencia de lo que sucedía con el mandato imperativo —cuya vigencia en el momento anterior a las grandes revoluciones liberal-burguesas de finales del siglo XVIII, hacía que difícilmente pudiera hablarse de una auténtica representación política (G. Leibholz)—, no podría ser revocado en su mandato (A. Esmein), representaba a toda la nación en su conjunto (H. Heller, H. Kelsen, P. de Vega), y que, a la postre, permitió identificar el Estado constitucional con el Estado o el gobierno representativo mismo, se ha visto sustituido por el mandato de partido, en virtud del cual, y unido a la consagración del sufragio universal y la adopción del sistema proporcional, lo que sucede es que hoy las decisiones políticas se adoptan en el interior de los partidos políticos (R. Smend, H. Triepel, G. Leibholz, E. Forsthoff). Y, en efecto, no puede olvidarse que el fenómeno anterior fue el que, en último extremo, dio origen a que Francesco Trota, con una plasticidad indudable, pudiera escribir que

Repetimos ciertas fórmulas por costumbre y tradición sin darnos cuenta del engaño en que incurrimos. Hablamos de soberanía del Parlamento, y sabemos perfectamente que ésta ya no existe. Hablamos de división de poderes y sabemos que ésta ha desaparecido desde el momento en que los gobiernos se han convertido en Comités de acción de las mayorías parlamentarias, y más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las secretarías y comisiones ejecutivas de los partidos.

Es, lógicamente, desde esta perspectiva desde donde comenzará, por un lado, a proclamarse la crisis total del principio de división de poderes en el Estado actual, y por otro, a reivindicarse la vuelta a la concepción de éste por Montesquieu identificada, de acuerdo con la mera literalidad de su construcción, con la obligada atribución de la titularidad de cada uno de los poderes constituidos a un sujeto distinto. Lo que, ni que decir tiene, se hace especialmente patente en el marco de los Estados que cuentan con el sistema de gobierno parlamentario, en el que, debido a la centralidad que se reconoce al Poder Legislativo, todos los demás órganos constitucionales se formarán atendiendo al juego de las mayorías y minorías en él.

No hace falta, creemos, ser en exceso sagaz y perspicaz para comprender que en esa denuncia de la crisis absoluta de la división de poderes, así como en la demanda de volver a los esquemas formales trazados por Mon-

tesquieu, lo que subyace, además, y de modo difícilmente cuestionable, del deseo de volver a la falaz distinción fisiocrática entre el “Estado-aparato” y la “sociedad civil” —identificada ésta, por cierto, y tanto por parte de liberales (C. Lefort, J. Rawls), como por parte de los marxistas o neomarxistas (J. Rosemberg), siempre, y sin excepciones relevantes, con las fuerzas y poderes del mercado, esto es, con los titulares del poder económico—, es el discurso antipartido. No es menester que nos entretengamos, aquí, a indicar que, como yo aprendí del maestro Pedro de Vega, éste, que había nacido ya con el triunfo de los grandes procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII, y desde la creencia de que la existencia de las organizaciones políticas partidistas no haría más que impedir la satisfacción de unos supuestos intereses nacionales superiores, los cuales tan sólo podrían verse atendidos con la formación de un gobierno que representase a todo el cuerpo político (G. Leibholz), había adquirido inicialmente una dimensión progresista y democrática con los discursos de los Washington, Madison, Robespierre, Saint-Just, etcétera, pasaría, ya en el siglo XIX, a formar parte nuclear del pensamiento conservador y autoritario —de lo que, sin disputa posible alguna, dan buena prueba las afirmaciones realizadas al respecto por Napoleón y Maurras—, y, finalmente, a adquirir su máxima expresión en el primer tercio de la pasada centuria cuando el mismo pasó a ser enarbolado, de modo fundamental, pero no exclusivo —y podríamos, en este sentido, recordar aquí las oscuras reflexiones de Radbruch sobre los partidos políticos—, por los autores más claramente antidemócratas y antiliberales, entre los que, sin duda, ocupan un lugar preferente Ostrogorski y Michels. Éstos, nadie puede desconocerlo, se mostrarían partidarios de la transformación del Estado de partidos —en el que, como señalaría Richard Thoma, “La voluntad ideal del Estado democrático es la voluntad de las organizaciones de partido dominantes en ese momento, con base en el consentimiento o la tolerancia del pueblo”—, en ese “Estado-partido” propio de los totalitarismos modernos en los que de un modo bien diverso a lo que define el régimen democrático, una visión unitaria y exclusivista del mundo que les lleva a la imposibilidad de reconocer el fraccionamiento y la existencia inevitable del conflicto en la sociedad, se pretendía solucionar “la separación entre la realidad política y la normativa constitucional se resolvió de esta forma con la identificación o la vinculación total de los mecanismos del Estado y los mecanismos del partido” (P. de Vega).

Es importante señalar que es, justamente, esta última manifestación del discurso antipartido la que, aunque, sin duda, en la mayoría de los casos de forma inconsciente, ha conocido en los primeros años de esta centu-

ria, y principalmente en su segunda década, una nueva revitalización. Si bien, y de manera que no puede ser considerada sino paradójica, ahora en nombre de las ideas democráticas y progresistas. Nos estamos refiriendo, obviamente, a los acontecimientos vividos por doquier en 2011, y que, por ejemplo, en España se denominó “el movimiento 15”.

No nos corresponde a nosotros, como es fácil de comprender, el tratar de determinar hasta qué punto estos movimientos a los que nos referimos, fueron el resultado de un movimiento ciudadano espontáneo, o si, por el contrario—y en conexión directa con la problemática de la articulación práctica del principio de división de poderes en un mundo globalizado cuya vida, por lo demás, se encuentra enormemente condicionada por eso que se llama las “grandes autopistas de la comunicación” que supone Internet—, el mismo se debía a algo orquestado a través de las nuevas redes de comunicación social, y, en todo caso —fundadas sospechas existen al respecto—, por los mismos que, nadie puede desconocerlo, habían tratado de interferir en el proceso electoral en Estados Unidos de América, en Francia, en México, etcétera. De la misma manera, tampoco nos corresponde a nosotros, desde luego a los efectos de este escrito, el interrogarnos sobre si no hubo, siquiera fuera de manera inconsciente, entre los participantes de estos movimientos no pocos cuya actuación sería reconducible a lo que Habermas había denominado “revolucionarismo aparente”, o, como mínimo, a lo que el profesor Tierno Galván, refiriéndose en concreto, y en una serie de artículos publicados en *Le Monde*, al FLP, llamó “radicalismo estético” —caracterizado éste, de acuerdo con el maestro Pedro de Vega, por cuanto que su actuación se presenta “como simple evasión estética y romántica de los compromisos que impone una realidad cruel. Se trataría entonces de simples radicalismos estéticos, cuya mayor o menor grandeza moral carece de sentido a nivel social”—. Aunque, empero, no podríamos, ni tampoco querríamos, dejar de señalar que esta última interpretación podría entenderse como justificada en tanto que lo que el transcurso del tiempo ha demostrado es que este movimiento, que —obviando que sigue siendo plenamente cierto el aserto de Kelsen de que

no puede dudarse que el descrédito de los partidos políticos por parte de la teoría y la doctrina del derecho político de la monarquía constitucional encubría un ataque contra la realización de la democracia. Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un *Estado de partidos*, [así como el que la] experiencia nos enseña es que cuando los partidos desa-

parecen, los que le substituyen son los grupos de presión, los magnates de las finanzas o los demagogos con vocación de dictadores (P. de Vega)—

ha dado lugar, de forma paradójica, y por todas partes, a la creación de nuevas organizaciones políticas partidistas, así como a nuevas plataformas electorales, destinadas, unas y otras, a integrarse, a través del instituto de representación política en el marco del *Parteienstaat*, en los centros de decisión y acción política de la comunidad política, y muy singularmente en el Parlamento y el gobierno.

Lo que en verdad nos interesa es tan solo, y porque ello afecta, y de modo directo e inmediato a la actual denuncia de la crisis absoluta de la división de poderes y a la presente reivindicación de los esquemas formales elaborados por Montesquieu sobre la efectividad real de este principio, señalar que existen unas patentes concomitancias entre la nueva denuncia de la desaparición fáctica de la división de poderes como consecuencia de los partidos políticos, y la que hicieron en el primer tercio del siglo XX los autores antidemócratas y antiliberales. Nadie discute, ni, por lo demás, podría hacerse actuando de una manera objetiva, ponderada y cabal, que no faltaba una cierta razón a quienes protagonizaron las revueltas de 2011, y como consecuencia de la actitud mostrada, por doquier, por no pocos dirigentes de las organizaciones políticas partidistas. Para nadie, en efecto, puede ser un misterio que en la protesta de aquellos días, lo que, de una u otra suerte, subyacía era la toma en consideración de ese peligro real que existe en toda democracia representativa, y que, en última instancia, fue, de una manera tan contundente como acertada, denunciada por Georges Berliá cuando, refiriéndose al problema de la naturaleza del poder de reforma constitucional, señaló que “los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana [o, en su caso, del Pueblo soberano], para convertirse en los representantes soberanos de la nación” —y que es, en último extremo, y refiriéndose en concreto, y como el propio Berliá, al ejercicio de la función constituyente como actividad jurídica reglada y limitada, había conducido a ese gran constitucionalista positivista italiano que fue Ferruccio Pergolesi a defender que, por su propia importancia objetiva, y por cuanto no es siempre presumible el que porque las organizaciones políticas partidistas que habían recibido el mayor número de votos en los anteriores comicios generales deseen revisar la Constitución, el contenido material de la misma responda tanto a los intereses de los ciudadanos en el momento en el que aquélla se efectúa, toda reforma constitucional, incluso aunque ello no estuviera previsto en el código jurídico-político fundamental, habría de ser sometido al voto

directo de los ciudadanos en referéndum—, volverán a argüir el lema de “no nos representan”, del que, nadie puede ignorarlo, con tanto éxito se habían aprovechado Hitler y Mussolini, y al que, por influencia de Herrera Oria, habían apelado en la España de 1933 la CEDA y Lerroux.

De cualquiera de las maneras, lo que ha de ser reseñado es que en el implícito mensaje antipartido que esconde el citado lema del “no nos representan”, lo que subyace, aunque con toda probabilidad de modo inconsciente en el supuesto de la mayoría de los protagonistas de los acontecimientos de 2011, es el mismo mensaje que encerraba la célebre “ley de hierro de la oligarquía” de Robert Michels —quien, por cierto, y no conviene perderlo de vista, no obstante su pretendida neutralidad ideológica, acabaría sus días actuando como asesor remunerado de Mussolini—, conforme a la cual, y como contenido medular y basilar de la misma, lo que sucede en el marco de la democracia representativa en régimen de partidos es que la estructura piramidal de las organizaciones políticas partidistas no hacen, en definitiva, más que favorecer el distanciamiento de los dirigentes del partido respecto de sus propias bases. Circunstancia ésta que, a la postre, y, se dirá, pese a los correctivos que se establecen, por ejemplo, en el artículo 6o. de la Constitución Española en el sentido de que su “estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos” —y que debieran haber conducido a residenciar el control de los mismos en el ámbito de la jurisdicción constitucional, y no en el de la ordinaria (P. de Vega, R. Morodo, P. Lucas Murillo de la Cueva)—, termina haciendo que el partido político con representación parlamentaria pase a defender los intereses concretos y coyunturales de sus dirigentes, que, además, serán los que ocupen los puestos políticos en el aparato institucional del Estado, incluso cuando los mismos puedan ser contrarios a los de sus militantes, simpatizantes y votantes. Lo que, ni que decir tiene, supone dar plena validez a aquella idea expresada ya por Lord Bryce de que “La organización traiciona la voluntad del pueblo”.

También va a ser, y nadie puede desconocerlo, igual la receta que ofrecían a esta tendencia, siempre patológica, a la oligarquización de las organizaciones políticas partidistas. En efecto, tanto los antidemócratas y antiliberales de los primeros años del siglo XX, y que, de una manera muy especial no tenían otra intención que demostrar la imposibilidad misma del régimen democrático, como quienes —pareciendo, en todo caso, hacerse eco de la contraposición elaborada por Burdeau entre democracia gobernante y democracia gobernada—, asumen el discurso antipartido de éstos en los primeros años de la presente centuria aunque, eso sí, presuntamente en nombre de la libertad, democracia y progreso que siempre había defendido

el democratismo radical, no encontraran mejor receta que la de preconizar la necesaria desaparición de los partidos políticos. Los últimos, muchas veces de manera inconsciente y con la mejor de las voluntades, lo propondrán con la doble finalidad de, por un lado, que la soberanía, que entienden se encuentra secuestrada por las cúpulas dirigentes de los partidos políticos, vuelva a ser ejercida directamente —y de acuerdo con los presupuestos de aquel mito de la “democracia participativa” que había encontrado en Zampetti uno de sus más brillantes expositores—, por los ciudadanos, y, por otro, que al alejar a las oligarquías partidistas de los órganos de decisión política, los ciudadanos alcancen unas mayores cuotas de bienestar.

Es menester advertir, y de forma inmediata, que olvidan, sin embargo, éstos que la aparición histórica de los partidos políticos se debió, y de modo difícilmente cuestionable, a las necesidades operativas de la izquierda burguesa y obrera, y, además, como medio ineludible para poder combatir, en el contexto de un sistema político en el que operaba el sufragio restringido —y que, en definitiva, no hacía más que mantener en el primer Estado burgués de derecho aquella realidad del Estado absoluto en donde, como denunció Fichte, lo que ocurría es que

el estamento de los grandes poseedores de bienes... serían los únicos y verdaderos propietarios, los únicos ciudadanos que forman el Estado, no siendo los restantes más que simples accesorios, obligados a comprar su reconocimiento al precio que les plazca a los primeros. No es de extrañar, digo, puesto que entre todas las cosas existentes, el terreno, el suelo, es la que más evidentemente se puede apropiar—,

lo que Lassalle —a quien, en cuanto que fichtiano y hegeliano que era, le corresponde el gran mérito de haber comprendido que el problema para las clases económicamente más menesterosas no era el Estado, sino, por el contrario, la falta de fuerza que tenían, por lo menos actuando aisladamente, los partidarios del democratismo, del democratismo radical y del socialismo democrático (H. Heller), y que, a la postre, le había conducido a propugnar, como posteriormente haría también Heller, la necesidad de llegar a acuerdos, siquiera fueran puntuales, entre estas organizaciones— había identificado con el rótulo de “férrea ley económica”, conforme a la cual la burguesía liberal y conservadora será proclive a la aprobación de normas jurídicas que favorezcan el bienestar de esa inmensa mayoría de la población que está integrada en la clase no propietaria. Y, ni que decir tiene, el olvido de esta circunstancia les conduce, inexorablemente, a ignorar que la desaparición de los partidos políticos, en cuanto que instrumentos funda-

mentales para la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, a quienes en realidad favorecería no es a las clases económicamente más necesitadas, sino, muy al contrario, a los propietarios de los medios de producción y financieros, adscritos, de una manera generalizada, a las tendencias más conservadoras y, de cualquier forma, partidarios, también con carácter general, del liberalismo económico.

Y nos interesa resaltar esto por cuanto que es, justamente, desde este esquema desde donde se va a producir tanto la denuncia de la actual desaparición de la división de poderes, como la reivindicación a los esquemas formales de la construcción de Montesquieu. Del mismo modo que es también esta circunstancia la que, en último término, nos permite realizar la, ya aludida, equiparación entre las propuestas de los participantes de los movimientos antipartido del presente, con las de los neoliberales y con la de los autores antidemócratas y antiliberales del periodo de entreguerras. Y es que, en efecto, lo que sucede es que todas estas propuestas no hacen más que conducir a esa situación descrita por el doctor De Vega cuando escribió que

La pretensión de reconstruir un orden liberal en el que las instancias políticas... cedan su puesto a las instancias sociales, terminará convirtiéndose de esta forma en una crítica directa e injusta de los partidos políticos, de los que sin pudor alguno se denunciarán sus males, y en una apologética indirecta, pero no por ello menos decidida, de los grupos de presión. Se condena a los partidos y se critica su acción, para que en su lugar se desarrolle la actividad de los grupos y de los poderes privados. Constituye un hecho perfectamente verificable que en aquellas democracias donde los partidos todavía gozan de un mínimo prestigio, los grupos de presión tienen una acción mucho más limitada que en aquellas otras donde han perdido definitivamente su legitimidad. Hablar, en estas circunstancias, de una reconstrucción de la sociedad liberal, dando por buena la hipótesis de que nos enfrentamos a una sociedad presidida por la acción de los grupos de presión, obliga a conferir la razón a aquel discípulo de Hegel que decía que los grandes acontecimientos históricos se repiten siempre como farsas.

## V

Punto de partida inexorable de todas estas denuncias y reivindicaciones a las que nos referimos, es, nadie puede ignorarlo, el colosal cataclismo que el reconocimiento jurídico del fenómeno partidista generó en el sistema jurídico-formal, no así en el de la realidad político-material —donde las organizacio-

nes políticas partidistas, ignoradas tanto por los prácticos de la política como por los estudiosos del Estado, la política y el derecho, acaso por considerar a aquéllas como unos sujetos que, por un lado, se resisten a someterse al derecho, y, por otro, son capaces de generar el *fait accompli*, o la fuerza normativa de los hechos, comprendido éste como lo hacía el ilustre maestro de Heideberg, como un fenómeno histórico con fuerza constituyente, si operaban—, de la democracia representativa propia del Estado constitucional liberal. Conmoción que, para nadie puede ser un misterio, comienza manifestándose en el sentido que hoy tiene el propio discurso parlamentario. En efecto, todos podemos ser conscientes que, en el marco del Estado de partidos y con el sufragio universal ya operante, en donde, como escribió Smend:

El debate parlamentario ha dejado de ser el momento creador de la decisión política para pasar a convertirse cada vez más en una fachada detrás de la que se realizan con toda discreción las negociaciones entre los partidos. Desde que la actividad parlamentaria depende de los grupos parlamentarios, son éstos los que concretan la vida parlamentaria... Apenas se puede decir ya que nuestro parlamentarismo es un “Government by talking”, esto es, una forma de gobierno [como señaló, refiriéndose al modelo británico, Josep Redlich] “se basa en el instrumento de la palabra como motor y fórmula esencial de su ejecución”...

Ya no se trata, como debía suceder en el Parlamento ideal schmittiano, y que en realidad nunca pasó (P. de Vega), de convencer a los otros parlamentarios para encontrar la razón, la verdad y la justicia, sino que de lo que se trata es de convencer al Cuerpo Electoral. Aunque, y a nadie puede ocultársele, no terminan aquí las transformaciones del régimen parlamentario debidas al fenómeno partidista.

Nos referimos, de una manera más concreta, a la observación realizada —y en la que algunos han querido ver no una mera constatación de la realidad política, sino una clara prueba de un claro antiparlamentarismo, similar al mantenido por Schmitt— por Smend, conforme a la cual la aparición del fenómeno partidista determina que frente a ese Parlamento ideal construido, en la que, sin disputa, es la obra más ideológica de este autor, por Carl Schmitt, hoy las Asambleas Legislativas han perdido esa condición prominente que le habían otorgado los primeros liberales, para convertirse, de manera inevitable, y cada vez más, en una fachada en la que se formalizan los acuerdos intra e inter partidos, y en el que, consecuencia de aquel mandato de partido que permitía escribir irónicamente al más brillante y capaz de todos los constitucionalistas adscritos al positivismo jurídico que



Hasta se podría plantear la idea de no obligar a los partidos políticos a enviar un número de diputados individualmente designados, y siempre los mismos, en proporción a la importancia del partido, que hubiesen de colaborar en la resolución de todas las cuestiones... sino que se podría permitir a los partidos delegar de su propio seno, según la oportunidad de cada caso, los expertos con que pudieran contar para participar en la deliberación y adopción de acuerdos sobre las diversas leyes, expertos que en cada caso influirían en la resolución con el número de votos asignados proporcionalmente a sus respectivos partidos políticos (H. Kelsen)...

La mayoría de los parlamentarios se limitan a aprobar las decisiones que previamente se han adoptado en los comités ejecutivos de las organizaciones políticas partidistas. Desde esta observación, la denuncia de la “muerte de Montesquieu” en los modernos regímenes parlamentarios no ofrece dificultad alguna para su comprensión. Porque, se dirá, quienes ocupan los parlamentos son los partidos políticos, y quienes deciden, en realidad, no son los parlamentarios individuales sino, por el contrario, sus comités ejecutivos, lo que sucede es que en un sistema donde todos los demás órganos constitucionales son designados por las asambleas legislativas, todos los poderes constituidos del Estado van a encontrarse en unas mismas manos: las del partido o partidos que conforman la mayoría parlamentaria. De donde, se dirá también, el sistema de frenos y contrafrenos que implicaba el principio de división de poderes teorizado por Montesquieu, y que fue consagrado en el más alto nivel normativo del Estado desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, ha dejado de tener vigencia y eficacia en el contexto del Estado constitucional democrático y social en cuanto *Parteienstaat* que es.

## VI

Es menester indicar, y de manera inmediata, que la crítica resulta exagerada, y que, en todo caso, no justifica ni la proclamación de la muerte de Montesquieu, ni la de la reivindicación de la vuelta a los esquemas formales trazados por éste. E importa advertir que esto es así, incluso desde el punto de vista jurídico-formal. Veámoslo, aunque de manera sintética, con un cierto detenimiento. Es verdad, nadie lo niega, ni, por lo demás, podría negarlo actuando de un modo objetivo, que en el sistema de gobierno parlamentario, en el que una de sus notas definidoras más relevantes es, justamente, la de que

el encargado de formar gobierno será aquél que consiga la confianza de la mayoría del Parlamento —en el actual derecho constitucional español, se requiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución, el voto favorable de la mayoría absoluta, en primera vuelta, y de la mayoría simple, en segunda, del Congreso de los Diputados—, puede decirse que, frente al modelo diseñado por Montesquieu, en el Estado de partidos es un mismo sujeto, el partido político que ocupa la posición de mayoría parlamentaria, quien va a ocupar tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo. De esta suerte, evidente es que lejos de producirse aquella confrontación entre ambos poderes a la que se refería Montesquieu, lo que en realidad sucede es que, al actuar el partido político como correa de transmisión entre uno y otro, sus relaciones van a ser de obligada colaboración.

Ahora bien, si esto es así en cuanto al Ejecutivo y al Legislativo, no es menos cierto que la crítica no se sostiene en relación con los otros poderes constituidos. Ni siquiera cuando, como es lo usual, sean los partidos políticos con representación parlamentaria quienes proponen a los integrantes de los otros órganos del Estado. Los magistrados constitucionales designados por el Congreso de los Diputados y el Senado en el sistema constitucional español, nos ofrecen —no obstante la perniciosa política de las “cuotas” que todos los partidos denuncian, pero a la que, empero, no están dispuestos a renunciar— un magnífico ejemplo al respecto. Existen, en efecto, garantías jurídicas bastantes en el texto constitucional español para asegurar esa imprescindible independencia de los magistrados constitucionales respecto de los partidos políticos que los propusieron. Y no nos referimos tan solo a la figura del voto particular consagrada en el artículo 164, y que constituye uno de los instrumentos de defensa de la independencia del magistrado individual. A lo que aludimos, de un modo muy principal, es a que difícilmente puede afirmarse que en la España de 1978 un mismo partido político ocupa simultáneamente el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional. Y ello, por la propia mayoría establecida por el Poder Constituyente para la elección de estos magistrados constitucionales por las cámaras parlamentarias, y que, de modo definitivo, asegura la independencia de éstos, aunque no tanto, por la remisión a la Ley Orgánica para la determinación de las funciones, la del propio órgano. A ello se refirió, con la brillantez, rigor y contundencia que le fueron siempre característicos, Pedro de Vega, quien escribió, en 1984, que

No obstante, y a pesar de estas enfáticas y solemnes declaraciones de independencia, no han faltado una serie de críticas que... se han vertido contra

ella. El argumento de fondo ha sido siempre el mismo: la forma de designación de los miembros del Tribunal... El hecho de que las Cámaras y el Gobierno —que es un mero reflejo de la voluntad de las cámaras— propongan a diez de los doce magistrados que componen el Tribunal, ha servido para que, con una simpleza digna de mejor causa, se llegue a afirmar que el Tribunal Constitucional, lejos de ser independiente, forzosamente habrá de convertirse en un puro mandatario de los órganos que los designan... A parte de los datos que la experiencia ofrece... existe otra circunstancia que no se puede olvidar. La designación de los componentes del Tribunal se efectúa por una mayoría de tres quintos de parlamentarios, lo que significa que se hace necesario el consenso de los distintos partidos con representación en las Cámaras para llevarla a cabo. Con lo que se asegura, por un lado, que los Magistrados no respondan a concepciones ideológicas monolíticas, y, por otro lado, que, a nivel personal, no tengan que sentirse vinculados a tendencias, ni a partidos concretos.

Señalar esto, conviene aclararlo, en modo alguno significa negar que el fenómeno partidista ha generado un colosal cataclismo en el esquema formal de la división de poderes constitucionalizada, bajo una más que sobresaliente influencia del pensamiento de Montesquieu, desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, y que, nadie puede ignorarlo, continúa siendo consagrada por los códigos jurídico-políticos fundamentales en el Estado constitucional democrático y social. Lo que ocurre, en todo caso, es que la constatación de este hecho no autoriza ni a decretar la muerte de Montesquieu, ni tampoco a exigir la vuelta a los estrictos términos formales en los que Montesquieu había teorizado este principio. Y mucho menos, a hacerlo en nombre de la lógica del progresismo y del democratismo. La razón es, a nuestro juicio, fácilmente comprensible. Y la misma, en último extremo, es la de quienes proponen esta vuelta a los esquemas formales del Estado constitucional liberal e ignoran que en el marco del Estado constitucional democrático y social, en el que su configuración como Estado de partidos es ya insoslayable, el principio de división de poderes sigue siendo eficaz en tanto que, en este último, el mismo no se articula ya como aquella confrontación imaginada por Montesquieu entre Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, y, más precisamente, en la medida en que el aristócrata liberal se encargó de configurar al Poder Judicial como un poder políticamente neutro, entre los dos primeros, sino que, por el contrario, lo que sucede es que, como ha escrito el Pedro de Vega, el

juego de fuerzas políticas no se contrapesa ya entre el legislativo y el ejecutivo, habida cuenta que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores.

Porque esto es así, surge ante nosotros una clara, y meridiana, conclusión que no podríamos, ni tampoco queríamos, dejar de consignar en este trabajo. La misma, según nuestro parecer, no puede resultar más patente y evidente. Sobre todo, para todos aquellos constitucionalistas que acepten que tenía toda la razón Heller cuando afirmó que la democracia, en el orden histórico y en el de las ideas, nunca está, ni, además, puede estar, en crisis, aunque, de manera indiscutible, lo que sí puede producirse, y de hecho se produce, es la crisis en la gestión de la democracia —entendiendo, a los efectos que aquí interesan, en la actuación, interna y externa, de los partidos políticos—. Y ésta, en definitiva, no es otra que en contra de lo que mantuvo el pensamiento antipartido clásico, y lo que sigue afirmando hoy, con toda probabilidad, y en la mayoría de los casos, de manera inconsciente, el movimiento antipartido actual, el pluripartidismo se convierte en el último mecanismo para hacer real y efectivo el principio de división de poderes, así como del resto de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, en la actual democracia de masas.

La mejor prueba de que esto es así, acaso nos la pueda proporcionar esa independencia judicial, que, nadie puede desconocerlo, se encuentra hoy tan cuestionada en la España de 1978, y por el motivo de que, desde la aprobación de la LO 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial, todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial —que, como especifica la Constitución, no es un órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional, que corresponde a los jueces y magistrados (artículo 117. 1 CE 1978), sino tan sólo “el órgano de gobierno del mismo” (artículo 122. 2 CE 1978)— son elegidos por las cortes generales. Pero que, de cualquiera de las maneras, no es un fenómeno desconocido en otras latitudes, aunque por otros motivos, el que se trate de “resucitar” a Montesquieu. Y es que, en efecto, también la independencia judicial va a terminar dependiendo de que exista el pluripartidismo.

Interesa recordar, en este sentido, que la universalmente proclamada independencia del juez, que en primer término está fundamentada en la circunstancia de que éste se encuentra tan solo sometido al imperio de la ley, y que, desde el punto de vista jurídico y formal, encuentra su garantía en el

hecho de que el ordenamiento constitucional consagre el principio de división de poderes, conforme al cual el juez no se encuentra sujeto a la voluntad, más o menos justa, más o menos arbitraria, ni del órgano encargado de personalizar el Poder Legislativo, y, por ello mismo, desde una posición de una cierta superioridad respecto del resto de los órganos constitucionales en cuanto que es el que ejerce la función legislativa del pueblo por la elección directa del Cuerpo Electoral (H. Heller), ni del órgano que se presenta como el titular del Poder Ejecutivo. Lo que, de algún modo, va a concretarse en el principio de que éstos, como se desprende del mismo tenor literal del artículo 117.2, no podrán, a diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen, ni separar, ni suspender libremente a los jueces y magistrados.

Ahora bien, si esto es así, con lo que nos encontramos es con que la efectividad real de la independencia del juez, y desde el punto de vista de la realidad política y jurídica, mucho más que de las previsiones contenidas en el más alto nivel normativo de la comunidad política, de lo que realmente sucede en la vida política de la misma. Dicho de una manera mucho más clara y contundente, nos encontramos con que el juez, sujeto tan solo al imperio de la ley y no a la voluntad de los gobernantes, será realmente independiente cuando en el Estado de que se trate opere un sistema multipartidista. Y ello, por cuanto que es, justamente, en virtud del pluripartidismo cuando el principio de división de poderes, cuya formulación clásica, como ya hemos señalado, pero no importa insistir en ello,

ha sido sustituida por una nueva y diferente forma de equilibrio. El juego de pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes del Estado no se produce ya entre el Legislativo y el Ejecutivo, habida cuenta de que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores,

adquirirá una entidad y efectividad reales y podrá desplegar toda su potencialidad. Lo que, como a nadie puede ocultársele, nos dice que, por mucho que la misma se encuentre enfática y solemnemente proclamada por el derecho constitucional vigente, la independencia de los jueces, como órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional en el Estado, no pasará de ser una mera declaración retórica y, al mismo tiempo, absolutamente vacía de contenido en aquellos Estados donde el pluripartidismo no existe. Y, lógicamente, esto encontrará su máxima expresión en el caso de los Estados autocráticos, en los que, en muy buena medida como consecuencia de la

incapacidad que tienen todos los autócratas para reconocer que la realidad no es unidimensional y que, por ello mismo, es fuente de conflictos (P. de Vega), el partido del que se vale el autócrata no sólo es el único partido que opera en ese determinado cuerpo político, sino que, además, se integra en la propia maquinaria del Estado. Con la sagacidad y penetración que siempre le fueron característicos, y que, en definitiva, hicieron que se convirtiese en uno de los constitucionalistas del periodo histórico que identificamos con el rótulo de “Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar” que mejor pudo desempeñar esta tarea esencial que corresponde a los profesionales universitarios de la teoría del derecho constitucional de tratar de hacer comprensible en términos jurídico-públicos la realidad jurídica y política del Estado y, al mismo tiempo, y como ya había ordenado, en 1906, el insigne maestro de Heidelberg, el tratar de contribuir a su feliz desarrollo, Heller, en su estudio-denuncia sobre el régimen político y jurídico del totalitarismo fascista en Italia, puso de relieve, y con toda contundencia y claridad, esta circunstancia. Y creemos, en todo caso, que, aunque la cita sea larga, merece la pena transcribir sus palabras. Señala al respecto el genial constitucionalista socialdemócrata alemán que

La concentración descrita del Poder ejecutivo y legislativo en las manos del dictador da también al traste con la independencia que el Poder judicial tiene en el Estado de derecho. La independencia de los jueces es sólo un corolario de su dependencia de la ley, entendiéndolo por ley en el Estado de derecho aquella norma jurídica suprema elaborada, por lo menos con la cooperación del Poder legislativo del pueblo, “porque lo único que distingue una ley constitucional de la norma dada por el monarca absoluto, o por un dictador, es que el pueblo o su representación decide (o al menos participa) en la formación de la ley”... En el sistema del Estado de derecho la garantía de justicia relativa de la ley estriba en todo el procedimiento legislativo, a través del cual deben expresarse y completarse, con la mayor libertad e igualdad posibles, todas las valoraciones que viven en el pueblo... Cuando el dictador concentra en sus manos el Poder legislativo y cuando todas las normas jurídicas superiores emanan más o menos exclusivamente de su voluntad [que era, como demostró el mismo Heller, lo que sucedía en la Italia de Mussolini, en donde difícilmente podría entenderse que el Parlamento italiano expresaba la voluntad del Pueblo cuando sus miembros eran elegidos por el Consejo del Fascio, y, además, los integrantes de éste eran designados directamente por el *Duce*], el juez no depende ya de las leyes, sino de la voluntad actual del dictador y, por tanto, la administración de justicia es también dictatorial.

No trataba yo, como es lógico, de dar en estas líneas una solución definitiva a la problemática actual de la división de poderes. Entre otras cosas, por cuanto que soy plenamente consciente de que mi discurso deja, por razones de espacio, de atender el problema de la eficacia de este principio en el marco del Estado social, en donde, necesariamente, éste ha de presentarse como el diálogo entre el poder público, al que le corresponde la defensa de la libertad de los ciudadanos, y el poder privado, así como su realidad, o, más bien, su no materialización en un mundo globalizado, en el que la vida política se hace depender de las diversas “guerras comerciales”. Lo que, por el contrario, trataba, era simplemente de aportar algunos elementos para la reflexión sobre un problema que, querámoslo o no, sigue siendo medular para el derecho constitucional en el siglo XXI.