

## PONENCIA MARCO

# LA SEPARACIÓN DE PODERES ENTRE LA REALIDAD Y EL MITO FUNDACIONAL: LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO<sup>1</sup>.

**Ignacio Granado Hijelmo<sup>2</sup>.**

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL PODER EN GENERAL. III. EL PODER POLÍTICO. IV. EL ORIGEN Y LA TITULARIDAD DEL PODER POLÍTICO ESTATAL. V. TIPOLOGÍA DEL PODER POLÍTICO ESTATAL. VI. LA DINÁMICA DEL PODER ESTATAL: LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PODER. VII. LAS FUNCIONES DEL ESTADO. VIII. EL PODER LEGISLATIVO. IX. EL PODER EJECUTIVO. X. EL PODER JUDICIAL. XI. LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES. XII. PANORAMA ACTUAL DE INTERFERENCIAS EN LA DIVISIÓN DE PODERES. XIII. NUEVOS PODERES Y FUNCIONES. XIV CONCLUSIONES.

## I. PLANTEAMIENTO.

Agradezco al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía el honor que me hace invitándome, una vez más, a compartir este prestigioso foro, para mí tan entrañable, en el que los compañeros de los Servicios Jurídicos nos damos cita para emplear lo más valioso que tenemos, el tiempo, en reflexionar, en esta ocasión, sobre un crucial problema como es la *división de poderes*, del que se me pide nada menos que una visión diacrónica, esto es, que lo enmarque en esa seriación de sucesos que entreteje la Historia entre un ámbito de experiencias y otro de esperanzas.

El reto es importante pues no en vano alguien tan experimentado en las lides constitucionales como el juez norteamericano A. Vanderbilt afirmó, con razón, que no

<sup>1</sup> Ponencia inaugural de las *XIX Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, celebradas en Sevilla el 16 y 17 de noviembre de 2017.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho y en Derecho Canónico, Académico correspondiente de la RR.AA. de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas, y Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja.

conocía asunto de mayor enjundia<sup>3</sup>. Por mi parte, tras haber estudiado y reflexionado cuanto he podido al respecto, he llegado a la conclusión de que, en buena medida, la dificultad de esta materia estriba en una falta de claridad en la fijación de los conceptos que se entrelazan en los sesudos tratados científicos que versan sobre ella<sup>4</sup>.

Comenzare, así, apuntando descriptivamente que la *separación de poderes* es una doctrina politológica, originada en el constitucionalismo occidental, por la que el poder del Estado, tanto en sus instancias centrales como en las dotadas de una descentralización no meramente administrativa, debe ser limitado, asignando cada una de las funciones típicas en las que se manifiesta (principalmente, la legislativa, la ejecutiva y la judicial) a órganos o complejos orgánicos diferentes (principalmente, el Parlamento, el Gobierno y los órganos jurisdiccionales), de suerte que se contrapesen mutuamente y que, de ese equilibrio, resulte garantizada la libertad y demás derechos humanos y, en suma, la democracia.

Como se ve, esta descripción está plagada de nociones complejas (como función, órgano, descentralización, limitación, equilibrio, libertad o democracia), pero conviene destacar desde el comienzo dos de ellas muy relacionadas entre sí, cuales son las de *poder* y *Estado*, que debe ser precisadas cuanto antes, pues el deseo de aprehenderlas en sus múltiples matices ha ocasionado bastante confusión terminológica y conceptual.

## II. EL PODER EN GENERAL.

### 1. El concepto de poder como fuerza motriz.

El *poder* no es sino la capacidad de influir, más o menos ampliamente, en el movimiento o estado de las cosas o en el comportamiento o situación de las personas y los grupos sociales.

Referido a las cosas, el poder, como observó Humboldt al estudiar la corriente marina que lleva su nombre, se presenta como una *fuerza* motriz explicativa de las alteraciones de la materia. De ahí que la primera noción del poder sea *física* y lo presente como aquello en cuya virtud algo se mueve, altera o cambia de estado o situación. Se trata, pues, como intuyeron los pensadores helénicos (Arquímedes, Pitágoras), de una *fuerza*, esto es, de una actividad (*dinamis*) que genera energía (*energeia*); por eso, el poder se encuentra más en las actuaciones causales (*operae*) que en el resultado subsiguiente (*ergon, opus*).

---

<sup>3</sup> VANDERBILT, Arthur, *The Doctrine of the Separation of Powers and Its Present-Day Significance*, U. Lincoln U. Press, Nebraska, 1963, pág. 48.

<sup>4</sup> Una buena prueba de tratado oceánico sobre esta materia es el clásico de CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, Méjico, Fondo de Cultura económica, 1998.

## 2. La expansión del concepto de poder.

La noción parece sencilla; pero el problema surge si nos interrogamos por la cadena de causas motrices hasta llegar a la idea de un primer motor, porque entonces la cuestión del poder pasa, del ámbito factual de la Física, al *extrafactual* la Metafísica y, si ese primer motor es identificado con una deidad creadora, a la Teología, como sugerían todas las mitologías y cosmogonías antiguas (egipcia, babilónica, hebrea), incluida la griega, cuyos humanizados dioses fueron popularizados por Homero y Hesiodo

Los sofistas presocráticos, que sabían perfectamente que los aristócratas controlaban los cargos sacerdotales, intuyeron que una teologización del problema del movimiento apuntalaría el tradicional gobierno oligárquico en las ciudades-estado griegas. Para evitarlo y fundamentar, como alternativa preferible, el sistema democrático ateniense, en el que eran protegidos por Pericles, emprendieron una campaña ideológica y de educación política en toda regla<sup>5</sup>, para centrar la Física, la Filosofía y la Política, no en la divinidad creadora y motora del cosmos, sino en el ser humano, convertido así en la medida de todas las cosas (como sostuvo Protágoras en sus *Discursos demoleedores*) y prefiguraban los mitos de Hércules (que, tras superar terribles pruebas, logra la divinización), Prometeo (que consigue arrebatar el fuego sagrado a los dioses) y Orestes (que logra sustraerse al enjuiciamiento divino)<sup>6</sup>.

Pese a los fallos de Lógica formal (sofismas) que encerraban, estas propuestas no fueron reputadas en su época insensatas, pues, bajo su apariencia de postulados teóricos, trataban de conseguir un resultado muy práctico, cual era defender la democracia de la oligarquía sacerdotal; y ello requería cuestionar los mitos genéticos sobre el origen divino del movimiento y sustituirlos por una explicación, física natural y matemática, del espacio (como ámbito del movimiento) y del tiempo (como dura-

<sup>5</sup> Comenzaron proponiendo que la materia no tenía un origen creacional divino, sino que estaba constituida por alguno de los cuatro elementos físicos conocidos con funciones holísticas, como el agua que todo lo disuelve (Tales), el aire que todo lo envuelve (Anaxímedes), la tierra que todo lo sustenta (Empedocles) o el fuego que todo lo consume (Heráclito) o por pequeñas partículas (átomos) de todos ellos (Demócrito) o tal vez por alguna sustancia *apeiron*, o sea, desconocida (Anaximandro). Incluso, considerando al movimiento como paso del *no-ser* al *ser*, llegaron a negar su realidad (Zenón) o, simplemente, a prescindir de él (como, en otro ámbito cultural, propondría casi simultáneamente Buda), para centrarse sólo en el *ser* (Parménides). Cfr. GIGON, Olof, *Los orígenes de la Filosofía griega*, Madrid, ed. Gredos, 1980.

<sup>6</sup> El dramaturgo Esquilo, en el quizá más inteligente esfuerzo de pedagogía social o de propaganda política mediante el teatro para justificar la democracia ateniense y, en concreto, la limitación de los antaño omnímodos poderes del aristocrático Areópago, que había sido reducido por los demócratas a juzgar delitos de sangre, expuso este mito en un tragedia, *Las Euménides*, donde Orestes (tras haber asesinado a su madre, Clitemnestra, para vengar así la muerte que ésta había inferido a su padre, Agamenón), es perseguido por Las Furias que exigen su vida por matricida; pero, acogido por la diosa Atenea, ésta defiende su enjuiciamiento a un tribunal humano, el Areópago, que funda al efecto y lo absuelve con el patriarcal razonamiento (indoeuropeo) de que sólo la muerte de un padre exige la venganza de la sangre. Con esta hábil presentación, Esquilo salvaguardaba el origen divino del Areópago, pero lo presenta como sustitutivo de la ancestral venganza de la sangre para constreñir sus competencias a las que le había asignado Efialtes. Para la mitología griega, cfr. GRAVES, Robert, *Los mitos griegos*, 2 vols, Madrid, Ed. Alianza, 2011.

ción del movimiento), colocando al hombre, no a los dioses y a sus sacerdotes, como centro de las explicaciones y decisiones individuales y colectivas (Ética), sobre todo, en las relativas a las ciudades-Estado (Política).

Por eso, la crítica de Sócrates a los planteamientos sofísticos y la influencia docente de sus razonamientos entre los jóvenes le costó la vida a manos de los demócratas y, cuando su ejemplo fue seguido por su discípulo Platón, partidario del gobierno de los sabios, y por Aristóteles, preceptor de Alejandro Magno, la democracia ateniense desapareció absorbida, primero, por la aristocracia de Esparta, vencedora en la Guerra del Peloponeso (431-405 a. C.), y, luego, por el autocrático imperio macedónico que, tras la batalla de Queronea (338 a. C.), se impuso en toda la Hélade.

Pero la noción de poder ya había sobrepasado el ámbito de la Física, extendiéndose a lo que hoy denominamos Antropología (para explicar las relaciones de influencia entre personas), Sociología (para aludir a las que se aprecian entre los grupos sociales) y Politología (para referirse al poder atribuido al Estado como grupo social superior).

### **3. Naturaleza sistémica, fáctica, derivativa y, por tanto, limitada, del poder.**

Estas derivaciones extra-físicas de la noción de poder obedecen, en buena medida, a que se trata de un concepto *sistémico*, en el sentido de que surge en seno de un *sistema*<sup>7</sup> que lo explica y delimita estructuralmente y desde el que proyecta su fuerza, pero que resulta también delimitado por los demás sistemas con los que se relaciona. De ahí que pertenezca a la esencia del poder no ser *absoluto*, sino, estructural y funcionalmente, *limitado* y que, por ello, la *división de poderes* no sea sólo una fórmula para limitar el poder, sino también una de las maneras de expresar su consustancial limitación.

Pero las extrapolaciones del concepto de poder a otros ámbitos distintos de la Física no pueden hacernos olvidar que éste tiene una naturaleza puramente *fáctica*; o sea, que es una cuestión de hecho (*quaestio facti*), ya que “se tiene” o “no se tiene” y sólo se ejerce “si se tiene”. Ahora bien, ese “tener” presupone las cualidades que su titular (cosa, persona o grupo social) presenta de por sí para ejercerlo (*aptitud*) e implica también haberlo recibido de otra cosa, persona o grupo a tal efecto (*habilitación*). En otras palabras, el poder no es un fenómeno *originario* sino, más bien, *derivativo*, en el doble sentido de estar condicionado, en la fuente, por sus presupuestos y requisitos y de haber sido conferido por otra cosa, persona o grupo. También ese carácter derivativo hace del poder un concepto esencialmente limitado por la fuente de la que procede.

---

<sup>7</sup> Por *sistema* entiendo toda unidad de intelección coherente que muestra cohesión entre los elementos estructurales que lo integran, los cuales permiten también su interconexión con las demás. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “La Teoría General de Sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, 21, 1989, 23-172.

Además, la fuerza en que el poder consiste admite gradación, en su esencia y aplicación, ya que puede ser de persuasión (*vis persuasiva* o fuerza de la razón), de sugestión (*vis sugestiva*, o fuerza de la fascinación) o de coacción (*vis coactiva* o fuerza de la coerción); y ello implica que también queda condicionada por el grado de receptividad o resistencia (*vis resistiva* o contra-fuerza) que presente aquello a lo que pretenda proyectarse; ya que, si se trata de una cosa material, la misma puede presentar una estructura, física o funcional, que la haga, más o menos, refractaria a la fuerza que se pretenda ejercer sobre ella; y, si se trata de una persona o grupo social, entra en juego la voluntad humana y, por tanto, el grado de consentimiento, aceptación u oposición que la persona o grupo social concernido oponga a la fuerza, según el grado y forma en que ésta se les trate de aplicar. En otras palabras, el poder queda también limitado por el grado de resistencia sistémica que el entorno presente a su aplicación.

En todo caso, a la vista de la evolución que de la idea de poder se ha expuesto, es claro que el mismo, siendo sistémico, fáctico y derivativo, y, por todo ello, esencialmente *limitado*, no sólo se refiere a las cosas sino también a las personas y a los grupos sociales que éstas integran, por lo que cabe hablar también de un poder *político*, cuya predeterminación importa para acercarnos al concepto de *división de poderes*.

### III. EL PODER POLÍTICO.

#### 1. Significado estatal del adjetivo “político”.

Pero ¿qué es el poder *político*? La respuesta es simple: *poder político* es el atribuido al grupo social que denominamos *Estado* y que éste ejerce sobre las personas que lo integran, ya que el adjetivo *político* (de *polis*, ciudad-estado) califica, por derivación, a todo lo que se refiere al Estado.

Por tanto, esta respuesta reconduce la cuestión al concepto de *Estado*, uno de cuyos elementos constitutivos es, precisamente, el poder *político* que ostenta; un poder que, como todos los demás, resultará, pese a su apariencia absoluta, ser también, como enseguida se expondrá, esencialmente *limitado*, al igual que lo es el mismo concepto de Estado que lo contiene. Comencemos, pues, por este último.

#### 2. El previo concepto de Estado.

Aunque todos parecen saber de qué hablan cuando se refieren al *Estado*, se trata de uno de los conceptos más sutiles de las Ciencias Sociales. Para aclararlo, conviene

precisar que puede emplearse en dos sentidos: como personificación jurídica y como grupo social.

### **A) La concepción del Estado como sujeto jurídico.**

La concepción del Estado como un sujeto jurídico ideal al que se atribuyen los supremos actos de gobierno de una sociedad, implica una visión organicista del Estado como una persona, dotada de miembros, funciones, aparatos, conocimiento, voluntad y relaciones.

Esta propuesta (que hunde sus raíces en Anaxágoras y los mecanicistas, como Holbach y La Mettrie, y, sobre todo, en el *Leviathan* de Hobbes)<sup>8</sup> ha sido útil para (como demostraron las aportaciones de Otto Mayer) fundamentar y explicar asuntos arduos, como la personalidad jurídica del Estado y su organización interior mediante complejos orgánicos especializados en sus distintas funciones de imperio, tales como legislar, juzgar o gobernar en sentido amplio.

Pero esta visión se presta a construcciones apriorísticas, autocráticas y totalitarias sobre el origen y ejercicio del poder político y ha tenido el inconveniente de separar, a la estructura o aparato estatal, de la sociedad a la que debe servir, propiciando la implantación de las ideologías defensoras de un predominio de lo colectivo y del interés, razón o voluntad del Estado sobre los derechos fundamentales de las personas; y alentando, en suma, restricciones de la libertad que pueden minorar o incluso eliminar la democracia.

### **B) La concepción del Estado como grupo social.**

Ante los riesgos que implica la concepción del Estado como sujeto, estimo que, para comprender, no sólo la doctrina de la *división de poderes*, sino el origen y concepto mismo de *poder político* en las democracias, es preferible concebir al Estado como un grupo social, institucionalizado, predominantemente comunitario y rigurosamente delimitado en lo personal (población) y lo espacial (territorio) que, dotado de una organización burocrática, coherente y jerarquizada, se manifiesta como titular de un

---

<sup>8</sup> El enciclopedista franco-alemán barón Paul Heinrich Dietrich von Holbach (1723-1789) sostuvo esta idea en su obra *Sistema de la naturaleza* (1770), influido por la titulada *El hombre máquina*, de su maestro, el médico francés Julien Offray de La Mettrie (1709-1751). Pero ya el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679), en su *Leviathan* (1651), había acertado en la comunicación plástica de la idea pues, en la tradición apocalíptica hebrea (bíblica y talmúdica), *Leviathán* (“enroscado”) es un gigantesco monstruo marino con forma de serpiente que, como la bestia cornuda *Behemot* (“poderoso”), impersona al maligno en sus representaciones enfrentadas femenina y masculina, el cual sólo será devorado por los justos en el banquete festivo de *Armagedon*, al fin del mundo. Además, el frontispicio de la primera edición de esta obra contenía un grabado que representaba a un gigante (barbudo, enmallado y coronado que, con los brazos extendidos y portando en una mano una espada y en la otra un cetro, levantaba su cintura sobre un paisaje habitado por pequeñas figuras humanas) que, junto con el cuadro *Coloso*, hasta hace poco atribuido a Goya, se ha incorporado al imaginario colectivo como sinónimo de la personificación de un poder político irresistible.

poder político superior (soberanía), pero no absoluto, sino limitado por los derechos humanos de todos aquellos a quienes afecta y especialmente de quienes se lo han conferido para recuperarlo en forma de seguridad, obras y servicios públicos<sup>9</sup>.

Frente a la artificial, aunque parcialmente útil, construcción del Estado como sujeto, la concepción sociológica del Estado como un grupo social remite a la clásica constatación realista de la naturaleza social del ser humano (el aristotélico *zoon politicón*) y, por tanto, parte de la natural la agrupación del hombre con sus semejantes para generar múltiples grupos sociales (como los familiares, laborales, económicos y también los políticos).

Además, al ser sociológica, esta visión del Estado como grupo social implica una perspectiva *a posteriori* que reconduce el origen, el funcionamiento y los fines del Estado a las personas humanas que lo integran, ya que éstas, no sólo le aportan la fuerza en que su poder político consiste (es decir, son la fuente de su poder político), sino que, además, son las titulares de los derechos humanos que el Estado debe respetar y garantizar (esto es, condicionan el funcionamiento del Estado en la aplicación del referido poder político) y son las acreedoras a las que el Estado debe devolver el poder político que ha recibido de las mismas, en forma de seguridad y demás prestaciones y servicios públicos (es decir, determinan los fines del Estado en cuanto que destinatarias de las actuaciones estatales tendentes a lograrlos).

### 3. Naturaleza del poder político del Estado entendido como grupo social.

Repárese que esta concepción grupal implica las siguientes características que acotan y limitan estructuralmente la naturaleza del poder político y, en consecuencia, la del mismo Estado que lo recibe y ejerce; y también la de la división de sus poderes:

#### A) Carácter grupal.

Comencemos insistiendo en que, al ser el Estado, en rigor, un *grupo social*, esto es, una realidad grupal de tipo sociológico, la misma naturaleza social tiene el *poder político* que lo caracteriza. Es cierto que ello no merma la posibilidad de personificarlo instrumentalmente sobre la base de entender que ese grupo (*universitas personarum*) opera como *sustractum* de la personalidad reconocida al mismo, tal y como sucede con la subjetivación de los Estados en Derecho internacional público. Pero implica que el Estado no es ningún *Leviathán* independiente de las personas que lo integran, le aportan la fuerza social en la que consiste su poder o la recuperan en forma de seguridad o servicios públicos; sino que, por el contrario, el Estado es, sólo y precisamente, el *compositum* grupal que tales personas conforman.

<sup>9</sup> He tomado originariamente estos conceptos de ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría fundamental del Estado*, Pamplona, Eunsa, 1967, aunque modulados por la relevancia limitante de los derechos humanos que estimo imprescindible para la concepción actual del Estado.

## **B) Carácter comunitario.**

Es más, el grupo social en que el Estado consiste no es de tipo *societario* (es decir, un grupo en el primen las relaciones de coexistencia, alienidad o económicas), sino de tipo *comunitario* (esto es, un grupo en el que predominan las relaciones de convivencia, cercanía y afecto entre sus componentes), como se aprecia con claridad en los eventos deportivos internacionales. A este componente, alude el concepto de *patria*, como sentimiento de pertenencia a una comunidad histórica, cultural y territorial por razón del lugar de nacimiento o de vínculos afectivos con la misma; por lo que se trata de una noción conexas a la de *nación* a la que luego se alude.

Esta naturaleza comunitaria se extiende también al *poder político* estatal, razón por la que no puede ser ejercido con indiferencia o desprecio respecto a las personas, sino en función de las mismas, de sus derechos e intereses legítimos, ya que estas no son tanto súbditos, gobernados o administrados por del poder público, cuanto ciudadanos y seres humanos de los que procede dicho poder, al que condicionan con sus derechos fundamentales y a cuyo servicio dicho poder se endereza; por lo que, en suma, lo justifican en su origen, funcionamiento y finalidad.

## **C) Carácter delimitado.**

El carácter comunitario, que también caracteriza y limita al poder político que el Estado ejerce, es debido, en buena medida, a que el Estado es un grupo delimitado, esto es, basado en una estricta determinación, podríamos decir “censal”, de las personas que lo integran (aquellos a los que el propio Estado reconoce como ciudadanos) y una, no menos exacta, delimitación, podríamos decir “catastral”, del espacio (terrestre, aéreo y marítimo) sobre el que ejerce sus funciones. No extraña, pues, que nacionalidad y territorialidad sean, así, dos nociones básicas, tanto del orden constitucional (interno) de los Estados, como del orden jurídico internacional<sup>10</sup>, ya que la esencia grupal del Estado hace que ambas nociones sean reputadas elementos constitutivos del Estado y también esencialmente limitadoras de toda tiranía interior e imperialismo exterior.

---

<sup>10</sup> Por eso, la *nacionalidad* es una institución jurídica poliédrica, que tanto aparece como *estado civil* (en Derecho privado), *punto de conexión* (en Derecho Internacional privado), como *ciudadanía* o vínculo político personal con el propio Estado (en Derecho constitucional interno) o como *extranjería* o vínculo político personal con otros Estados (en Derecho Internacional público). Algo similar sucede con la *territorialidad*, ya que, salvo los limitados casos de *extraterritorialidad* que admite el Derecho internacional público y privado, el poder político del Estado se proyecta tanto sobre los nacionales como sobre los extranjeros, pero sólo cuando unos y otros se encuentran dentro de su territorio, ya que, fuera del mismo, el poder al respecto corresponde, por lo general, al Estado en que se hallen. De ahí que DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “La función normativa del Título preliminar del Código civil”, en *Anuario de Derecho civil*, 49, 2, 1996, págs. 533-606, observe que dicho Título (en el que nuestro Código civil regula la nacionalidad y la aplicación de las leyes estatales en el espacio) es materialmente constitucional.

En efecto, son elementos constitutivos del grupo estatal tanto las personas que lo integran (a este aspecto subjetivo, alude la *nacionalidad*), como el espacio físico sobre el que las mismas se asientan (a este aspecto objetivo alude la *territorialidad*); y excluyen la tiranía interior, porque no justifican el sometimiento de la población a cualquier tipo de sujeción; de suerte que el conjunto de posiciones de sujeción que la doctrina politológica ha denominado *status subiectionis* ha de ser entendido funcionalmente, es decir, como sólo justificadas en la medida precisa para lograr los fines estatales de seguridad y prestación de servicios públicos y sin mermar los conjuntos de posiciones de libertad y participación, esto es, los ámbitos exentos de intervención del poder político (*status libertatis*) y los reservados a la participación e intervención política y social de la población (*status activus*), que son exigidos por los derechos humanos. El preciso equilibrio de estos tres *status* determina también una esencial limitación del poder político estatal.

Impiden también el imperialismo exterior pues, al existir otros Estados (esto es, otros grupos sociales que también son superiores y están personalizados y territorializados), el poder político de uno de ellos no puede extenderse a todas las personas y lugares; y, por tanto, su ejercicio no puede ser violento, unilateral y universal, sino que requiere necesariamente fórmulas convencionales y pacíficas de limitación y reconocimiento internacionales.

#### **D) Carácter organizado.**

Además, al ser una realidad grupal, el Estado es, obviamente, un grupo *organizado*, pues, como todo grupo social, cuenta con su propia organización social, si bien la estatal se caracteriza (no sólo en el ámbito ejecutivo, sino también en el jurisdiccional e incluso en el de la administración parlamentaria) por ser burocrática (es decir, profesionalizada), coherente (es decir, organizada de forma racional en complejos orgánicos diversos desgranados en entidades, órganos, unidades y puestos de trabajo) y jerarquizada (esto es, sistematizada, de suerte que -sin perjuicio de la independencia propia de la función asignada a algunos de ellos, como los judiciales-, hay órganos superiores e inferiores o especializados por razón del grado, la extensión o la intensidad de sus funciones).

#### **E) Carácter institucionalizado.**

Desde luego, su naturaleza social, comunitaria y delimitada en lo personal y espacial y dotada de una seria organización facilita el que el Estado conforme un grupo *institucionalizado*, en el sentido de que, una vez instaurado y mientras permanezca como tal, su existencia es duradera y diacrónica, esto es, anterior y posterior a la vida de las personas concretas que en cada momento lo integren o sobre las que proyecte sus funciones.

Esta característica, hasta cierto punto transpersonal del Estado, también facilita su precitada personificación instrumental, la estabilidad de las decisiones políticas, el mantenimiento y seguridad del orden jurídico, la permanencia y la continuidad en la prestación de los servicios públicos y en la acción interior y exterior del Estado.

Pero tampoco debe hacernos olvidar el carácter esencialmente grupal y sociológico del Estado ni, mucho menos, conducirnos a concebir al Estado como una macro-institución independiente de las personas que la integran e irresponsable ante ellas, ya que su legitimidad no procede de una voluntad fundacional ajena a la población, sino de ésta misma, la cual es el origen del poder político que el Estado ostenta, postula la devolución del mismo en forma de prestaciones públicas de todo tipo y se reserva la elección, directa o indirecta, de sus gestores, así como exigencia de eventuales responsabilidades a los mismos.

#### **F) Carácter temporal.**

El poder político del Estado se presenta actualmente como limitado a los asuntos temporales, dejando en manos de las confesiones religiosas los espirituales que atañen al destino trascendental del ser humano según las propias convicciones de cada persona, aunque existe una amplia gama de posibilidades en esta materia.

Pero, como es bien sabido, aún perduran Estados *confesionales*, que asumen e imponen una única y determinada religión, persiguiendo, prohibiendo, tolerando o reduciendo a una condición depresiva a las demás; junto a Estados que estiman positivo el fenómeno religioso y promueven acuerdos con las confesiones mayoritarias o que se declaran ajenos al fenómeno religioso o incluso contrarios al mismo.

Esta diversidad y gradación es fruto del devenir histórico de los distintos Estados. Así, los que sufrieron las guerras de religión, que ensangrentaron Europa en los siglos XVI y XVII, se construyeron sobre la base del absolutismo regio, que impuso a cada reino la religión de su monarca (principio *cuius regio eius religio*) e incluso sometió a control estatal (*regalismo*) el funcionamiento de la propia Iglesia; pero, en general, siguiendo la línea trazada por Locke, terminaron por aceptar estatutos, primero, de tolerancia y, luego, de libertad religiosa, la cual se convirtió, de este modo, en el primero de los derechos humanos reconocidos y, por tanto, en una primera limitación del poder político.

#### **G) Carácter superior.**

Repárese, finalmente, en que el carácter sociológico, comunitario, delimitado, institucionalizado y organizado, es común a muchos grupos sociales; por eso, lo que distingue al Estado de los demás grupos (lo que los escolásticos denominaban *última diferencia*) es su característica de constituir un grupo *superior* a los demás a los que engloba y sobre los que presenta un predominio imperativo, de suerte que, para

cumplir sus funciones: en el interior, prima, incluso coactivamente, sobre cualquier otro grupo comprendido en su ámbito personal y espacial; y, en el exterior, goza de un estatuto de teórica paridad con el resto de Estados que componen la comunidad internacional.

Para conceptualizar este poder superior del Estado, el politólogo francés Juan Bodin acuñó el término de *soberanía* (apócope de la expresión latina *plena potestas super omnia*), como sinónimo de un supremo poder político de imperio<sup>11</sup>.

Sin embargo, no debe olvidarse que la *soberanía* es también sistémica, pues se encuentra limitada: estructuralmente, en el ámbito de lo interior, por el grupo social que la protagoniza; y, funcionalmente, en el ámbito de lo exterior, por la de otros Estados e instituciones internacionales; por lo que, pese a que resulte paradójico con su omnimoda denominación, siempre ha sido, y más en los tiempos actuales, una soberanía *limitada*, esto es, una forma superior, pero no absoluta, de poder político. Ello también se debe al carácter esencialmente derivativo de éste último.

#### **H) Carácter derivativo.**

La limitación, estructural y funcional, del poder político a la que acabo de aludir obedece, en efecto, a que, siendo *estatal*, no deja de ser *poder*, esto es, no pierde la naturaleza de *fuerza* que es inherente al concepto de poder en todas sus manifestaciones; y que, como tal, es también *derivativa*.

Procede, pues, interrogarnos sobre su *origen*; cuestión ésta de hondo calado filosófico, ya que la solución a la misma depende de la concepción previa que se tenga sobre la persona humana y sobre el Estado; de ahí que haya experimentado una lenta, pero crucial, evolución histórica, que se analiza tras la siguiente recapitulación.

#### **I) Recapitulación.**

Antes de preguntar sobre el origen del poder político estatal, conviene recapitular, como conclusión de este epígrafe, que los caracteres que se han expuesto demuestran que el Estado no es una realidad absoluta, sino esencialmente limitada: por un lado, en lo interior, en cuanto que no consiste en una persona ideal onnipotente, sino sólo en un grupo social; el cual no es de tipo societario sino comunitario, se presenta como estrictamente delimitado en lo personal y lo espacial, y se constriñe

<sup>11</sup> Jean Bodin (1529-1596), en el marco de las guerras de religión y de la pugna sobre si la recepción del Derecho común, canónico y romano (*utrumque ius*) debía efectuarse conforme al *mos italicus* (apoyado en la potestad regia) o al *mos gallicus*, (fundado en la razón), publicó su crucial obra *Los seis libros sobre la República* (1576), con la pretensión transaccional de, tras un amplio estudio del Derecho Constitucional comparado de su época, establecer, como principios racionales del Derecho público, la tolerancia, la moderación (como antídoto contra el fanatismo religioso) y, por lo que ahora nos interesa, la soberanía (*plena potestas*) del monarca, en cuanto llamado a instaurar la paz religiosa.

competencialmente a lo temporal; y, por otro lado, en lo exterior, en cuanto que está condicionado por el reconocimiento y competencias de los demás Estados.

Ese grupo, aunque esencialmente limitado, genera una fuerza social formidable, tradicionalmente denominada *soberanía*, la cual se traduce en una organización e institucionalización estables y en una clara supremacía sobre otros grupos en su ámbito competencial. Pero es una fuerza *sistémica*, esto es, radicalmente condicionada por su origen grupal y por su finalidad de conservación y fomento grupales, así como por el reconocimiento interior y exterior que precisa. Es, pues, una fuerza *funcional* que se encuentra estructuralmente limitada por los derechos humanos de los componentes del grupo social que la genera y que la ha conferido a sus dirigentes, no para que los tiranicen, sino sólo para la preservación y fomento del mismo grupo y para que sea más eficaz el reconocimiento, garantía y protección de tales derechos.

Por ello, la división de las funciones y poderes precisos para que los dirigentes, es decir, quienes componen la organización social del Estado, reciban esa fuerza social y la traduzcan en actuaciones y prestaciones públicas de todo tipo, no es sino una técnica más, de entre otras posibles y convenientes, aunque muy trascendente (por lo que tiene rango constitucional), para asegurar, al grupo social constitutivo del Estado, el mantenimiento de la naturaleza esencialmente limitada, tanto de ese Estado como del poder político que se le ha conferido.

Esto señalado, podemos analizar la anunciada cuestión del origen y titularidad del poder político estatal.

#### **IV. EL ORIGEN Y LA TITULARIDAD DEL PODER POLÍTICO ESTATAL.**

La noción de *Estado* es *diacrónica*, esto es, se ha ido modulando a lo largo del devenir histórico<sup>12</sup>; y lo mismo ha sucedido con el concepto de *poder político* que lo caracteriza, sobre todo cuando se ha tratado de descubrir su origen o lo que es lo mismo, de determinar quién es el titular de la soberanía estatal. Para ello, se han intentado diversas explicaciones, como las que sostienen su origen divino, popular o nacional.

---

<sup>12</sup> Como puso de relieve Böckenförde (cit. por Alvaro D'Ors, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, págs. 652-654), es un defecto académico común en esta materia proyectar sobre realidades políticas de la Antigüedad (como la democracia de las ciudades-estado helénicas, la República o el Imperio romano), de la Edad Media (como los Reinos germánicos -surgidos en Europa tras la caída del Imperio romano de Occidente-, los Imperios mongol, chino o japonés, las ciudades-estado italo-alemanas o el Sacro Imperio romano-germánico), de la Edad Moderna (como la Monarquía hispánica de los Austrias o las organizaciones políticas precolombinas en América) o incluso de la Edad Contemporánea (como los Imperios británico, austro-húngaro, ruso u otomano o las organizaciones de los pueblos colonizados en África y Oceanía) categorías politológicas que sólo son apropiadas para caracterizar a los Estados surgidos durante el Renacimiento (como España y Francia) o a los formados tras la Ilustración por la independencia de los territorios americanos (Estados Unidos, respecto a Inglaterra, y los países hispano-americanos, respecto a España y Portugal), las reunificaciones auspiciadas durante el Romanticismo (como Italia y Alemania), las grandes guerras mundiales, el proceso descolonizador o el hundimiento del bloque soviético en el s. XX.

## 1. La soberanía regia.

Los pueblos más antiguos partían de la creencia en una divinidad omnipotente que, por tanto, era fuente de todo poder en el cielo y en la tierra; de ahí que el rey, previas ciertas ceremonias sacrales (administradas por sacerdotes o pontífices, esto es, hacedores de puentes entre cielo y tierra) de unción, consagración, investidura o coronación, fuera considerado directamente como un dios (así los faraones egipcios), un representante divino (así, los emperadores japoneses) o un señalado por la gracia de dios (como la mayor parte de los monarcas anteriores a la Revolución francesa de 1789)<sup>13</sup>.

Comencemos aclarando a este respecto que, cuando Bodin acuñó el concepto de *soberanía* no atribuyó el origen y titularidad de la soberanía estatal a la divinidad, ni al pueblo o a la nación, sino al monarca, reputando a éste último como propiamente “soberano”, sobre la base del brocardo imperialista, propio del *mos italicus*, de que “cada rey debe ser, en su propio reino, reputado como emperador”<sup>14</sup>; aunque su pretensión era, en el marco racionalista del *mos gallicus*, legitimar el poder moderador del rey para terminar con las guerras de religión entre católicos y protestantes, como

<sup>13</sup> La palabra “rey” y sus derivadas “reino” y “reinar” proceden del vocablo indoeuropeo “reg”, que significa regir o gobernar, con alusión al lado derecho del cuerpo, lo que evoca el brazo diestro con el que se empuña la espada y, por tanto, a un sentido de fuerza y jefatura militar, razón por la que está muy relacionada con mando (en griego, “arjo”) de uno solo (en griego, “monos”), de donde “monarca” y “monarquía”, en claro parangón con la organización celestial que, en las antiguas teogonías, siempre tenía por cabeza a un todopoderoso dios patriarcal, único o principal. Por eso, el poder regio precisaba una investidura sacral y de ahí que, cuando los primitivos monarcas greco-romanos, fueron sustituidos por magistraturas republicanas, el título de “rex” se reservó para el sumo pontífice encargado de las funciones sacrales (como el latino *rex sacrorum*), mientras que el supremo mando militar (en latín, “imperium”) se confirió a los, por eso, llamados “emperadores”, aunque ya con el sentido de una suprema potestad política, proyectada incluso sobre los reyes de pueblos sometidos (emperador como “rey de reyes”). Depuesto el último emperador romano de Occidente, la necesaria investidura sacral de reyes y, más tarde de los nuevos emperadores romano-germánicos (y, en general, de todos los cargos con poder terrenal), planteó si, por tal causa, los reyes e incluso los altos dignatarios eclesiásticos quedaban sometidos al Emperador, como sucedía en el Imperio de Oriente (*cesaropapismo*); si todos ellos, incluido el propio Emperador, quedaba sometido al Papa (*hierocratismo*); o si, pese a su común origen divino, se trataba de poderes independientes (*doctrina de las dos espadas*). El Concordato de Wörms (1122), ratificado por el I Concilio de Letrán (1123), puso fin a la querrela de las investiduras entre el Papado y el Imperio, al convenir que los cargos eclesiásticos recibirían, de la Iglesia, los poderes espirituales y, del Imperio, los temporales.

<sup>14</sup> No es claro el origen de esta máxima (*rex est imperator in regno suo*); pero, tras los cruciales estudios de Calasso (*Medioevo del Diritto*, Milán, 1954) y Koschaker (*Europa y el Derecho romano*, Madrid, Bosch, 1955) sobre la recepción europea del *ius commune*, se colige que esta idea, apuntada en las glosas acursianas y bartolianas al *Digesto*, fue recogida por Alfonso X (cuyas pretensiones imperiales eran patentes) en las *Partidas* (P.1.1.15 y P.2.1.5) y el *Espéculo* (E.1.1.13); pero también aparece en textos canónicos, como el *Decretum* graciano (Dr. c. 7, q. 4, c. 41, *in apibus*), la Decretal *Per venerabilem* de Inocencio III (Dc. 4.1.7.13) o las obras de los canonistas Alano, Hugucio y Sinibaldo de Fieschi. Todo ello indica que se trata de un brocardo que, tomando los textos romano-canónicos como argumento de autoridad (*mos italicus*), se empleó, en el marco de la disputa medieval sobre si el predominio en lo temporal (*dominium mundi*) correspondía al Papa o al Emperador romano-germánico, para justificar tanto la postura de los gibelinos (partidarios del predominio del Imperio, que se apoyaban más en textos romanos), como la de los güelfos (partidarios de la preferencia del Papado, que se apoyaban más en textos canónicos). Cfr. OTERO VARELA, ALFONSO, “Sobre la idea de soberanía y su recepción en España”, en *Estudios histórico-jurídicos*, vol. 1, 2005, págs. 261-272.

efectivamente lograría Enrique IV en Francia y, en menor medida, Carlos II en Inglaterra, donde el gran legitimador ideológico del poder pacificador de la Corona fue Thomas Hobbes.

Es cierto que los tratadistas del Derecho natural católico, en sus profundos tratados (sobre las leyes, la justicia, el Derecho o la institución real), entendían las potestades regias como funcionales y especialmente limitadas por el Derecho natural, entendiendo que, en realidad, la divinidad apoderaba directamente al pueblo y sólo indirectamente (es decir, a través del pueblo), al rey para que éste gobernase al pueblo con justicia (Francisco Suárez), por lo que, incluso justificaban el tiranicidio en casos extremos de abuso de poder (Mariana).

En esa línea, la soberanía regia también fue concebida por Bodin como un poder funcional encaminado a la imposición, por el rey, de la paz social y de la tolerancia religiosa. Sin embargo, los efectos de esta doctrina fueron más allá pues, a través de su influencia en Hobbes, condujeron, por un lado, a poner fin conceptual al feudalismo y su concepción pactista y estamental de los Reinos y Parlamentos medievales; y, por otro, a legitimar el absolutismo regio, que permitiría luego al rey francés Luis XIV, afirmar, ante el Parlamento judicial de Paris, en 1655, “el Estado soy yo”; es decir, que el rey ostentaba todo el poder político, de suerte que el resto de las instituciones del reino, incluso las judiciales, sólo lo tenían por una delegación regia revocable.

Pero ciertos acontecimientos peculiarmente sangrientos habían comenzado a ensombrecer este panorama absolutista. El asesinato de Enrique III de Valois (1589) pudo explicarse, en el marco de las guerras de religión, como ejercicio del derecho natural al tiranicidio (defendido por los monarcómacos tanto católicos como protestantes), cuando el rey incumplía sus deberes de moderación; pero fue un primer aviso de la espada de Damocles que pendía sobre la concepción absolutista de la monarquía. El segundo aviso fue, sin duda, la decapitación de Carlos I de Inglaterra (1649), en el marco de la revolución inglesa del s. XVII, que terminaría imponiendo el predominio del Parlamento sobre la Corona, como justificaría luego Locke. Pero el golpe de gracia lo daría posteriormente la Revolución francesa, cuando los Estados Generales (Parlamento estamental), convertidos en Asamblea Nacional Constituyente, aprobaron la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1789) y, ya como Convención Nacional, primero, abolieron la Monarquía y proclamaron la República (1792) y, luego, condenaron, por votación, a muerte, al rey Luis XVI y a su esposa Maria Antonieta de Austria, que fueron guillotizados (1793).

Así, la inviolabilidad sagrada del monarca sucumbió, junto con la concepción del origen divino y del carácter absoluto de su poder político, para situar la fuente de la soberanía estatal en el *pueblo* y, más concretamente, en el *estado llano* o *tercer esta-*

do, es decir, en la burguesía, no perteneciente a los estados eclesiástico ni nobiliario; si bien la extrema violencia con la que se impuso esta idea determinó un turbulento siglo XIX, en el que, tras la derrota militar de Napoleón (cuyas tropas, sin embargo, expandieron por toda Europa la semilla revolucionaria), la Restauración monárquica intentó, primero, tras el Congreso de Viena (1815), volver al absolutismo puro en todos los países y proscribir el liberalismo (como hizo Luis XVIII en Francia y –salvo durante el trienio liberal 1820-23– Fernando VII en España); después, conferir *Cartas otorgadas* en las que el monarca concedía ciertos derechos a la ciudadanía (como el Estatuto real español de 1834); más tarde, pactar *Constituciones doctrinarias* o de soberanía compartida en las que el *principio monárquico* (soberanía del rey) conviviera con el *principio democrático* (soberanía popular), cuyo paradigma fue la Monarquía orleanista instaurada en Francia tras la revolución de 1830; y, finalmente, terminar aceptando *Constituciones* enteramente *democráticas*, donde la soberanía popular podía libremente elegir una forma de gobierno consistente en una Monarquía limitada, con poderes moderados (como la española de 1876) o incluso plenamente constitucional, con poderes meramente simbólicos, moderadores o representativos (como la española vigente de 1978).

## 2. La soberanía popular.

### A) El concepto de *pueblo*.

Desechada la soberanía regia, el sujeto activo de la fuerza social en cuya virtud se constituye el grupo político estatal sólo podía encontrarse en el *pueblo*, razón por la que la soberanía del Estado comenzó a ser calificada como *popular*. Pero el concepto de *pueblo* debe ser cuidadosamente precisado, ya que:

- Si se trata de un Estado existente, el concepto de *pueblo*: i) puede ser equivalente a la *población estatal* en su conjunto, que conforma el elemento personal de todo Estado y es titular de la potencia constituyente, de suerte que al mismo se imputa la titularidad de la soberanía de ese Estado a la que, por eso, se denomina “popular” en la Constitución de ese mismo Estado; por lo que, en ese caso, el concepto de “pueblo” es *genérico* (pues alude a toda la población), *inclusivo* (pues no excluye a ninguno de sus integrantes), *actual* (pues expresa una realidad grupal que ya, es decir, *in actu*, está constitucionalizada como Estado) y plenamente *reconocido* por el Derecho (puesto que es una realidad reconocida por la misma Constitución que de ella emana); pero ii) puede ser entendido como un subgrupo o colectivo sectorial de dicha población, el cual, mentalizado por una élite promotora, se muestra convencido de su común identidad histórica y cultural y de que la misma le hace acreedor de ser reconocido, interna e internacionalmente, como una *nación*, esto es, como substrato social de un Estado distinto; por lo que,

en este caso, el concepto de “pueblo” es *específico* (pues sólo alude a un subgrupo o colectivo dentro de la población estatal), *excluyente* (pues sólo incluye a quienes participan de la identidad histórico-cultural correspondiente), *potencial* (pues expresa una realidad grupal que desea *-in potentia-*, pero que no ha conseguido *-in actu-* constitucionalizarse como Estado) y *no plenamente reconocido* por el Derecho (puesto que, si bien la Constitución puede reconocer la identidad que fundamenta al subgrupo y conferir a éste una autonomía política limitada para preservarla, dicho reconocimiento nunca puede ser pleno en el sentido de reconocerlo como sustrato nacional de un Estado distinto, porque eso requeriría una reforma radical de la Constitución para escindir a dicho subgrupo o bien una escisión unilateral del mismo, que siempre sería inconstitucional).

- Si se trata de constituir un Estado que antes no existía, ese *pueblo* es el conjunto de personas con capacidad natural de obrar que han decidido constituirlo sobre un determinado territorio, siempre que, por un lado, se lo consientan las que, con igual capacidad natural, integraban antes el Estado al que ese territorio pertenecía (reconocimiento *interno*); y que, por otro lado, el nuevo Estado pretendido sea internacionalmente reconocido como tal por los demás Estados (reconocimiento *externo*).

Todo esto es así debido a la naturaleza sistémica del Estado, porque una fuerza de voluntad sólo puede imponerse o mantenerse legítimamente (es decir, con arreglo a los postulados de la razón humana) mediante el concurso de la voluntad de los demás a quienes afecta, manifestado a través de un *reconocimiento*. En efecto, la voluntad fundacional libre, cuando trata de afectar a un sistema, como es el estatal, está esencialmente limitada por las voluntades de los demás; en otro caso, se trata de una ilegítima imposición violenta, mediante la fuerza física o fáctica, que es lícito repeler de igual manera con una fuerza contraria, incluso física, y ello con plena justificación jurídico-natural, según el principio de legítima defensa *vim vi repellere licet*<sup>15</sup>, siempre que se observen los procedimientos legales previamente establecidos para su empleo.

## **B) El derecho a la revolución.**

Por eso, la fuerza popular ejercida para formar un nuevo Estado, si hay oposición a su ejercicio, suele desencadenar una revolución. En este sentido, Locke, para justificar (no olvidemos que *a posteriori*) la revolución inglesa del s. XVII, reconoció al *pueblo* un *derecho* (humano o natural) *a la revolución*<sup>16</sup> que, paradójicamente, sería ejercitado luego,

<sup>15</sup> Formulado por Casio y Ulpiano (en *Digesto* 43.16.1.27) y Paulo (en *Digesto* 9.2.45.4).

<sup>16</sup> Se trata de un derecho peculiar, ya que sólo tiene eficacia positiva para quien lo ejerce si la revolución triunfa, ya que, en otro caso, puede acarrear consecuencias incluso penales, pues el ordenamiento jurídico de Estado que la sufre la considerará delito punible (a título de rebelión, alta traición o sedición) con las mayores

a finales del s. XVIII, contra el Parlamento de Inglaterra, por los independentistas norteamericanos; contra la Monarquía absolutista, por los revolucionarios franceses; y, contra España, por la burguesía criolla de los territorios de ultramar que se independizaron en América; aunque esto último ya bajo la investidura de la soberanía nacional.

### 3. La soberanía nacional.

#### A) Su origen.

Cuando las guerras napoleónicas expandieron, por toda Europa y sus colonias, las ideas revolucionarias francesas contra las Monarquías absolutas; la burguesía, que era la clase emergente de la revolución liberal, pronto comenzó a entender la soberanía, o sea, el poder estatal supremo, no ya como *popular*, es decir, radicado en las personas individualmente consideradas (*uti singuli*) y titulares de derechos inalienables como seres humanos que legitiman convencionalmente (mediante el *contrato social*) la fuerza de la voluntad general expresada en la ley, como propugnó Rousseau; sino como *nacional*, esto es, radicada en la *nación*, entendida como el agregado supraindividual que conforman aquellos que, al no depender de ninguna voluntad ajena, no son súbditos de nadie, sino que pueden ser reputados *ciudadanos* (*uti cives*) por haber decidido libremente habitar en un concreto territorio, implantar en el mismo el poder político preciso para regir autónomamente su convivencia social, respetar los previos derechos del hombre y del ciudadano, y dotarse al efecto de una norma suprema, a la que, por constituir y delimitar los tres elementos fundamentales del Estado (su población, su territorio y su poder político), se denomina *Constitución*.

#### B) El concepto de nación.

El concepto de *nación* era antiguo e *incluyente*, pues se empleaba, desde la baja Edad media, para denominar, en Universidades, Colegios mayores, centros de contratación y otros lugares a los que concurrían personas de diversas procedencias, a las gentes originarias de un mismo país en sentido geográfico<sup>17</sup>. Pero,

---

penas, debido a que el bien jurídico que, en estos casos, tratan de proteger los correspondientes tipos penales es la propia existencia y permanencia del Estado, razón por la que estos delitos suelen ser reputados “políticos”. Además, esta eventual eficacia se refiere sólo al ámbito interno, ya que, internacionalmente, depende del reconocimiento que otros Estados puedan hacer del grupo insurgente y, en su caso, del Estado que de la revolución resulte. Es de precisar también que el concepto de revolución suele reservarse para el levantamiento que tiene por objeto instaurar un orden político y social distinto, es decir, fundado en valores completamente diferentes, y no para revueltas que sólo tengan por objeto derrocar un Gobierno para instaurar otro, en cuyo caso, más que de *revolución*, debe hablarse de *golpe de Estado*, como sugirió el periodista y diplomático italiano Curcio Malaparte en su libro, publicado en francés en 1931, *Técnica del golpe de Estado*, que puede consultarse en sus *Obras completas* editadas en castellano en 1960 por la Ed. Plaza y Janés.

<sup>17</sup> Este sentido ha sido destacado por GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, en *España, nación de naciones, el moderno federalismo*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1993.

con un significado politológico, el concepto de *nación*, nació –la redundancia es intencionada– en el s. XIX, como *excluyente*, ya que expresaba que la precitada capacidad de libre decisión política, que es base de la soberanía, no correspondía a toda la población estatal, esto es, al *pueblo*, y mucho menos al denominado *pueblo llano*, sino sólo a aquel sector de la misma que, por sus ingresos, posición y cultura, podía expresar válidamente su voluntad, ejerciendo el derecho de voto mediante sufragio censitario, y decidiendo, así, entre ella, por mayoría; lo cual reducía la ciudadanía al *cuero electoral*, formado por la burguesía, como postulaba el liberalismo.

A partir de ahí, el concepto de *nación*, en cuanto que ya no abarcaba a todo el grupo estatal, incentivó la concepción del Estado, no como un grupo social, sino como una persona ideal conformada por los dirigentes y sus estructuras organizativas; y, cuando comenzó a escribirse con mayúscula, los conceptos de Nación y Estado se confundieron, al igual que los adjetivos *nacional* y *estatal* se hicieron intercambiables.

El paulatino logro del sufragio universal y la desaparición de desigualdades jurídicas entre la población, que volvía a incentivar la concepción del Estado más como grupo social que como persona ideal de carácter superior, pudo haber reconducido la situación y hacer irrelevante o meramente académica la distinción entre soberanía popular o nacional, de no haber sido porque el Romanticismo redescubrió un nuevo concepto de *nación*, también, por desgracia, *excluyente*, al entender (como antes se ha expuesto al explicar uno de los sentidos reduccionistas del concepto de *pueblo*), que sólo la integraban las personas concienciadas de su identidad cultural, histórica, geográfica, lingüística, religiosa, étnica o de cualquier otro tipo, a las cuales, para mayor confusión, también se denominó *pueblo* (como aún sucede entre nosotros, con las expresiones pueblo catalán o pueblo vasco), dando así, al término inclusivo de *pueblo*, el sentido *excluyente* que es propio del término *nación*.

### **C) El principio de las nacionalidades.**

Esta idea surgió cuando, a lo largo del tormentoso siglo XIX, aparecieron nuevos Estados nacionales sobre la base del llamado *principio de las nacionalidades*, por el que todo *pueblo* políticamente concienciado de su identidad, por una élite intelectualmente motivadora, tiende a convertirse en *Nación* y ésta en un *Estado* independiente<sup>18</sup>. Esta

---

<sup>18</sup> El *principio de las nacionalidades* fue formulado por el internacionalista italiano Pascual Estanislao Mancini (1817-1877), a partir de un curso impartido en 1854 en la Universidad de Turín, sin embargo, su base intelectual se remonta al contractualismo político de la Ilustración y al independentismo unilateral norteamericano. Su aplicación práctica tuvo lugar durante el Romanticismo, proclive a exaltar las identidades culturales de los pueblos.

idea, aunque es susceptible de grados en su formulación<sup>19</sup>, cuestiona la existencia de Estados plurinacionales<sup>20</sup> y de naciones interestatales e incentiva la creación de Estados uninacionales<sup>21</sup>, así como del nacionalismo expansivo y excluyente.

De ahí que una ideología con pretensiones universalistas como el marxismo volviera a la soberanía *popular*, aunque también de forma excluyente, al reconducirla a la clase obrera<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Según la densidad de su formulación por los colectivos identitarios correspondientes, y el grado de reconocimiento por los Estados afectados y por la comunidad internacional, puede adoptar diversas configuraciones: En el ámbito internacional, aparece como *derecho de autodeterminación de los pueblos* (reconocido internacionalmente -cfr. Resoluciones 1514, 1541 y 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y art. 1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966- para legitimar la independencia de colectivos colonizados u oprimidos, por el que éstos pueden decidir libremente su futura configuración estatal), si bien este derecho no puede ser reconocido a colectivos identitarios que no padezcan situaciones de colonización u opresión en el seno de los Estados democráticos en los que se encuentren. En el ámbito intraestatal, las configuraciones son más variadas, pues puede aparecer: i) como *derecho de autogobierno* (cuando es reconocido por las Constituciones estatales para que tales colectivos disfruten de una autonomía más o menos amplia, pero nunca de soberanía); ii) como *derecho de autodeterminación* (cuando no es reconocido por las Constituciones estatales, pero sí reivindicado y, eventualmente, conseguido por tales colectivos para, previa una reforma constitucional o un consentimiento estatal, decidir si desean continuar o no y, en su caso, en qué forma, en el seno de dicho Estado); iii) como *derecho a la independencia* (cuando, simultánea o posteriormente, al ejercicio del derecho de autodeterminación, el colectivo decidente se proclama -eventualmente incluso de forma unilateral- como un Estado distinto e independiente); iv) como *derecho a la secesión* (cuando dicha independencia se alega para separarse de un Estado preexistente y constituir o reconstruir uno distinto); v) como *derecho a la reunificación* (cuando se apela al mismo para reunir en un solo Estado nuevo o previo a un colectivo identitario hasta entonces repartido entre varios Estados preexistentes; y v) como *derecho a la rebelión* (si tal reconocimiento es arrancado mediante un levantamiento popular que puede ser violento).

<sup>20</sup> Napoleón lo utilizó como estrategia divisoria al realizar diversos referendos de autodeterminación en territorios conquistados, con el objeto de escindir el antiguo Imperio romano-germánico y crear Estados bonapartistas. También se alegó para independizar, de los Imperios español y portugués, los distintos Estados que surgieron en Hispanoamérica. En Europa y Oriente Medio, se adujo para independizar, del Imperio otomano, a Grecia y otros Estados; y luego para justificar la independencia de los diversos Estados que se desgajaron de los Imperios austro-húngaro y ruso.

<sup>21</sup> Así, en su variante de *derecho a la reunificación*, el principio de las nacionalidades fue propugnado, primero, en Italia por los carbonarios para expandir la monarquía saboyana y absorber los Estados pontificios y demás Principados itálicos; y, más tarde, en Alemania, por los bismarkianos para expandir la monarquía prusiana y, a finales del s. XX, para, tras el fin de la guerra fría, reunificar las Alemaniás occidental y oriental. Aunque, en su variante *secesionista*, fue negado violentamente a los Estados sureños en la *Guerra de Secesión* norteamericana, más tarde fue asumido por los Presidentes Monroe (en 1823, para justificar la independencia de las colonias españolas en América) y W. Wilson (en 1918, para justificar la división de los Imperios otomano y austro-húngaro tras la Primera Guerra Mundial). También fue invocado para lograr la independencia de Irlanda. La idea fue combatida como separatista por los totalitarismos imperialistas (en Italia, España, Alemania, Japón y Rusia); pero resurgió tras la Segunda Guerra Mundial, como *derecho de autodeterminación de los pueblos* (para legitimar la independencia de la India y en general de todas las colonias y protectorados que Reino Unido, Holanda, Francia, Portugal y España conservaban en tierras asiáticas, africanas y oceánicas); y, tras la caída del bloque soviético, para justificar el recobro de la independencia por los Estados resurgidos de la extinta URSS (como Ucrania y los Estados bálticos, danubianos, caucásicos y balcánicos). Actualmente, sigue siendo invocado por los nacionalismos irredentos que pretenden legitimar escisiones en Estados con tensiones separatistas, como Rusia (casos de Chechenia, Osetia o Adjasia), Canadá (caso de Québec), Francia (caso de Normandía y Córcega), Dinamarca (caso de Groenlandia), Reino Unido (caso de Escocia, Gales o Irlanda del norte) o España (caso de Cataluña y País Vasco), entre otros.

<sup>22</sup> Eso explica que un marxista como Ferdinand Lasalle, en su famosa obra *Qué es una Constitución* (1862), propugnara superar el concepto de Constitución meramente *formal*, como las vigentes en los Estados liberales, mediante una Constitución *material* expresiva de las exigencias de justicia social derivadas de la lucha de clases.

## D) La democracia social inclusiva.

Posteriormente, la nefasta experiencia de los Estados nacionales que cayeron en el totalitarismo excluyente fascista (en Alemania, Italia, Japón y sus aliados, que condujo a la Segunda Guerra Mundial) o marxista (en Rusia, China y sus aliados, que produjo luego la Guerra fría), ha llevado a la moderna politología a propugnar a un tiempo la *deconstrucción* de los conceptos de *pueblo* y *nación* para fundar una democracia *inclusiva*, esto es, basada en la igualdad y demás derechos humanos (Habermas)<sup>23</sup> y a superar el estrecho marco del liberalismo mediante las políticas sociales progresivas que exigen las Constituciones más evolucionadas (Häberle)<sup>24</sup>. Sobre estas premisas, está construida la idea, esencialmente integradora, de la Unión Europea y, por supuesto, de la Constitución española vigente de 1978<sup>25</sup>. A esta construcción, puede coadyuvar el concepto de *potencia constituyente*.

## 4. La potencia constituyente.

### A) Concepto.

Desde la perspectiva teórica, la concepción del Estado como grupo social facilita mucho la explicación del radical cambio histórico analizado sobre la determinación del origen del poder político del Estado, ya que, más que en conceptos imprecisos y de insospechadas consecuencias, como la divinidad, el pueblo o la nación, lo sitúa en la *potencia constituyente*, esto es, en la fuerza social generada por las personas que lo integran en cada momento y en cuya virtud éstas deciden, de forma pacífica o revolucionaria, crearlo, reformarlo o conservarlo e implantar en el mismo un orden social, político y jurídico acorde con tal decisión colectiva, cuyos valores fundamentales, organización institucional básica y pautas generales de funcionamiento se recogen en una norma suprema, denominada Constitución *formal* (si es documentada) o *material* (si es consuetudinaria).

<sup>23</sup> Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*. Trotta, Madrid, 2008; y *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Paidós, Barcelona, 1999.

<sup>24</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, Méjico, 2016; y *Pluralismo y Constitución, ensayos de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013.

<sup>25</sup> En la Constitución española vigente de 1978, la *Nación* (con mayúscula) es el sujeto soberano (en el Preámbulo y en el art. 2), mientras que el *pueblo* es el titular del ejercicio de esa soberanía nacional, es decir, la encarnación del poder constituyente (en el art. 1); de suerte que nuestra Constitución maneja dos conceptos distintos: i) el jurídico-político de *Nación* (con mayúscula), como titular de la soberanía que es ejercitada por el *pueblo* en cuanto que poder constituyente; y ii) el meramente cultural de *nación* (con minúscula), que aparece en plural como *nacionalidades* en el art. 2, para reconocerles, junto a otros grupos territoriales, el derecho de autonomía, que no es soberanía, sino la potestad constitucional de autogobernarse formando las Comunidades Autónomas que se constituyan en la forma y con el ámbito organizativo, funcional y competencial constitucionalmente previsto al efecto. Cfr. en este mismo sentido, los comentarios a los arts. 1 y 2 CE, de Manuel Aragón Reyes y Francesc de Carreras, respectivamente, en VVAA, MUÑOZ MACHADO, Santiago (coord.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Ed. Crítica, Madrid, 2018.

## B) Naturaleza.

La *potencia constituyente* es, en suma, la pura fuerza social por la que la población integrante del grupo estatal decide fundarlo, modificarlo o mantenerlo. No se trata, pues, como los conceptos de *pueblo* o *nación*, de una construcción teórica perteneciente al ámbito de la *inteligencia* colectiva que se dirija a obtener un resultado práctico consistente en fundar, reformar o mantener el Estado; sino de una verdadera *decisión*, perteneciente al ámbito de la *voluntad* colectiva de la población, por la que, efectiva y realmente, se crea, modifica o conserva, en la práctica, el grupo estatal.

Al ser una especie del género *poder*, la *potencia constituyente* tiene también naturaleza *fáctica* y, al generar el *Estado*, en cuyo seno surge en ordenamiento jurídico, presenta asimismo una naturaleza, a la vez, *pre-política* y *pre-jurídica*.

Esta doble constatación ha creado no poco desasosiego en la Filosofía jurídico-política, en cuanto que, si dicha *potencia* es la que constituye al Estado como grupo social en cuyo seno surge el ordenamiento jurídico, ello significa que tanto el Estado como el Derecho tienen un fundamento fáctico o sociológico y no jurídico o moral, lo que conduce a diversas e importantes consecuencias teóricas, como, entre otras: i) que la única verdadera y última “fuente del Derecho” no es “formal” (como lo es la ley, la costumbre o los principios jurídicos generales), sino “material”, ya que estriba en la fuerza social que crea al Estado y da vigor a las disposiciones que integran su ordenamiento jurídico; y ii) que, por tanto, no es posible una “teoría pura” del Derecho que, como quiso Kelsen, explique apriorísticamente al mismo, entendiéndolo estructurado como una pirámide normativa en cuya cúspide se encuentra una norma hipotética que opera, a modo del imperativo categórico kantiano, ordenando la obediencia general a las normas jurídicas.

Pero tal desasosiego parece infundado. Es cierto que la *potencia constituyente* (como ya hemos observado antes con respecto al concepto genérico del *poder*, del que sólo es una especie) es una realidad fáctica, pre-política y pre-jurídica, ya que crea al Estado como grupo social en cuyo seno surge el ordenamiento jurídico. Pero eso no significa que no pueda ser jurídicamente explicada. En efecto, esa decisión fundacional del Estado tiene, desde la perspectiva jurídica, una naturaleza *convencional*, en cuanto que es fruto de una convención (a la que Rousseau denominó “contrato social”), pero que no pertenece al tipo contractual denominado “de oposición” (*vertrag*), sino al “de convergencia” (*vereinbarung*), de intereses, pues consiste en un acuerdo de voluntades confluyentes en la finalidad creacional del Estado, como es coherente con la naturaleza comunitaria de éste.

Desde luego, esa convención o “contrato social” que origina al Estado no es como los que se firman ante notario en el marco de un ordenamiento jurídico pre-existente que los regula; ya que la decisión social que supone es *colectiva* (grupala), *nativa* (esto es, por un lado, pre-política, pues origina el Estado; y, por otro, pre-jurídica,

pues origina el Derecho estatal) y puede adoptarse: i) mediante una actuación *expresa* e instantánea, que Schmitt denominó *momento constituyente*<sup>26</sup>, la cual puede ser *organizada* (como sucede cuando se materializa en un plebiscito con serias garantías) o *inorganizada* (como sucede cuando se traduce en la aceptación social de una revolución, de un golpe de Estado o de un plebiscito informal); o bien ii) mediante una actitud *tácita* y duradera, como sucede cuando la población consiente la acción cotidiana de gobierno (lo que Renan denominó *plebiscito diario*)<sup>27</sup>.

En todo caso, dicha *decisión* puede ser calificada como *constituyente*, puesto que, por un lado, “constituye” al grupo estatal, dotándole: de *existencia* (paso del *no-ser* al *ser* mediante la aportación de la fuerza necesaria para ello); de *conformación* (en el sentido de dotarlo tanto de valores y principios de actuación como de instituciones de funcionamiento); y de *permanencia* (en el sentido de voluntad de existencia continuada en el tiempo); y, por otro lado, “instaura” una Constitución que (material o formalmente, esto es, mediante la suscripción expresa de un documento jurídico escrito o mediante la fijación tácita y consuetudinaria de las pautas de conducta de las instituciones políticas creadas) recoge dicha decisión, proclama dicha existencia, ordena dicha conformación y posibilita dicha permanencia del grupo estatal.

Finalmente, es de resaltar que, si la *potencia constituyente* se ejerciera por un grupo social sobre un ámbito espacial en que antes ningún otro grupo la había ejercido y en el que constituyera un nuevo Estado en cuyo seno se engendrara, también *ex novo*, un ordenamiento jurídico, tal ejercicio revestiría un aspecto naciente y creacional prototípico de un idílico *estado de naturaleza* primitivo donde sólo existirían las formas originarias de adquisición, legitimadas por el Derecho natural, como la ocupación de las *res nullius*.

Pero las cosas no son ordinariamente así. Los territorios suelen estar previamente ocupados por grupos sociales que anteriormente han ejercitado sobre ellos su propia *potencia constituyente*<sup>28</sup> y entonces, el nuevo grupo emergente que pretende ejercer la suya puede

<sup>26</sup> El longevo y prolífico constitucionalista alemán SCHMITT, Carl (1888-1985), desarrolló sus ideas básicamente en dos obras traducidas al español: *La Teoría de la Constitución* (1934, consultada en la ed. de Alianza, 2011) y la *Teoría del partisano* (1963, consultada en la ed. de Trotta, 2013). Sus convicciones politológicas (doctrina de la fuerza de voluntad) y polemológicas (doctrina del antagonismo amigo-enemigo) le llevaron a indagar el origen del Estado sobre bases no liberal-contractualistas, sino totalitarias, a partir de la decisión política (adoptada por una élite concienciada, seguida luego por una mayoría) de fundar un nuevo orden político y jurídico. Sus ideas han influido en España en juriconsultos realistas como D’ORS, Álvaro (cfr. *La violencia y el orden*, consultado en la ed. de Dyrsa, Madrid, 1987) e imperativistas, como ZAFRA VALVERDE, José (cfr. *El Derecho como fuerza social*, consultado en la ed. de Eunsa, Pamplona, 2001).

<sup>27</sup> El politólogo francés Ernest Renan (1823-1892), en el marco de la preocupación de sus contemporáneos por estatuto internacional de Alsacia y Lorena, expuso esta idea en su obra de 1882 *¿Qué es una nación?*, que puede consultarse en castellano en la ed. de A. de Blas Guerrero. Madrid, Alianza Editorial, 1987, págs. 85-86.

<sup>28</sup> Así se puso de manifiesto en el s. XVI cuando la Monarquía hispánica pretendió legitimar, mediante *justos títulos* de Derecho natural, la ocupación de las tierras americanas descubiertas, pese a la existencia en ellas de colectividades indígenas políticamente organizadas. También se ha planteado esta cuestión en el moderno Derecho internacional público con respecto a las pretensiones de ocupación de los espacios antárticos y extraterrestres.

encontrarse con la oposición del pre-existente, sobre todo si éste estaba internacionalmente reconocido; de suerte que, salvo un arreglo convencional, se expone a que el ejercicio de la *potencia constituyente* que dicho grupo emergente reputa naturalmente legítima, sea considerada como antijurídica e incluso punible por el grupo pre-existente<sup>29</sup>.

### C) Origen histórico.

La idea del origen convencional de esta *decisión* se remonta a los pensadores protestantes en su afán por justificar la independencia política y religiosa de los nuevos Estados escindidos de la católica Monarquía hispánica. En efecto, apuntada, en Holanda, por Althusio<sup>30</sup>, fue importada a Inglaterra por Hobbes<sup>31</sup>, Locke<sup>32</sup> y Hume<sup>33</sup> y

<sup>29</sup> En el reciente proceso independentista de Cataluña, la *potencia constituyente* ha sido interpretada por los separatistas como ejercicio de un supraconstitucional derecho humano a la autodeterminación y eventual secesión que correspondería al *pueblo* (en sentido nacional) catalán; y, por ello, calificada como esencialmente legítima (conforme al Derecho natural racionalista) y democrática (acorde con los postulados democráticos de las revoluciones clásicas), al situarse en la perspectiva fundacional de un nuevo Estado, esto es, como *poder constituyente*. Pero es obvio que, desde la perspectiva del Estado español, democráticamente constituido, internacionalmente reconocido y en cuyo territorio y población se engloba Cataluña, tal proceso es considerado un movimiento rebelde o sedicioso de resistencia y desobediencia punible, en cuanto que, sin existir en Cataluña una situación colonial previa que justifique el ejercicio del derecho, internacionalmente reconocido, a la autodeterminación de los pueblos, el referido proceso sólo puede admitirse como ejercicio de un *poder de reforma constitucional*, el cual sólo puede ejercerse legítimamente por el procedimiento constitucionalmente establecido al efecto que, obviamente, requiere la aprobación de todo el pueblo español y no sólo de una parte del mismo, como es Cataluña, a la que no puede reconocerse el derecho a decidir unilateralmente sobre la unidad estatal que afecta a todos los españoles. Tal es el sentido de las distintas Sentencias dictadas por los Tribunales Constitucional y Supremo al respecto. Un buen resumen del *status quaestionis* en el núm. de octubre-noviembre de 2017, de la revista *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, monográfico sobre el tema *¿Cataluña independiente?*, en el que participan los más reconocidos constitucionalistas españoles.

<sup>30</sup> Para justificar la unión y rebelión de las provincias holandesas contra la Monarquía hispánica, el filósofo calvinista Johannes Althusio (1557-1638) publicó, en 1603, su obra *Politica methodicae digesta* (La política metódicamente concebida) donde apunta a una visión contractualista y federalista de la soberanía popular.

<sup>31</sup> En el marco de la *Guerra civil inglesa* (1642-1651), el filósofo inglés Thomas Hobbes (1588-1679), en su *Leviathan* (1651), partiendo del pesimismo antropológico (que sostiene que, por naturaleza, el hombre es, como señaló Plauto, “lobo para el hombre” (*homo homini lupus*); lo que conduce a una lucha de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), trata de justificar el absolutismo regio, entonces encarnado por Carlos II, presentándolo como necesario para imponer la paz y el orden social y concebir la soberanía (del monarca, que era entonces “el soberano” por antonomasia) como un poder estatal supremo procedente de un acuerdo de voluntades entre todos los súbditos para someterse al mismo y evitar así un estado de barbarie.

<sup>32</sup> John Locke (1632-1704), en el contexto de la *Revolución inglesa* de 1688, publicó (no antes, sino una vez triunfante ésta) sus tres cruciales *Ensayos: Sobre el gobierno civil, Sobre la tolerancia y Sobre el Entendimiento humano*, en los que, partiendo del *estado de naturaleza* del hombre, regido por el Derecho natural racionalista, afirma, como derechos humanos esenciales: el *derecho de resistencia* a la tiranía, el *derecho a la revolución* para revocarla y el *derecho a instaurar contractualmente la sociedad civil* (para lograr, mediante un *contrato de unión* con otros, lo que no se puede conseguir solo) y la *sociedad política* (para conferir a otros, mediante un *contrato de sujeción*, la soberanía necesaria al efecto), de suerte que, de estos contratos resulte un *poder Legislativo*, asumido por el Parlamento (representativo de la soberanía), que controla al *poder Ejecutivo* (representado por el monarca), pero siempre respetando los derechos humanos de propiedad y libertad de los que emana esa soberanía. De esta forma, legitimaba el golpe de estado parlamentario que había instaurado en el trono a Guillermo III de Orange y sentaba las bases teóricas de una monarquía, moderada por el predominio del Parlamento (como verdadero “soberano”), que, desde entonces, caracteriza al modelo británico.

<sup>33</sup> David Hume (1711-1776) en tres investigaciones fundamentales: *Sobre la Moral y la Política* (1741-1742),

formulada definitivamente en Francia por Rousseau, en su obra *El contrato social*<sup>34</sup>. El contractualismo político se convirtió así en un dogma para la independencia de los Estados Unidos<sup>35</sup>, para la Revolución francesa por influjo de Siéyès<sup>36</sup>, y, desde entonces, para la explicación del constitucionalismo democrático<sup>37</sup>.

#### D) La potencia constituyente originaria y derivada.

La *potencia constituyente*, en cuanto que es una especie del género *poder*, es esencialmente *derivativa* pues, en efecto, deriva del propio grupo social que ostenta y ejercita la fuerza social en que consiste; pero, paradójicamente, se la califica como

---

*Sobre el entendimiento humano* (1748), y *Sobre los principios de la Moral* (1751), aportó (cuando el modelo de monarquía parlamentaria inglesa ya estaba consolidado con Jorge II, de la dinastía Hannover) un importante apoyo filosófico a las nuevas ideas, partiendo de una gnoseología empirista (todo conocimiento deriva de la percepción sensorial) que conduce a negar cualquier explicación metafísica de la causalidad, de la moralidad y de la sociedad, cuyos fundamentos reconduce a la mera utilidad, asentado así la soberanía en una convención social utilitaria. Hume coincidiría con Rousseau en París en 1765.

<sup>34</sup> Jean Jacques Rousseau (1712-1778), en el marco de la Ilustración pre-revolucionaria francesa, desarrolló las ideas de los pensadores precedentes en dos obras esenciales publicadas en 1769: *El Emilio* y *El contrato social*, en las que, partiendo de una antropología iusnaturalista (que concibe al hombre como ser originariamente bueno y libre), concluye en una visión contractualista de la sociedad (a la que concibe como fruto de un contrato entre hombres buenos y libres por el que éstos *ceden* parte de sus libertades para conformar un poder colectivo soberano que posibilite la convivencia pacífica, pero se *reservan* su dignidad esencial y los derechos humanos inherentes a la misma, los cuales, al ser inalienables, deben ser reconocidos y respetados por el poder público). Esta explicación fundamental de la soberanía (que ya no reside en el monarca, sino en el pueblo) y de los derechos humanos forma parte hoy en día de la base misma de la democracia.

<sup>35</sup> Con el precedente del inglés *Bill of rights* de 1689 (impuesto, por el Parlamento, a Guillermo III de Orange, para elegirlo como sucesor de Jacobo II), y una clara influencia de Locke y Rousseau, la *Declaración de derechos de Virginia* (12 de junio de 1776) es reputada la primera del mundo e influyó en la *Declaración de independencia* (4 de julio de 1776) y en las Constituciones de *Massachussets* (1780) y de los *Estados Unidos* (1787), cuyas 10 primeras enmiendas (1791) conformaron una verdadera *Carta de derechos fundamentales*. Recordemos que, con tales precedentes, la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789, es decir, antes que la primera Constitución (monárquica) francesa de 1791, para así demostrar que los derechos humanos son anteriores al Estado y a la Constitución de éste pues, al derivar de la naturaleza humana, deben ser reconocidos por el Estado y por la Constitución con la que el pueblo lo conforme. También la *Declaración universal de los derechos humanos* aprobada por la ONU en 1948 tiene un carácter global, esto es, *pre, extra y supra* estatal.

<sup>36</sup> Emmanuel-Joseph Siéyès (1748-1836) llevó a la práctica revolucionaria francesa las ideas de los pensadores precedentes y, cuando Luis XVI se vio forzado (1788) a convocar los *Estados Generales* (Parlamento estamental francés, integrado por los nobles, los eclesiásticos y el pueblo o *tercer estado*), explicó su significado a los representantes del *estado llano*, en su famoso opúsculo de 1789 *Que'est-ce que le tiers état?*, cifrándolo en encarnar la soberanía [en la presentación, el autor confiesa su designio revolucionario: "el plan de este escrito es muy simple. Nos planteamos tres preguntas: 1º ¿qué es el estado llano? Todo. 2º ¿qué ha sido hasta el presente en el orden político? Nada. 3º ¿qué pide? Llegar a ser algo"], lo que les indujo a abandonar los *Estados Generales* para formar una revolucionaria *Asamblea Nacional* que, tras el *Juramento del juego de la pelota*, y siguiendo el ejemplo norteamericano, se declaró constituyente y aprobó la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (26 de agosto de 1789) y una Constitución (3 de septiembre de 1791).

<sup>37</sup> Cfr. VILLAROEL LEIVA, E, *Los contractualistas, de Descartes a Rawls*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.

*originaria* en cuanto que -sin más antecedente que el propio grupo que la genera-, origina y crea un nuevo Estado que antes no existía, aunque, para ello, haya que extinguir o reducir otro.

La razón de tal aparente paradoja estriba en que se la califica de *originaria* no para negar que derive de una realidad anterior (cual es el grupo social que la genera) ni para afirmar la obviedad de su eficacia creadora del Estado, sino para distinguirla de la potencia constituyente *derivada*, que es denominada, con más precisión, *poder constituyente*. Este planteamiento exige abordar la cuestión de la tipología del poder político estatal.

## V. TIPOLOGÍA DEL PODER POLÍTICO ESTATAL.

### 1. El poder constituyente y los poderes constituidos

Una vez que ha logrado su finalidad propia, cual es crear un Estado con su propia Constitución, la *potencia constituyente* se juridifica<sup>38</sup> y entonces, esto es, *a posteriori*, puede ser denominada *poder constituyente*, para diferenciarlo de los complejos orgánicos y funcionales creados en dicha Constitución para la organización y funcionamiento del nuevo Estado, los cuales, por eso, son llamados *poderes constituidos*, como son, principalmente, el *legislativo*, *ejecutivo* y *judicial*. Estos últimos, es decir, los *poderes constituidos*, son los afectados por la *doctrina de la división de poderes* que nos ocupa.

A tal efecto, conviene aclarar que la *potencia constituyente* aparece como un poder *unitario*, esto es, indiviso, ya que, al ser fundacional del Estado y de la Constitución estatal, es previa a toda división de los *poderes constituidos*, frente a los cuales se presenta como una manifestación genética anterior, bajo la expresada investidura de *poder constituyente*.

Pero eso no justifica el subterfugio (que suelen emplear las ideologías autocráticas o populistas) consistente en apelar a dicho *poder constituyente* para atribuirlo a un único órgano (uni o pluripersonal) destinado a adoptar medidas que menoscaben la

<sup>38</sup> La *juridificación* de la *potencia constituyente* se plasma en los que Kelsen, muy influido aquí por el apriorismo kantiano, denominó *norma hipotética* o *fundamental* que había que suponer colocada en el vértice mismo de la pirámide normativa que, encabezada por la Constitución, explica la construcción jerárquica del ordenamiento jurídico. Esta *grund-norm* podía ser quinta-esenciada en la orden imperativa “*cúmplase la Constitución*” y resulta más fácil de entender si, en vez de como un supuesto hipotético *a priori*, se la entiende como fruto de la convención social constituyente del Estado. Hans Kelsen explicó estas ideas en sus cruciales obras *Teoría General del Estado* (1925) y *Teoría General del Derecho* (1934, reelaborada en 1960), objeto de múltiples ediciones posteriores.

división de los poderes constituidos o a implantar una dictatorial “unidad de poder y coordinación de funciones”; ya que la unicidad de la *potencia constituyente*, que se mantiene también cuando se presenta como *poder constituyente*, es sólo originaria y efímera, puesto que se distribuye -luego, pero de forma instantánea, al aprobarse y entrar en vigor la Constitución-, entre las distintas funciones y poderes *constituidos*, esto es, establecidos por la Constitución que de dicha potencia deriva. En otras palabras, el *poder constituyente* es único, pero también *limitado* en cuanto que se limita a aprobar la Constitución y establecer, en ella, los *poderes constituidos*, sin poder reformarlos ya que, como enseguida veremos, el *poder de reforma constitucional* no es propiamente *constituyente* sino *constituido*, en cuanto que está previsto constitucionalmente y sólo puede ser ejercitado en la forma constitucionalmente prevista.

## 2. Los poderes constitucionales de emergencia.

Es de resaltar que los *poderes constituidos* pueden haber sido previstos para *situaciones de normalidad* (como el *legislativo*, el *ejecutivo* o el *judicial*), pero también de *emergencia* (como son los poderes establecidos para estados de *sitio*, *alarma*, *excepción*, *guerra* u otras situaciones semejantes que, bajo diversas denominaciones, admite el Derecho constitucional comparado). La *división de poderes* se aprecia más claramente en las situaciones de *normalidad* y puede atenuarse en las de *excepcionalidad* cuando, con mayor o menor intensidad, se impone una cierta reconducción a la unidad indivisa del poder que es propia de los momentos constituyentes, sobre todo cuando la excepcionalidad no obedece a catástrofes naturales o a guerras exteriores, sino a convulsiones internas de carácter político o social <sup>39</sup>.

Las cláusulas constitucionales previstas en los Estados compuestos para que el Estado central (*Oberstaat*) adopte medidas excepcionales de control de las instancias territoriales (*Gliedstaat*) cuando éstas se comporten de modo que afecte a la estabilidad del orden constitucional, como sucede con el art. 155 de nuestra Constitución, también pueden ser entendidas bajo el amparo de estos *poderes constituidos* para situaciones de emergencia.

En todo caso, no debe olvidarse que también estos *poderes de emergencia* son *limitados* en cuanto que sólo pueden ser empleados en los casos, formas y para los fines constitucionalmente previstos, y no deben tener más amplitud y duración que la precisa para resolver la situación de emergencia que los justifica.

---

<sup>39</sup> Es paradigmático el precedente de la institución romana de la *dictadura* en que, mediante una decisión extrema del Senado (*senatus consultum ultimum*) podía entregarse el poder supremo de la República a un único magistrado temporal al que se investía del *imperium* (pleno poder de tipo militar) preciso para restablecer el orden alterado. En rigor, se trataba de una institución constitucional de *ius singulare* requerida por el principio *salus populi suprema lex esto* que recogiera Cicerón (*De Legibus*, 3, 3, 8).

### 3. El poder de reforma constitucional.

Un caso especial representa la *potencia constituyente* cuando no tiene por objeto crear un Estado y dotar al mismo de una Constitución, sino simplemente reformar, más o menos ampliamente, la Constitución de un Estado pre-existente, observando y siguiendo para ello los cauces de reforma previstos en esa misma Constitución, porque entonces no debe hablarse, en rigor, del ejercicio de un poder constituyente *originario* sino *derivativo* o, más precisamente, de un tipo especial de *poder constituido* (y por ello no pre-jurídico, sino plenamente previsto por el ordenamiento jurídico y, más en concreto, por la Constitución) denominado *poder de reforma constitucional*.

En tal caso, la decisión del *poder constituyente* suele manifestarse mediante un expreso acto de aprobación formal de la reforma (referéndum, acuerdo parlamentario), tras un procedimiento constitucionalmente previsto al efecto; aunque también existen formas tácitas de reformar la Constitución, como las que se producen mediante interpretaciones jurisprudenciales novedosas o mutaciones constitucionales determinadas por una nueva forma de aplicar preceptos de la Constitución o una alteración de las pautas de comportamiento de las instituciones.

El poder (*constituido*) *de reforma* es precisamente la vía constitucionalmente prevista para encauzar cambios constitucionales sin recurrir al imprevisible renacimiento y ejercicio del *poder constituyente originario*, de suerte que la Constitución pueda ser modificada o incluso sustituida por una nueva mediante un procedimiento de transición ordenado que evite una ruptura drástica o violenta con el orden anterior<sup>40</sup>.

Este *poder (constituido) de reforma constitucional* es también limitado, no sólo por su objeto o finalidad, sino también por el procedimiento constitucionalmente previsto para su ejercicio, cuyos trámites pueden ser más o menos exigentes según el objeto de la reforma afecte al núcleo decisorio o fundamental de la Constitución (el que identifica la formación y persistencia de los elementos constitutivos del Estado, así como el diseño de las formas de Estado, de gobierno y de régimen político) o a otros preceptos constitucionales.

<sup>40</sup> Precisamente, el éxito de la Transición política a la democracia en España post-franquista radicó en el consenso constitucional para hacerla mediante una *reforma* radical de las siete Leyes Fundamentales del régimen anterior, siguiendo los procedimientos de reforma previstos en ellas, en vez de mediante una revolucionaria *ruptura* con el orden jurídico precedente. El punto de inflexión de esta opción fue la aprobación de una octava Ley fundamental 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política que, en palabras de LUCAS VERDÚ, Pablo, *La octava Ley Fundamental*. Madrid, Ed. Tecnos, 1976, sometió a voladura controlada todo el edificio constitucional del franquismo.

#### 4. El poder de interpretación constitucional.

La Constitución, especialmente cuando se ha plasmado en textos formalizados, es, como toda norma jurídica, susceptible de interpretación por todos los operadores jurídicos llamados a aplicarla y, en especial, por los órganos judiciales capaces de sentar jurisprudencia al resolver casos que consistan en conflictos entre órganos constitucionales o que impliquen resolver un control de constitucionalidad sobre normas jurídicas con rango inferior a la Constitución.

Pero el concepto estricto de *poder (constituido) de interpretación constitucional* no se refiere al que se deriva de ese control difuso o diseminado de constitucionalidad que compete a los aplicadores jurídicos, sino al que la propia Constitución atribuye, de forma concentrada, a un único órgano, cuya función, como propuso Kelsen, consiste precisamente en interpretar dicha Constitución con carácter supremo y vinculante, como es nuestro Tribunal Constitucional, el cual, sin formar parte del *Poder Judicial*, está llamado a resolver los distintos procesos constitucionales que le competen, sin más vinculación que a la propia Constitución de la cual es, por ello, intérprete supremo.

#### 5. El poder de conservación constitucional.

También peculiar es la forma que la *potencia constituyente* adopta cuando se presenta como voluntad colectiva (*vis resistiva*) de no reformar la Constitución y mantener inalterado el mismo orden social, político y jurídico. Podemos denominarla entonces *poder de conservación constitucional*, teniendo en cuenta que el mismo puede manifestarse de forma tácita, como sucede en el caso del “plebiscito cotidiano” a que se refería Renan, cuya dimensión constituyente se mide negativamente en la medida en que el titular de la *potencia constituyente* no provoca un levantamiento revolucionario o golpista o no promueve una reforma ordenada de la Constitución, sino que acepta pacíficamente la acción política de los dirigentes. Pero también puede aparecer en forma expresa y organizada, por ejemplo, apoyando o realizando campañas, plebiscitos o referendos para rechazar las reformas <sup>41</sup>.

Ahora bien, este *poder de conservación* es previo a la reforma puesto que trata de impedirlo; por lo que no debe ser confundido con el empleo individual o colectivo de otros medios de oposición a una reforma que ya se ha producido o a una legislación que está vigente, los cuales, a su vez, pueden ser reconocidos, más o menos ampliamente, por el ordenamiento jurídico (como son los *derechos de petición, reclamación o recurso* contra

---

<sup>41</sup> El pueblo inglés es peculiarmente proclive a estas posturas conservadoras, como se ha comprobado con el reciente referéndum de rechazo a la UE (*brexít*), celebrado el 23 de junio de 2016; cuyo precedente medieval se encuentra en la intransigente declaración, efectuada en 1236 por el Parlamento de Merton, “*nolumus leges Angliae mutari*” (no queremos que cambien las leyes inglesas), ante la pretensión de Enrique III de implantar la legitimación canónica de la prole ilegítima.

la misma o sus actos de aplicación e incluso, en algunos supuestos concretos, el derecho de *objección de conciencia* y de *resistencia a órdenes ilegales*); o prohibidos por el mismo (como los actos llamados de *desobediencia civil*), aunque puedan estar legitimados por otros órdenes normativos, como la moral social o el Derecho natural.

## 6. El poder de relación internacional.

Locke señaló, entre los *poderes constituidos*, uno especial al que denominó *poder federativo*, no pensando en una posible forma federal del Estado, sino en una de las manifestaciones más claras de la soberanía estatal cual es la potestad de declarar la guerra, llevarla a cabo con las propias fuerzas armadas y mantener una diplomacia capaz de negociar y firmar tratados (*foedera*) de paz.

En realidad, el *ius belli ac pacis* (potestad de declarar la guerra y la paz), el *ius conventionis* (potestad de ratificar tratados internacionales o *treaty making power*) y el *ius legationis* (potestad de mantener relaciones diplomáticas) son meras manifestaciones de la personalidad jurídica que la comunidad internacional reconoce al Estado para establecer relaciones internacionales de conflicto o cooperación con otros Estados u Organizaciones internacionales.

En este tipo de relaciones, el Estado se presenta como global (*Gesamstaat*), relegando la *división de poderes* al ámbito interno, si bien es en éste último ámbito en el que, constitucionalmente, pero con relevancia exterior, se fijan los órganos (parlamentarios o ejecutivos) competentes para el ejercicio de las mencionadas potestades (declarar la guerra, aprobar tratados, acreditar diplomáticos).

Al fundarse en la personalidad internacional del Estado, las relaciones internacionales favorecen la concepción teórica del mismo más como sujeto que como grupo social, pero su verdadero carácter grupal aflora en cuanto que tales relaciones exteriores revelan la actuación de un poder soberano, el cual justifica que las altas partes que intervienen en ellas sean denominadas “potencias” (beligerantes, contratantes).

## VI. LA DINÁMICA DEL PODER ESTATAL: LA DOCTRINA DEL ABUSO DE PODER.

Expuesto el concepto, naturaleza, origen y titularidad, es decir, la estructura *estática* del *poder político*, es preciso reflexionar sobre su *dinámica* o funcionamiento, esto es, sobre la manera en que ese *poder político* es asumido y ejercitado por el Estado, entendido como grupo social.

En coherencia con la explicación contractualista del poder político, tal dinámica obedece a un ritmo bilateral (casi podríamos decir sinalagmático) de *oferta-aceptación y devolución-recepción* de fuerza social. En efecto, en la concepción del Estado como grupo social, el poder político consiste en una fuerza social que es *aportada* por la población estatal y es *aceptada* por la organización del Estado, no para el propio beneficio de sus titulares, sino para *devolverla* a la población que la *recibe* en forma de actuaciones políticas de conservación (diplomacia, hacienda, defensa, seguridad, justicia y mantenimiento del orden público en sus diversos ámbitos) y provisión (educación, sanidad, obras y servicios públicos y sociales).

El mecanismo deviene disfuncional cuando la organización estatal *recibe* de la población la fuerza social en que el *poder político* consiste, pero no se la *devuelve* en forma de bienes y servicios públicos susceptibles de satisfacer las necesidades sociales, sino que se la *reserva* en su propio beneficio, esto es, en el personal de los dirigentes que la encarnan.

Esta *corrupción* de la dinámica natural del poder político no es nueva; es más, puede afectar y, de hecho, ha afectado a todas las manifestaciones humanas del poder y es conocida como *abuso del poder*.

Es mérito de Montesquieu (1689-1755) el haber formulado, a propósito del *poder político*, los axiomas básicos en esta materia, que podemos sistematizar en las siguientes afirmaciones, que conforman la que se ha denominado *doctrina clásica sobre el abuso del poder*: el poder tiende a la totalidad, por tanto, hay que limitarlo, ya que en ello nos jugamos nada menos que la libertad. Así lo expresa en el famoso pasaje de *El Espíritu de las Leyes*, Libro 11, Capítulo 6, escrito en 1748, que es tenido también como el acta fundacional de la doctrina de la *división de poderes*:

*“Es una experiencia eterna que **todo hombre que tiene poder se ve llevado a abusar del mismo**: va hacia adelante hasta que tropieza con **límites**; por ello, para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el **poder detenga al poder**; porque, si el poder es ilimitado, su arbitrariedad es total y la **libertad del hombre, mínima**”.*

Sin duda, se trata de un texto básico de la democracia, ya que expresa una trilogía esencial de conceptos concatenados que la fundamentan: i) el poder tiende a ser *absoluto*; ii) el poder tiene que ser *limitado*; iii) la *libertad* depende de la limitación del poder.

El primer concepto es una máxima de experiencia consistente en observar que quien detenta la capacidad de influir en la que el poder consiste tiende a incrementarla para ampliar el ámbito e intensidad de su influencia. Sólo la Ética puede imponer una auto-contención (*self-restraint*); pero la convivencia no puede fundamentarse en la esperanza de

que los poderosos se comporten con moralidad (“*como ángeles*”, decía Madison en el núm. 51 de *El Federalista*), máxime cuando, en el ambiente filosófico de la Ilustración en el que escribía Montesquieu, se debatía si el hombre era bueno o malo por naturaleza.

La idea de *límite*, en la que vengo insistiendo, se convierte así en esencial para el concepto del *poder*. Éste es insoportable si deviene absoluto y, para evitarlo, es forzoso limitarlo. Los medios de limitación del poder son diversos, pero, referido al poder humano, el principal es el *Derecho*, esto es, la *juridificación* o sometimiento del *poder* (sobre todo del poder *público* y más específicamente, del poder *político*) al Derecho, para convertirlo así en un poder *jurídico*, esto es *limitado* por las normas jurídicas; ya que, como también he adelantado, resulta inherente al concepto mismo de Derecho la idea de límites <sup>42</sup>.

Entre esos límites, destacan los que proporciona el Derecho constitucional, esto es, el que regula la organización del Estado y el ejercicio de su poder (*político*). Y aquí surge la idea de la *división de poderes* que, como enunciaba al comienzo, consiste en distinguir las diferentes *funciones* atribuidas al poder político estatal para atribuir las a complejos orgánicos distintos que se contrapesen entre sí, de suerte que ninguno predomine sobre los demás y quede, así, preservada la libertad y demás derechos humanos.

Esos *complejos orgánicos* a los que se atribuyen las distintas *funciones* propias del *poder político* estatal son los llamados *Poderes del Estado* de cuya división trata la doctrina que nos ocupa. Conviene, pues, que fijemos también estas nociones.

## VII. LAS FUNCIONES DEL ESTADO.

### 1. Los conceptos sistémicos de *función* y *finalidad*.

La metodología para el estudio de las Ciencias Sociales que denominamos *Sistemología estructural* o *Teoría General de Sistemas* trata de entender esa inmensa alteridad que denominamos *el mundo* como un gran conjunto ordenado de *sistemas*, es decir, de unidades de intelección coherentes, integradas por diversas estructuras que las componen y que las relacionan con las pertenecientes a otros sistemas circundantes.

<sup>42</sup> Las técnicas jurídicas para la limitación del poder abusivo son muy variadas (así, por ejemplo, en Derecho privado, es bien conocida la doctrina del *abuso del derecho*; y, en Derecho Administrativo, los mecanismos de control de la arbitrariedad mediante la *desviación de poder*, la *via de hecho* o la revisión de los *conceptos jurídicos indeterminados* y, en general, de las *potestades discrecionales*) y, en su conjunto, conforman sendos capítulos de lo que Rudolf von Ihering denominó *la lucha por el Derecho* y Eduardo García de Enterría, la *lucha contra las inmunidades de poder* (tal es el título de sendas obras esenciales de ambos autores, que han sido publicadas, en la accesible serie *Cuadernos*, por Ed. Civitas en Madrid, 1985 y 1983, respectivamente).

Pues bien, al igual que los de *poder* y *Estado*, también el concepto de *función* es sistémico, en el sentido de que sólo puede ser comprendido en el seno del sistema a cuyo funcionamiento pertenece. Por eso, podemos afirmar que *función* es toda actividad o conjunto de actividades que las estructuras que componen un sistema o los elementos que las integran han de realizar para conseguir la finalidad pretendida por el sistema al que pertenecen, en el marco de los demás con los que se relaciona.

La finalidad del sistema polariza, pues, sus *funciones* en cuanto que éstas se dirigen a conseguirla. Por eso, para determinar las *funciones* de un sistema (su funcionalidad), es preciso fijar antes los  *fines* que éste pretende lograr (su teleología).

Repárese a estos efectos en que el fin de cada sistema no es un objetivo arbitrario sino que (como intuyó Aristóteles desde las primeras frases de su *Ética a Nicomáco*: *panta tinos agazou efieszai dokei*, todo parece encaminarse hacia un fin, que es su bien), ese fin viene determinado por la naturaleza ontológica de ese mismo sistema y, por tanto, constituye su bien teleológico, es decir, la plena realización de su esencia o razón de ser.

En el ámbito jurídico, el concepto de *función* forma parte de la Teoría general del Derecho, pues, aunque ahora sólo nos van a ocupar las *funciones estatales* (cuestión de Derecho público constitucional), también aparece en otros ámbitos, como es el caso, por ejemplo, de la *patria potestad* de los progenitores sobre su prole (cuestión de Derecho privado familiar); si bien, en todos los casos, tiene un sesgo finalista (en rigor, sistémico), ya que la *función* sólo se justifica en la medida en que se encamina a lograr un fin que consiste en el bien (público o privado) que debe ser alcanzado o preservado por dicho sistema (por ejemplo, la seguridad ciudadana o la protección de los intereses del menor o tutelado).

## **2. Los *fines* del Estado como determinantes de sus *funciones*.**

Aplicando esta teoría sistemológica al Estado, es obvio que el sistema (unidad de intelección coherente) en que este consiste (y que viene determinada por su naturaleza de grupo social organizado de carácter superior a los demás que en el mismo se integran) tiene como fin primordial (que es su bien en sentido filosófico-sistémico) subsistir y mantenerse para detectar las necesidades públicas exigidas por el interés general de la población que lo compone; y, recibiendo, asumiendo y organizando la fuerza social prestada por ésta a tal efecto, proceder a colmarlas o subvenir las, en la medida de lo posible, devolviendo aquella fuerza, a la población que la aportó, mediante la provisión de obras, bienes y servicios públicos.

De forma compendiosa, podemos resumir, pues, los *finés* del Estado en la *conservación* del grupo social en que consiste (mediante una eficaz diplomacia, milicia, policía, judicatura y hacienda) y en la *promoción* del mismo (mediante una eficiente organización y prestación de obras y servicios públicos y sociales de todo tipo, según las exigencias del momento y los medios disponibles) <sup>43</sup>.

Ahora bien, los fines estatales van más allá de la conservación y promoción material del grupo social superior en que consiste, ya que también comprende el reconocimiento, respeto, garantía y protección eficaz de los derechos humanos de cuantos lo componen o reciben la acción política de sus dirigentes. En otras palabras, es también fin primordial del Estado lograr, mantener y promover la *democracia*, ya que esta debe ser entendida como aquel régimen político (esto es, aquella conformación funcional del Estado) en el que se reconocen, respetan, garantizan y protegen eficazmente los derechos humanos, según el estándar de formalización, interpretación y aplicación de los mismos que se observa en la comunidad internacional integrada por los Estados con una contrastada tradición en ese sentido.

Los derechos humanos se presentan, así, simultáneamente, como limitadores y orientadores del poder político del Estado y determinantes de la amplitud de sus funciones; y todo ello con carácter diacrónico, esto es, como fruto de una larga evolución histórica.

En efecto, si la revolución *religiosa* (de los siglos XVI y XVII) descubrió la libertad de conciencia, las otras grandes revoluciones que han construido Occidente, esto es, la *política* (del s. XVIII, derivada de la Ilustración) y la *social* (de los siglos XIX y XX, derivada de las ideas marxistas y socialdemócratas), descubrieron los demás derechos humanos tal y como actualmente los concebimos; es obvio, por un lado, que el necesario respeto a los mismos limita también esencialmente el *poder político* del Estado, en cuanto que tales derechos expresan otros tantos *ámbitos reservados* que el Estado no puede invadir porque pertenecen a las personas a quienes dicho poder político afecta y, en especial, a las que, en forma de fuerza generada por el grupo

<sup>43</sup> Antes de la revolución social del s. XX, los *finés* del Estado prácticamente se reducían a los de conservación y seguridad del grupo antes referidos (defensa, diplomacia, justicia y hacienda), por lo que aquel modelo era conocido como *Estado de policía*. Pero, en la actualidad, los fines del Estado se han expandido para comprender entre ellos la satisfacción de las más variadas necesidades sociales exigidas por el bienestar (*welfare*) de la población, por lo que el modelo es denominado *Estado del bienestar*, *Estado provisor* o *Estado providencia*, ya que le compete proveer a la satisfacción de tales necesidades sociales mediante prestaciones de todo tipo. La obra que supuso el cambio de paradigma en este sentido fue la *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, de J.M. KEYNES (1936). Tras las recientes crisis económicas, se está planteando, con carácter general, la cuestión de los *límites del crecimiento* que, en este último modelo de Estado, plantea su *sostenibilidad* y, no sin amplia contestación social, pretende replantearlo en el sentido de limitar sus prestaciones en la medida de los medios, sobre todo económicos, disponibles para llevarlas a cabo. Sobre esta problemática, cfr. MAYOR ZARAGOZA, Federico, "La problemática de la sostenibilidad en un mundo globalizado", *Revista de Educación*, 1, 2099, págs. 25-52.

social en que el Estado consiste, se lo han conferido a éste, no para ser tiranizados por ella, sino para recuperarla en forma de seguridad, obras y servicios públicos<sup>44</sup>.

Pero también, por otro lado, no menos obvio es que el grado y medida en que sean percibidos tales derechos humanos determina las *funciones* que el Estado ha de organizar y desempeñar para reconocerlos, garantizarlos y protegerlos con eficacia. En suma, la implicación de los derechos humanos en el concepto mismo de democracia y la identificación de esta como finalidad del Estado revelan también el carácter diacrónico de las *funciones* estatales.

### 3. La clásica tripartición las funciones estatales.

Es claro, pues, que, para el logro de sus finalidades, las funciones que el Estado ha de emprender y mantener en la actualidad son muy variadas (desde organizar las fuerzas armadas y de seguridad pública o la administración de justicia, hasta mantener el sistema educativo o tributario, pagar pensiones, controlar el mercado de valores o construir aeropuertos).

Pero tradicionalmente se han quintaesenciado en tres clásicas, que, por modular o poder modular cualquier actuación estatal concreta, ya se identificaron en el siglo XVIII, y que son: i) la de dictar normas jurídicas que ordenen y disciplinen lo que debe ser hecho para lograr los fines estatales (función *legislativa*); ii) la de llevar a efecto tales normas jurídicas, realizando en la práctica las actuaciones y adoptando las medidas precisas para ello (función *ejecutiva*); y iii) la de atender y resolver los conflictos que las personas y grupos infraestatales planteen sobre la interpretación o aplicación, en casos concretos, de tales normas, actuaciones o medidas (función *judicial*).

Partiendo de la propuesta que Locke había formulado, en su *Tratado sobre el gobierno civil*, al distinguir las funciones legislativa, gubernativa y federativa (es decir, la atinente a potestades estatales de carácter internacional), el texto paradigmático a este respecto es, una vez, *El Espíritu de las leyes*, en cuyo Libro XI, relativo precisamente al estudio de la “Constitución de Inglaterra”, Montesquieu afirma:

---

44 En la clásica teoría del roussonian “contrato social”, base, como hemos señalado, de la explicación del moderno constitucionalismo, los derechos humanos no pueden ser desconocidos ni invadidos por el Estado a cuyo poder político son inmunes, ya que son anteriores al mismo y, por tanto, tampoco derivan de la Constitución estatal, pues constituyen una *reserva de poder* que la población no ha transferido, en forma de fuerza social, al Estado, sino que ha conservado como patrimonio inalienable de la propia naturaleza humana, de suerte que el Estado y su Constitución, que, precisamente, han sido creados para preservarlos y promoverlos, sólo pueden reconocerlos, protegerlos y garantizarlos eficazmente, pero no menoscabarlos o, mucho menos, desconocerlos o suprimirlos. Para la moderna visión de los derechos humanos, cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993; DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 2002; y RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006.

*“Il y a dans chaque état trois sortes de pouvoirs, la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l’autre, simplement la puissance exécutrice de l’état”<sup>45</sup>.*

Aunque el texto causa cierta perplejidad a nuestro actual rigor conceptual (pues, si bien separa el ámbito interno del internacional, no distingue netamente entre *funciones* y *poderes*), es, sin embargo esencial, al distinguir con claridad lo legislativo (que cifra en hacer y derogar leyes permanentes o transitorias), lo ejecutivo (que resume en proveer a la seguridad física y jurídica interior y exterior) y lo judicial (que concreta en resolver procesos civiles y penales), acuñando así una idea básica en el funcionamiento estatal y en la ulterior doctrina de la *división de poderes*.

Por eso, fijados en los epígrafes precedentes los conceptos de *poder*, de *Estado*, de *poder político* con sus distintas manifestaciones, así como de las *funciones* estatales, estamos ya en condiciones de abordar el concepto de *Poderes del Estado*.

## VIII. LOS PODERES DEL ESTADO

### 1 Concepto.

Denominamos *Poderes del Estado* (con mayúscula, para resaltar su aspecto orgánico-subjetivo) a cada uno de los órganos o complejos orgánicos constitucionalmente encargados de realizar las *funciones* estatales, en especial y por antonomasia, las tres *funciones*, clásicas, típicas y esenciales, de legislar, de ejecutar lo legislado, y aplicarlo a la resolución de conflictos concretos, juzgándolos y haciendo ejecutar lo juzgado. Cuando se refieren a las tres expresadas *funciones* clásicas, tales *Poderes* son denominados, por ello y respectivamente, *Legislativo*, *Ejecutivo* y *Judicial*.

<sup>45</sup> “En cada Estado existen tres clases de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de los asuntos que dependen del derecho de gentes y la potestad ejecutiva de los que dependen del derecho civil. En virtud de la primera, el Príncipe o Magistrado hace leyes transitorias o definitivas, y enmienda o deroga las existentes. Por la segunda, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, instauro la seguridad pública y previene las invaciones. Por la tercera, castiga a los delitos, o juzga las disputas que surgen entre los particulares. Se dará a ésta última el nombre de potestad de juzgar, y a la otra, simplemente, el de potestad ejecutiva del Estado”.

## 2. Naturaleza.

### A) Los Poderes estatales como concepto *segundo*.

La tradición académica es proclive a considerar a los *Poderes* estatales como un concepto *primero*, quizá por el carácter orgánico que implican y por la influencia escolástica de explicar las instituciones jurídicas con arreglo a la trilogía romana de *personas, cosas y acciones*, que impele a comenzar estudiando sus elementos subjetivos, proseguir con los objetivos y terminar con los formales y funcionales. Eso explica, por ejemplo, que suelen examinarse, por ese orden, la *población*, el *territorio* y el *poder*, como elementos integrantes del Estado.

Sin embargo, estimo más fructífero considerar a los *Poderes* del Estado como un concepto *segundo*, ya que entiendo que su noción sólo se aclara partiendo antes de la explicación, que ya se ha efectuado, de los conceptos *primeros*, de *fuerza, poder* (con sus distintas modalidades de poder *político, potestad y poder constituyente y poderes constituidos*), *Estado* y *función*.

En efecto, los *Poderes* estatales son órganos o complejos orgánicos destinados a desempeñar concretas *funciones* estatales y la esencia de éstas es el *poder político* que entrañan y aplican; el cual, a su vez, no es sino una especie del género *poder*, cuya esencia es, como se ha expuesto, la *fuerza*, en este caso la del grupo social que, ejerciéndola, originariamente, como *potestad constituyente*, ha logrado configurarse como un grupo superior; esto es, fundarse y ser reconocido como Estado y, luego, ejerciéndola derivativamente como *poder constituyente*, ha conseguido dotar a tal Estado de una Constitución y asignar las *funciones* estatales a una *organización*, es decir, a un conjunto de órganos o complejos orgánicos que conforman los, por ello, llamados *poderes constituidos*.

### B) Los Poderes estatales como *organización social*.

Por tanto, *Poderes* no es aquí un simple plural del sustantivo *poder*, que funcione como sinónimo amplificador del mismo y tenga un sentido objetivo de fuerza social superior y multiforme; sino una noción distinta, aunque relacionada por derivación, que alude a los órganos o complejos orgánicos (perspectiva subjetivo-organizativa) a los que constitucionalmente se encomienda el desempeño de las *funciones* estatales. En otras palabras, los *Poderes* estatales conforman la *organización* del Estado que éste tiene como cualquier otro grupo social que, sin ella, no existiría o persistiría como tal.

Ahora bien, como toda *organización*, la estatal consiste en un conjunto de *órganos*. El concepto de *órgano* es también sistémico, pues presupone un *sistema* (unidad de

intelección coherente dotada de funciones en orden al logro de sus propias finalidades), en el que conforma la estructura directiva, de la que el *órgano* es sólo una unidad básica, caracterizada por una *función* concreta que le corresponde.

En este sentido, las nociones de *órgano* y *organización* son aplicables a todo tipo de sistemas (p.e, el corazón es un *órgano* esencial del sistema circulatorio, lo mismo que el núcleo es el *órgano* central de una célula); pero, aplicadas a los sistemas humanos de carácter social, expresan las estructuras directivas de tales sistemas (*organización* social) y las distintas unidades caracterizadas que las integran (los *órganos* de las que aquellas estructuras se componen).

Como es sabido, cada *órgano* consta, al menos, de dos elementos que lo componen: el elemento subjetivo o sujeto, es decir, la persona física (o conjunto de personas físicas), que ostenta su titularidad (*l'huomo*, en terminología italiana); y el elemento funcional o función, es decir, la competencia o tarea que tiene encomendada (*l'ufficio*, en la misma terminología) para lograr (en la medida de la misma) el fin (*l'scopo*) propio del sistema a cuya organización pertenece.

Pues bien, la organización del grupo estatal está conformada por *órganos* (o complejos orgánicos) que tienen asignadas *funciones* estatales caracterizadas (como la legislativa, al ejecutiva o la judicial) cuyo desempeño concreto corresponde a las personas físicas que son titulares de los mismos.

Repárese en que las *funciones* estatales pueden estar encomendadas a *órganos* simples, de titular unipersonal (como el Jefe del Estado o un Juez de lo penal) o pluripersonal (como una Cámara parlamentaria o un Tribunal de justicia), pero también a *complejos orgánicos*, a veces enormes (como la Administración pública central, que consta de diversos Ministerios, cada uno de ellos con múltiples *órganos* jerárquicamente subordinados).

En Derecho administrativo de la organización, suelen distinguirse los *órganos* (que tiene asignadas funciones decisorias, con relevancia externa para ante la ciudadanía), de las meras *unidades* administrativas (que, pese a la posible importancia de sus funciones, no las tienen decisorias, sino de apoyo a los *órganos* y, por tanto, con una relevancia exclusivamente interna). Sin embargo, en Derecho constitucional y, en general, en la Ciencia política, los *Poderes* del Estado tienen, de por sí, relevancia decisiva y externa, ya que desempeñan *funciones* constitucionales; y, por eso, decimos que conforman verdaderos *órganos* o *complejos orgánicos*, sin perjuicio de que, en el seno de los aparatos administrativos en que los mismos se descompongan, sea posible ulteriormente (desde una perspectiva jurídico-administrativa) distinguir también entre verdaderos *órganos* y meras *unidades* auxiliares.

### C) Determinación de tales *Poderes* en los Estados unitarios y compuestos.

Una de las confusiones típicas en esta materia es afirmar que, así como las *funciones* estatales clásicas pueden reducirse a la legislativa, la ejecutiva y la judicial; también los *Poderes* del Estado pueden identificarse como el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La confusión estriba en que pronto se descubren, como luego expondré, que los tres *Poderes* realizan *funciones* propias de los demás.

Por eso, una coherencia rigurosa con la perspectiva orgánica que he expuesto, más bien requiere identificar, en los *Estados unitarios* (es decir, aquellos cuyo poder se ejerce de manera indistinta sobre todo su territorio): el Poder Legislativo, con las Cámaras parlamentarias; el Ejecutivo, con el Gobierno; y, el Judicial, con los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, en los *Estados compuestos*<sup>46</sup>, tales identificaciones hay que realizarlas (respectivamente, esto es, tanto en el nivel central como en cada uno de los niveles políticamente descentralizados): con las distintas Cámaras parlamentarias; con los diferentes Gobiernos; y, eventualmente (es decir, salvo cuando el Poder Judicial es unitario), con los diversos órganos judiciales; y, además, hay que tener en cuenta la existencia de órganos o complejos orgánicos que representan o afectan al Estado en su conjunto (como la Jefatura del Estado, el Tribunal Constitucional o el Poder judicial cuando es único para todo el Estado).

Además, en el referido caso de los *Estados compuestos*, tal identificación de los Poderes estatales puede complicarse merced al fenómeno de la que podemos llamar *impersonación*, por el que, en ocasiones, los órganos centrales no se comportan ejercitando funciones propias de las competencias propiamente centrales (esto es, no ejercitando exclusivamente las funciones asignadas al *Oberstaat* y comportándose sólo como órganos del mismo, sin afectar a los órganos y territorios de las instancias políticas que conforman el *Gliedstaat*), sino las globales (del *Gesamstaat*, al que, a tales efectos, *impersonan*), como sucede, entre nosotros, cuando el Congreso aprueba una Ley orgánica en regulación de un derecho fundamental.

<sup>46</sup> Son *Estados compuestos* los *federales*, *regionales* o *autónomos* y, en general, todos aquellos en los que el *poder político* se encuentra sectorizado competencialmente, de suerte que existen *Poderes*, en el sentido de órganos o complejos orgánicos: i) por un lado, *centrales* (es decir, que integran el *Oberstaat*, en la terminología alemana, donde *ober* significa superior y que prefiero traducir como *Estado central*, como sucede con la Federación en Estados Unidos o Alemania), los cuales, sobre determinadas materias, lo ejercen sobre todo el territorio estatal; ii) por otro lado, *descentralizados políticamente* (que integran el *Gliedstaat*, en la misma terminología, donde *glied*, significa fragmentario y que prefiero traducir como *Entidades políticas descentralizadas*, como sucede con los Estados federados norteamericanos, los *Länder* alemanes, las Regiones italianas o las Comunidades Autónomas españolas), los cuales, sólo lo ejercen sobre otras materias y únicamente sobre sus respectivos territorios infraestatales; y iii) finalmente, *globales* (es decir, que integran el *Gesamstaat*, en la referida terminología, donde *gesam* significa total y que prefiero traducir como *Estado global*), los cuales realizan funciones que afectan a todo el Estado en su conjunto, sin distinguir instancias centrales y descentralizadas (como es el caso de la Jefatura del Estado o el Tribunal Constitucional). Esta terminología procede de la obra del jurista alemán del s. XIX Georg JELLINEK, *Fragmentos de Estado*, que puede consultarse en español en la serie *Cuadernos* de Ed Civitas, Madrid, 2016.

#### **D) Relevancia de las personas físicas titulares de los órganos a los que se atribuyen los *Poderes* estatales.**

Es tal la complejidad orgánica que presentan las Constituciones de los Estados unitarios y, más aun las de los compuestos, que el análisis de los Poderes estatales constituidos suele derivar con facilidad a una concepción organicista, esto es, a concebir al Estado como una persona ideal cuyos miembros son sus distintos Poderes constituidos. Esta misma visión conduce con frecuencia a calificar como *gobernantes* a los titulares de tales Poderes, por oposición a los *gobernados*, que serían el resto de la población estatal. Se trata, en suma, de una perspectiva que tiende a absolutizar el poder político del Estado, dificulta la limitación del mismo y es proclive a reducir a los *ciudadanos* (titulares activos de derechos públicos subjetivos) a la condición de *súbditos* (titulares pasivos de posiciones jurídico-públicas de vinculación).

Estimo, por tanto, que es preciso recordar, una vez más, el carácter de grupo social que tiene el Estado y resaltar, en el estudio de su poder político, y, en concreto, de las *funciones* que le corresponden y de los Poderes (órganos y complejos orgánicos) a los que las mismas están atribuidas, la figura de las personas físicas que encarnan a éstos últimos, es decir, de los *titulares* de los órganos y complejos orgánicos en que tales Poderes se materializan.

Los órganos parlamentarios, gubernativos y judiciales tienen como titulares a personas físicas concretas, las cuales son responsables de su actuación en los mismos, ya que, de forma directa o indirecta, han sido elegidos o seleccionados, por la población integrante del grupo, para recibir de ella la fuerza social en que consiste el poder político que ejercen y, no para que la destinen a sus propios y particulares intereses, sino para que la devuelvan, a dicha población, en forma de la seguridad y de provisión de los bienes y servicios que el interés público requiere, tanto para la preservación y garantía eficaz de los derechos humanos, como para la conservación y progreso del propio grupo estatal.

Estas personas físicas, más que *gobernantes* de súbditos *gobernados*, son, pues, *servidores* públicos de los *ciudadanos* y responsables ante ellos de sus actos; por eso, todas las posiciones jurídicas de ventaja que les reconozca el ordenamiento jurídico han de ser entendidas como *funcionales*, esto es, esencialmente limitadas a cuanto es preciso para el logro de las funciones estatales de dirección, control y provisión social que tienen encomendadas.

Esto dicho, me ceñiré, en los epígrafes que siguen, a exponer brevemente algunas características de los tres clásicos Poderes estatales constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que interesa precisar para comprender la *división de poderes* y las complejidades que la misma implica en los Estados actuales.

## IX. EL PODER LEGISLATIVO.

### 1. Origen y evolución.

#### A) Los mitos genéticos del poder de legislar.

Todo grupo social organizado precisa normas jurídicas que ordenen la convivencia de sus componentes (principio *ubi societas, ibi ius*). Ahora bien, las más antiguas civilizaciones referían toda ordenación a una divinidad creadora que había convertido el *caos* originario en un ordenado *cosmos* del que formaba parte también la tierra y sus habitantes, por lo que toda norma humana, para ser legítima, es decir, conforme con el orden natural del universo, debía enlazar directamente con aquella divinidad providente y autora de las leyes eternas y universales. Dicha divinidad podía expresar sus mandatos en forma de *oráculos* formulados a través de un *medium* en trance, como la sibila délfica; en cuyo caso, tales respuestas eran custodiadas (en los *libros sibilinos*) e interpretadas por los *pontífices* (sacerdotes especializados en tender puentes entre la humanidad y la divinidad), que así (muchas veces confundidos con los propios reyes) se convirtieron en los primeros legisladores<sup>47</sup> y también en los únicos autorizados para declararlas e interpretarlas de forma auténtica<sup>48</sup>.

#### B) El paradigma democrático ateniense.

Pero la monopolización por los aristócratas del formidable poder sacerdotal de conservar, interpretar y declarar la voluntad divina contenida en las leyes reveladas y plasmadas en costumbres ancestrales (*mores maiorum*) produjo, según la precitada dinámica del *abuso de poder*, una consolidación y progresiva ampliación de sus privilegios económicos (p.e, como terratenientes), jurídicos (p.e, como acreedores), sociales (p.e,

---

<sup>47</sup> El radical indoeuropeo “*m(a/e)n*” significa hombre grande para ante el pueblo y, por eso, no es extraño que, con distintas grafías y fonéticas, aparezca en los nombres de los grandes legisladores a los que se atribuía la fundación o institucionalización de un pueblo, como el egipcio (Manes), el babilónico (Hammurabi), el cretense (Minos), el hindú (Manu) o el hebreo (Moisés). El mismo significado de maestro u hombre sabio tiene el onomástico sínico *Kung-Fu-Tse*, latinizado como Confucio, el gran preceptor jurídico y moral de China. Todos estos personajes, míticos o históricos, coincidían en haber contactado con la divinidad celeste (en un monte sagrado o en una revelación trascendental) de la que habían recibido las leyes que habían plasmado en tablas o códigos, incluso de piedra, para que permanecieran en vigor de forma perdurable. Pero tales leyes, como sucede paradigmáticamente con la mosaica, solían limitarse a formular grandes principios de Derecho natural (no robar, no matar, no mentir), que debían luego ser aplicados a casos litigiosos concretos.

<sup>48</sup> Esto explica que, en las primeras civilizaciones, como se aprecia en la Roma arcaica: i) que el Derecho humano (*ius*) no era sino un trasunto del divino (*ios*), tal y como expresa claramente la desinencia del genitivo griego del padre de todos los dioses, *Zeus-D(ios)*; y ii) que los primeros juristas romanos fueran sacerdotes especializados en resolver litigios humanos, en los que sus respuestas (*responsa*) u opiniones (*sententiae*) eran indiscutibles, al recabarse del prestigio oracular de los pontífices, por lo que, a lo sumo, se motivaban en privado y sólo con fines de formación artesanal, es decir, para que sus discípulos conocieran su fundamento (*ratio iuris*) y pudieran luego inspirarse en ellas.

como patronos) y políticos (p.e, como dirigentes), hasta que el pueblo llano (que pechaba con el esfuerzo laboral, tributario y militar) exigió reformar la situación.

Las primeras reformas consistieron en una mera *formulación* clara de las leyes (Dracon). Una segunda conquista social fue la *moderación* de las leyes más extremas (Solón). Pero no era bastante; el pueblo recabó para sí la *aprobación* de las leyes en una asamblea popular (*ecclesia, boulé*) y la *aplicación* de las mismas en tribunales también populares (*heliaia*). Es lo que llevaron a cabo las reformas revolucionarias, efectuadas en la ciudad-estado de Atenas, durante el s. V a.C, por Clístenes, Efialtes y Pericles, considerados como fundadores de la democracia griega.

A esta fase, corresponde, posiblemente, el origen etimológico del sustantivo latino “*lex*”, como derivado de “*lego*”, que significa no tanto la acción del magistrado consistente en “*leer*” ante el pueblo reunido en una asamblea (*Comitia*) un texto normativo para que este lo apruebe, cuanto la acción de dicho pueblo consistente en “*elegir*”, de “*eligo*”, primero, a dicho magistrado y, luego, optar por la aprobación del texto normativo que el mismo sugiere<sup>49</sup>.

Traslaticamente, por tener también carácter obligatorio en sus respectivos ámbitos, se aplicaría la denominación “*lex*”, en el ámbito privado (*leges privatae*), para las cláusulas testamentarias (*lex sucessionis*) y las contractuales entre particulares (*lex contractus*), para los estatutos de colectivos privados (*leges collegium et sodalitiium*) y para las reglamentaciones de una explotación dadas por su dueño (*lex rei suae dictae*); y, en el ámbito público, para las regulaciones dictadas unilateralmente, es decir, sin previa o posterior aprobación popular o senatorial, por un magistrado (*leges dictae*) en un ámbito de su competencia, que podía ser material, como una concreta explotación minera (*lex metalli*); espacial, como un municipio provincial (*lex municipalis*); o, sectorial, como la ordenación del mercado encomendada a los censores (*leges censoriae*) o la de los procesos judiciales encomendada a los pretores y que estos establecían durante su mandato anual (*edictum pretoris*, como *lex annua*), aunque éste terminó por hacerse permanente (*edictum perpetuum*).

### C) Evolución posterior.

La democracia griega, aunque imperfecta, desde nuestra actual visión de los derechos humanos, constituyó el primer ensayo humano de poder popular, pero no sobrevivió a Pericles pues la tiranía aristocrática se reimplantó con la sucesiva

<sup>49</sup> La función del magistrado era consultar (de ahí, que al magistrado supremo se le denominara *cónsul*) al pueblo (*plebs*) para conocer (*scire*) la opinión y voluntad del mismo expresada en una votación mayoría (*plebiscitum*), que se conocería por el nombre del magistrado cuya propuesta (*rogatio legis*) había sido sometida al pueblo (*legem ferre*) y que, en lo sucesivo, sería obligatoria con carácter general (*vis legis*), al haber sido aprobada (*legis lata*) por dicho pueblo, si bien ese mandato popular (*iussum populi*) requería, según las épocas y los casos, la aprobación, posterior o previa, del Senado (*Senatus consultum*).

hegemonía de Esparta, Tebas y Macedonia y, finalmente, del Imperio romano que, por su parte, también enterró las conquistas populares de la época republicana.

La *ley* se convirtió así, no ya en expresión sacerdotal de la voluntad divina ni en manifestación de la voluntad comicial del pueblo, sino simplemente en formalización solemne de la voluntad regia o imperial. Así, en la época imperial romana, las *leges dictae* se convirtieron en *constitutiones* (generales) y *edicta* (singulares) imperiales directamente obligatorios.

Esta concepción se mantuvo en el Imperio de Oriente hasta la caída de Bizancio en el s. XV y también en el Derecho canónico latino, aunque, en este último, basándose: durante el primer milenio, en la primacía patriarcal del Obispo de Roma sobre las Iglesias particulares de Occidente; tras la reforma gregoriana y la superación del Cisma de Occidente y del conciliarismo, en la investidura petrina del Papa y su prelación sobre los concilios ecuménicos; y, finalmente, en la teología sobre la naturaleza fundacional de la Iglesia. En el Derecho canónico ortodoxo posterior al cisma de Oriente, la primacía patriarcal en las distintas Iglesias autocéfalas se matizó por el contrapeso consultivo de los jerarcas inferiores organizados en sínodos permanentes.

En los reinos de la Europa medieval surgidos tras la caída del Imperio romano de Occidente, si bien los reyes comenzaron muy limitados por el pactismo impuesto por las instituciones parlamentarias estamentales, terminaron, con la ayuda teórica que supuso a la recepción del Derecho común (romano y canónico), por asumir la soberanía como monarcas absolutos, aunque la ejercieran, según materias o territorios, a través de órganos habilitados, por una delegación regia revocable, como era el caso de los Consejos, en el régimen polisinodal de la Monarquía hispánica de los Austrias; o de las autoridades comisariales (Ministros, Intendentes) introducidas por los Borbones, si bien la introducción de las mismas ya había comenzado en España al final del reinado de Carlos II, en imitación de las reformas auspiciadas en Francia por Luis XIV.

Esta situación perduró en Europa hasta que las Revoluciones inglesa del s. XVII y francesa del s. XVIII devolvieron todo el protagonismo legislativo a los Parlamentos, ya en el marco de la *división de poderes*. Empero, la nueva democracia tardó todo el s. XIX en expandirse por el mundo occidental y, en el s. XX, quedó frenada, en los países del bloque del Este, formados tras la Segunda Guerra Mundial, así como en los de cultura islámica, donde persiste la antigua concepción unitaria del poder político y religioso.

## 2. Concepto: el Parlamento.

Desde la perspectiva diacrónica que hemos abocetado, el Poder legislativo se concreta en el órgano u órganos estatales que tienen por objeto aprobar leyes, entendidas éstas en un sentido material y amplio como equivalentes a normas jurídicas generales y obligatorias.

Pero, en los Estados democráticos, viene entendiéndose, con más rigor, por Poder Legislativo, sólo aquel órgano pluripersonal o complejo de órganos pluripersonales y de carácter representativo que, con estructura y funcionamiento parlamentarios, tiene constitucionalmente asignado un ámbito territorial y material en el cual queda habilitado para ejercer, como función principal, la de aprobar normas jurídicas con rango de ley, tras elaborarlas mediante un procedimiento formalizado en el que se asegure la participación de las minorías.

Se alude así, no tanto al sentido *funcional* (es decir, al ejercicio de la función legislativa) cuanto al *subjetivo*, es decir, al órgano o complejo orgánico que, por disposición constitucional, legisla con eficacia en un ámbito espacial y material determinado; pero con dos precisiones: i) que esa sea su función *principal*; y ii) que la normativa que apruebe tenga el rango normativo de *ley*. Estas dos precisiones excluyen del concepto estricto de Poder Legislativo a todo órgano cuya función principal no sea la de aprobar leyes, como sucede con los Gobiernos (y algunos otros órganos extraparlamentarios) que son titulares de la potestad de aprobar normas jurídicas con rango meramente reglamentario.

## 3. Tipología parlamentaria uni o bicameral.

Aunque algunas Constituciones mantienen, para el Poder Legislativo entendido en el expresado sentido estricto, denominaciones históricas que eran más propias de las Asambleas gentilizas o estamentales, se ha impuesto la denominación genérica de *Parlamento* que alude a la oralidad que caracteriza su funcionamiento. En España, se ha conservado la denominación de *Cortes* (nombre derivado de la *curia regia extraordinaria* convocada por el monarca para aprobar subsidios económicos) que era tradicional en los antiguos Reinos hispánicos y en nuestro constitucionalismo histórico.

El Parlamento, siendo esencialmente pluripersonal, puede configurarse como un órgano legislativo único o dual. En el primer caso, sólo consta de una Asamblea legislativa o Cámara (Parlamento unicameral). En el segundo, conforma un complejo orgánico que consta de dos Cámaras, es decir, de dos órganos pluripersonales y colegisladores en cuanto que participan en el procedimiento legislativo (Parlamento bicameral).

El bicameralismo obedece a épocas en que el doctrinarismo político defendió la limitación del *principio democrático* o soberanía popular (representada por una Cámara baja o Congreso, conformada por diputados popularmente elegidos) con el *principio monárquico* o soberanía regia (representada por una Cámara alta o Senado, compuesta por nobles o notables de regia designación).

El bicameralismo, pues, nació como una forma orgánica de limitación del Poder Legislativo; pero, una vez que la Cámara alta es también de elección popular, se ha convertido en una opción constitucional para llevar a la práctica sistemas electorales distintos (corrigiendo así los inevitables defectos de cada uno) e introducir en el procedimiento legislativo una segunda lectura de las propuestas (permitiendo así una legislación más reflexiva) o, en los Estados compuestos, una instancia de representación territorial (posibilitando así una legislación más acorde con la distribución territorial de las competencias).

#### **4. Finalidad.**

Es una obviedad señalar que el Poder Legislativo tiene por objeto elaborar normas jurídicas, pero tal evidencia precisa de importantes matizaciones para ser aprehendida con la profundidad que la *división de poderes* requiere. Me limitaré a exponer dos. Una primera es la relación de las normas que del mismo emanan con el concepto y fuentes del ordenamiento jurídico, entendido como Derecho en sentido objetivo. Otra es la posición institucional que tales normas tienen en dicho ordenamiento.

##### **A) El Poder legislativo y el Derecho: la ley como fuente jurídica.**

El Poder Legislativo, al ser un poder constituido y producir normas jurídicas, las introduce en el ordenamiento jurídico del Estado al que pertenece y, en esa medida, se comporta como origen de la fuente del Derecho objetivo a la que denominamos genéricamente “*la ley*”. Pero este planteamiento supone tener resueltas previamente diversas preguntas de hondo calado, como ¿qué es el Derecho?, ¿es el Derecho un concepto equivalente al de ordenamiento jurídico?, ¿cuál es el origen y la finalidad del Derecho? Y, sobre todo, ¿Derecho y ordenamiento jurídico son realidades sólo estatales?

Las respuestas a estas cruciales preguntas están condicionadas por las diversas concepciones filosóficas que pueden mantenerse sobre los conceptos implicados en ellas, en especial, sobre la persona humana, la sociedad y el Estado. Por mi parte, en coherencia con la concepción sistémica que vengo sosteniendo<sup>50</sup>, entiendo: i) que el

---

<sup>50</sup> He explicado esta perspectiva en tres libros: i) *La Rioja como sistema*, Logroño, 3 vols., Gobierno de La Rioja, 1993; ii) *La asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas*, Logroño, IER, 1996; y iii) *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis*, Barcelona, Euinsa, 1997; y en varios artículos doctrinales que pueden consultarse en internet en la base informática de Revistas y documentos académicos *Dialnet* de la Universidad de La Rioja.

*Derecho* es un fenómeno grupal consistente en una fuerza social organizada como un sistema (formal, normativo, orgánico, pluridimensional y personalista) que, implementado con los demás que componen el mundo, se dirige a lograr la convivencia pacífica mediante un orden social justo; ii) que *ordenamiento jurídico*, es el conjunto orgánico de valores, principios, normas, costumbres y criterios jurisprudenciales y doctrinales plasmados en disposiciones imperativas y coactivas a las que el grupo social, capaz de producirlas y del que emana su fuerza, considera justas y necesarias para ordenar las relaciones entre sus componentes y las de éstos con la organización del grupo.

Así concebido, el *Derecho* es una de las manifestaciones de la fuerza sistémica generada por un grupo social capaz de producirla (al que los canonistas - al analizar los requisitos de admisibilidad de una costumbre como obligatoria- denominan *comunitas capax*); pero no la única, pues también lo son la potencia económica o la militar, entre otras. Lo que caracteriza y convierte en *jurídica* (teniendo presente es el adjetivo *jurídico/a* califica a todo lo relativo al Derecho) a esta manifestación de la fuerza social no es, por tanto, el que sea una *fuerza* (es decir, no es, como suele afirmarse, el carácter *imperativo* y *coactivo* del Derecho, ya que tal carácter deriva de la fuerza social que entraña y que es susceptible de otras manifestaciones no jurídicas), sino su carácter *ordenador*, ya que su objetivo es implantar el *orden* jurídico querido por el grupo social que lo genera; y también su carácter *ordenado*, ya que, para lograr tal orden, dicha fuerza se plasma en un conjunto coherente de disposiciones, eso sí, imperativas y coactivas, esto es, en un *ordenamiento* jurídico. Se cierra así el bucle: el *ordenamiento* (jurídico) produce el *orden* (jurídico).

*Derecho* y *ordenamiento jurídico* coinciden, pues, en su fin, que es lograr el *orden jurídico* en el grupo social correspondiente, según los valores queridos por los componentes del mismo grupo, entre los que suelen destacar la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad. De ahí, el usual empleo como sinónimos de ambos conceptos (Derecho y ordenamiento jurídico), aunque ambos pueden y deben ser gnoseológicamente diferenciados, pues presentan dos perspectivas distintas de una misma “realidad” (en el sentido filosófico de algo “que es”, o sea, que existe, en este caso, el fenómeno jurídico al que ambos aluden).

En efecto, el concepto de *Derecho* alude, más bien, al ser o esencia óptica del fenómeno (esto es, trata de contestar a la pregunta *¿qué es la cosa?*, en este caso, el *Derecho*, con la respuesta de que consiste en la fuerza social organizada de un grupo humano. El concepto de *ordenamiento jurídico* alude, más bien, a la estructura y funcionalidad sistémica de esa realidad (es decir, responde a la cuestión *¿cómo es la cosa?*, en este caso, el *ordenamiento jurídico*, con la respuesta de que es un conjunto de disposiciones que son imperativas y coactivas porque expresan la fuerza social del grupo que las formula como Derecho).

En otras palabras: aunque su fin es el mismo (el orden jurídico), el concepto de *Derecho* es más *nouménico* o sustancial, puesto que expresa “*qué es*” (fuerza social organizada) la realidad que manifiesta, permitiendo así identificar aquel fin como una consecuencia óptica (*telos*) de dicha realidad; mientras que el de *ordenamiento jurídico* es un concepto más *fenoménico* e instrumental, puesto que expresa “*cómo se presenta*” (su estructura) y “*cómo funciona*” (su funcionamiento), permitiendo así identificarse, ante aquel fin, como un medio (*mesos*) para lograrlo.

A partir de ahí, se colige que el *Derecho* y el *ordenamiento jurídico* no son realidades exclusivamente *estatales*, sino, como intuyó el brocardo medieval *ubi societas, ibi ius*, inherentes a todo grupo social organizado, por lo que existen *Derechos* y *ordenamientos jurídicos* que, sin perder su esencia de fuerza social organizada, tienen carácter *supra-estatal* (como el internacional o el comunitario europeo, propios, respectivamente, de la comunidad de todos los sujetos internacionales o de los que integran la UE)<sup>51</sup>, *extra-estatal* (como el que procede de la autonomía de la voluntad de sujetos privados)<sup>52</sup>, o *praeter-estatal* (como el canónico, propio de

<sup>51</sup> La fuerza social que encierra el Derecho interno de cada Estado aparece también en el ámbito externo, cuando el grupo estatal es reconocido por otros Estados como una “*potencia*” más en las relaciones internacionales. En ellas, el Estado despliega sus potestades exteriores, especialmente la de convenir tratados internacionales y, mediante los mismos, crear Organizaciones internacionales (de cooperación o integración) o adherirse a las pre-existentes. El efecto que ahora interesa destacar es que, de tales tratados y Organizaciones, emanan normas jurídicas que conforman un nivel jurídico (el nivel jurídico *inter* o *supra-nacional*) que es distinto al constitucional; y digo *distinto* y no *superior*, porque tales normas internacionales, siendo externas al grupo estatal, priman sobre las estatales internas, incluso las internas del nivel constitucional, mas no por razón de *jerarquía*, sino de *competencia*, es decir, porque pertenecen a un ámbito de materias en las que el grupo estatal ha convenido con otros semejantes que sean regidas por ellas. Esta última precisión competencial es importante porque resuelve la antigua polémica del *monismo* o *dualismo*, es decir, sobre la primacía o no del Derecho internacional sobre el interno.

<sup>52</sup> Existen también normas jurídicas que, siendo *internas*, esto es, generadas dentro del espacio sujeto a la soberanía del grupo estatal, sin embargo no emanan de ninguno de los poderes públicos constituidos, sino del poder (fuerza) de la voluntad inherente a las personas físicas y sus agrupaciones, como sucede con las estipulaciones contractuales entre particulares, las cláusulas testamentarias o los estatutos y regulaciones internas de las personas jurídicas privadas de base asociativa o fundacional. El engarce de estas normaciones privadas en el ordenamiento jurídico estatal suele ser explicado por su relación con la *ley* estatal que: i) por un lado, señala las condiciones para el reconocimiento de la personalidad física o jurídica y la capacidad de obrar de las personas privadas que las generan; ii) por otro, establece los límites (*ius cogens*) de admisibilidad de tales normaciones para preservar el orden público (en sus distintas manifestaciones, policial, mercantil, sanitario, etc) y los derechos de terceros; y iii) fija los puntos de conexión que, en caso de conflictos de Derecho internacional privado, determinan la regulación pública aplicable a las relaciones privadas que presenten elementos (personales, reales o formales) de extranjería. Pero la explicación profunda de dicho engarce ordinamental, más que en el nivel *legal*, se encuentra en el *constitucional*, ya que la *autonomía de la voluntad* de la que proceden las normaciones privadas tiene su origen en el *contrato social* por el que, como razonó Rousseau, las personas integrantes del grupo estatal cedieron, a la organización de éste, la fuerza social precisa para constituir el Estado, pero no (por imposibilidad ontológica) su dignidad, en la que se basan todos los derechos humanos, y, por ello, se reservaron dichos derechos que, quintaesenciados en los de libertad y propiedad, conforman el ámbito nuclear de la *autonomía de la voluntad*, fuente de las normativas privadas, que los poderes públicos constituidos no pueden negar ni desconocer; aunque, obviamente, sí limitar para garantizar el orden público y los derechos de los demás. Esta limitación ha de hacerse siempre mediante una norma con rango de *ley*, esto es, procedente del órgano legislativo democráticamente elegido, pues sólo él representa el interés y la voluntad generales. En otras palabras, la voluntad de los particulares es, por razones constitucionales, fuente de obligaciones y norma jurídica, pero sólo en la medida en que, respetando su contenido nuclear esencial, sea admitida por la voluntad general, la cual sólo puede ser formulada con rango de *ley* por el órgano parlamentario que la representa.

la comunidad eclesiástica)<sup>53</sup> e incluso *meta-estatal* (como el natural, propio de la comunidad humana)<sup>54</sup>.

El espejismo consistente en reducir los actuales conceptos de *Derecho* u *ordenamiento jurídico* al ámbito estatal sólo apareció cuando, en el siglo XVI, surgió la idea de la soberanía y nacieron los primeros Estados europeos, esto es, grupos sociales configurados estatalmente; y se reforzó: en el siglo XVII, con el absolutismo de los monarcas; en el siglo XVIII, con las revoluciones populares; en el siglo XIX, con el *principio de las nacionalidades*; y, en el siglo XX, con los totalitarismos. Pero la globalización, que caracteriza al siglo XXI, ha redescubierto el carácter social del fenómeno jurídico y lo ha resituado en todo grupo capaz de generarlo, incluido, por supuesto, el grupo estatal

<sup>53</sup> Los creyentes en una confesión religiosa, cuando forman grupos sociales organizados, como son las Iglesias, generan sus propias disposiciones jurídicas, que conforman un ordenamiento (en el caso de la Iglesia católica, dicho ordenamiento conforma el Derecho canónico que podemos denominar “interno”, con distintas ramas, como el constitucional, el procesal, el administrativo, el matrimonial o el penal). Pero las disposiciones jurídicas de las Iglesias y otros grupos religiosos no deben ser confundidas con las que los Estados dictan para regular el fenómeno eclesiástico o religioso (Derecho eclesiástico del Estado), aunque algunas de éstas últimas revistan un cierto carácter *paccionado* en su elaboración (caso de las Leyes estatales que, en España, aprueban los Convenios entre el Estado y algunas confesiones más implantadas socialmente). Ante el Estado, los ordenamientos eclesiásticos o religiosos son manifestaciones de la *autonomía de la voluntad* reconocida internamente a los grupos religiosos *intra-estatales* (normalmente, en la Constitución y en una *Ley de cabecera de grupo normativo* que regula el derecho humano a la libertad religiosa). En el caso de la Iglesia católica, hay, además, normas, llamadas de Derecho canónico “externo”, que son concordadas con los Estados, por lo que tienen carácter de Derecho internacional, al tener la Santa Sede personalidad internacionalmente reconocida. Sin embargo, el Derecho vaticano no tiene proyección exterior, ya que es un ordenamiento jurídico interno del Estado de la Ciudad del Vaticano, también internacionalmente reconocido.

<sup>54</sup> La referencia a la *justicia* como valor característico del orden jurídico pretendido por todos los grupos sociales ha planteado históricamente la cuestión de si no será una dimensión inherente al concepto de Derecho, debido a la existencia, por encima de todos los ordenamientos, de un Derecho más alto (*higher law*), como sería un *Derecho natural*, deducido de la ontología y dignidad de la persona humana y plasmado en los distintos derechos humanos, una de cuyas dimensiones sería la *justicia*, entendida como virtud moral y exigencia óptica de la persona en las relaciones entre particulares (justicia *conmutativa*) o en las de éstos con la organización estatal (justicia *legal*) o viceversa (justicia *social*). Sociológicamente, es decir, prescindiendo de planteamientos trascendentales, el ámbito de ese Derecho sería la propia comunidad humana en la que el *Derecho natural* se presentaría como la fuerza moral de la dignidad humana y de los derechos humanos de ella dimanantes; en tal caso, la justicia sería entendida, más que como una exigencia óptica de la persona humana trasladada a los grupos sociales, como una relación de adecuación, individual y colectivamente comprendida y sentida como necesaria, entre dos o más situaciones similares, cuyo distinto tratamiento jurídico se estima injustificado; es decir, como una tensión moral hacia la igualdad. Este planteamiento deja, obviamente, imprevista la postura, mantenida por la Iglesia católica, de un engarce entre el Derecho natural racionalista y un ordenamiento superior que es conocido a través de la teología sobre la providencia universal de la divinidad (*lex aeterna*) y las fuentes reveladas (*lex divina*). Pero es de constatar que, en el constitucionalismo democrático, la interdicción de la arbitrariedad hace que la *última ratio* para enjuiciar el ajuste a Derecho de una disposición sea la *racionalidad*, especialmente, la de tipo jurídico que presente, por lo que se entiende que los órganos independientes encargados de interpretar la Constitución, como son los Tribunales constitucionales, han de prescindir, no sólo de las fundamentaciones extra-jurídicas (como las históricas, culturales, filosóficas o económicas), sino también de las jurídicas meta-constitucionales, sobre todo teniendo en cuenta que el alto grado de formalización de los derechos humanos en los textos constitucionales e internacionales ratificados por los Estados con tradición democrática, permite justificar las decisiones exclusivamente en base a textos positivos y a criterios interpretativos de los mismos amparados en la Ética socialmente compartida.

que, por el carácter paradigmático que ha representado y el protagonismo ordenador que ostenta, sigue siendo el sujeto de referencia en esta materia y, además, debe seguir siéndolo, habida cuenta el decisivo papel que desempeña la soberanía en la garantía eficaz de los derechos humanos, frente a los niveles más débiles que, en cuanto a dicha garantía, aún ofrecen los grupos *infra* o *supra*-estatales.

Por ello, puede observarse que, si bien es cierto que la existencia de normas internacionales y privadas puede incentivar concepciones extra-estatales del Derecho, no menos lo es que las normas internacionales proceden de convenciones a las que ha consentido el Estado y que sólo son aplicables al mismo si éste previamente las ha ratificado e incorporado a su propio ordenamiento jurídico; y, que las normaciones privadas sólo son eficaces en el ámbito estatal si respetan las leyes estatales que reconocen y delimitan la autonomía privada de la que proceden. En otras palabras, el Derecho solo adquiere vigencia (de *vis*, fuerza) en el ámbito del grupo estatal en cuya fuerza social consiste.

Volviendo, pues, al ámbito estatal, es claro que la fuerza (*potencia constituyente*) del grupo social al que denominamos Estado genera su propio *Derecho*, es la que da *vigencia* (término derivado, como *vigor*, del sustantivo latino *vis*, fuerza) a su propio *ordenamiento* (del que es fuente material) y determina cuáles son las *fuentes* formales del mismo, entre las que, como señalé antes, se encuentra “*la ley*”; pero en el bien entendido de que dicha expresión no alude sólo a la *ley* en sentido *formal* (es decir, a la aprobada por el Poder Legislativo previa la correspondiente tramitación parlamentaria), sino también a la *ley* en sentido *material* (es decir, cualquier disposición jurídica general oficialmente publicada, como son los reglamentos aprobados por el Poder Ejecutivo). Por tanto, “*ley*”, como fuente del ordenamiento, alude más bien a “*la legalidad*” vigente y, con ello, abre el concepto a la tremenda complejidad que hoy tiene dicha *legalidad* y tiende a diluir el Poder Legislativo bajo la difusa e inconcreta investidura de “*el legislador*”<sup>55</sup>.

De ahí que sea preciso, como anunciaba antes, plantearse la posición institucional de la ley parlamentaria (*formal*) en el ordenamiento jurídico, si bien ello plantea previamente la cuestión de la existencia de distintos niveles normativos en dicho ordenamiento.

## **B) Poder Legislativo y ordenamiento jurídico: los niveles normativos.**

Centrados exclusivamente en el ámbito estatal (o sea, prescindiendo ahora de los ámbitos *supra* o *infra* estatales, como los integrados por la normativa emanada de la comunidad internacional o de la autonomía privada), el ordenamiento jurídico, como

---

<sup>55</sup> Para la complejidad del problema de las fuentes del Derecho, cfr. el ensayo de Alff ROSS *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, CEC, 2018.

conjunto de disposiciones imperativas y coactivas emanadas del grupo estatal) opera en distintos niveles que, como puso de relieve la doctrina germánica (sobre todo, Kellinek y Kelsen), son, sustancialmente, el *constitucional*, el *legal* y el *impositivo*.

La fuerza social inherente al Derecho opera, en un primer momento (pre-jurídico), como *potencia constituyente*, pero enseguida se juridifica en forma de *poder constituyente*, para instaurar la Constitución, establecer los *poderes constituidos* en la misma y delimitar sus respectivos ámbitos de actuación (*división de poderes*). Por eso, el primer nivel jurídico en el que aparece y opera el Derecho no es el *legal* (propio del Poder legislativo constituido), sino el *constitucional*, que, por su origen en la soberanía del grupo estatal, presenta una legitimidad originaria que lo convierte en previo y superior a cualquier otro del mismo grupo estatal, pero de carácter interno.

En el nivel *constitucional* del ordenamiento jurídico, se encuentran las disposiciones de la *Constitución* (y, en el caso español actual, también las del denominado *bloque de la constitucionalidad*, integrado por las que el Tribunal Constitucional puede tomar en cuenta para interpretar la Constitución en los distintos asuntos que le competen, razón por la que no hay uno, sino varios “bloques” según el sector de asuntos afectado). En este nivel, el ordenamiento trata más bien de establecer las condiciones generales de sujeción de la ciudadanía y de los poderes constituidos, al orden de valores, principios y derechos fundamentales establecidos por la Constitución (parte dogmática), así como a diseñar en ella la organización y competencias territoriales de los distintos poderes públicos constituidos (parte orgánica).

Por consiguiente, el Poder Legislativo sólo actúa directamente en este nivel cuando se presenta como Asamblea constituyente, es decir, investida, por la potencia constituyente popular, del poder constituyente originario preciso para formular la Constitución o del poder constituido necesario para reformarla. Pero puede actuar indirectamente en este nivel cuando el Parlamento aprueba leyes materialmente constitucionales, como las antes aludidas de los españoles *bloques de la constitucionalidad*. En tales casos, el Parlamento *impersona* al Estado en sentido global (*Gesamstaat*) pues, tanto la Constitución como las disposiciones que integran el correspondiente *bloque de la constitucionalidad* forman parte del ordenamiento de dicho Estado global, no (en los Estados compuestos) del ordenamiento del Estado central (*Oberstaat*), ni de los sub-ordenamientos de los entes territoriales dotados de autonomía política (*Gliedstaat*). Por eso, en España, los Estatutos de Autonomía, aunque presenten una elaboración pacticia y hayan sido refrendados por la población de la Comunidad Autónoma de procedencia, forman parte del ordenamiento del Estado global (*Gesamstaat*), son aprobados mediante Ley Orgánica (que es una forma de ley que sólo puede aprobar el Congreso de los Diputados, *impersonando* aquí al referido Estado global) y quedan sujetos a las potestades de interpretación y declaración de inconstitucionalidad que competen al Tribunal Constitucional (que también

forma parte del citado Estado global, como la propia Constitución y el mismo *bloque de la constitucionalidad* –a efectos autonómicos– en que el Estatuto de Autonomía se integra).

Esto dicho, los Parlamentos actúan ordinariamente sólo en el nivel *legal* del ordenamiento, esto es, en el que el Poder Legislativo elabora leyes en sentido *formal*, tras una tramitación parlamentaria con todas las garantías democráticas que aseguran los derechos de los representantes populares que los componen. Este nivel *legal* del ordenamiento tiene por objeto formular el interés general del grupo social (estatal o sub-estatal) correspondiente y señalar los límites que del mismo se derivan para los derechos fundamentales que, en el nivel anterior, es decir, en el *constitucional*, han sido reservados y reconocidos a la ciudadanía. En suma, la ley *formal*, respetado el núcleo indisponible de los derechos fundamentales, limita el ejercicio de los mismos en la medida exigida por el interés general.

Ahora bien, el nivel *legal* del ordenamiento no queda monopolizado por las leyes *formales* aprobadas parlamentariamente, ya que, en el mismo, se integran las disposiciones reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo y, por ello, en la sumisión de los reglamentos a las leyes que les sirven de cobertura estriba una de las consecuencias de la *división de poderes*.

Finalmente, el nivel *impositivo* del ordenamiento jurídico comprende las disposiciones jurídicas de aplicación de la legalidad a casos concretos, que son adoptadas en firme por órganos pertenecientes a los Poderes Ejecutivo (al dictar actos administrativos) y Judicial (al adoptar resoluciones judiciales). Por tanto, es un nivel ajeno a las funciones propias del Poder Legislativo, si bien queda afectado por el mismo en cuanto que la legalidad vigente ha de prestar necesariamente cobertura a toda actuación ejecutiva o judicial.

La existencia de, al menos, estos tres niveles del ordenamiento, conduce a plantear la cuestión de los criterios que presiden la estructuración ordenada de las disposiciones que lo componen; y, como es sabido, a tales efectos, se han identificado dos principios fundamentales: el de *jerarquía* y el de *competencia*.

El *principio de jerarquía* implica que las distintas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico estatal se gradúan en función del nivel normativo al que pertenecen, de suerte que las *constitucionales* priman sobre las *legales* y éstas sobre las meramente *impositivas*, ordenándose, a su vez, estas dos últimas por razón del grado de *legitimidad democrática* (es decir, por la mayor o menor cercanía a la soberanía popular, en rigor, a la potestad constituyente del pueblo, fuente originaria del poder soberano estatal) que, según la forma en que hayan sido seleccionados, presenten los titulares de los órganos que las formulan; de suerte que la ostentan de *primer grado*

los que han sido directamente elegidos por sufragio universal libre y secreto del pueblo; y de *segundo grado*, los elegidos por aquéllos y así sucesivamente<sup>56</sup>.

De ahí que las normas *constitucionales*, al proceder del poder constituyente del pueblo, deban primar sobre las que proceden de poderes constituidos (como el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial) y que las de éstos deban ordenarse según el grado de *legitimidad democrática* que presente el órgano del que emanen; ya que, en efecto, las normas procedentes del Poder Legislativo, al derivar del Parlamento (que es un órgano pluripersonal integrado por personas que han sido elegidas directamente por el pueblo mediante un sufragio universal, libre y secreto) gozan de una legitimidad democrática de *primer grado* que las hace primar sobre las disposiciones meramente reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo, cuyos integrantes, en cuanto tales, han sido elegidos por el Parlamento, como el Presidente del Gobierno (que, por eso, tiene una legitimidad de *segundo grado*), o por dicho Presidente (como los Ministros, que, por eso, tienen una legitimidad de *tercer grado*), o por los Ministros (como los demás altos cargos nombrados por un Ministro, los cuales tienen una legitimidad de *ulterior grado*). En el nivel impositivo del ordenamiento jurídico, las disposiciones (actos administrativos y resoluciones judiciales firmes) se ordenan por la jerarquía orgánico-funcional del órgano que dicta la resolución que haya devenido firme.

Esta gradación de la legitimidad democrática explica la jerarquía que ordena las normas que integran el ordenamiento jurídico según los órganos que las aprueban. La escuela kelseniana acuñó la figura de la *pirámide normativa* para exponer esta jerarquización de las normas que (prescindiendo ahora de la antes aludida norma

<sup>56</sup> Para precisar el concepto de *legitimidad democrática*, importa distinguir, primero, los conceptos (polisémicos) de *legalidad* y *legitimidad*. Por *legalidad* no me refiero ahora al conjunto orgánico de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, excluyendo las de su nivel *constitucional (constitucionalidad vigente)* e incluyendo las que pertenecen al nivel *legal* del mismo (*legislación vigente*), sino a la cualidad jurídica determinada por el ajuste o no de una situación social cualquiera al ordenamiento jurídico vigente en el grupo estatal de que se trate. *Legitimidad*, sin embargo, alude a la conformidad o no que una situación social cualquiera, esté o no ajustada a la legalidad, pueda tener con respecto al Derecho natural (es decir, con el sistema de valores y exigencias derivados de la propia naturaleza humana), o a otro meta-ordenamiento (*higher law*) de referencia (como, por ejemplo, el histórico, determinado por la tradición; o el nacional, derivado de la cultura e identidad de una nación). Esta diferencia hace que puedan existir situaciones que, siendo reputadas *legales* (en el sentido de conformes a la legalidad vigente) por un grupo estatal, sin embargo, no sean consideradas *legítimas* desde la perspectiva del meta-ordenamiento que se tome como instancia crítica de contraste. Esta confrontación puede conducir, individualmente, a problemas éticos que incluso pueden ser respetados por la legalidad (caso de la *objeción de conciencia*) y, colectivamente, a posturas de rechazo a la *legalidad* en base a una pretendida *legitimidad*, como es el caso de los llamados *derechos de resistencia, de desobediencia*, o incluso a la *revolución*, que, en sus manifestaciones más extremas suponen una apelación a la *potestad constituyente originaria* del pueblo. Por eso, la *legitimidad* es una idea potencialmente revolucionaria, que no forma parte del razonamiento de los poderes constituidos, pero sí de los grupos independentistas. La denominación *legitimidad democrática* puede también aludir a un meta-ordenamiento de contraste, como sería el determinado por el estándar internacional o constitucional de los países dotados de regímenes democráticos con tradición democrática (este razonamiento suele también aflorar en los debates nacionalistas para tratar de justificar la aplicación, a grupos secesionistas no colonizados, del derecho de autodeterminación de los pueblos colonizados); pero, en el texto, lo empleo en el sentido técnico-constitucional indicado, es decir, como el grado de cercanía a la soberanía popular que viene determinado por la forma de selección del titular de un órgano dotado de potestades normativas.

suprema hipotética, cuyo contenido sería “*cúmplase la Constitución*”) comienza con la Constitución, sigue con las leyes parlamentarias y los reglamentos (según la ordenación de las autoridades que los aprueban) y termina con los actos de aplicación (administrativa y judicial) de toda la normativa anterior.

La estructura piramidal ayuda a comprender el ordenamiento jurídico de los Estados unitarios, pero, en los Estados compuestos, el principio de *jerarquía* normativa que la inspira debe ser coherente con el de *competencia*, por el que las distintas materias legíslables son repartidas constitucionalmente entre las distintas instancias legisladoras (Parlamentos y Gobiernos del *Oberstaat* o Estado central y del *Gliedstaat* o entidades políticamente descentralizadas, como nuestras Comunidades Autónomas) mediante fórmulas complejas que exigen un delicado ajuste que frecuentemente corresponde perfilar al Tribunal Constitucional.

En efecto, en los Estados compuestos, con arreglo a técnicas federales de distribución competencial, hay materias constitucionalmente: i) reservadas exclusivamente al *Oberstaat*, esto es, al Parlamento o Gobierno centrales (como las que afectan a Estado en sentido global o *Gesamstaat*; las que se refieren a territorios estatales no integrados en instancias descentralizadas; las que tienen por objeto armonizar y coordinar actuaciones en todo el territorio estatal; o aquellas en que las instancias descentralizadas sólo tienen competencias *ejecutivas* pero no legislativas); ii) repartidas entre los órganos centrales y los descentralizados (como sucede en las llamadas competencias *compartidas* mediante la técnica *bases-desarrollo*, en que el Estado central se reserva la normación de las *bases* y las instancias descentralizadas la del *desarrollo* de las mismas); iii) atribuidas indistintamente a ambas instancias territoriales (como sucede en las denominadas competencias *concurrentes*); y iv) reservadas exclusivamente al *Gliedstaat*, esto es, a las instancias territorialmente descentralizadas (por eso, suelen ser denominadas competencias *exclusivas*; aunque, en rigor, no lo son, pues deben ser entendidas sin perjuicio de las competencias horizontales atribuidas al *Oberstaat* o Estado central).

Por tanto, en los Estados compuestos, la pirámide normativa kelseniana se mantiene para explicar: i) la jerarquía de la Constitución sobre los sub-ordenamientos creados por las instancias territoriales descentralizadas; y ii) la jerarquía normativa interna que es propia de cada uno de esos sub-ordenamientos territoriales; pero es insuficiente para explicar simultáneamente la separación de tales sub-ordenamientos entre sí y la subordinación de todos ellos a la Constitución.

Por otro lado, el *principio de competencia* se aplica también para explicar la reserva de determinadas materias a un determinado tipo formal de legislación, así como la reserva de ese concreto tipo a aquéllas materias; es lo que sucede, entre nosotros, con las Leyes orgánicas, los reglamentos parlamentarios y, en general, con todas las leyes formales parlamentarias que, por disposición constitucional o estatutaria, requieren una mayoría especial para su aprobación final. En estos casos, la triple *reserva* (*material, formal y*

*procedimental*) impuesta por el *bloque de la constitucionalidad* excluye que la materia objeto de la misma sea regulada por una norma distinta, pero ello no significa que la Ley orgánica (o, en general, la que sea objeto de la reserva) sea jerárquicamente superior a la ley ordinaria, sino, simplemente, que, entre ambas, rige el *principio de competencia*.

El mismo *principio de competencia* se aplica a las normas internacionales contenidas en Tratados o en Resoluciones de Organizaciones (internacionales) de cooperación o (supranacionales) de integración, como las comunitario europeas (por eso, la normativa europea no *deroga* -plano de vigencia- ni *anula* -plano de la validez-, sino que *desplaza* -plano de la eficacia- a la normativa interna de los Estados miembros en las materias de su competencia, mediante los llamados efectos de *primacía* y *eficacia directa*).

Pues bien, podemos resumir lo expuesto señalando que la compleja imbricación del Poder Legislativo en los distintos niveles del ordenamiento y la estructuración de éste según los principios de *jerarquía* y *competencia*, determina no pocos de los problemas prácticos que presenta en la actualidad la *división de poderes* y a los que luego aludiré.

### C) Poder Legislativo y orden jurídico.

El *orden social* de un grupo se convierte en *orden jurídico*, y se denomina así, cuando su implantación efectiva es pretendida por el Derecho del grupo empleando, como medio para lograrlo, las disposiciones imperativas y coactivas que constituyen el *ordenamiento jurídico*. De esta dinámica instrumental (donde el *sujeto* es el grupo social y, paradigmáticamente, el grupo estatal; el *medio* empleado es el ordenamiento jurídico; y el *fin* es el orden jurídico), resulta que podemos concebir al *orden jurídico* como el efecto que el conjunto orgánico de disposiciones imperativas y coactivas que componen el ordenamiento jurídico de un grupo social produce al incidir sobre los componentes de ese mismo grupo, determinando para los mismos correlativas posiciones de vinculación, poder y libertad, cuyo conjunto interrelacionado expresa el modelo de convivencia social querido por el grupo, según los valores estimados por la mayoría del mismo.

Para la intelección del *orden jurídico*, la Teoría general del Derecho ha elaborado una serie de conceptos máximamente abstractos, como son los de *disposición*, *posición*, *relación*, *institución*, *situación*, *estado*, *esfera*, *estatuto* o *rama* jurídica.

– La *disposición o norma jurídica* es todo mandato imperativo y coactivo que forma parte del ordenamiento jurídico<sup>57</sup>. En coherencia con los conceptos antes fijados, no

<sup>57</sup> El término *disposición jurídica*, que empleo preferentemente en el texto, es propia del imperativismo jurídico (que lo prefiere a la usual expresión *norma jurídica*, acuñada por el normativismo jurídico), entendiendo que revela mejor la naturaleza de fuerza y voluntad sociales que es inherente al concepto de Derecho, mientras que *norma* parece aludir a una regla racional de conducta que puede aparecer también en otros sistemas normativos, como el moral o el de las meras relaciones sociales. Empero, hecha esta advertencia, entiendo que, una vez que a estas expresiones se les añade el calificativo *jurídicas* (que las distingue de las propias de otros ámbitos normativos, como las *morales*), pueden emplearse ambas como sinónimas.

todas las disposiciones del ordenamiento proceden de la ley (las hay, por ejemplo, que proceden de la costumbre, de la jurisprudencia o de los principios jurídicos generales); ni siquiera todas proceden del grupo estatal (las hay, por ejemplo, que proceden de los contratos privados entre particulares, por eso su eficacia *-fuerza de ley*, la llama curiosamente el art. 1091 de nuestro Código civil- queda limitada -por el *principio de relatividad* de los contratos- al ámbito de los contratantes). Pero todas las *disposiciones o normas jurídicas* presentan una estructura similar, en cuanto que cuentan con un supuesto de hecho (*tatbestand*) al que aplican una consecuencia jurídica (*rechfolging*), como se aprecia con claridad en las que contienen tipos penales.

Pues bien, las *disposiciones*, cuyo conjunto forma el ordenamiento jurídico, al incidir sobre la realidad social normada por las mismas, la *afectan* jurídicamente, esto es, la *juridifican*, convirtiéndola en contemplada y regulada por el Derecho. Este efecto primario es denominado *efecto-autoridad* de la norma y del mismo se derivan los, bien conocidos, *efectos obligatorios* de las normas jurídicas (no cabe alegar *ignorancia* para eludir su cumplimiento; el *error de Derecho* sólo tiene los efectos que el Derecho establezca; el *desuso* no prevalece contra una disposición vigente, etc); y los, no tan bien conocidos, *efectos constitutivos*.

Los *efectos constitutivos* son producidos por la incidencia de las disposiciones jurídicas sobre los componentes sociales, esto es, sobre los sujetos (personas físicas o jurídicas), objetos (en rigor, sobre quienes ostentan la titularidad de los mismos) y actuaciones (en rigor, sobre quienes las llevan a cabo); ya que dicha incidencia genera y *constituye*, en las personas afectadas, diversas *afectaciones jurídicas*.

- La *posición jurídica* es la afectación más primaria y puede consistir en conferir, a una o varias personas, un *poder* concreto de actuación (sea en forma de derecho subjetivo, privilegio, beneficio u otra ventaja)<sup>58</sup>, sujetarles a una *vinculación* (sea

<sup>58</sup> Se las denomina posiciones jurídicas *positivas* porque amplían la esfera jurídica de los destinatarios, pero importa resaltar que suponen conferir un *poder* concreto de actuación, ya que, en el marco de explicación global del fenómeno del *poder* que trato de presentar en este estudio, implican una *concretización* progresiva del mismo, en cuanto que la que la fuerza social que sustenta al *Derecho* (con mayúscula, es decir, el *Derecho objetivo*), se condensa en una norma o disposición jurídica que la transforma en un *poder concreto* de actuación, el cual puede ser técnicamente construido como un *derecho* (como minúscula, es decir, *subjetivo*), al que corresponde el correlato de una *obligación* que se impone a otra persona de carácter privado (derechos subjetivos y obligaciones de Derecho privado) o público (derechos públicos subjetivos y obligaciones de Derecho público), pero también como una mera *facultad* (situación simple de poder que forma parte de un derecho subjetivo más amplio que engloba también a otras facultades), un *privilegio* (situación de ventaja comparativa que la norma confiere solo a ciertas personas por razones de interés público), un *beneficio* (situación de ventaja comparativa que sólo se confiere a quienes previamente absuelvan determinadas cargas que expresan un interés público que se trata de conseguir con ellas), o incluso una *potestad* (situación de poder concreto directamente conferida por la norma, pero que conlleva también obligaciones, por lo que es funcional, es decir, pensada en función de una finalidad de interés público que la explica y modula, como sucede, p.e. con la patria potestad). Es importante aprehender esta proteica dinámica de concretización para vislumbrar, en cada posición jurídica positiva de carácter concreto, la esencia de fuerza social que encierra, la sustenta, incardina en el ordenamiento y la remite al cuadro sistémico general del Derecho del grupo social correspondiente, normalmente, el estatal.

en forma de *obligación* concreta de dar, hacer u omitir; *carga, modo, gravamen* u otra sujeción pasiva)<sup>59</sup>; o permitirles un *ámbito*, más o menos amplio, de actuación que está *exento* de regulación ajena (sea en forma de *libertad*, de *autonomía*, de *exención*, de *no sujeción* o de otras afectaciones neutras)<sup>60</sup>.

El conjunto de posiciones jurídicas que, en cada momento y por todos los conceptos, afectan, a una persona o grupo, conforma su *esfera jurídica*, la cual, por consiguiente, es objeto de todo tipo de disposiciones, incluso de propia procedencia, pues la *autonomía* no es sino la capacidad, jurídicamente reconocida, de ordenar, dentro de ciertos límites legalmente establecidos, la propia esfera jurídica, como sucede, en Derecho privado, con la *autonomía de la voluntad*<sup>61</sup> o, en Derecho público, con las *autonomías políticas*<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Estas *posiciones* jurídicas se denominan negativas porque restringen la esfera jurídica de sus destinatarios; pero en su construcción técnica, son el reverso de las *positivas*. Así, al *derecho subjetivo* o a sus facultades integrantes, corresponde la *obligación jurídica* de satisfacerlos (el término *deber/es* tiene más bien un sentido moral, salvo cuando se emplea como sinónimo de posiciones jurídicas pasivas); al *privilegio*, la de soportarlo; al *beneficio*, la *carga* que previamente es necesario absolver para conseguirlo; y, a la *potestad*, la *sujeción* a la misma. Desde la perspectiva del *poder*, son mandatos imperativos que la fuerza social inherente al Derecho puede concretar en forma negativa (como exigencias de abstención u omisión) o positiva (como exigencias de dación o acción).

<sup>60</sup> Las posiciones de *libertad* son también resultado de la fuerza social inherente al Derecho y sus construcciones técnicas tienden a garantizar ámbitos que el Derecho no quiere regular por motivos de interés público, como las *no-sujeciones* (declaraciones de que algo no se encuentra encuadrado en el supuesto de hecho de una norma, contribuyendo así a delimitarlo), las *exenciones* (reconocimientos de que de algo se encuentra comprendido en el supuesto de hecho de una normas, pero existen motivos de interés general que requieren exceptuarlo de la correspondiente consecuencia jurídica que, sin dicha excepción, sería aplicable) o las *dispensas* (inaplicaciones de la norma a ciertos casos en los que pueden concurrir ciertas circunstancias particulares de interés público para cuya apreciación se habilita a la autoridad competente al respecto).

<sup>61</sup> La conceptualización jurídica de las *autonomías* es compleja, pues pueden consistir en ámbitos exentos de regulación porque el Derecho estatal *no puede* incidir en ellos, por la sencilla razón de que el grupo social del que procede la fuerza en que el Derecho consiste no le ha habilitado para ello, sino que se ha *reservado* su regulación, imponiendo un núcleo indisponible para el legislador. Así sucede con los derechos humanos, una de cuyas manifestaciones es la propiedad, en cuya dinámica hay ámbitos de regulación que corresponden a los propios interesados mediante la denominada *autonomía de la voluntad*, esto es, la posibilidad de auto-regulación de la propia esfera jurídico-privada dentro de los límites que la ley establece por razones de interés general, como es el orden público o la necesaria preservación de intereses de terceros.

<sup>62</sup> Las *autonomías políticas* (ámbito de autogobierno del *Gliedstaat*, es decir, de los grupos territoriales sub-estatales dotados de un Poder Legislativo propio), son “de construcción constitucional” ya que sus límites son definidos por la Constitución u otras normas que se sitúan en el nivel *constitucional* del ordenamiento jurídico estatal, como sucede en España con la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, existen *autonomías* constitucionalmente reconocidas a grupos no dotados de un Poder Legislativo propio, como las entidades locales (*autonomía local*) o las Universidades (*autonomía universitaria*); las cuales son “de construcción legal”, pues sus límites son determinados por la legislación, esto es, en el nivel legal del ordenamiento jurídico. En estos casos, el ordenamiento opera, primero en el nivel constitucional, reconociendo la autonomía, y luego, en el nivel legal, configurando sus límites. El problema de cómo conseguir que los límites legalmente impuestos no desdibujen el reconocimiento constitucional de la autonomía se resuelve construyendo ésta mediante la técnica de la *garantía institucional*, por la que se entiende que la Constitución ha garantizado un ámbito que la legislación *infra*-constitucional debe respetar y que está definido por los elementos esenciales que tradicionalmente han constituido la imagen de dicho ámbito, la cual debe ser legislativamente preservada. Esta técnica es la empleada también en la Constitución española para garantizar la autonomía de los territorios forales.

- Como es sabido, la interconexión de *posiciones jurídicas* conduce al concepto de *relación jurídica*. A partir de ahí, un conjunto caracterizado de relaciones jurídicas conforma una *institución jurídica*, lo mismo que un conjunto caracterizado de instituciones jurídicas conforma una *rama* del Derecho y todas las disposiciones de las distintas ramas del Derecho integran el *ordenamiento jurídico*. La dinámica o ciclo funcional de los efectos constitutivos de las disposiciones que componen dicho ordenamiento jurídico se cierra cuando se aprecia que el *orden jurídico* resultante de aplicarlas no es sino una visión macroscópica del conjunto interrelacionado de posiciones de poder, vinculación y libertad que tales disposiciones habían previsto.

Para comprender este juego de agregaciones conceptuales sucesivas que conducen a la noción final de *orden jurídico* y, sobre todo, para explicar la participación de las personas en sus distintas fases, se emplea el plástico concepto de *situación jurídica* y su derivado, el *estado jurídico*.

- *Situación jurídica* es todo fenómeno unificado por una o más circunstancias que le dotan de unidad de intención sentido; cuando tal situación es un conjunto de *posiciones* interrelacionadas, se denomina, como se ha indicado, *relación jurídica*; cuando es un conjunto de relaciones, *institución jurídica*; cuando es un conjunto de *disposiciones* sectoriales, suele emplearse para denominarla el italianismo *estatuto jurídico*.
- El concepto de *situación jurídica* tiene importancia para determinar el concepto de *estado jurídico*, que no es sino la participación de una persona o grupo en una situación jurídica que determina el ámbito de poderes, vinculaciones y libertades reconocidos a la misma. Cuando esa participación se define en función de circunstancias objetivas (condiciones jurídicas), como la residencia, se habla más bien de *condición jurídica*; y cuando se define en función de circunstancias subjetivas (cualidades jurídicas), como la capacidad de conocimiento y voluntad, se habla más bien de *estado jurídico*. Los más conocidos *estados jurídicos* son los llamados *estados civiles* (porque determinan el ámbito de participación de una persona en los negocios civiles según sus condiciones naturales y sociales). Un *estado jurídico* intermedio (porque, según la forma de adquirirla, puede suponer condiciones y cualidades) es la *nacionalidad* (que determina el ámbito de participación de una persona en el grupo estatal como ciudadano).
- A partir de ahí, surgen los conceptos de: i) *titularidad* (que es el estado jurídico consistente en la efectiva tenencia u ostentación de una concreta afectación de poder, vinculación o libertad); ii) *capacidad jurídica* (que es la susceptibilidad que toda persona tiene de ostentar titularidades jurídicas); iii) *capacidad de obrar* (que es la posibilidad que una persona tienen de obrar con eficacia jurídica con respecto a las posiciones jurídicas de que es titular); y iv) *esfera jurídica* (que es el conjunto de posiciones jurídicas de que una persona es titular por todos los conceptos).

## 5. Centralidad de la institución parlamentaria.

Pues bien, recapitulando la compleja deconstrucción conceptual (del *Derecho*, del *ordenamiento* y del *orden* jurídico) que se ha expuesto en el epígrafe anterior, es importante subrayar que corresponde, no exclusiva, pero sí principalmente, al Poder Legislativo y, en concreto, a la *ley formal* (parlamentaria), introducir *disposiciones* jurídicas en el ordenamiento y, por tanto: definir las *posiciones* jurídicas de poder concreto y correlativa vinculación que las mismas determinan para los ciudadanos; modulando así de forma decisiva las *relaciones* jurídicas que las implican, el sentido general de las *instituciones* y los límites que el interés general requiere imponer sobre las *situaciones* y *estados* jurídicos, así como para el reconocimiento social de las *capacidades* jurídica y de obrar, y la fijación del ámbito de las distintas *autonomías* de Derecho privado (como la autonomía de la voluntad) y público (como las de construcción constitucional o legal); modulando, en suma, las *titularidades* y condicionando el ámbito de las *esferas* jurídicas de todas las personas y grupos intra-estatales.

En suma, el papel del Poder Legislativo y, en concreto del Parlamento, en la configuración del *orden jurídico* estriba en que, del mismo, emanan las principales disposiciones del ordenamiento jurídico, cuales son las *leyes formales* parlamentarias.

La función de tales leyes es precisamente: i) señalar los límites de actuación admisibles es decir, de lo que puede y no puede ser hecho en el seno del grupo estatal (función *de delimitación* del *agere licere* social); ii) conferir concretos *poderes* (en rigor, todo tipo de posiciones jurídicas activas) de actuación (función *de habilitación*); iii) imponer los *deberes* (en rigor, todo tipo de posiciones jurídicas pasivas) correspondientes (función *de vinculación*); iii) marcar y garantizar los ámbitos de *libertad* (en rigor, todo tipo de posiciones jurídicas neutras) que deben ser respetados (función *de preservación*); iv) establecer medidas para facilitar, promover y premiar el cumplimiento (función *de fomento*); y v) determinar las consecuencias jurídicas del incumplimiento (función *de reacción*), señalando, en su caso, el ámbito y efectos de la invalidez (reacción mediante *invalidación*), las sanciones, eventualmente penales, aplicables en caso de incumplimiento o realización de infracciones tipificadas (reacción mediante *sanción*) y las medidas adecuadas para restablecer el orden alterado (reacción mediante *reparación*).

Las disposiciones contenidas en las leyes son, como todas las jurídicas, *imperativas*, pero pueden ser construidas técnicamente mediante preceptos *facultativos* (si se deja al destinatario decidir su aplicación), *dispositivos* (si el destinatario puede desplazar su eficacia mediante pactos en contra), *cogentes* (si no admiten decisiones ni pactos en contrario), *declarativos* (si se limitan a reconocer o formular), *constitutivos* (si crean posiciones jurídicas), y más o menos *expeditivos* en las reacciones contra su incumplimiento o infracción.

Todo ello genera una *escalidad normativa* o *escala de la normatividad* que admite múltiples variantes, desde preceptos que sólo enuncian valores, principios, criterios, guías, planes, directrices, bases o pautas de comportamiento, con valor más o menos indicativo o vinculante; a otros que señalan reglas hermenéuticas (leyes interpretativas), imponen taxativamente actuaciones (leyes preceptivas), las prohíben (leyes prohibitivas) o sancionan (leyes sancionadoras), incluso de forma punitiva (leyes penales). Por su ámbito personal, material, espacial y temporal, caben leyes y preceptos legales comunes o limitados a personas que se encuentren en determinadas situaciones (leyes de Derecho singular), a ciertos sectores de actividades (leyes sectoriales), a cierto territorio (leyes de Derecho particular) o tiempo (leyes transitorias o derogatorias) o que establecen la manera de resolver conflictos normativos (leyes conflictuales, como las de Derecho internacional privado).

Esta profusión de funciones de la ley y de tipologías de sus preceptos se debe a la gran variedad de exigencias y matices de regulación que dimanar de la variopinta realidad social del grupo en el que está constitucionalmente habilitado para legislar cada Parlamento. Dicha realidad social presenta circunstancias que requieren una diferente formulación, adaptación y modulación de lo que postula el interés público en cada una de ellas. Pero, en todo caso, las disposiciones de las leyes parlamentarias encierran una decisión de voluntad popular (se habla así de *voluntas legis vel legislatoris*) a través de la cual los representantes elegidos por el pueblo determinan cuál es el interés general y lo que, en función del mismo, debe ser hecho (*res quae agenda sint*) en la materia objeto de regulación, para configurar así el *orden jurídico* que resulte al aplicarlas (función de *ordenación*).

Por todo ello, en los regímenes democráticos los Parlamentos ocupan una posición institucional de centralidad en el sistema de poderes constituidos, hasta el extremo de que, como se verá, la doctrina de la *división de poderes* fue inicialmente entendida en Francia, partiendo del modelo parlamentario inglés, en función de una irresistible supremacía parlamentaria.

## **X. EL PODER EJECUTIVO.**

### **1. Origen y evolución.**

#### **A) La concepción divina del poder ejecutivo.**

Tres primitivos monosílabos latinos de origen indoeuropeo quintaesenciaban la función legislativa (*lex*), ejecutiva (*rex*) y judicial (*ius*) que competían a la organización política romana, la cual suele ser tomada como paradigmática. Los tres

remitían a una divinidad, masculina, paterna, suprema y celestial (en griego, *Zeus-[d]ios*, dios padre, latinizado como *Jupiter*) que, luchando contra oscuras, irracionales y titánicas fuerzas (*titanomaquia*), había convertido (como se ha señalado también al tratar del origen mítico del Poder Legislativo) el primigenio *caos* en *cosmos*, es decir, que había configurado y ordenado el universo racionalmente con leyes inmutables. La voluntad de esa divinidad guerrera, victoriosa y omnipotente (*vos*, radical ínsito en el genitivo griego (*d*)*ios*, que se reputa origen de *ius*, derecho) era tenida como la fuente de todo poder en el cielo y la tierra; y se creía que la misma era comunicada mediante los pontífices, esto es, personas físicas investidas de la función sacerdotal (del latín *sacer*, sagrado, y el indoeuropeo *d̄hē*, hacer) consistente en establecer puentes de comunicación entre la humanidad terrenal y la divinidad celestial para declarar qué era conforme (*fas*) o contrario (*nefas*) al designio divino<sup>63</sup>.

A imitación de ese orden celestial, las comunidades humanas de cariz político más ancestrales, en el referido ámbito indoeuropeo cuyo paradigma es la Roma fundacional, eran grupos familiares y patriarcales de estructura clánica, regidos por un etnarca (*rex*, el que rige), que los gobernaba con el auxilio de un consejo de ancianos padres de familia (*Senatus*, de *senes*, anciano) y un colegio de sacerdotes presidido por un sumo pontífice. El gobierno consistía en asumir y dirigir la fuerza (*vis*) de la comunidad para garantizar, ante todo, su supervivencia (de ahí que Cicerón recordase a los cónsules gobernantes que *salus populi suprema lex esto*, esto es, que, para ellos, la salvación del pueblo siempre había de ser la suprema ley).

## **B) El poder militar como origen de las potestades ejecutivas.**

Por tanto, la prioritaria función ejecutiva asignada al *rex* era el mando militar (*imperium*) para dirigir la guerra (*bellum gerere*) contra los enemigos cuya victoria significaría la aniquilación del grupo como tal; una guerra que, en principio, se presenta, pues, como defensiva, pero que puede terminar siendo ofensiva si, pretextando la preservación de los intereses vitales del pueblo, es empleada con fines de expansión o conquista.

<sup>63</sup> Los sacerdotes tenían funciones que, en la Roma antigua, fueron determinando una especialización. Por un lado, la función *cultual* (celebrar ritos litúrgicos y ofrecer sacrificios a la divinidad, para alabarle, darle gracias, pedirle clemencia o ayuda) dio lugar a los *pontífices* en sentido religioso estricto (de *religare*, reconectar a los hombres con la divinidad). Por otro, la función adivinatoria (de *ad divinare*, acercarse a la divinidad para escrutar su voluntad) por los, muy prestigiosos, *augures* (de *avis*, ave, y *gusio*, oír) y los, más sencillos, *arúspices* (de *harus*, entraña, y *auspicio*, observar); ambos partían de la idea de la adecuación del microcosmos al macromos que permitía conocer éste examinando aquél, bien mediante una observación de la dinámica externa de los seres más cercanos al cielo, como las aves o de la estática interna de las entrañas de los selectos animales sacrificados a la divinidad. Las respuestas de ambos (*auguria*, *auspicia*) eran conservadas por los colegios augurales y su técnica en los *libros haruspicinos*, aunque la primacía interpretativa residía en los antes citados *libros sibilinos* que, custodiados por las vestales, recogían los oráculos de las sibilas.

Las funciones legislativa (*leges ferre*, dar leyes al pueblo) y judicial (*ius dicere*, declarar lo justo en litigios concretos) eran propias de tiempos de paz (según la máxima ciceroniana *silent leges inter arma*, las armas silencian las leyes), pero la caución de la guerra seguía siendo prioritaria (según la máxima de Vegecio, *si vis pacem, para bellum*, prepara la guerra si deseas la paz) y, en esa línea, se explican las grandes obras viarias (calzadas, posadas), portuarias (muelles, arsenales), hídricas (puentes, acueductos) y de defensa urbana (murallas, fortificaciones) e incluso de celebración triunfal (arcos, columnas, templos, estatuas y monumentos funerarios) ejecutadas por los ingenieros militares. La declaración de la guerra y la firma de la paz (*ius belli ac pacis*) eran, pues, las atribuciones ejecutivas primordiales, ambas ligadas a quien ostentaba el supremo mando militar (*imperium*) a título de *rex* o, derrocada la monarquía, de magistrado nombrado como jefe del ejército (*imperator*).

Este mando comenzó a proyectarse fuera del ámbito estrictamente castrense, primero con los emisarios encargados de negociar la paz (*legati de pace*) y luego de administrarla (*militia civilis*), mediante el cobro de las exacciones de sumisión pactada (*stipendium*) o impuesta por conquista (*tributum soli*), las concesiones de tierras a los veteranos (*ius centuriationis*) o cultivadores (*ius in agro vectigali*) o el gobierno provechoso de las provincias y la administración de los caudales resultantes (*fiscus principis*) mediante representantes extraprocesales (*procuratores fisci*) y procesales (*advocati fisci*).

### **C) Aplicación del imperium al ámbito de la ciudad.**

Pero aún parecía que el *imperium* era algo propio de zonas inseguras, como las de frontera exterior (el *limes*, trazado tras combatir con los bárbaros, expresión onomatopéyica que alude a los que apenas balbucean una lengua inteligible), las provincias en vías de pacificación<sup>64</sup>, o el siempre inseguro campo (*ager*); esto es, de ámbitos de vanguardia donde la civilización (de *civitas*, ciudad) aún no estaba asentada; de suerte que no procediera aplicar dicho concepto de *imperium* a la retaguardia, donde se ubicaba el ámbito de la ciudad.

Por ciudad (*urbs*) se entendía no sólo Roma (que era la urbe fundacional por excelencia, donde regía el antiguo derecho de los de los ciudadanos libres (*ius quiritarium*; de *quirites*, señores), sino todas las urbes itálicas del Lacio, que habían sido conquistadas tras las primeras guerras expansivas, y las extra-itálicas a

---

<sup>64</sup> Los países ocupados a los vencidos eran denominados con el sustantivo *provinciae* que recoge las ideas de *pro*, fomento o explotación; *vincis*, de o a costa de los vencidos. Las provincias eran *imperiales* cuando estaban sujetas al *imperium* (mando militar establecido para precaver rebeliones ulteriores), situación que se mantenía hasta que estuvieran pacificadas (*pacatae*) y fueran susceptibles de ser puestas bajo el control del Senado (*provinciae senatoriales*).

las que, por su pacificación, se les había reconocido el mismo régimen latino (*ius latii*); y terminó por extenderse a todo el imperio romano (*urbi et orbi*) tras la generalización de la ciudadanía ordenada por Caracalla (*Constitutio antoniniana* del año 212).

Pues bien, la ciudad tenía su propio Derecho (el *ius civile*), que no se basaba en la fuerza (*potestas*), sino en el reconocimiento (*auctoritas*) manifestado en el respeto debido a: i) los criterios de los antepasados (*mores maiorum*); ii) la experiencia de los ancianos (*senes*); iii) la posición social preeminente de los padres de familia (*patres familiae*); iv) el prestigio político (*auctoritas patrum*) de las decisiones (*Senatusconsulta*) de quienes conformaban el Senado<sup>65</sup>; v) el prestigio de los *jurisprudentes*<sup>66</sup>; y vi) sobre todo ello, se erigía la suprema majestad del propio pueblo (*maiestas populi*) cuya voluntad colectiva se expresaba en las leyes (*leges*) que eran aprobadas por los Comicios (*Comitia*)<sup>67</sup>.

Pero este denso acervo de *auctoritas* (que regía la convivencia ciudadana fuera de los espacios militares) necesitaba también el concurso de la *potestas* para evitar altercados y garantizar la paz social en los ámbitos civiles.

Por eso, el *imperium*, no sólo se confería, en el ámbito urbano (*pomerium*)<sup>68</sup>, a los mandos militares con función policial directa (*praefectus pretorii* o jefe de la guardia pretoriana), sino también a otras magistraturas (civiles) encargadas, por tiempo limitado, de la administración de lo público (*res publica*), como los *cónsules*<sup>69</sup> los

<sup>65</sup> La condición de senador se adquiría directamente por pertenencia a la clase patricia (*patres patricii*) o indirectamente mediante el nombramiento senatorial (*conscriptio*) para altos cargos (magistraturas *maiores*), tras cuyo desempeño, el que había sido nombrado se convertía en senador, aunque perteneciera a las clases ecuestre o plebeya (*patres conscripti*).

<sup>66</sup> Los juristas eran, en su origen, sacerdotes especializados en resolver conflictos humanos con criterios celestiales, razón por la que sus respuestas (*responsa*) se recababan de la antigua sabiduría oracular y augural de los pontífices, hasta el punto que se decía que el Derecho (*ius*) sólo consistía en la autoridad de los prudentes (*in sola auctoritas prudentium consistit*, como señaló Pomponio en D.1.2.2.12), la cual se extendía a las opiniones (*sententiae*) que, basados en ellas, dictaban los jueces o árbitros legos en Derecho.

<sup>67</sup> Los Comicios legislativos eran los *centuriata* (esto es, aquellos en los que el pueblo se ordenaba militarmente por *centurias*), aunque también los había *tributa* (en que el pueblo se ordenaba por *tribus*, con función más bien electiva de magistrados) y *curiata* o *calata* (en que el pueblo se ordenaba por *curias*, con funciones más ancestrales, como elegir al magistrado con imperio supremo, el *rex*, y aprobar las *arrogationes*, es decir, las adopciones solemnes para dar sucesor a un *pater familiae* aprobando un testamento *calatis comitiis*; si bien, desaparecida la monarquía, para esta segunda función, las curias no se reunían sino que eran presentadas por 30 *lictors*).

<sup>68</sup> *Pomerium*, de *post-moerium*, es decir, intra-muros, es una expresión arcaica que alude al sagrado recinto de la ciudad de Roma que, como fundador de la urbe y en una clara acción mistagógica originaria, demarcara Rómulo con hitos y el rey Servio Tulio con murallas, aunque fue objeto de modificaciones posteriores por el dictador Sila y los grandes emperadores de la dinastía julio-claudia.

<sup>69</sup> La denominación *cónsul* (el que consulta) se debe a, si bien eran los supremos encargados del gobierno ordinario, debían consultar al Senado las principales decisiones a las que, además, el cónsul compañero (significativamente llamado *collega*) podía oponer su veto o *intercessio*).

*pretores* (que tenían encargado el orden y seguridad públicas y especialmente en el ámbito de la administración de la justicia)<sup>70</sup>; los *ediles* (encargados de los asuntos locales); o los *cuestores* (supervisores del mercado)<sup>71</sup>

#### D) La concentración del poder de imperio.

A partir Augusto y, decididamente, tras la *lex de imperio Vespasiani* (circa 70 d.C), los emperadores fueron asumiendo las funciones supremas de los diversos cargos militares (*imperium militiae*), civiles (*potestas pretoria*) y sacerdotales (*pontificatus maximus*), de la época republicana, incluso tomaron la inviolabilidad de los tribunos populares (*sacrosanctitas tribunicia*), y la facultad de conferir el *ius respondendi* a los juristas (que terminaron por convertirse en funcionarios áulicos dedicados a reescribir, en nombre del emperador, las respuestas jurídicas, llamadas *rescripta* por escribirse al margen de las propias cartas de consulta); llegando a orientalizarse, como los *basilei* helenísticos, e incluso a recibir culto como divinidades, bajo los títulos de divino y augusto. Entonces sus *edicta* se convirtieron en *constituciones imperiales*, que desplazaban toda otra norma o se imponían como leyes nuevas (*novellae*).<sup>72</sup>

Concluyó así la progresiva expansión del *imperium* (de caracterización militar y, por ende, coactiva) que, ya en época republicana, abarcaba todo ámbito en el que era preciso aplicarlo para garantizar la seguridad ciudadana, instaurar o restaurar la

<sup>70</sup> El vocablo *praetor* indica un origen militar, pues deriva de *pre-ire*, ir al frente. Sin embargo, las magistraturas menores denotan, por su etimología, más bien un origen funcional determinado por la misión que se les asignó por exigencia de la plebe al patriciado urbano; así, el término *aedil* evoca la vigilancia de los templos y los grandes edificios públicos (*aedes*), que constituyó una de sus primeras misiones; y la voz *quaestor*, enlaza con *quaerere*, investigar.

<sup>71</sup> Estas magistraturas eran reputadas *ordinarias* (a diferencia de la *dictadura* o el *tribunado*, que eran *extraordinarias* y, por ello conferidas por el Senado mediante un *Senatus consultum ultimum*); se dividían en *mayores* (cónsules, pretores) y *menores* (ediles, cuestores) y a las mismas se accedía respetando una carrera de cargos (*cursus honorum*) regulada por la *lex Villia*, de suerte que las magistraturas *menores* eran conferidas, mediante una *lex de imperio*, por los *Comitia tributa* (lo que releva un *imperium* más bien policial) y las *mayores* por los *Comitia centuriata* (lo que evoca el trasfondo militar de todo *imperium*); por lo mismo, sólo las magistraturas *mayores* eran *curules* en el sentido de que la investidura del *imperium* urbano que conllevaban, por afectar al recinto sacro o *pomerium* de la ciudad, requería además una *lex curiata*, esto es, una decisión del pueblo adoptada en los Comicios curiados (*Comitia curiata*), es decir, organizados por las antiguas 30 curias (de *co-viria*, unidad de soldados), aunque éstas sólo actuaban simbólicamente representadas por 30 *lictors*. En las provincias, estas funciones estaban encomendadas a los gobernadores, que las ejercían en lugar de (*pro*) de sus homólogos capitalinos, a título de *procuratores* (en las imperiales), *procónsules* o *propretores* (en las senatoriales), así como a los cargos urbanos similares. En los municipios, se reproducía el esquema con los *dumviro*s (semejantes a *cónsules*), un concejo de notables (*senatus*) y otros cargos edilicios. Todas las magistraturas, durante el tiempo de su mandato, estaban investidos de la *potestas edicendi* o de promulgar edictos para general conocimiento de las actuaciones que no estaban dispuestos a tolerar.

<sup>72</sup> Una concentración tal de poder permitió a Justiniano dictar sendas constituciones universales para todo el orbe (*Constitutiones Tanta* y *Deo auctore*, de 533 y 534 d.C) por las que confería vigencia de *imperium* a todo el acervo de fuentes jurídicas romanas que ordenó recopilar en el que (para diferenciarlo del canónico) Dionisio Godofredo denominaría (en 1583) *Corpus Iuris Civilis* (es decir, las *responsa* de los prudentes, el edicto pretorio perpetuo, las *leges comiciales*, los *senadoconsultos*, y los *rescripta, edicta* y *constituciones* imperiales).

paz y el orden público, es decir, en todas las situaciones de potencial o real enfrentamiento entre ciudadanos, o, lo que es lo mismo, en las “guerras” entre particulares, las cuales, a diferencia de las guerras contra un enemigo exterior, no comprometían la existencia del grupo como tal, postulando su defensa militar, pero sí la tranquila convivencia, requiriendo la imposición coactiva de la paz. El *imperium* añadió así, a su carácter militar (coactividad, ejecutividad), la naturaleza pretoria (inmediatez, agilidad) que, desde entonces, presenta el Derecho Administrativo.

### **E) El origen de las instituciones administrativas.**

Pues bien, por lo que ahora nos interesa (caracterizar al Poder Ejecutivo), podemos afirmar que, en estas instituciones greco-romanas de acusado carácter militar y policial, se encuentra el origen de las Administraciones especiales militar, diplomática y financiera, así como el germen de la regulación jurídico-pública de la expropiación forzosa, la contratación administrativa, las obras públicas y la ordenación rural y urbana; y, como se acaba de expresar, el carácter pretorio del Derecho administrativo. También al Derecho canónico, sobre todo tras la reforma gregoriana y el triunfo del decretalismo (predominio de la legislación pontificia mediante decretales sobre la tradición conciliar canónica recopilada en el Decreto de Graciano y defendida por los decretistas), se deben aportaciones trascendentales para la concepción del Poder Ejecutivo, en materias como la fiscalidad (merced al sistema de diezmos y a la reforma tributaria del papado de Avignon), el patrimonio (por el modelo oficios y beneficios), la organización (debido a la nacimiento de las personas jurídicas, el papel de los concilios o el carácter de las potestades vicarias), el procedimiento (sobre todo en materia disciplinaria y electoral) o las fuentes formales (sobre todo los breves pontificios y los *decreta* singulares); que terminaron, en el s. XVI recopiladas en el *Corpus Iuris Canonici*.

Este era el panorama heredado a consecuencia de la recepción europea del Derecho romano-canónico que fue considerado *ius commune*, tanto en sus aspectos jurídico privados como en los jurídico públicos. En éstos últimos, fue trascendental la labor de glosadores y comentaristas de ambos *Corpora Iuris*, sobre todo tras las obras de Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, respecto al Derecho Romano, o Hugo de Pisa (*Hugucio*), Enrique de Susa (el *Hostiense*) Juan Andrés, Nicolas Tedeschi (el *Abad parnomitano*), Juan Teutónico, Bartolomé de Brescia, Bernardo de Parma o Raimundo de Peñafort, respecto al Derecho canónico; que prepararon los grandes textos legislativos de la Recepción (como las *Partidas* de Alfonso X el sabio) y más tarde las grandes compilaciones normativas de la Edad Moderna en todo Europa (como, entre nosotros, la *Recopilación de las Leyes de Indias* o la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*).

Esta situación de *unificación de poderes* (unida al hecho de que las funciones legislativa y judicial han tenido siempre unos perfiles jurídicos característicos que facilitan

su identificación en cualquier época) provocó la idea de que la esencia del gobierno, en tiempo de paz, consistía en ejercer las funciones jurídicas de dictar leyes, aplicarlas y resolver litigios concretos, mientras que la función ejecutiva era relegada al ámbito de la coacción interna (policial) y externa (militar), por lo que se entendía como una manifestación no jurídica de la fuerza grupal dirigida a garantizar y, en caso, restablecer el orden público y la seguridad ciudadana en sus distintos aspectos y sectores.

## **F) La raíz de las inmunidades de poder.**

Hubo, pues, que esperar a la formulación ilustrada de la *división de poderes*, esto es, hasta el fin del Antiguo Régimen (que, en algunos países se prolonga hasta comienzos del siglo XX) para superar el primitivo concepto indiviso del poder con arreglo al cual la fuerza grupal era aglutinada por un monarca (rey, emperador) que ejercía el más alto mando militar, pero que también era el supremo legislador y juez.

Pero, con la *división de poderes*, no se resolvieron todos los problemas pues la anterior *confusión de poderes* había hecho arraigar la idea de que las funciones legislativa y judicial (que han sido siempre las más claramente identificables como *jurídicas*, al consistir, respectivamente, en dictar leyes generales y aplicarlas a casos concretos) constituían la esencia de la ordenación jurídica del grupo político en tiempos y espacios de paz, mientras que la función ejecutiva (por su origen militar) lo era de la ordenación no-jurídica del mismo grupo, tanto en tiempos y espacios de guerra como de paz. En esta idea residual, se encuentra el germen de las *inmunidades* del Poder Ejecutivo que no terminan de ser erradicadas.

El razonamiento absolutista al respecto era claro: si la soberanía residía en el rey y, por eso, este dictaba leyes obligatorias, sentencias inapelables y mandatos indiscutibles, ninguna ley, sentencia o mandato podía oponerse a la voluntad regia y, como nadie, y mucho menos el rey, puede mandarse o prohibirse a sí mismo (principio *nemo imperare sibi nec se prohibere potest*, formulado por Marciano en D.4.8.51), se consideraba que el rey estaba por encima, es decir, no sujeto a ninguna ley (principio *princeps a legibus solutus* o de inmunidad de legislación), no podía ser juzgado por nadie (principio *princeps soli deo iudicatus* o de inmunidad de jurisdicción) ni sometido a ningún otro mandato o coacción (principio *sacrosanctitatis principis* o de inviolabilidad general) y tampoco podía exigírsele ninguna responsabilidad por daños (principio de indemnidad, *the King can do no brown*, el rey no puede equivocarse y, por tanto, tampoco causar ningún daño, en el sentido de que hay que soportar los que produzca sin poder reclamar su indemnización). Obviamente, estas prerrogativas regias se extendían a todos los órganos dependientes de la Corona, también a los encargados del gobierno, la gestión y la administración pública.

Por eso, la *división de poderes*, al implicar la sumisión del Poder Ejecutivo al Derecho (expresado principalmente en las leyes cuya aplicación compete a los jueces), determina el final de cualquier *inmunidad de poder* y el *principio de responsabilidad general* de todos los que lo ostentan en cualquier circunstancia o manifestación. Y, de ahí que la *lucha por el Derecho* a que aludía Ihering tenga como uno de sus principales capítulos el de la *lucha contra las inmunidades de poder* (como vislumbró magistralmente, entre nosotros, D. Eduardo García de Enterría).

## 2. Concepto: Gobierno y Administración.

El Poder Ejecutivo se encarna en dos complejos orgánicos, el Gobierno y la Administración, cuya caracterización es precisa para comprender el funcionamiento y las disfunciones de la doctrina de la *división de poderes*.

### A) El Gobierno.

Desde la perspectiva que ofrece el origen y evolución histórica expresados, el Poder Ejecutivo tiene por objeto adoptar y llevar a cabo cuantas decisiones requiera la subsistencia y progreso del grupo estatal.

En los Estados democráticos, el Poder Ejecutivo se concreta en aquel órgano pluripersonal o complejo de órganos pluripersonales llamado *Gobierno*, que tiene constitucionalmente asignado un ámbito espacial (territorio) y material (competencias) en el cual queda habilitado para ejercer, como función principal, la de desarrollar y ejecutar las leyes parlamentarias aplicables en ese ámbito, así como las de formular y realizar, en ese mismo ámbito, las correspondientes “políticas” (es decir, orientaciones y directrices de actuación), que, según el ámbito de habilitación conferido, pueden revestir carácter exterior o interior, militar o civil.

En los Estados con forma *unitaria*, el ámbito de actuación constitucionalmente asignado al Poder Ejecutivo coincide con el del territorio estatal; pero, en los Estados *compuestos*, se distingue, por un lado, el ámbito ejecutivo del Estado central (*Obersstaat*) asignado al “Gobierno” (central o federal); y, por otro, el ámbito ejecutivo constitucionalmente asignado a los “Gobiernos” (regionales, autonómicos o federados) de las distintas entidades territoriales dotadas de autonomía política (*Gliedstaat*).

En ambas formas de Estado, el concepto de Poder Ejecutivo se extiende también traslaticiamente a los órganos o complejos orgánicos rectores (“Gobiernos”) de las entidades locales que, aunque tengan una autonomía constitucionalmente reconocida (que les confiere, entre otras, la potestad de dictar *ordenanzas* que deben aplicar en sus respectivos ámbitos competenciales) no disfrutan, sin embargo, una auto-

nomía política en sentido estricto, en cuanto que no pueden constituir Parlamentos formalmente legiferantes y en cuanto que sus respectivos ámbitos competenciales de actuación vienen delimitados por las leyes estatales y autonómicas generales y sectoriales, que convienen a la autonomía local en una *autonomía de configuración legal*, siempre que tales leyes no afecten al núcleo de competencias locales que está constitucionalmente garantizado, con la técnica de la *garantía institucional*, para mantener la imagen que tradicionalmente se ha asignado a las entidades locales y sin la que son inidentificables.

Esto dicho, e insistiendo en lo antes señalado respecto al Poder Legislativo, la expresión Poder Ejecutivo alude, no tanto al sentido funcional (es decir, al ejercicio de la función ejecutiva), cuanto al subjetivo, es decir, al órgano o complejo orgánico que, por disposición constitucional, la tiene encomendada en su respectivo ámbito de actuación. Hasta ahora, se ha aludido a este órgano o complejo orgánico con el término genérico “Gobierno” o “Gobiernos”, en cada uno de los ámbitos de actuación ejecutiva constitucionalmente reconocidos; pero ahora se impone distinguir específicamente dos complejos orgánicos distintos, aunque interrelacionados: el *Gobierno* y la *Administración*, si bien su configuración difiere en los Estados con forma unitaria y los compuestos.

En los Estados con forma unitaria, el *Gobierno* es, en sentido estricto, el complejo orgánico que tiene atribuida la función ejecutiva en su nivel superior, que, además de la adopción de las decisiones constitucionales que exijan las relaciones con los otros dos Poderes estatales, comprende el mando militar supremo, la dirección de las relaciones exteriores, la exacción de los tributos, el desarrollo de las leyes parlamentarias mediante reglamentos, la adopción de cuantas medidas (distintas a dictar leyes parlamentarias y sentencias judiciales) requiera la conservación y progreso del grupo estatal; y, como consecuencia de todo ello, la dirección de la Administración en todas sus facetas (militar y civil; exterior e interior). El complejo orgánico gubernamental está integrado por el Gobierno en sentido estricto (es decir, el órgano pluripersonal que constitucionalmente conforman el Presidente del Gobierno, elegido por el Parlamento, y los Ministros, designados por el Presidente del Gobierno) y los órganos unipersonales o complejos orgánicos constituidos para auxiliarle de forma directa en los grandes sectores de actividad ejecutiva (Vicepresidentes del Gobierno, Comisiones Delegadas del Gobierno, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales, así como los Gabinetes respectivos y las Comisiones de coordinación entre esos niveles).

En los Estados compuestos, la función ejecutiva está constitucionalmente repartida entre el *Gobierno central* (que suele asumir en exclusiva la función militar, la exterior, la exacción de los grandes tributos y la formulación de bases y directrices de ac-

tuación vinculantes para las entidades del *Gliedstaat*) y los *Gobiernos autonómicos* de carácter regional o federal (que suelen asumir la exacción limitadas de algunos tributos y la formulación y ejecución de propias políticas en las materias que constitucionalmente tengan asignadas). Los Gobiernos autonómicos están integrados por el Presidente elegido por el propio Parlamento y los Consejeros, designados por el referido Presidente del Gobierno autonómico, así como como los órganos de auxilio directo en los grandes sectores de actividad ejecutiva (Vicepresidentes del Gobierno, Comisiones interdepartamentales, Viceconsejeros, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales, así como los respectivos Gabinetes y Comisiones de Coordinación entre esos niveles).

El Gobierno en las entidades locales se reparte, según sus dimensiones, en órganos directivos como el Alcalde, la Junta de Gobierno o el Pleno y las Comisiones, formadas por Concejales electos, salvo cuando existan órganos de democracia directa como las Asambleas vecinales.

## **B) La Administración pública.**

La *Administración pública* es un complejo orgánico que tiene constitucionalmente encomendada el auxilio, apoyo y realización de las políticas gubernamentales por debajo de la línea política de la organización que, en España, se sitúa inmediatamente después del nivel orgánico propio de las Direcciones Generales u órganos asimilados a ellas.

La Administración puede operar en el nivel estatal del *Oberstaat* (es decir, ejerciendo las funciones de auxilio al Gobierno central, federal o confederal) o del *Gliedstaat* (esto es, ejerciendo las funciones de apoyo a los Gobiernos políticamente descentralizados propios de las entidades territoriales dotadas constitucionalmente de autonomía política, aunque no de soberanía, como son los de las Regiones, Comunidades Autónomas o Estados federados o confederados); así como también las de apoyo a las funciones de los Gobiernos locales (o sea, los de las entidades locales dotadas de una autonomía, no política sino meramente administrativa y de configuración legal, aunque esté constitucionalmente garantizada). Esta tripartición da origen a la Administración *estatal, autonómica y local*.

En cada uno de esos niveles, la Administración pública goza de una *personalidad jurídica única*, por lo que carecen de ella los sub-complejos orgánicos (Ministerios, Consejerías, Concejalías u otros departamentos) que la integran, salvo que la ley haya constituido a algunos de ellos en substrato orgánico y competencial dotado de sustantividad suficiente para dotarle de un patrimonio y una personalidad jurídica distinta e independiente, con la finalidad meramente instrumental de que gestione más eficazmente determinado sector del interés público.

Por el carácter fundacional de esta última operación, el conjunto de organizaciones resultantes suele ser denominado *Administración institucional*, que también expresa la circunstancia esencial de que estas entidades (de amplia tipología, como organismos autónomos, sociedades públicas, agencias y otras instituciones) dependen (mediante diversas técnicas, más o menos amplias e intensas, de *tutela administrativa*) de la Administración (estatal, autonómica o local) que las ha promovido.

A su vez, la existencia de estas organizaciones personificadas determina la distinción entre Administraciones *territoriales* (que suelen ser las tutoras o encargadas de su control orgánico y funcional) y las *no territoriales* (que suelen ser las tuteladas o controladas).

Existe, además, en la organización (al igual que en otros sectores administrativos, como la normación o el demanio) una *escalidad* que aquí afecta a la *personificación*, pues, en efecto, sin necesidad de dotarles de personalidad jurídica, existen órganos con un autonomía orgánica y funcional, más o menos amplia, como son los llamados “servicios sin personalidad” (por ejemplo, una Escuela pública, un Hospital o un Establecimiento penitenciario) o las “instituciones no personificadas” (como los Altos Órganos Consultivos o las Defensorías del Pueblo).

Esta opción organizativa puede terminar afectando a la *división de poderes* cuando la organización personificada adquiere una tal independencia con respecto a cualquier órgano territorial de tutela que se convierte en una instancia más de Poder Ejecutivo, al margen de los Gobiernos y demás Administraciones, como sucede con los órganos independientes para la regulación de sectores económicos concretos, como la banca, el mercado, la energía u otros.

También cabe distinguir entre Administración *general* (que es la encargada de labores generales y comunes de apoyo a los Gobiernos, de suerte que el personal que las desempeña no precisa para ello disponer de titulaciones propias de una carrera o profesión específica) y Administración *especial* (que es la encargada de labores especializadas, como las militares, forenses, sanitarias, diplomáticas o tributarias, entre otras, de suerte que el personal que las tiene encomendadas precisa para desempeñarlas el reconocimiento académico de una profesión titulada específica).

En todo caso, como derivación del contrato social originario, la Administración se encamina siempre al logro del interés público determinado por las leyes (*principio de legalidad*), de suerte que el ordenamiento jurídico es el único factor habilitante para la actuación administrativa y, sin esa cobertura legal, las actuaciones administrativas devienen ilegales. En este sentido, las disposiciones jurídicas confieren potestades a las Administraciones, sin las que, carecen de capacidad de obrar, pues tienen prohibido todo lo que no les está expresamente permitido; a diferencia de lo

sucede con los ciudadanos, en los que opera el *principio de libertad*, conforme al cual les está permitido todo lo que no les haya sido expresamente prohibido.

Esto dicho, toda Administración, en cuanto que es una estructura esencialmente servicial, tiene asignado un sector del *interés público* a cuya satisfacción queda vinculada y esa sectorización facilita la organización administrativa de las competencias gestoras para asignarlas a complejos orgánicos diferentes (como los Ministerios y, dentro de cada uno, a otros inferiores, como las Direcciones Generales).

No obstante, la actuación administrativa puede ser estereotipada en grandes modalidades que fueron denominadas tradicionalmente como la *policía*, el *fomento* y el *servicio público*, pero que ahora suelen más bien conocerse como actividades de *control* (mediante actos de autorización, limitación, expropiación, tributación o sanción exigidos por el interés público), *promoción* (mediante actos consistentes en premios, beneficios, subvenciones y otras ventajas dirigidas a estimular la realización de finalidades de interés público) y *prestacionales* (mediante construcción de obras públicas, concesiones serviciales y demaniales o prestaciones directas de bienes y servicios exigidos por el interés público).

Todas estas modalidades y aspectos tienen, como veremos, trascendencia en orden al funcionamiento y comprensión de las disfunciones de la *división de poderes* en la actualidad.

### 3. Tipología.

Acaba de aludirse a las principales configuraciones organizativas de que es susceptible la *Administración pública* según su ámbito, su personificación o el sector de interés público a cuya atención esté destinada: por eso, ahora sólo me centraré en las principales modalidades que presenta la configuración del *Gobierno*.

Antes de comenzar, es preciso recordar que el Gobierno puede presentarse también como supremo órgano jerárquico de la Administración al que la legislación habilita para adoptar determinadas actuaciones administrativas. Es lo que sucede, en el ámbito estatal, cuando el Gobierno se comporta como *Consejo de Ministros*; o, en el ámbito autonómico español, cuando se comporta como *Consejo de Gobierno*. Esta precisión tenía importancia cuando los actos llamados “políticos” se imputaban al Gobierno para eximirlos de control jurisdiccional posterior, a diferencia de los “actos administrativos” del Consejo de Ministros, los cuales podían ser revisados jurisdiccionalmente. Pero, actualmente esa diferenciación carece de sentido ya que toda actuación jurídico-pública es jurisdiccionalmente revisable, aunque algunas son máximamente discrecionales por la amplitud, técnica o política, de opciones que permite al Poder Ejecutivo la norma habilitante.

Esto señalado, la tipología del Poder Ejecutivo se refiere fundamentalmente al Gobierno y en concreto a la cuestión de las distintas *formas de Gobierno*. En este punto, conviene distinguir, no desde una perspectiva administrativa sino constitucional, tres series distintas de conceptos: i) por un lado, el concepto territorial, de *forma de Estado* (que alude a las distintas maneras de distribución constitucional del poder político sobre el territorio, para distinguir los Estados *unitarios* de los *compuestos* (regionales, autonómicos, federales o confederales); ii) por otro, el concepto funcional de *forma de régimen político* (que alude al grado de reconocimiento, respeto, garantía y eficacia real de los derechos humanos, para distinguir Estados *democráticos* y *no democráticos*); y iii) finalmente, el concepto *organizativo* de *forma de Gobierno* (que alude a las distintas configuraciones del Gobierno y, por extensión, de los órganos que encabezan los demás Poderes estatales).

En este último sentido, ya hemos aludido a la forma organizativa uni o bicameral del Parlamento. También cabría aludir a la configuración de la Jefatura del Estado como una *Monarquía* (forma de Gobierno en la que la titularidad de la Jefatura del Estado o Corona tiene una duración indefinida y se defiende mediante el orden sucesorio constitucionalmente establecido para la dinastía reconocida) o una *República* (cuando dicha titularidad es temporal y se provee mediante procedimientos no sucesorios, sino electivos). También cabe aludir a la configuración del Poder Judicial como unitario o descentralizado con órganos supremos de carácter central.

Pero, centrándonos sólo en la *forma de Gobierno* que alude a éste como cabeza del Poder Ejecutivo, las configuraciones son bien conocidas. Cabe, por ejemplo, un Gobierno *presidencialista* (no tanto por la personalidad de su titular cuanto por el hecho constitucional de ser democráticamente elegido de forma directa por el pueblo), o *parlamentario* (si su Presidente es nombrado tras obtener la investidura del Parlamento, sin cuya confianza o con cuya censura no puede mantenerse).

La diferencia entre estos dos tipos básicos es crucial, ya que, en los sistemas *presidencialistas*, el Presidente goza de una legitimidad democrática de primer grado, igual a la del Parlamento; ya que, como éste, su elección procede de un sufragio popular directo; circunstancia que le dota de una especie *vis resistiva* ante las Cámaras y que, por consiguiente, afecta a la *división de poderes*, puesto que se traslada a toda la acción gubernamental y de la Administración.

Sin embargo, los Gobiernos *parlamentarios* gozan de una legitimidad democrática de segundo grado, en cuanto que su Presidente ha sido elegido por el Parlamento; los Ministros, por el Presidente; y los demás altos cargos gubernamentales inferiores, por el Gobierno o por los Ministros. En este modelo, el Gobierno depende de la confianza parlamentaria y, por tanto, de la configuración de mayorías en las Cámaras. Tan es así que existen modelos, como el británico, en que el Gobierno es

teóricamente sólo una Comisión (ejecutiva) del Parlamento (*Gobierno de Gabinete*). Estas distintas configuraciones (que, además, no suelen presentarse en estado puro, sino, más bien, con elementos mixtos que forman una *escalidad* según los distintos modelos del Derecho Comparados) influyen obviamente en la modulación concreta de la *división de poderes* en cada sistema constitucional y son fuente de muchas de las disfunciones y aciertos que cada uno de ellos presenta.

#### **4. Finalidad.**

Si al tratar de la finalidad del Poder Legislativo se aludía a la obviedad de que su objetivo es dictar normas jurídicas con rango formal de ley parlamentaria, al abordar la finalidad del Poder Ejecutivo procede insistir nuevamente en otra obviedad, cual es que el mismo trata de ejecutar las leyes parlamentarias.

Lo que sucede es que también aquí las cosas son más complejas, pues: i) en primer lugar, el origen del Poder Ejecutivo revela que éste tiene asignada otra finalidad más radical y primigenia, cual es asegurar la persistencia del grupo estatal; ii) en segundo lugar, que, además, persigue el progreso material de dicho grupo estatal; y iii) en tercer lugar, que también el Poder Judicial aplica las leyes y tiene funciones de ejecución; por lo que hay que deslindar su respectiva posición institucional. Los epígrafes que siguen tratan de aclarar todo ello.

##### **A) Poder Ejecutivo y control social.**

El grupo estatal, como todo otro grupo social, se ha constituido sobre la base de una voluntad de vida en común y, por eso, la subsistencia y conservación del grupo como tal conforma una finalidad primordial, por lo mismo que es condición necesaria de cualesquiera otras. Esa permanencia o *salus populi* es la *suprema lex*, la razón última que explica el grupo y que polariza la función ejecutiva, ya que la fuerza social se ha generado y entregado a los gobernantes precisamente para que la devuelvan al grupo en forma de control, seguridad y defensa, incluso militar.

Es más, la organización social de que se ha dotado el grupo estatal para el logro de sus finalidades de orden y convivencia pacífica suponen la asunción en exclusiva de la fuerza pública necesaria para ello, esto es, del monopolio de la fuerza social.

En efecto, en un marco de convivencia pre-estatal, las personas físicas se reservaban la fuerza para su auto-defensa y la ejercían libre e ilimitadamente, incluso hasta la atrocidad más irracional, en forma de reacción, individual o parental (*venganza de la sangre*), contra los agraviantes o de *guerra privada* contra los oponentes. Esta situación puede reproducirse en el caso de debilitamiento de la organización estatal,

como sucede actualmente en el caso de los llamados “Estados vacíos” donde el orden queda en manos de grupos guerrilleros o de “señores de la guerra” en un marco de caos terrorista generalizado.

Sin embargo, el “contrato social” implica la cesión de la fuerza a la organización estatal para que la asuma y monopolice, de suerte que la *venganza* ya no pertenezca a los particulares, sino a la organización del grupo estatal, para que esta la ejerza racionalmente y en la forma, limitada y proporcional, impuesta por el ordenamiento jurídico.

Por eso, el monopolio de la violencia, el mando de las fuerzas armadas y de seguridad pública es la función primera del Poder Ejecutivo, la cual se traduce en la adopción de todo tipo de medidas que exija el control social del grupo para que, en éste, sea posible el orden y la convivencia pacífica.

## **B) Poder Ejecutivo y provisión social.**

Una vez constituido y estabilizado el grupo estatal o, en su caso, restablecido el orden y la convivencia pacífica, las finalidades generales para las que se ha constituido el grupo estatal no quedan colmadas sólo con la aprobación parlamentaria de leyes y la aplicación de las mismas por los órganos jurisdiccionales, ya que, tras la *revolución social* de principios del s. XX, ha quedado superada la idea liberal de que el Estado debe limitarse a sus funciones de control social (*Estado de policía*), para asignarle también las de provisión social, esto es, las de satisfacer las necesidades sociales mediante la aportación de bienes y prestaciones públicas.

En efecto, las necesidades sociales no se limitan a la garantía de la persistencia del grupo estatal (defensa militar exterior) ni a la conservación interior del orden público en sus diversos sectores (seguridad ciudadana, protección civil, policía sanitaria, disciplina urbanística, entre otras), sino que se extienden a la satisfacción de otras necesidades públicas, relativas a la seguridad social (como la educación, la asistencia sanitaria o el sistema de pensiones), el progreso económico (mediante la planificación económica, la ordenación mercantil, financiera y tributaria dirigida al desarrollo económico o el fomento empresarial) y el bienestar colectivo, en sus distintas facetas (como las comunicaciones, el transporte o la cultura); necesidades todas ellas que, por su elevado coste y dimensión, sólo pueden ser satisfechas mediante bienes y prestaciones de carácter público, es decir, facilitados por el mismo grupo estatal.

La tensión entre las *necesidades* sociales y los *bienes y prestaciones* públicos precisos para satisfacerlas es una constante histórica, pero que era resuelta atribuyendo la fase prestacional, no a la organización del grupo estatal, sino a la propia sociedad que experimentaba las necesidades, la cual las atendía a título de caridad (como virtud moral de base religiosa) o de filantropía (como exigencia ética de solidaridad social).

La industrialización comenzada en el siglo XIX y el capitalismo preciso para impulsarla condujeron a una insostenible situación social para las clases sociales menos favorecidas que terminó con la *revolución social* de comienzos del siglo XX. Esta última, junto con la *revolución religiosa* del s. XVI (que, tras las guerras de religión, alumbró la libertad de conciencia como primer derecho humano reconocido) y la *revolución política* del s. XVII y XVIII (que, tras las revoluciones inglesa y francesa y la independencia norteamericana, alumbró la *división de poderes*, el constitucionalismo, la democracia y los demás derechos humanos), integra la tríada fundamental de revoluciones que han conformado nuestra actual cultura política.

Las dos primeras grandes revoluciones experimentaron una dinámica parecida; ya que, tras un primer periodo de exaltación y reacción, que condujo a indudables excesos; se entró en una fase más moderada de consolidación de logros y reformas. Lo mismo sucedió con la tercera, esto es, con la *revolución social*, ya que, tras la experiencia totalitaria (marxista y fascista), surgió la versión social-demócrata del llamado *Estado de Bienestar (Welfare State)*, que asume como función propia la de satisfacer las necesidades sociales mediante la prestación de bienes y servicios públicos adecuados con objeto de lograr un nivel de vida acorde con la dignidad humana.

Precisamente, este engarce con la dignidad de la persona humana es el que ha permitido construir el binomio *necesidad social-prestación social* con la técnica de los *derechos fundamentales* denominados (para distinguirlos de los *derechos políticos clásicos*, como las libertades de pensamiento, expresión, reunión, asociación y participación política, alumbradas por el liberalismo), *de segundo nivel* (como los derechos sociales a la educación, la sanidad, la vivienda digna o al trabajo) o incluso *de tercera generación* (como los de protección de datos, seguridad informática, o preservación medio-ambiental).

Por supuesto, estas nuevas categorías de derechos requieren leyes parlamentarias que los definan y delimiten, ya que, al exigir prestaciones económicas cuantiosas y depender en gran medida de factores tecnológicos, deben ajustarse a las disponibilidades presupuestarias y al nivel económico general; es decir, quedan condicionados a su sostenibilidad económica y al marco general de desarrollo técnico y económico del grupo estatal de que se trate; marco éste que, en gran parte, depende, a su vez, de variables mundiales, debido al fenómeno de la globalización.

Este planteamiento resitúa el centro del *Estado del bienestar* en el Poder Ejecutivo, ya que es este quien debe efectuar las labores de planificación, presupuestación, arbitración de recursos económicos y materiales, no sólo para poder prestar los bienes y servicios públicos correspondientes, sino también para controlar los mercados y promover el desarrollo económico general que permita que el grupo estatal disponga de la potencia económica y tecnológica que posibilite la sostenibilidad del sistema de prestaciones que este tipo de Estado requiere.

Desde la perspectiva constitucional, conviene reparar en que la que antes denominábamos *potencia constituyente* del grupo estatal tiene también un acusado componente económico. La riqueza nacional en todas sus vertientes supone una “potencia instalada” que hace que unos Estados sean más “poderosos” que otros por razón de su “peso” económico y también que el nivel de prestaciones sociales que puedan acometer sea más o menos exigente.

Por eso, en la actualidad, el Poder Ejecutivo, no sólo tiene por misión la clásica de ejecutar leyes parlamentarias, que le ha dado nombre, sino también, e incluso prioritariamente, la de arbitrar cuantas medidas sean precisas para lograr la sostenibilidad del sistema de prestación de los bienes y servicios públicos que requieren las crecientes necesidades sociales en todos los ámbitos contemplados por los nuevos derechos fundamentales. Y esa nueva misión estriba, por supuesto, en promover y ejecutar la legislación correspondiente, pero, además, en promover el desarrollo económico y social que permita llevarla efecto y mantenerla, esto es, hacerla posible y sostenible.

### **C) Poder Ejecutivo y ejecución jurídica.**

Finalmente, es preciso abordar la distinción entre la ejecución que compete al Poder Ejecutivo y la que asume el Poder Judicial. En efecto, la denominación Poder Ejecutivo obedece a que su misión clásica era y sigue siendo la de ejecutar las leyes parlamentarias; pero el Poder Judicial también aplica dichas leyes en todo tipo de juicios y, además, tiene la función de hacer ejecutar lo juzgado. Se impone, pues, aclarar este aspecto.

Comencemos reconociendo que ambas ejecuciones (la de lleva a cabo el Poder Ejecutivo y la que efectúa el Poder Judicial) tienen un *idem* en el que coinciden, que, por un lado, consiste en que ambas toman a las leyes parlamentarias como punto de partida e instancia normativa obligatoria para llevarlas a efecto en la práctica; y, por otro, que ambas se integran en el nivel impositivo del ordenamiento jurídico.

En efecto, en la pirámide kelseniana, que explica la estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico, tras el *nivel constitucional* (integrado por las disposiciones que componen la Constitución y las demás normas que integran los distintos *bloques de la constitucionalidad* según el sector implicado en ellos), se encuentra el *nivel legislativo* (integrado por las disposiciones con rango de ley y, subordinadas a ellas, las de rango reglamentario) y, finalmente, en la base de la pirámide, se encuentra el *nivel impositivo* (integrado por el conjunto de disposiciones de aplicación de las integradas en niveles o fases anteriores, es decir, de normas constitucionales o legales).

Pues bien, en esta última fase o *nivel impositivo*, se encuentran, sin duda, las disposiciones emanadas del Poder Judicial en forma de resoluciones jurisdiccionales (como son los decretos, mandamientos, providencias, autos y sentencias), ya que todas ellas parten de las normas constitucionales y legales que tales resoluciones aplican al caso litigioso concreto que les compete resolver. Pero también se encuentran en ese mismo nivel las disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo en forma de actos administrativos (de conocimiento, juicio o voluntad, y sus más variadas manifestaciones, como las autorizaciones, las concesiones, las prohibiciones o los mandatos); ya que, por virtud del *principio de legalidad*, todos ellos han de contar con una previa habilitación legal que determina la competencia, el procedimiento y la fundamentación para dictarlos.

Es cierto que la ejecución que corresponde al Poder Ejecutivo también conlleva la potestad reglamentaria y la de dictar actos administrativos generales y, en tales casos, la *generalidad* inherente a ambos tipos de disposiciones administrativas hace que sea más fácil diferenciar esa ejecución de la que corresponde al Poder Judicial cuando resuelve casos concretos. Pero la dificultad persiste cuando se comparan actos administrativos singularizados (es decir, no *generales*, sino que tienen por objeto casos concretos) con resoluciones judiciales también singularizadas.

En este supuesto, la diferencia no es *objetiva* (pues en ambos supuestos se trata de aplicar legislación a un caso concreto y de llevarla a efectos, en su caso, mediante el empleo de facultades de *imperium*); pero es, por un lado, *subjetiva*, en cuanto que es diferente Poder constitucional del que deriva el acto (el Ejecutivo, en un caso, y el Judicial, en otro); por otro lado, *formal*, en cuanto que es diferente el procedimiento del que deriva el acto (que es procedimental-administrativo, en un caso; y procesal-jurisdiccional, en otro); y, finalmente y sobre todo, de *posición institucional* del aplicador (ya que, si bien ambos Poderes están vinculados por la normativa aplicable, sin embargo el órgano del Ejecutivo se pronuncia sobre una relación jurídica en la que interviene como parte en defensa del interés público subyacente; mientras que el órgano del Judicial interviene como un dirimente imparcial y ajeno a la relación litigiosa).

Estas similitudes y diferencias hacen que, en el *nivel impositivo* del ordenamiento jurídico, sólo pueda hablarse propiamente de disposiciones jurídicas cuando las resoluciones judiciales o administrativas, no sólo han devenido firmes o, aún sin firmeza, resultan provisionalmente ejecutables; sino que, además, se ha procedido a ejecutarlas, aun contra la oposición del interesado, pues es entonces cuando traslucen la esencia de actos de *imperium* que encierran en cuanto que emanados de un Poder público.

## XI. EL PODER JUDICIAL.

### 1. Origen y evolución.

#### A) En la Grecia clásica.

Esquilo, en su tragedia *Las Euménides*, recogió el momento mítico en que, para superar la *venganza de la sangre* con la que Las Furias exigían la muerte del matricida Orestes, la diosa Atenea lo acoge e instituye, para juzgar los delitos de sangre, el Tribunal del Areópago, con estas divinas palabras, que pueden reputarse el acto fundacional del Poder Judicial:

*“Ciudadanos de Atenas que vais a juzgar por primera vez una causa de sangre, mirad la institución que fundo; porque, en adelante, subsistirá por siempre este Consejo de Jueces (que se asentará en esta colina donde las Amazonas ofrecieron sacrificios a Ares, por lo que se llamó Areópago, para debelar a Teseo, fundador de la ciudad); aquí velarán por los ciudadanos, imponiendo el respeto y el temor que impelen a respetar las leyes y a no cometer injusticias; os doy un Tribunal incorruptible, venerando y severo, que será guardián de la ciudad y que velará por los que duermen; y ahora, levantaos, votad y sentenciad esta causa con arreglo a vuestros juramentos”.*

Repárese en el énfasis que el dramaturgo pone en el respeto, temor y severidad del Tribunal y en su función de guardián de la ciudad-Estado, es decir, en sus potestades de *imperium*. Y es que, en la antigüedad, se tenía claro que también el poder de juzgar participaba de la esencia *militar* de la *potestas de imperium*<sup>73</sup>.

#### B) En Derecho romano-canónico.

Dicha potestad, como hemos reseñado al analizar el Poder Ejecutivo, se revelaba con toda crudeza en los conflictos bélicos contra enemigos externos, pues ponían en peligro la misma existencia del grupo estatal; pero esta no quedaba afectada si el conflicto era interno (*guerra civil*) y menos aún si se trata de un conflicto entre particulares (*inter privatos*), como sucedía, en el primitivo Derecho romano, en los casos de perjuicios derivados del incumplimiento de la confianza (*fides*) debida a la palabra dada (*nuncupatio*) en forma de promesa (*stipulatio*) o de contrato (*contrac-*

---

<sup>73</sup> Repárese que, en la propia narración de Esquilo, la diosa que funda el tribunal es Atenea *promacos* (la guerrera victoriosa que se veneraba en la acrópolis ateniense revestida con todo su armamento bélico) y que, en las palabras fundacionales, invoca al dios de la guerra (Ares) y al origen bélico de la ciudad (la victoria de Teseo contra las amazonas), para establecer, en la misma colina de la victoria (monte Areópago), la institución judicial guardiana de la ciudad; para expresar así que se le encomienda la misma subsistencia del grupo estatal fundado tras aquella conquista militar. Enlaza, pues, la institucionalización del Poder Judicial ateniense con el mito genético de la propia ciudad-Estado de Atenas.

tus); o en los de daños resultantes de la comisión extracontractual de actos dolosos (*delicta*), culposos (*cuasidelicta*) o espontáneos (*cuasicontractus*).

En estos casos, la reparación del agravio injustamente causado (*damnum iniuria datum*), en principio, no afectada al grupo estatal (*res publica*) sino que era un asunto privado (*res privata*) y, por tanto, tenía que ser exigida por el propio agraviado por la infracción (*venganza individual*) o, en su defecto o imposibilidad, por sus familiares (*venganza parental* o *de la sangre*). Estas formas de venganza (*vindicta*, término derivado de *vis*, fuerza e *indicare*, señalar a otro) representaban una autotutela de la propia esfera jurídica, sobre todo en el ámbito penal; pero también en el civil, donde aparecía como reivindicación (de *res-rei*, cosa, *vim-vis*, fuerza y *dicare*, afirmar), resumida gráficamente en las frases sacrales *res mea ese aio* (digo que esto es mío) y *ubi rem meam invenio, ibi vindico* (reclamo lo mío allí donde lo localizo).

Ahora bien, la venganza y la restitución privadas ocasionaban con frecuencia graves tumultos donde prevalecía el más fuerte; y esa situación afectaba ya al orden público, por lo que requería la intervención pacificadora de las magistraturas de *imperium* para enjuiciar y zanjar el asunto con una decisión resolutoria. Por eso, la mentalidad jurídica greco-romana concibió el proceso como una auténtica “guerra privada” (*litigium*, de *lis-litis*, contienda) que, como tal, exigía también un control militar, por lo que fue encomendado a una magistratura especializada, como el Areópago en Atenas, o el pretor en Roma.

Entre los primeros *quirites* romanos, el grupo social comenzó a intervenir tímidamente señalando, por ley, aquellas acciones vengativo-reactivas de autotutela privada que se consideraban lícitas (*legis actiones*), como recuperar una propiedad indebidamente perdida (*manus iniectio*), cobrar una deuda impagada (*condictio*) o recobrar una garantía (*pignus*) injustamente retenida (*pignoris capio*). Pero enseguida se reputó lícito pedir al pretor que nombrase un juez o árbitro que resolviera el conflicto (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*), petición que sólo era atendida si se garantizaba previamente el pago de una multa disuasoria que el magistrado impondría a quien, habiendo afirmado, previa y solemnemente, esto es, por lo más sagrado (*per sacramentum*), tener un derecho frente a otro (*in personam*) o sobre una cosa (*in rem*), sin embargo, luego, resultara condenado.

Pero el arcaico procedimiento de las *legis actiones* sólo era accesible a los ciudadanos romanos mediante el, verbal y rígidamente ritualizado, *iudicium legitimum*, que no era accesible a los extranjeros (*peregrini*); por lo que las controversias entre estos o con ciudadanos romanos eran enjuiciadas por el Pretor peregrinus, cuyos ágiles procesos, basados sólo en su *imperium* (*iuditia quae imperio continentur*), terminaron siendo asumidos y ofrecidos a todos los ciudadanos, tras la Ley Ebuca del 130 a.C., por el Pretor urbano y, en su ámbito, por los ediles, así como, en provincias, por los Prefectos *iure dicundo*, con el consiguiente desplazamiento (no derogación) del sistema tradicional.

Así, el proceso romano se modeló en torno a las intervenciones decisivas del pretor (o equivalente) para impulsarlo como magistrado dotado del *imperium* necesario para poner orden en el conflicto<sup>74</sup>.

El pretor no fijaba el Derecho (*ius*), es decir, los criterios de razón jurídica (*quaestiones iuris*), los cuales eran facilitados al juez por los jurisperitos (*iuristae*), tampoco intervenía en la aportación de las pruebas y argumentos, pues eran cuestiones de hecho (*questiones facti*) que correspondían a los abogados (*advocati*); pero sí ejercía la trascendental potestad de asegurar el orden público<sup>75</sup>.

De esta forma, el proceso clásico o *formulario* romano se estructuró en una fase *in iure*<sup>76</sup> donde predominaba la *potestas*, pues comprendía todos los actos de

<sup>74</sup> Entre tales intervenciones pretorias, cabe destacar las siguientes: i) recibir la demanda (*editio actionis*); ii) decidir sobre su propia competencia (*forum*) por razón del lugar, la materia o las personas; iii) determinar la capacidad procesal (*postulatio*) de las partes (si eran *sui iuris*) o de sus representantes legales (si eran *alieni iuris*) y, eventualmente, de sus procuradores causídicos (*procuratores*), exigiéndoles las oportunas cauciones (*cautio rem ratam salva fore*); iv) fijar las posiciones de demandante y demandado, si eran único o plurales (*litisconsortium*); v) aclarar lo que considerase preciso mediante las oportunas preguntas (*interrogationes*); vi) imponer al actor una caución jurada en previsión de su eventual temeridad (*iusiurandum calumniae*) vi) citar al demandado (*in ius vocatio*), imponiéndole cauciones para comparecer (*cautio iudicatum sisti*) y cumplir lo que se resolviera (*cautio iudicatum solvi*), en incluso nombrando personas que lo condujeran a juicio (*vades*) y multándole si no comparecía (*vadimonium*); vii) calificar el tipo de acción pretendida y la procedencia de abrir o no un proceso para sustanciarla (*datio vel denegatio actionis*); viii) invitar a las partes a solventar amistosamente la controversia mediante un desistimiento o confesión (*confessio in iure*), un allanamiento (*in iure cessio*), una transacción (*transactio in iure*) o un juramento decisorio (*iusiurandum in litem*), todo ello de ejecución garantizada (mediante las *actiones praescriptis verbis* y *ex stipulatu*); ix) decidir sobre la prescripción (*praescriptio*) de lo pedido (según se tratara de pretensiones *temporalia*, es decir, sujetas a plazo perentorio, o duraderas, *perpetuae*); x) fijar su valoración o cuantía (*litis aestimatio*); xi) adicionar la petición a instancia del actor (*additiones*) o del demandado (*exceptiones*); xii) nombrar, de entre una lista (*album*), un juez o un árbitro único (*datio iudicis vel arbitri*) o pluripersonal (tribunal de *recuperatores*) aceptado por las partes; xiii) fijar con testigos el objeto de la controversia de acuerdo con las partes (*litis contestatio*), quedando así el asunto litigioso inamovible (*iudicium acceptum*) y sometido a juicio (*res in iudicio deducta*), por lo que la acción quedaba consumida (*consumatio actionis*), de suerte que no podía replantearse hasta que fuera resuelto (*litispendentia*), ni cuando lo fuese (*res iudicata*); xiv) redactar la *fórmula*, esto es, un modelo (escrito y tipificado, para cada clase de conflicto, en el edicto pretorio), por el que se ordenaba al juez que resolviera (*agere per formulam*), sin margen de apreciación (*stricto iuris*) o con cierta amplitud de criterio (*arbitrium*), dando su opinión (*sententia*) condenatoria (*condemnatio*) o absolutoria (*absolutio*) del demandado, según se probara o no (*demonstratio*) que el demandado llevaba razón.

<sup>75</sup> El pretor ejercía potestades de orden público procesal: congelando provisionalmente las situaciones posesorias mediante disposiciones tajantes (*interdicta*); decidiendo si iniciar o no el proceso (*datio actionis*); exigiendo a las partes las garantías previas (*cautiones*) para evitar litigios temerarios (*poena temere litigantium*) y los juramentos (*iusiuranda*) necesarios para fijar sus posiciones; ejecutando (*executio*) la sentencia; llevando a cabo las adjudicaciones (*adjudicationes*), multas y condenas pecuniarias (*poenae*) o personales (*noxales*) contra los reuientes (*adversus infitantes*); y expidiendo las órdenes (*mandata*), disposiciones (*decreta*), entregas posesorias de bienes (*missiones in bona*) o enajenaciones forzosas (*venditiones bonorum*) que procedieran; e incluso resolviendo ejecutivamente cuestiones incidentales y prejudiciales (*praeiudicia*) mediante provisiones especiales (*edita repentina*).

<sup>76</sup> La expresión *in iure* revela una seriedad castrense: i) por razón de la persona, pues el magistrado administra justicia como lo hacían, en campaña o en los campamentos, los *tribunos* militares (de donde la voz *tribunal*); ii) por razón del lugar, pues el magistrado se constituye en el foro (centro de la ciudad, haciendo que la expresión *foro* pasase a indicar el lugar de administración de justicia); y en un lugar preeminente y elevado, para ver y oír bien y ser bien visto y oído (de ahí, las expresiones forenses *vista* y *audiencia*), como la más alta plataforma enlosada (*stratura*; de donde

*imperium* que correspondía adoptar al pretor para preservar el orden público, preparar el proceso, vigilar su ordenado desarrollo y ejecutar la sentencia; y una fase *apud iudicem*, donde predominaba la *auctoritas*, pues comprendía todos los actos de razonamiento y arbitrio jurídico que correspondían al juez (*iudex*, y a los juristas *-iurisconsulti-* que le asesoraban con sus respuestas *-responsa-* y dictámenes *-consilia-*) para valorar la prueba (*probatio*)<sup>77</sup> y resolver el litigio dictando su autorizada opinión (*sententia*)<sup>78</sup>.

las expresiones forenses en estrados o magistratura); iii) por razón de la forma posicional, pues el magistrado toma asiento en la plegable silla *curul* (de *currus*, carro de guerra), rodeado de escribas y ejecutores (*lictiores*); y iv) por razón de la forma indumentaria, ya que el magistrado se presentaba *togado* (expresión que, desde entonces, califica a los profesionales del foro) y concretamente revestido de la toga *praetexta*, así llamada por estar tejida (*texta*) en la fina lana blanca propia de todos los ciudadanos romanos libres, varones y mayores de edad (*toga virilis*), pero con los bordes (*praetexta*) rojos, como la que llevaban los menores, para simbolizar que, así como éstos estaban sujetos a sus padres (*patria potestas*), los magistrados lo estaban a la autoridad del Senado (*patres patriae*). La toga roja con bordes dorados (*toga picta*) había sido privilegio exclusivo de los reyes, por lo que sólo reapareció en el bajo imperio, por influencia bizantina, como signo de los emperadores. El cambio del blanco al negro en el color de las togas forenses se produjo en la Edad Media por influjo del hábito talar de los jueces eclesiásticos tras la reforma gregoriana y, en España, se consolidó en la Edad Moderna cuando, en 1576, Felipe II (queriendo emular las *leyes suntuarias* que Augusto dictó para moderar el lujo), instauró una severa etiqueta procesal en los Reales Consejos (y demás órganos con funciones judiciales), introduciendo, sobre el traje negro de golilla y bonete alto, una garnacha o capa, también negra, que era, larga, para los Consejeros; y, más corta (que conservan los alguacilillos en las corridas de toros), para oficiales y auxiliares. El empleo y tamaño de los vuelillos o puñetas de encaje para proteger las mangas del roce fue regulado (junto con el empleo de condecoraciones) en la LOPJ de 1870, para reservarlas a fiscales, jueces y magistrados. Sin embargo, en otros países europeos, los magistrados judiciales más altos, al ejercer la administración de justicia por delegación regia, adoptaron las vestimentas del rey al que impersonaban, por lo que emplearon togas rojas y esclavinas de armiño y, desde el s. XVII, pelucas. Las Revoluciones inglesa y francesa no afectaron a estas tradiciones. En EEUU, como reacción anti-británica tras la independencia, se mantuvo la toga, pero sólo para los jueces y sin tocados o pelucas. En algunos países, se han adoptado togas de distintos colores según las jurisdicciones. Las togas con puñetas, birretes y mucetas de capirote alto y con los colores de las distintas Facultades (rojo, Derecho; verde, Derecho Canónico, etc) derivan de Bolonia, pero su empleo sólo fue académico. La toga negra veneciana, de amplios vuelos y con bordes de color (rojo, para los Consejeros; azul, para los Letrados) fue empleada por los dogos y, quizá por influencia del viejo Consejo de Italia, se ha conservado en el Consejo de Estado y, por derivación, en los Altos Órganos Consultivos de las CCAA.

<sup>77</sup> La prueba (*probatio*) es una actividad que no versa sobre el Derecho (*quaestio iuris*), sino sobre los hechos (*quaestio facti*), por lo que no corresponde propiamente a los juristas sino a los abogados de las partes (de ahí la despectiva frase de Aquilio Galo “*nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*”); si bien hay que distinguir dos fases: i) en la fase de *práctica*, la prueba es cuestión de *potestas* (aunque no por referencia al ejercicio de un poder público, sino al privado que las partes ostentan sobre la *litis* civil para iniciarla, mantenerla o terminarla); y de ahí que sea una *carga* que recae sobre el que afirma una pretensión (*is qui agit*); ii) en la fase de *apreciación y valoración*, la prueba es cuestión de *auctoritas* (porque las pruebas son medios *de convicción* que se dirigen a la *razón*) y, por eso, incumbe al juez, como una dimensión propia del *enjuiciamiento* del asunto. La etimología del verbo latino *pareo* (al que pertenece la expresión procesal formularia romana “*si paret, tu iudex condemna, si non paret, absolve*”; “*si resulta probado, tu juez, condena; y, si no, absolve*”) es reveladora ya que procede del radical indoeuropeo “*par*” (ver), expresando que el juez, tras la *vista* del asunto, está en condiciones de apreciar lo que las pruebas presentan como *patente* y puede, en base a ello, dar su opinión (*sententia*). Por ello, la apreciación valorativa de las pruebas practicadas no es una actividad de *jurisdicción* (*iurisdictio*), esto es, de *potestas*, porque no implica a la *voluntad* del juzgador; sino de *judicación* (*judicatio*), esto es, de *auctoritas*, porque implica al *entendimiento* del juez, en cuanto que consiste en llegar (a su buen *saber* y *entender*, aunque su criterio pueda ser ilustrado por los juristas) a una *certeza moral* sobre la *facticidad* que constituye la premisa mayor del macro-silogismo judicial estereotipado en el brocado *da mihi factum, dabo tibi ius*.

<sup>78</sup> La experiencia terminó fijando qué reclamaciones tenían visos de prosperar (*actiones*), contra personas implicadas (*in personam*) o dependientes de ellas (*adiecticiae*), sobre cosas (*in rem*) o su valoración (*reipersecu-*

Superada la República e instaurado el Principado, el bifásico proceso formulario fue superado y sustituido por la *cognitio extraordinem*, es decir, un juicio monofásico en que el magistrado asumió tanto las tradicionales funciones de *imperium* como la de practicar y valorar las pruebas, juzgar el asunto, dictar sentencia y ejecutarla.

El Derecho canónico primitivo siguió la misma línea asignando a los obispos la instrucción, cognición, fallo y ejecución de las sentencias, mediante un tribunal al efecto (*episcopalis audientia*) cuya forma de actuar condujo a la gran construcción histórica del proceso judicial canónico, que está en la base de la moderna concepción del Derecho procesal.

### C) En la mitología universal.

Por otra parte, tanto en la tradición greco-romana como en la canónica, la institución judicial y el *imperium* en ella comprometido se legitimaban mitológicamente por el origen divino del poder (judicial en este caso) en ella manifestado.

En efecto, al analizar los mitos originarios de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, he aludido a la ancestral idea indoeuropea de un dios padre creador y ordenador del cosmos cuya voluntad (*ios>ius*) debía regir el cielo y también el mundo humano, por lo que era fuente de todo poder y, en especial, de la soberanía regia que lo remedaba en los reinos terrenales. Por ello, el rey, como el dios del que derivaba su poder, era también el único legislador, el máximo aplicador de las leyes y, finalmente, también el supremo juzgador de los actos de cumplimiento o incumplimiento de las mismas.

Este planteamiento mítico implicaba una secuencia temporal según la cual lo primero era la potencia (regia o popular) que, por voluntad divina, había aglutinado al pueblo en torno a un rey para erigir el reino (grupo estatal) frente a sus enemigos (al igual que dios había creado todo venciendo a las titánicas fuerzas del caos); lo segundo era la legislación regia ordenadora (al igual que dios había puesto orden en el universo mediante leyes inmutables); lo tercero era la ejecución de lo legislado mediante el poder regio de mando y correlativa sumisión popular (al igual que toda la creación se sometía a la ordenación divina); y lo último era el enjuiciamiento de si las actuaciones posteriores de los súbditos se había ajustado o no a las leyes (lo mismo que hacía dios al juzgar la vida de cada uno tras la muerte y la de toda la humanidad al final de los tiempos).

De ahí que, mientras la legislación tenía un sentido creador, correspondiente a una *ratio* genética (del griego *génesis*, creación), es decir, de ordenación inicial que miraba al pasado; la ejecución encerraba un sentido realizador, correspondiente a una

---

*toriae*), por gozar del favor del Derecho, al basarse en leyes comiciales, senadoconsultos o respuestas jurisprudenciales acreditadas (*actiones in ius conceptae*); o en el edicto del pretor, por derivar de hechos que el mismo reputaba dignos de protección procesal (*actiones in factum conceptae*), incluso para suplir lagunas del Derecho civil (*actiones útiles*) o integrarlas mediante la analogía (*actiones ejemplares*) o la ficción (*actiones ficticiae*).

*ratio* presentista, es decir, que atendía a la actualización del orden en el presente; y la jurisdicción mostraba un sentido revisor, correspondiente a una *ratio* escatológica (del griego *eskatos*, final), es decir, que remitía lo hecho a una revisión en el futuro para enjuiciarlo a la luz del código legal que debió ser observado y, en consecuencia, premiar su observancia y castigar su transgresión.

Por eso, el origen del Poder Judicial evocaba los mitos en torno a un *Juicio final* que todas las religiones antiguas entendían como un encuentro de las almas de los difuntos con una deidad que, por haber promulgado la ley que había que observar, la encarnaba y podía confrontar con ella, es decir, juzgar, lo que cada difunto había hecho en vida y emitir así una absolución o condena eternas. Tal es el caso de las tradiciones egipcia<sup>79</sup>, greco-romana<sup>80</sup>, bíblica<sup>81</sup> y cristiana<sup>82</sup>, entre otras<sup>83</sup>. Todas

<sup>79</sup> El primer mito genético del Poder Judicial se encuentra en el juicio final (individual) que los antiguos egipcios reflejaron en el *Libro de los muertos*, según el cual el alma del difunto era conducida por el dios (*psicopompo*, guía de almas) Anubis, para proceder al “pesaje del corazón” en la balanza sostenida por la diosa Maat; de suerte que, si había obrado bien, era admitido como inmortal en el reino de Osiris (el juzgador dios del ocaso); y, si había obrado mal, perecía para siempre, devorado por la terrible bestia Ammyt.

<sup>80</sup> La mitología greco-romana también contemplaba un juicio final individual donde el espíritu del difunto vagaba eternamente por las riberas del río Cocito (o de los lamentos), salvo que pagara un óbolo al barquero Caronte para cruzar el río Aqueronte (de la aflicción) y la laguna Estigia (detestable), y ser conducido, por el dios (*psicopompo*) Hermes, al reino de los muertos, el Hades (cuya puerta custodiaba el pasmoso Can Cervero para que no penetrara nadie vivo), ante un tribunal (de antiguos reyes humanos) formado por Minos (el gran legislador de Creta, que tenía voto de calidad), Eaco (el piadoso y justo rey de Egina) y Radamanto (hermano de Minos, cuya estricta legislación había inspirado la de Esparta) que juzgaba al difunto, de suerte que: los espíritus bienaventurados eran destinadas para siempre a los deliciosos Campos Elíseos, en las Islas Afortunadas; los condenados eran entregados a los perdurables tormentos del tenebroso Tártaro o Erebo, rodeado (para que nadie escapara) por el ígneo río Flagetonte; y los espíritus ordinarios, simples o indiferentes, a los nebulosos y neutrales Campos Asfódelos, de donde podían salir para reencarnarse (e intentar, tras una nueva vida, obtener un juicio más favorable), aunque no sin antes beber las aguas del río Leteo (del olvido), para borrar todo recuerdo anterior.

<sup>81</sup> La tradición bíblica contempla un juicio final universal donde, tras un fiero combate escatológico (Armagedón) es vencida la bestia maligna (Behemot, Leviatán); y todos los difuntos son revividos y reunidos en el valle de Josafat (de *Yeos-shafhad*, Dios juzga), donde los bienaventurados serán admitidos en el *seno de Abraham* y los condenados son sepultados en el *Sheol* o *Jehena* a un eterno sufrimiento (cfr. Joel, 3, Ezequiel 37, 4; y Daniel 12,5).

<sup>82</sup> La teología cristiana de los “novísimos” (últimas realidades: muerte, juicio, infierno y gloria) contempla un primer juicio final individual donde el alma de cada difunto es juzgada por Cristo según sus obras buenas (ponderadas por el jefe de los ángeles fieles, el arcángel San Miguel) y malas (remarcadas por el jefe de los ángeles infieles, Luzbel), de suerte que las almas buenas son admitidas en el cielo, las malas condenadas al infierno y las intermedias al Purgatorio (para su purificación antes de entrar en el cielo); pero también existe un Juicio final general donde, tras la resurrección de los muertos, toda la humanidad (cuerpos y almas) es enjuiciada por Cristo en su segunda venida (*Parousía*) en la que renovará el mundo (cfr. Mateo, 24 y 25; Marcos 13, Lucas 17 y 21, Apocalipsis 20,7-15 y Romanos 2, 5-11).

<sup>83</sup> En el islam, la idea de un juicio final, con un paraíso (*Yanna*, jardín placentero) para los creyentes y un infierno (*Yannama*, fuego castigador) para los incrédulos aparece el Corán (suras 82 y 83) y diversos *hadices* o dichos del Profeta recogidos en la *Sunna*. En el zoroastrismo, se cree también en el juicio final (*Frashokereti*) tras una lucha escatológica entre el bien (*Ormuz*) y el mal (*Ariman*). Las religiones que, como el hinduismo, creen en la transmigración de las almas carecen de una concepción del juicio final universal, pero entienden que la reencarnación (*metempsicosis*) requiere un juicio individual sobre lo hecho en vida (*karma*) que determina el nivel de la nueva vida de destino. El budismo, el taoísmo y el jainismo no presentan una escatología de enjuiciamiento sino de inmortalización por fusión con el todo, aunque, en las variantes mahayánicas, más influidas por el hinduismo, se admite un infierno (*Naraka*) y una nueva iluminación del mundo por la reencarnación de Buda como *Maitreya*.

estas tradiciones enlazan con una visión trascendental de la justicia como necesidad de una retribución, última y proporcionada, del bien y del mal realizado en vida por las personas; y, por tanto, mostraban el ejemplo trascendental sobre el que se modulaban los juicios y jueces terrenales <sup>84</sup>.

## 2. Concepto.

El Poder Judicial, en su sentido subjetivo, es el conjunto de órganos o de complejos orgánicos a los que constitucionalmente esta atribuida, reservada y garantizada la dirección y realización, con total independencia, de la función judicial, es decir, la de resolver (de forma objetiva, independiente y exclusivamente fundada en la racionalidad jurídica vigente) asuntos litigiosos concretos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos en los que exista una controversia entre partes conocidas y determinadas o un interés que la ley les ha sometido para que lo fijen y delimiten con la independencia que les es propia.

El Poder Judicial así descrito suele ser identificado con los conceptos de *Justicia* y *Administración de Justicia*, por lo que conviene aclarar estos extremos.

### A) El Poder Judicial y la Justicia.

El Poder Judicial suele ser identificado con la *Justicia* (con mayúscula), pero ésta última es un concepto polisémico cuyos distintos sentidos deben ser aclarados.

Por un lado, la *justicia* (en una primera acepción, con minúscula) es una virtud moral, clásicamente definida como la firme y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo; lo que implica (epistemológicamente, es decir, desde la Teoría del conocimiento) que es un concepto “segundo” con respecto al de Derecho, en cuanto que son las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico las que determinan qué es lo suyo de cada cual; y, de ahí, se sigue que quien es justo, por ejercer la virtud de la justicia, no cuestiona el orden jurídico establecido ni los criterios de reparto que lo han generado; y, en este sentido, lo *justo* es lo *conforme a Derecho* (*iustum quia ius*).

La conclusión anterior es paradójica y sorprendente, ya que, en el ámbito social, la *justicia* (en una segunda acepción, también con minúscula) es una aspiración ética hacia el logro de la igualdad entre realidades cuyo tratamiento desigual no se entiende como racional; y, por tanto, opera como idea-fuerza para la crítica del orden establecido y de los criterios de reparto que lo han producido; y en este sentido lo

---

<sup>84</sup> Por ello, en la tradición judeo-cristiana, la divinidad monopoliza la venganza y la ejerce en el juicio final o día de la ira (*dies irae*); y así, p.e., en Romanos 12.19 y en Hebreros 10.30, se afirma “no os venguéis vosotros mismos, sino dejad lugar a la ira de Dios; porque escrito está: Mía es la venganza, y yo pagaré, dice el Señor”.

*justo* es lo *conforme a la justicia*; por lo que puede haber un Derecho injusto, en cuyo caso debe ser modificado para que sea justo (*ius quia iustum*). Además, es de resaltar que, si bien es la igualdad el parámetro originario de esta acepción de justicia, al mismo se han añadido otros, como la racionalidad, la proporcionalidad y la equidad, para calificar de injustas las regulaciones que no los respetan. Desde luego, todo este planteamiento sería extrajurídico o deóntico, es decir, *de iure condendo*, pero no jurídico-positivo (*de lege lata*), si la *justicia* (en esta segunda acepción) no hubiera sido elevada al rango constitucional como valor superior del ordenamiento jurídico (cfr. art. 1.1 CE) que ha de regir su aplicación e interpretación y si la interdicción constitucional de la arbitrariedad no hubiera erigido la racionalidad como canon último de juridicidad (cfr. art. 9.3 CE).

Esta circunstancia hace también que la justicia (nuevamente con minúscula) adquiera una tercera acepción que la hace equivalente al concepto genérico de Derecho u ordenamiento jurídico.

Esto dicho, el Poder Judicial (en cuanto que emana disposiciones jurídicas singulares incardinadas en la fase impositiva del Derecho, es decir, resultantes de aplicar a conflictos concretos las disposiciones jurídicas generales incardinadas en los niveles anteriores del ordenamiento jurídico) es, por antonomasia, el Poder público de aplicación del Derecho y resulta, así, vinculado e identificado con la idea de aplicador de la justicia en la triple dimensión que se ha apuntado, lo que explica que, desde el punto de vista subjetivo, es decir, como verdadero Poder del Estado, sea frecuente y genéticamente denominado también como “la Justicia” (ahora ya con mayúscula).

Pero esa misma identificación y vinculación remite al aparato estatal organizado para administrarla, es decir, al conjunto de órganos o complejos orgánicos, constitucionalmente previstos y legalmente establecidos, para encarnar el Poder Judicial y realizar las funciones que tiene atribuidas. Este aparato suele ser denominado *Administración de Justicia*.

## **B) Poder Judicial y Administración de Justicia.**

Este último término (*Administración de Justicia*, ambas con mayúscula) puede resultar también bastante confuso, ya que comienza con el término *Administración* que (al escribirse con mayúscula) parece aludir a una personificación que ya es inherente al término *Justicia* que (también con mayúscula) le sigue y con el que, así presentado, sería redundante, salvo que se entendiera, a la *Justicia* como equivalente a *Poder Judicial* y, a la *Administración de Justicia*, como el instrumento del que dicho *Poder Judicial* se sirve para cumplir su función, es decir, aplicando al binomio *Poder Judicial-Administración de Justicia* el mismo nexo relacional que existe en el binomio *Poder Ejecutivo-Gobierno* o *Gobierno-Administración pública*. Pero es

que, además, cualquier referencia a la *Administración* (con mayúscula) parece más propia de la órbita del Poder Ejecutivo en cuanto que la *Administración pública* depende del *Gobierno* y aquí se refiere al *Poder Judicial*.

Por otro lado, habría que dilucidar el estatuto del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como órgano de gobierno del mismo y de la *Administración de Justicia* con la que, por razón de la independencia judicial, no mantiene las mismas relaciones de jerarquía que el *Gobierno* (del Poder Ejecutivo) mantiene con respecto a la *Administración pública*, pero tampoco ejerce funciones de *jurisdicción* ni *judicación*, sino sólo de gobierno (con minúscula), organización y gestión, con la correspondiente potestad reglamentaria limitada a esos aspectos.

Para salvar esta situación perpleja, podría entenderse que, en la expresión *Administración de Justicia*, lo que prima es la *Justicia* (con mayúscula) en su sentido subjetivo, es decir, en cuanto que equivalente a *Poder Judicial*, de suerte que aquí el vocablo *Administración* aludiría más bien al sentido objetivo de la función, esto es, a dirección y realización de la función de aplicación del Derecho encomendada al Poder Judicial; pero entonces debía escribirse con minúscula, esto es, como *administración de Justicia*, aunque ello conllevaría el inconveniente de que la preposición *de* indicaría un genitivo, es decir, referiría dicha *administración* objetiva a una concreta manifestación de la misma, como si quisiera aclarar y calificar que se trata de administrar *justicia* (con minúscula), entendiendo entonces la *justicia* en su sentido equivalente a aplicación del Derecho.

Por si fuera poco, la introducción del término *Administración* referida a la *Justicia* ha suscitado la idea, mantenida por los ius-administrativistas, de que se trata de una *Administración especial* que, junto con la militar, la exterior y la hacendística, presenta unas características que la distinguen de la *Administración general*, es decir, de la encargada de las ejercer las funciones ordinarias y comunes del Poder Ejecutivo bajo dependencia del Gobierno. La propuesta no deja de tener su parte de razón, en cuanto que también el Parlamento, y otros órganos constitucionales o estatutarios no incardinados en el Poder Ejecutivo, tienen una organización propia que, materialmente, queda sujeta al Derecho Administrativo en sus actos de gestión ordinaria, como son la contratación, la función pública o la responsabilidad patrimonial; y el mismo modelo puede predicarse de los órganos integrantes del Poder Judicial y, en especial, de su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial.

Para tratar de resolver esta nueva perplejidad, se ha apuntado la necesidad de precisar que el Poder Judicial engloba, como funciones principales, la *jurisdicente* (que es de *auctoritas* y consiste en decir el Derecho, dictando sentencias y otras resoluciones judiciales), la *jurisdiccional* (que es de *potestas* y consiste en fijar, impulsar

y resolver imperativamente el proceso y también en hacer ejecutar lo juzgado) y otras *accesorias* a las anteriores (como la policía de estrados), todas las cuales no son *administrativas* (ni encuadrables en el Poder Ejecutivo, sino claramente *judiciales* y pertenecientes, por tanto, al Judicial). Pero también desempeña funciones que son propiamente *administrativas* (como las competencias sobre el resto de la maquinaria judicial, policial y forense, no directamente *jurisdicente*, que tradicionalmente en España venía asumiendo el Ministerio de Justicia y que, en parte, pueden también asumir, por transferencia, las Comunidades Autónomas, como sucede en otros modelos de Estado compuesto.

El intento de denominar a estas últimas funciones *Administración de la Administración de Justicia* para indicar (en el proceso de transferencia de las competencias *de Justicia* a las Comunidades Autónomas) que no es transferible la función judicial estatal, esto es, la *Administración de Justicia* propiamente dicha, pero sí esta *Administración de la Administración de Justicia*, me parece desechable por redundante y confuso, puesto que también los aspectos de organización de la carrera judicial, que competen al Consejo General del Poder Judicial, son, en rigor *administrativos*, están sujetos a procedimiento administrativo, bien que especial, y se traducen en actos definitivos que son susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa.

Por eso, entiendo que toda esta materia es, en realidad, *Derecho Administrativo*, aunque, por estar regulada en la LOPJ, tradicionalmente se estudie académicamente en sede del *Derecho Procesal*, calificado significativamente de *Orgánico*; pero que, en rigor, sólo incluye otras tantas especies -menores- del género *Administración Especial del Ramo de Justicia*.

Distinto es el caso del *Derecho Procesal* propiamente *rituario* que tiene por objeto regular *procesos* (series de actos procesales) estableciendo los correspondientes *procedimientos* (conjuntos de normas que regulan los procesos) y, aunque, en esa medida, parece también *Derecho Administrativo*, sin embargo debe ser configurado, en cuanto a su naturaleza (más bien desde el *Derecho Constitucional*), como la plasmación normativa de una competencia exclusiva del Estado central consistente en ejercitar la potestad legislativa de las Cortes Generales en materia procesal. Se trata de un ejercicio y una materia que, como la penal o la civil, constituye toda una *rama* del Derecho distinta conceptualmente del Derecho Administrativo.

En suma, lo relevante a efectos de hacer intransferible la *Administración Judicial*, a diferencia del resto de la *Administración de Justicia*, no es tanto que la primera sea algo exclusivamente *judicial* y lo segundo más bien *administrativo* sino que, siendo *administrativos* ambos aspectos, el primero está tan estrechamente ligado a

la independencia judicial que forma parte, por conexión, del conjunto de aspectos que integran la garantía institucional constitucionalmente querida para la misma. En otras palabras, no es que la *Administración Judicial* no sea objeto del *Derecho Administrativo*, que lo es, sino que forma parte de una garantía institucional de *Derecho Constitucional*, tradicionalmente estudiada por los procesalistas.

Así pues y a mi juicio, en nuestro Estado Autonómico, es mucho más claro, y preferible constitucionalmente, hablar de *Administración Especial del Ramo de Justicia*, como concepto genérico que engloba los siguientes subsistemas orgánicos y funcionales:

- La *Administración Judicial*, integrada por el conjunto de competencias (relativas al estatuto de los jueces y a la judicatura como personal jurisdicente, para preservar su absoluta independencia), que en España están atribuidas al Consejo General del Poder Judicial y, en la época preconstitucional, lo estaban al Ministerio de Justicia.
- La *Administración de Justicia* propiamente dicha, integrada por el conjunto de competencias sobre el resto de la maquinaria judicial, no directamente jurisdicente, que tradicionalmente en España venía asumiendo el Ministerio de Justicia y que, en parte, pueden también asumir, por transferencia, las Comunidades Autónomas.
- Las *Administraciones Especiales propias de los distintos estamentos sujetos a Estatutos orgánicos particulares, por su conexión con la Justicia*; como son el Ministerio Fiscal, la Abogacía, la Procuraduría o los Servicios Jurídicos de las Administraciones públicas (estatal, autonómicas, locales, institucionales o corporativas). También podrían encuadrarse en este ámbito los regímenes especiales de la Policía Judicial, los Médicos, y demás peritos o especialistas, forenses.
- La *Administración de algunas otras instituciones forenses*. Es el caso de la llamada *policía de estrados* y de las distintas medidas accesorias adoptadas para el *buen gobierno y funcionamiento ordinario de los juzgados y Tribunales*; cuestiones ambas, tan ligadas a la judicación, que no deben desvincularse de la misma.
- La *Administración consultiva de tipo jurídico*, pero no en general, sino sólo en lo relativo al régimen de los *Altos Órganos Consultivos* del Estado y de las Comunidades Autónomas, es decir, el estatuto jurídico de la *Alta Administración Consultiva*, donde el calificativo *alta* expresa una garantía institucional de independencia, objetividad y externalidad conferida por las leyes con respecto al Poder Ejecutivo, a diferencia del resto de órganos consultivos de

cualquier denominación (Consejos, Juntas o Comités) que, por su incardinación orgánica o dependencia funcional con respecto a otros integrados en la cadena orgánica de las Administraciones públicas, carecen objetivamente de esa garantía institucional<sup>85</sup>.

En cualquier caso, me parece forzoso reconocer que, en esta materia, la terminología no está en absoluto consolidada. Además, el Derecho -como, en realidad, todas las Ciencias-, es esencialmente uno y, por tanto, estas subdivisiones en ramas, géneros y especies, en los casos especialmente fronterizos y dudosos, como el que nos ocupa, aunque intelectualmente interesantes, no dejan de tener un componente bastante convencional y relativo, por lo que las presento sólo para dejar constancia de mi postura, no para polemizar en absoluto sobre las mismas.

### 3. Tipología. La unidad del Poder Judicial y la forma de Estado.

La tipología del Poder Judicial depende de la forma unitaria o compuesta del Estado que, a su vez, ha experimentado una peculiar evolución diacrónica, que se ha traducido en una distinta planta y organización de los órganos jurisdiccionales.

#### A) En el Antiguo Régimen.

En el Antiguo Régimen los jueces (de primera instancia) eran libremente nombrados, según los territorios, por el rey (jueces *realengos*) o por los señores jurisdiccionales, laicos (jueces *señoriales*) o eclesiásticos (jueces *abadengos*); pero, cuando se consolidó el poder judicial del rey, éste asumió la jurisdicción de ulterior instancia, ejerciéndola, por delegación revocable, mediante jueces de su itinerante corte (*de circuito*), pronto unificados en un tribunal con sede estable (*Curia*), que podía instituir otros inferiores (*Audientiae*), pero que no reconocía otro superior que el propio rey, quien podía enjuiciar por sí mismo (los *casos de corte* que tenía reservados u otros asumidos, de oficio, por avocación; o, a instancia de los litigantes, por suplicación), aunque solía delegar esa función en el Consejo Real

<sup>85</sup> Se habrá notado que no mantengo que los Altos Órganos Consultivos pertenezcan a la *Administración de Justicia* como *especie* categorial inclusiva de cuantas competencias en materia de Justicia no sean estrictamente de *Administración Judicial*, sino que pertenecen al *género* que denomino *Administración Especial del Ramo de Justicia* y, por ello, estimo que es, desde dicho género, como debe de interpretarse la ubicación que algunos Estatutos de Autonomía -y el propio art. 107 de la CE relativo al Consejo de Estado- hacen de estos Altos Órganos Consultivos en los epígrafes relativos al Gobierno y la Administración. Con esta matización y en contra de la opinión de algún ilustre colega, me parece adecuado que el Estatuto de Autonomía de La Rioja, reformado por Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, a la hora de recoger, en su artículo 42, la garantía institucional relativa a la existencia y configuración estatutaria del Consejo Consultivo de La Rioja, no lo haya incluido, como otros Estatutos, en el epígrafe correspondiente al *Gobierno* o la *Administración*, sino que lo haya ubicado en el relativo a la *Justicia*; por más que, en el caso riojano, lo haga en el Capítulo II titulado, precisamente, *De la Administración de Justicia*.

encargado de la materia o territorio correspondiente (por lo que había varios que conformaban un sistema polisindial), el cual funcionaba así como un tribunal supremo (*Consilium regis*)<sup>86</sup>.

## B) En el constitucionalismo.

El constitucionalismo implantó la división de poderes; así, respecto del *Judicial* y centrándonos en España, la Constitución española de Cádiz (1812) creó el *Tribunal Supremo* (TS), al que subordinó las *Audiencias* (Dto. 09-10-1812); aunque, por los avatares constitucionales, tal reforma no se estabilizó hasta que las Provincias fueron creadas (RD 30-11-1833), divididas (RD 29-01-1834) en Partidos judiciales, e integradas en el ámbito jurisdiccional de las *Audiencias Territoriales* (AT)<sup>87</sup>.

Con estos antecedentes, el consenso, con el que las fuerzas políticas fraguaron la CE de 1978, sustituyó el modelo unitario y centralista del régimen anterior por el denominado *Estado de las autonomías*, forma de Estado compuesto en el que se redistribuyeron los tres Poderes entre las instancias centrales que debían subsistir y las Comunidades Autónomas (CCAA) que se creasen.

Como es sabido, siguiendo el modelo descentralizador de 1931, se repartieron competencias por materias (arts. 148 y 149 CE) entre las Cortes Generales (Congreso y Senado) y los Parlamentos autonómicos, respecto al *Poder legislativo*; y, entre el Gobierno central y los Gobiernos autonómicos, respecto al *Poder ejecutivo*. Pero no se quiso dividir el *Poder judicial*, sino, manteniendo el criterio de la LOPJ' 1870, conservar su unidad para garantizar su independencia (art. 117 CE); aunque adecuando, al territorio de las CCAA, la planta y demarcación de los órganos judiciales de ámbito subestatal.

Así, el art. 152.2 CE previó: i) la creación de los *Tribunales Superiores de Justicia* (TSJ) para culminar la organización judicial en el ámbito autonómico; ii) la parti-

<sup>86</sup> Tal sucedió: i) en el Reino de Castilla, cuando la *Real Audiencia* (creada en 1371) fijó su sede (1489) en *Valladolid*, donde fue llamada *Chancillería*, por guardar (*cancellare*) el sello regio de imbrantar sentencias. Al constituirse otra en *Granada* (1494), la denominación *Audiencia* se aplicó a tribunales inferiores conformados para *Asturias*, *Galicia* (1567), *Sevilla* (1525), *Canarias* (1526) y distintos territorios de *Indias*; ii) en el Reino de Aragón, cuando, bajo la *Audiencia Real* (instituida en 1344), se erigieron *Audiencias* para *Cataluña*, *Aragón*, *Valencia* (1483) y *Baleares* (1571); y iii) en el Reino de Navarra, al convertir su *Consejo* en tribunal de apelación (1525); criterio éste aplicado, desde 1716, a todos los Reinos hispánicos para posibilitar un último recurso ante el *Consejo Real* correspondiente.

<sup>87</sup> Dichas AT fueron: i) establecidas (RD 19-12-1835) en *Albacete*, *Barcelona*, *Burgos*, *Cáceres*, *La Coruña*, *Granada*, *Madrid*, *Oviedo*, *Las Palmas*, *Palma de Mallorca*, *Pamplona*, *Sevilla*, *Valencia*, *Valladolid* y *Zaragoza*; ii) respetadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15-09-1870 (LOPJ' 1870); iii) reducidas a una *Sala de lo Civil*, cuando (según la Ley 14-10-1882, Adicional a la LOPJ' 1870) el RD 16-07-1882 integró la *de lo Criminal* en las *Audiencias Provinciales* (AP), creadas (RD 16-07-1892) para el juicio oral instaurado por la Ley de enjuiciamiento criminal de 14-09-1882; iv) incrementadas con una *de lo Contencioso-administrativo* (Ley 26-12-1956); y v) potenciadas con la *Audiencia Nacional* (AN), creada por RDL 04-01-1977.

cipación de las CCAA en la demarcación judicial afectante a sus territorios; y iii) el agotamiento de las sucesivas instancias procesales ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio en que se encontrase el competente en primera instancia.

Esta opción (unidad del Poder judicial con adecuación de su planta a las CCAA) presentaba el problema de qué hacer con las AT reconocidas por la LOPJ'1870<sup>88</sup>; pero, una vez resuelto este por la DA 4ª CE y excluida la jurisdicción militar, el Poder Judicial español quedó organizado en Municipios, Partidos, Provincias y CCAA (art. 30 LOPJ'85), sobre los que ejercen potestad jurisdiccional los *Juzgados* (del art. 26 LOPJ'85: de Paz, de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de Violencia sobre la mujer, de lo Mercantil, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Vigilancia penitenciaria y de Menores), las *Audiencias Provinciales* y los *Tribunales Superiores de Justicia*; mientras que, sobre todo el territorio nacional, la ejercen la *Audiencia Nacional* y el *Tribunal Supremo*.

### C) En Los Estados compuestos.

Por consiguiente, a la luz de la evolución histórica del modelo español y del Derecho comparado en esta materia, puede concluirse que: i) en los Estados unitarios, el Poder Judicial es también unitario y de estructura funcionalmente jerarquizada (de suerte que: en la cúspide, se encuentra un Tribunal Supremo con funciones casacionales; en un segundo nivel, los órganos pluripersonales de apelación; y, en la base, los órganos unipersonales de primera instancia); por más que el conjunto se distribuya en *órdenes* por razón de la materia (civil, penal, laboral, etc), cuya cognición se les encomiende y que la competencia de cada uno quede distribuida por razón de las personas, la materia, la cuantía o el territorio; ii) en los Estados compuestos, el Po-

<sup>88</sup> Para resolverlo, no cabía introducir una Disposición Transitoria en la CE (pues se consensuó mantener la LOPJ'1870 hasta que se aprobase otra) y tampoco un apartado en el art. 152 CE (pues éste sólo alude a las CCAA constituidas por la vía rápida del art. 151 CE). Por ello, el Senado introdujo la DA 4ª CE, que habilitaba a los Estatutos de Autonomía (EA) de CCAA en las que tuviera su sede más de una AT, para mantener las existentes, distribuyendo las competencias entre ellas, sin perjuicio de la futura LOPJ. Así lo planteó una enmienda del Grupo parlamentario (GP) de UCD en el Senado (*Diario de Sesiones*, DS, 54/78), para matizar la que había logrado sacar adelante en el Congreso el GP *Minoría catalana* (DS 91/78) al introducir los TSJ en el art. 152 CE, sin pensar en las CCAA que, a diferencia de Cataluña, tenían más de una AT en su ámbito, como ocurría en Andalucía (And), Castilla y León (CL) y Castilla-La Mancha (CM). La redacción final del texto y su traslado, desde el art. 152 CE a esta nueva DA 4ª CE, fue adoptada por el Pleno del Senado (DS 66/78), al aceptar una enmienda transaccional del GP del PSOE, con objeto de: i) salvaguardar la unidad del *poder judicial* conforme a la LOPJ'1870, reconocedora de las AT; y ii) permitir que los futuros EA de las CCAA no constituidas por la vía rápida del art. 151 CE, para las que no resultaba obligatorio crear un TSJ, pudieran optar: por crearlo y refundir en él las AT existentes en sus ámbitos; o bien no crearlo y mantener dichas AT, redistribuyendo las competencias entre ellas. Estas posibilidades fueron recogidas en la redacción originaria de los arts 48.2 EAAnd, 21 EA CL y 23 EA CM, si bien fueron desplazados por la nueva LOPJ'85 (6/1985, de 1 de julio), que suprimió las AT (DA 2ª), generalizó los TSJ (art. 70) y posibilitó crear *Salas* de los mismos allí donde había una AT o conviviera (art. 78 y DA 3ª); como así hizo la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de planta y demarcación judicial, en *Bilbao, Burgos, Málaga, Santa Cruz de Tenerife y Sevilla* (arts. 2 y 7). Cfr. mi comentario a la DA 4ª CE, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed), *Comentario mínimo a la CE*, Madrid, 2018, págs 745-748.

der Judicial puede continuar siendo unitario (es decir, incardinado en el *Gesamstaat* o Estado global), aunque, siguiendo técnicas federales, acomodado (en instancias inferiores al Tribunal Supremo) a la organización territorial del *Gliedstaat*, esto es, a la organización territorial de las instancias inferiores dotadas de autonomía política (como son los Estados federados, las Regiones o las Comunidades Autónomas).

#### **4. Finalidad.**

El Poder Judicial tiene por finalidad resolver casos litigiosos concretos, aplicando a los mismos las disposiciones generales vigentes y concretándolas en resoluciones ejecutivas que, una vez firmes, se incardinan en la fase impositiva del ordenamiento jurídico. Esta descripción teleológica alude, pues, a las funciones de aplicar el Derecho, emanando, a su vez, resoluciones impositivas, previo enjuiciamiento y posterior ejecución de lo juzgado; que exigen, respectivamente confrontar el concepto de *Poder Judicial* con los de *Derecho*, *ordenamiento jurídico*, *jurisdicción* y *judicación*.

##### **A) Poder Judicial y Derecho: la jurisprudencia.**

Aunque frecuentemente son confundidos, *Derecho* y *Jurisprudencia* (con mayúscula) son conceptos distintos, pero relacionados, ya que, por *Derecho* se entiende el conjunto de disposiciones (o normas) jurídicas vigentes que se dirige a lograr la convivencia pacífica mediante un orden social justo; mientras que por *Jurisprudencia* (con mayúscula) se entiende la rama del conocimiento humano que tiene por objeto el estudio teórico (*scientia*) y práctico (*ars*) del Derecho, es decir, la Ciencia y la Técnica dirigidas al estudio, comprensión, interpretación y aplicación del Derecho. En este sentido, la *Jurisprudencia* no es patrimonio exclusivo del *Poder Judicial* sino de todos los juristas, aplicadores e incluso de los meros interesados o afectados por la aplicación del Derecho.

Sin embargo, la *jurisprudencia* (con minúscula), que es el criterio constante que mantienen los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación del Derecho; es un concepto íntimamente ligado al *Poder Judicial*, ya que sólo los órganos integrantes del mismo pueden generarla.

En este sentido, es preciso aclarar que existen otros órganos (no jurisdiccionales) que también mantienen criterios constantes en la interpretación y aplicación del Derecho, tal es el caso del Tribunal Constitucional, de los Altos Órganos Consultivos del Estado central o de las Comunidades Autónomas y de los órganos administrativos especializados en la resolución objetiva e independiente de reclamaciones o consultas; pero en estos casos no se debe emplear (y, si se emplea, se hace en sentido impropio) el término *jurisprudencia* (reservado a los órganos jurisdiccionales) sino el de *doctrina* (con minúscula) emanada de órganos oficiales no jurisdiccionales,

en cuyo caso debe ser calificada, respectivamente de, *constitucional* (si emana del Tribunal Constitucional), *legal* (que algunos denominan con el discutible neologismo *legisprudencia*, si emana de los Altos Órganos Consultivos) o *administrativa* (si procede de órganos administrativos con funciones cuasi-jurisdiccionales).

Tampoco los aludidos conceptos de *jurisprudencia* (con minúscula) y *doctrina* (con minúscula) *oficial* deben ser confundidas: i) con el concepto de *Doctrina* (con mayúscula), el cual se refiere genéricamente a la opinión compartida por los doctores (*communis opinio doctorum*) o expertos en Derecho (jurisperitos) cuando es mayoritaria, especialmente si expresa el sentir general de los profesores miembros de Academias o Universidades (*Doctrina académica*); ni ii) con el concepto de *doctrina* (con minúscula), que equivale a una opinión consolidada sobre un principio o criterio jurídico concreto (como, por ejemplo, la doctrina del título y el modo en las adquisiciones o la de la *división de poderes* que nos ocupa).

Esto aclarado, es de precisar que tampoco toda opinión mantenida por los órganos jurisdiccionales sobre la interpretación o aplicación del Derecho constituye jurisprudencia, sino sólo aquella que ha sido formulada de manera constante (suele exigirse una reiteración en al menos dos fallos firmes) y uniforme (sin matices diferenciales o variaciones jurisprudenciales) por el órgano jurisdiccional superior contra cuya resolución no queda ulterior recurso en el sector de asuntos de que se trate (que, por lo general, es el Tribunal Supremo).

En los Derechos de tradición anglosajona, el prestigio e independencia judiciales como soporte central del *commom law* es tal que la jurisprudencia es fuente del Derecho, en cuanto que lo fallado en un primer caso ejemplar (*leading case*) vincula a quien lo formuló y a los demás juzgadores posteriores de rango igual o inferior con la fuerza del *precedente* (principio *stare decisis*), siempre que las circunstancias del caso sean similares o no haya motivos relevantes para alterarlo<sup>89</sup>.

Pero, en los Derechos de tradición continental, la primacía de la ley, derivada de la centralidad de la institución parlamentaria por su legitimidad democrática de primer grado, relega la jurisprudencia a una función *completiva* del ordenamiento jurídico que no impide *variaciones* jurisprudenciales por cambio de circunstancias o de apreciación de las mismas, ni tampoco *desplazamientos* de la jurisprudencia operados por modificaciones legislativas posteriores.

<sup>89</sup> Los criterios para alterar precedentes fueron estereotipados por Lord Reid, en un *extra curial ipse dixit* (formulado a partir de diversos casos, en los que fue ponente entre 1966 y 1975, para limitar las variaciones jurisprudenciales en el Comité Judicial de la Cámara de los Lores) y, según el cual, el juzgador debe actuar con suma cautela y auto-restricción en estos supuestos, para: no derogar preceptos sancionadores ni fallos interpretativos de normas; respetar las legítimas expectativas de los contratantes; y no modificar concepciones jurídicas globales (que siempre requieren leyes parlamentarias); sino limitarse a aclarar incertidumbres, supear vías o aspectos oscuros o introducir mejoras claras, que no estén abocadas a efectos imprevisibles.

## **B) Poder Judicial y ordenamiento jurídico: las resoluciones judiciales.**

La antigua y estéril polémica sobre si la *jurisprudencia* es o no fuente formal del Derecho no puede hacer olvidar que las resoluciones judiciales firmes, aunque no constituyan jurisprudencia, se incardinan en la fase *impositiva* del ordenamiento jurídico.

En efecto, en dicha fase *impositiva*, se trata de aplicar, a casos litigiosos concretos, las disposiciones que conforman las fases *constitucional* y *legal* del ordenamiento jurídico. Por tanto, la fase o nivel *impositivo* del ordenamiento jurídico tiene por objeto aplicar el Derecho, pasando de la contemplación, necesariamente general, de los supuestos de hecho que es propia de las normas jurídicas, a la subsunción de los hechos producidos en la realidad en aquellos supuestos para concluir con la aplicación al caso de las consecuencias jurídicas previstas al efecto en tales normas.

El Poder Judicial realiza así un macro-silogismo donde el ordenamiento vigente opera como premisa mayor, la prueba de los hechos producidos en la realidad opera como premisa menor y la sentencia es la conclusión consistente en aplicar a los hechos probados la consecuencia jurídica prevista con carácter general por el ordenamiento jurídico. La generalidad de las disposiciones jurídicas requiere, en suma, la concretización a cada caso litigioso y esa es la función que corresponde al Poder llamado Judicial precisamente porque consiste en decir o aplicar el Derecho a casos concretos.

Conviene repetir estas obviedades para destacar que las resoluciones judiciales, una vez firmes, son también auténticas disposiciones (normas) jurídicas de obligada observancia y, por eso, se incardinan en el ordenamiento jurídico en cuya fase *impositiva* han nacido y a la que pertenecen, por más que su ámbito de aplicación quede, ordinariamente, reducido a quienes fueron partes litigantes en el proceso y sus causahabientes, aunque, excepcionalmente, puedan ser *extendidas* o aplicadas luego a casos similares mientras no varíe la jurisprudencia o sea modificada la legislación aplicable.

La obligatoriedad de las resoluciones judiciales firmes deriva, pues, de su carácter de disposiciones (normas) jurídicas y, por ello, constituyen también Derecho y un Derecho vigente, por cuanto su vigor o fuerza deriva de la fuerza social emanada del grupo estatal que impregna todo el ordenamiento jurídico. De ahí también se deriva que las resoluciones firmes sean ejecutivas y ejecutorias, en su caso, coactivamente.

## **C) Poder Judicial y jurisdicción.**

La relación del Poder Judicial con el Derecho es, fundamentalmente, de tipo impositivo, ya que consiste en *decir* y aplicar imperativamente, a un conflicto o caso concreto, el Derecho que es aplicable para resolverlo. Pero aquí *decir* no es un mero pronunciamiento inefectivo, ya que deriva de *dicere*, que es un verbo latino que in-

dica *potestas*, esto es, se refiere a una manifestación de voluntad del poder público en el sentido de promulgar una disposición jurídica por la que se resuelve imperativamente un conflicto determinado.

En otras palabras, la *jurisdicción* remite al *poder* público que encierra, es decir, a la supremacía de mando (*imperium*) que, para lograr objetivos de interés general, los titulares de los órganos públicos habilitados ostentan sobre todos o parte de quienes residen en de cierto territorio o resultan afectados por cierta materia.

Ahora bien, dicha supremacía de mando, aunque es tan multiforme como exige el interés público a cuya satisfacción se dirige, presenta diversas manifestaciones *típicas*, como la de dictar normas jurídicas (poder *legislativo*), desarrollarlas y llevarlas a cabo (poder *ejecutivo*) o aplicarlas objetivamente en conflictos concretos (poder *judicial*).

Pues bien, para acotar esa supremacía y ordenar la actuación de sus titulares, surgen los conceptos de *jurisdicción* (como ámbito material y espacial asignado al poder público) y *competencia* (como medida en la que se ostenta dicha jurisdicción por razón de ciertos parámetros, como el territorio, la materia, la jerarquía, la cuantía o el procedimiento).

Aunque estos dos últimos conceptos (*jurisdicción* y *competencia*) suelen emplearse con más frecuencia y precisión en el ámbito del Poder Judicial de cada Estado, constituyen nociones generales y abstractas aplicables en otros ámbitos, como se aprecia en el llamado Derecho interno *conflictual*, esto es, el que regula la forma de resolver los conflictos entre órganos constitucionales o integrados en cada uno de los distintos Poderes, por razón de su respectiva jurisdicción o competencia sobre un asunto concreto; propiciando así no poca confusión por el uso traslaticio, inseguro e incluso impropio de los respectivos términos<sup>90</sup>.

<sup>90</sup> Así, el término *jurisdicción*: i) aplicado al Poder Legislativo, expresaría el conjunto de materias sobre las que un Parlamento puede constitucionalmente intervenir o legislar, aunque, para designarlo, se suele emplear más el término *competencia* (legislativa) en su sentido constitucional o el término, más restringido, de *reserva* (de ley); ii) aplicado al Poder Ejecutivo, significaría las materias atribuidas a un Gobierno sobre el territorio que le corresponde, siempre que no las asuma el Parlamento (pues no hay propiamente una *reserva* en favor del Poder Ejecutivo); iii) aplicado al ámbito internacional, se refiere a lo que la Carta de la ONU denomina *dominio reservado* (*domain reservé*) a los distintos Estados y así, en Derecho del Mar, se emplea el término aguas *jurisdiccionales*; y en, en Derecho tributario internacional (e incluso en el interno de ciertos Estados compuestos con autonomía para la exacción de ciertos tributos), se emplea el concepto de *jurisdicciones fiscales* para aludir a las distintas entidades públicas que, como sucede con los Territorios forales vasco y navarro, pueden exigir tributos propios en ciertos espacios o materias. Algo similar sucede con el término *competencia*, el cual, aplicado al Poder Ejecutivo, expresa, en Derecho Constitucional, las materias atribuidas a cada Gobierno (central y autonómicos) o a las Entidades locales (el *pouvoir municipal*, según la terminología francesa); y, en Derecho Administrativo, las atribuciones de cada órgano administrativo y las tareas asignadas a cada puesto de trabajo. Cfr. GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho administrativo español*, Pamplona, Eunsa, 2ª ed, 1993.

Pero, en el ámbito del Poder Judicial, la *jurisdicción* se traduce en la función de *potestas* consistente en introducir, en la fase impositiva del ordenamiento jurídico, una disposición (norma) jurídica que es obligatoria porque encierra la fuerza que dicho ordenamiento recibe del grupo social del que emana y al que ordena; aunque, en un segundo momento, dicha *jurisdicción* se concrete, por razón de diversos parámetros materiales de acotamiento en *órdenes jurisdiccionales* (es decir, conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se encomienda la cognición de grandes ámbitos de conflictividad, como los civiles, penales, laborales, militares o contencioso-administrativos), cada uno de ellos concretado, a su vez, en diversos ámbitos de *competencia* (por razón de la materia, las personas, el territorio, la jerarquía funcional, la cuantía o el procedimiento).

#### **D) Poder Judicial y judicación.**

El Poder Judicial se refiere también a otro concepto que conviene deslindar, cual es el de *judicación*, entendiéndolo por tal, la función propia de señalar razonadamente el Derecho aplicable a un conflicto concreto. Si la *jurisdicción* traslucía la idea de *imperium* y *potestas*, *judicación* alude a una idea de *auctoritas* y racionalidad, en cuanto que se limita a descubrir y mostrar las razones, sobre todo, las de tipo jurídico, es decir, las normas o disposiciones jurídicas aplicables a la resolución de un conflicto concreto.

En el bifásico procedimiento formulario romano, la distinción de ambos conceptos era más clara, ya que cuanto, en el proceso, requería decisiones (manifestaciones de voluntad) de *imperium* (mando, originariamente militar) era propio de la *jurisdicción* y debía ser adoptado, en la fase *in iure*, por el único órgano que, en dicho proceso, ostentaba tal facultad de *potestas* (poder público), es decir, el pretor (o asimilado); mientras que el razonamiento jurídico preciso para valorar la prueba y emitir una mera opinión (*sententia*) fundada en Derecho o en criterios de racionalidad era propio de la *judicación* y correspondía, en la fase *apud iudicem*, adoptarla al juez, árbitro o tribunal que, si era lego en Derecho, contaba al efecto con el asesoramiento de los jurisperitos cuyos criterios o respuestas (*responsa*) a las dudas (*dubia*) servían de base para sentenciar.

La etimología latina distingue también ambos conceptos, ya que, si, como se ha dicho, *jurisdicción* deriva de *dicere*, decir o dictar, que implica una voluntad de *potestas* que corresponde a quien tiene *imperium* (como lo prueba que, a la máxima magistratura de mando, se la denominase *dictator*), *judicación* deriva de *dicare* que implica *auctoritas* pues evoca el *numen* o inspiración, originariamente sacral y oracular, con la que los pontífices (y luego sus sucesores, los jurisprudentes) respondían a las consultas, de suerte de sus respuestas no eran

tanto meros dichos verbales (*dicta*) o escritos (*dictata*), cuando dedicaciones (*dicationes*) a la divinidad (ordenadora del cosmos) que las inspiraba y que eran también ofrecidas (*dicata*) a los jueces y a las partes litigantes para que pudieran con ellas resolver el pleito<sup>91</sup>.

La confusión entre actuaciones procesales de *potestas* y *auctoritas* que, por motivos de simplificación orgánica y funcional, conllevó la *cognitio extraordinem* y luego el proceso canónico y el moderno constitucionalismo, desdibujaron, en el Poder Judicial, la diferencia entre sus funciones de *judicación*, que implican *auctoritas* (como son, especialmente las de valorar la prueba, juzgar y sentenciar) y las de *jurisdicción*, que implican *potestas* (como son, no sólo las denominadas de *jurisdicción contenciosa*, esto es, las de instrucción e impulso procesal, investigación y policía judicial y de estrados, de aseguramiento y ejecución de lo juzgado; sino también las denominadas de *jurisdicción voluntaria*, esto es, las de prevención de cualquier interés encomendado legalmente a los jueces).

## XII. LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

### 1. Concepto.

Al comenzar este estudio describí la *separación de poderes* como una doctrina politológica, originada en el constitucionalismo occidental, por la que el poder del Estado, tanto en sus instancias centrales como en las dotadas de una descentralización no meramente administrativa, debe ser limitado, asignando cada una de las funciones típicas en las que se manifiesta (principalmente, la legislativa, la ejecutiva y la judicial) a órganos o complejos orgánicos diferentes (principalmente, el Parlamento, el Gobierno y los órganos jurisdiccionales), de suerte que se contrapesen mutuamente y que, de ese equilibrio, resulte garantizada la libertad y demás derechos humanos y, en suma, la democracia.

<sup>91</sup> La tardía expresión *pleito* deriva de *placitum* (participio de *placeo*, desear con determinación) y expresa, no tanto la contienda privada (*litis*, de donde *litigio*) entablada entre las partes, como la voluntad resuelta (*placet*) que manifiestan, por un lado, dichas partes al prepararla (la 5ª Partida denominaba *pleytos* a los pactos y contratos y a las posturas procesales derivadas de ellos), entablarla (demandando, contestando, replicando) y mantenerla (impugnando, ratificando, no desistiendo); y, por otro, el magistrado al aplicar su *imperium* para resolverla mediante una sentencia definitiva y, sobre todo, para ejecutarla (por eso, el Derecho postclásico denominó *placita principis* a las órdenes imperiales ejecutivas). En suma, *pleito* remite a una voluntad (litigante, de las partes; y resolutoria, del juzgador) y, por ello, evoca la *potestas* que encarnan tanto las partes como el juez. Este significado de voluntas luce también en otras instituciones como el *placet* conferido por los Gobiernos a los diplomáticos extranjeros o las resoluciones canónicas dejadas al arbitrio (*ad beneplacitum*) de un superior.

El análisis de las complejas nociones que encierra esta descripción (el *poder* en general, el *poder político* en particular, así como el *Estado*, sus *elementos*, *formas*, *funciones* y *Poderes*), aun siendo somero, ha revelado: i) que el *poder* estatal es formidable pues comprende nada menos que la innovación del *ordenamiento jurídico* mediante disposiciones obligatorias que, en sus tres *niveles* (constitucional, legal e impositivo), determinan el establecimiento de un *orden jurídico* que delimita la *esfera jurídica* de todos los ciudadanos; ii) que un tan inmenso poder ha de ser necesariamente limitado, siendo la *doctrina de la división de poderes* el principal, aunque no el único, mecanismo para lograrlo; y iii) que los múltiples y complejos factores intervinientes en las nociones analizadas determinan que la imprescindible limitación del poder estatal requiera un permanente esfuerzo de actualización de tales mecanismos.

## 2. Formulación teórica.

Como es bien sabido, constituye mérito de Montesquieu el haber formulado, en el siglo XVIII, la *doctrina de la división de poderes* con estas palabras, que figuran en el Libro XI,6 de su crucial obra *El Espíritu de las Leyes*:

*“Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, la potestad legislativa y la potestad ejecutiva están reunidas, no puede haber libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o senado pueda hacer leyes tiránicas, para ejecutarlas tiránicamente.*

*De nuevo, no hay libertad, si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese unida a la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; debido a que el juez sería el legislador. Si se uniera a la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor.*

*Todo estaría perdido, si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los crímenes o las diferencias entre los particulares.*

*La potestad ejecutiva debe estar entre las manos de un monarca, porque esta parte del gobierno, que tiene, casi siempre, necesidad de una acción momentánea, está mejor administrada por uno que por varios; mientras que lo que depende de la potestad legislativa está mejor ordenada por varios que por uno sólo.*

*Pero, si no hubiera monarca y la potestad ejecutiva fuera confiada a un cierto número de personas sacadas del cuerpo legislativo, no habría ya libertad, porque los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas tendrían a veces, y podrían siempre tener, parte la una en la otra”.*

### 3. Precedentes.

Desde luego, Montesquieu no partía de un vacío intelectual en esta materia y, no sin razón, se han mostrado precedentes de su genial idea, tanto en la Antigüedad greco-romana, como en la Edad Media y Moderna.

#### A) La democracia ática y la república romana.

Los precedentes greco-latinos se encuentran en la revolución democrática ateniense protagonizada por Clístenes (508 a.C.) y Efialtes (468 a.C.), al reducir drásticamente los antaño omnímodos poderes del tribunal del Areópago, limitándolo al enjuiciamiento de los delitos de sangre y situar el centro del poder popular en una Asamblea legislativa (*Boulé*) que también elegía a los titulares de las principales magistraturas militares y gubernativas, así como a los jueces de los tribunales ordinarios (*Heliaia*). Esta revolución fue la que permitió el gobierno de Pericles y la que expandió por el Mediterráneo el modelo ateniense de ciudad-estado en el que también trató de inspirarse la organización republicana en Roma sobre la base de un equilibrio entre la *auctoritas* (del Senado y de los juristas) y la *potestas* (del pueblo reunido en Comicios y de los magistrados civiles y militares).

En esa línea, suelen traerse a colación algunos textos de Platón (en *La República*, *Las leyes*, y *Timeo*), Aristóteles (en *La Política* y en *La Constitución de Atenas*), Cicerón (en *La República*, y *Las leyes*) o Polibio (en su *Historia*); pero no debe olvidarse que la teoría política clásica deriva de la enérgica crítica realizada por Sócrates a los sofistas y, en definitiva, a la demagogia, como corrupción de la democracia, por lo que encierra más bien un mensaje en favor de la aristocracia y, a postre, una legitimación del imperio, como así sucedió cuando el régimen de Pericles fue sustituido por los 30 tiranos y finalmente por la hegemonía macedónica o cuando el orden republicano de Roma fue sustituido por el imperial.

Por eso, las referidas aportaciones filosóficas deben ser situadas más bien en la línea ética, sugerida por los estoicos, de lograr un buen ejercicio del poder político encarnando las virtudes cardinales en los titulares de las distintas instituciones; así: la prudencia, en los gobernantes; la justicia, en los tribunales; la fortaleza, en los mandos militares; y la templanza, en los órganos legislativos.

## B) Feudalismo y régimen señorial.

La ruralización propia del Bajo Imperio romano condujo, a través de una expansión de los contratos enfiteúticos para el cultivo de latifundios controlados por magnates, al nacimiento del *feudalismo* que, a la postre, ocasionó la notable confusión medieval entre *dominium* e *imperium*, por la que se investía, a los señores, en titulares: como dueños de sus tierras, del poder privado sobre sus cultivadores (señorío *solariego*); y, como gobernantes de sus territorios, del poder público sobre sus habitantes, poder éste último que era ejecutivo y judicial (señorío *jurisdiccional*)<sup>92</sup>. Nada más lejos de una *división de poderes*, aunque, durante el medievo, comenzaron algunos atisbos de la misma.

Para el ejercicio ordinario de la función jurisdiccional, los señores designaban a los jueces (*señoriales*) que sentenciaban a su libre albedrío o según el Derecho de la tierra, integrado por las costumbres autóctonas y los viejos textos de Derecho romano vulgar o de Derecho germánico, más o menos recopilados en los distintos reinos (como, entre nosotros, el *Liber iudiciorum* o *Fuero juzgo*) que se hacían eco de un antiguo poder legislativo general de reminiscencia imperial.

El feudalismo se extendió así por Europa y, en la Península ibérica, especialmente en las zonas que había tenido una mayor influencia carolingia, como Cataluña donde la servidumbre de la gleba y los *malos usos* se generalizaron<sup>93</sup>. Pero, en las tierras riojanas y castellanas, se disfrutó de un régimen de mayor libertad (*ingenuitas*), al haber quedado despobladas tras la conquista musulmana y sido luego reconquistadas y repobladas mediante Fueros locales y cartas-puebla por los que el señor repoblador eximía, a quienes fueran a habitarlas, de las más onerosas prestaciones, para así favorecer la inmigración (*fueros buenos*), especialmente en

<sup>92</sup> El *Digesto* 2.1.3 y las *Partidas* 4.2.25 denominaron a este señorío jurisdiccional de *mero imperio*; término derivado de *merus-a-um*, un adjetivo que no alude, como en la actualidad, a algo sencillo o simple, sino a un mando puro y duro, es decir, ilimitado y extensivo a lo civil y lo penal, comprendiendo incluso los derechos de sentenciar a muerte, *ius vitae ac necis* o “de horca y cuchillo” y a infligir castigos corporales, *ius maletractandi*, así como a otros *malos usos* sobre los vasallos.

<sup>93</sup> Expresión *malos usos* suele aplicarse en la historiografía medievalista a cualesquiera las prestaciones vasalláticas, personales o tributarias, e incluso a las crueles pruebas procesales, como la tortura y las *ordalías* o juicios de Dios mediante la resistencia al agua hirviendo o al hierro candente; pero, en rigor, debe reducirse a las prestaciones del Derecho feudal reputadas más abusivas. Así, los *Usatges* de Barcelona, resumían los *malos usos* sobre los payeses en los siguientes: i) la *intestia* o derecho del señor a heredar al siervo que moría sin testar; ii) la *exorquia* o derecho del señor a heredar al payés que moría sin descendencia; iii) la *cugucia*, o derecho de señor a incautar la dote de la adúltera por mitad, si lo ignoraba el marido; y totalmente, si el marido lo sabía; iv) el *arsia* que hacía al remensa responsable de su predio, de modo que, si se producía un incendio o una catástrofe en él, debía compensar al señor feudal; v) la *firma de spoli* o pago hecho por el padre de la novia al señor para que éste autorizase el casamiento, y cuya función no era tanto compensar por la renuncia a un dudoso *ius primae noctis* o derecho de pernada sobre la esposa, cuanto reconocer al esposo como nuevo collazo sobre las tierras del matrimonio; y vi) la *remensa* o pago que debía hacer un siervo por recuperar su libertad de movimientos y dejar de estar adscrito a la tierra que trabajaba. El ordenamiento feudal se compilaría en el s. XII en colecciones como los lombardos *Libri feudorum*, que luego comenzaron a incluirse en las ediciones del *Corpus Iuris*.

localidades cuyo señor natural (normalmente por derecho de reconquista) era el rey (tierras de *realengo*). Esta diferencia ha llevado a la historiografía a distinguir en España (de forma no demasiado clara cuando se aplica a casos concretos) entre régimen *feudal* y *señorial*<sup>94</sup>.

Una posición intermedia ostentaban las tierras que tenían por señor a una autoridad eclesiástica (tierras de *abadengo*), como un obispo (señoríos *episcopales*) o el superior de un monasterio (señoríos *monacales*), ya que, mientras los obispos estaban sujetos a la moderación del Derecho canónico universal o particular, los superiores monasteriales sólo dependían de la respectiva Orden monástica, por lo que disponían de un régimen particular que, en ocasiones, fue claramente feudal.

En este atomizado marco alto-medieval, el Rey no pasaba de ser un señor más<sup>95</sup>, cuyo poder político (potestades de regalía) dependía de la amplitud de sus dominios de realengo y de las sumisiones vasalláticas que hubiera podido conseguir sobre los señores territoriales que le hubieran reconocido como su señor natural.

Una de esas regalías solía ser el derecho a fallar pleitos en segunda instancia, es decir, el de resolver apelaciones contra sentencias de los jueces señoriales, lo que ocasionó que el poder de tales señores, al estar, en esa medida, limitado o mixtificado por el poder regio, pasara a ser denominado *de mixto imperio*.

De esta asunción de la segunda instancia, deriva la progresiva implantación de la *real jurisdicción ordinaria* sobre todo el reino: primero, mediante jueces regios itinerantes que seguían un circuito determinado de ciudades para administrar justicia (*iudices in itinere*); y más tarde, mediante jueces o tribunales permanentes territoriales (como, en los reinos españoles, los *Adelantados* o las *Audiencias* y luego las *Chancillerías* regias) o centrales (que, por estar, radicados en la corte regia, fueron llamados *Cortes* de justicia o, entre nosotros, el *Consejo Real*, el cual terminó escin-

<sup>94</sup> Por oposición a los usos o fueros *malos*, se denominó *buenos* a los Fueros locales que comenzaron a limitar o moderar y, a veces, a suprimir, más o menos ampliamente, las prestaciones más agobiantes, generando así la opinión historiográfica de que, en La Rioja, y, en general en Castilla, debe hablarse más bien de régimen *señorial* que de *feudalismo*, concepto éste último que sería más propio de zonas como Cataluña que, al haber pertenecido a la *Marca Hispánica*, estaban más influidas por las costumbres carolingias. CLEMENTE RAMOS, Julián, “Buenos y malos fueros, aportación al estudio de la renta feudal en Castilla (siglos XI al XIII), en *Norba*, 5, 1984, págs. 117-126.

<sup>95</sup> Así resulta de la mítica fórmula previa al juramento que los reyes de Aragón debían prestar ante las Cortes para ser coronados: “Nos, *que valemos tanto como vos y juntos podemos más que vos, os hacemos nuestro Rey y Señor, con tal que guardéis nuestros fueros y libertades; y, si no, no*”. En su afán por singularizar el Reino de Aragón del de Navarra, la tradición fuerista aragonesa remitió esta fórmula a unos supuestos Fueros de Sobrarbe (que habrían inspirado a los de Tudela); si bien parece que su origen se encuentra en el s. XII y el hispanista Ralph E. Giesey, en su obra “*If not, not. The oath of the aragonese and the legendary laws of Sobrarbe*”, *Princeton University Press*, 1968 (traducida con el título *Si no, no*, en 2009, por la Universidad Camilo José Cela) sitúa su popularización a mediados siglo XVI, coincidiendo con el amparo prestado, a Antonio Pérez, por el Justicia Mayor, Lazuna.

diéndose en otros varios especializados por razón de la materia o del territorio), si bien todos ellos ejercían la jurisdicción por delegación del monarca, quien siempre podía avocarla o redistribuirla.

Pero el poder regio más radical, es decir, el militar, requería que los señores territoriales le aportaran las mesnadas correspondientes, ya que el rey no disponía de un ejército permanente ni de fondos para mantenerlo; y, si los precisaba, debía pedirlos a sus vasallos, con la problemática añadida de que estaban exentos de tributación los señores laicales (puesto que ya contribuían en especie aportando su armamento y manteniendo a las mesnadas de caballería e infantería de sus territorios cuando el rey lo requería) y los señores eclesiásticos (puesto que el clero se reputaba sucesor del privilegio bíblico de exención fiscal y castrense conferido a los levitas).

### **C) El pactismo y la teoría política del regnum.**

De ahí que, en la Baja Edad Media, terminara por imponerse el pactismo o doctrina del *regnum*, esto es, la teoría política según la cual los poderes regios dependían del *consentimiento* de sus vasallos a financiar y aportar los medios materiales y personales necesarios para la guerra.

Este *consentimiento* debía ser prestado en asambleas estamentales, así llamadas por estar integradas por representantes de los tres *órdenes*, *brazos* o *estamentos* decisorios que componían la sociedad feudal: el clerical (integrado por los dignatarios eclesiásticos del alto clero), el señorial (integrado por la nobleza territorial) y el *brazo* o *estado* llano, es decir, el *tercer estado*, integrado por los buenos hombres libres (pero *pecheros*, es decir, sujetos al *pecho* o tributación), representados por *procuradores* de las principales (no todas) municipalidades realengas a las que se había concedido derecho de voto en las Asambleas estamentales, denominadas, según los reinos (*Cortes*, como en los reinos hispánicos; *Estados generales*, como en Francia; o *Parlamento*, como en Inglaterra).

La necesidad que el rey tenía de obtener dicho *consentimiento* para la tributación (principio inglés *no taxation, without representation*), es decir, para la financiación de la guerra, terminó por colocar, a las Asambleas estamentales, en posición de condicionarlo a la previa prestación, por el monarca, de juramentos en el sentido de reparar *listas de agravios* (caso de las Cortes de Castilla, Aragón y Navarra) o de respetar en lo sucesivo derechos diversos exigidos por los representantes estamentales (caso de la *Carta Magna* inglesa).

En estas instituciones, se encuentra el origen del muy posterior predominio de los Parlamentos y del reconocimiento de los derechos humanos. Además, el pactismo

perdura en el origen de algunas entidades territoriales dotadas de autonomía en los actuales Estados compuestos.

#### D) Aportaciones canónicas.

No debe olvidarse que el Derecho Canónico es, junto con el Romano, uno de los pilares que construyeron el Derecho común europeo, por lo que es preciso destacar sus principales aportaciones a la construcción a las Teorías del Estado y de la *división de poderes*, que podemos esquematizar en las siguientes:

- Por un lado, la delimitación de las esferas de influencia entre los Estados (competentes en lo temporal) y las confesiones religiosas (competentes en lo espiritual), a través de una compleja evolución histórica, cuyos hitos principales fueron: el dualismo gelasiano<sup>96</sup> y la *via compromisii* como medio de superar el conflicto entre *cesaropapismo*<sup>97</sup> y *hierocratismo*<sup>98</sup>, y las secuelas de dicho conflicto, es

<sup>96</sup> La, equilibrada y actualmente reputada ortodoxa, *doctrina del dualismo gelasiano* (así llamada por haber sido formulada por el Papa Gelasio I en una carta, dirigida, en 494, al Emperador bizantino Anastasio I, en la que afirma: “*Hay dos principios, Emperador Augusto, por los cuales principalmente se rige el mundo: la autoridad sagrada de los pontífices y la potestad real*”), sostiene que corresponde, a la Iglesia (las confesiones religiosas), el predominio en lo espiritual: y, al Imperio (los Estados), en lo temporal. Aunque esta doctrina arranca del *dictum* evangélico “*dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios*” (Mt 22.21, Mc 12.17 y Lc 20.25), sólo pudo ser formulada por el Papado cuando, tras la caída del Imperio romano, dejó de existir un Emperador en Occidente que continuara la protección sobre la Iglesia que había iniciado Constantino; y aun no se había producido la donación de Pipino el Breve que supuso el nacimiento de los Estados pontificios y el alineamiento de éstos con la política de los monarcas carolingios y, a la postre, de Francia.

<sup>97</sup> El *cesaropapismo* (predominio del Imperio sobre la Iglesia) prevaleció en Oriente, donde se mantuvo el Imperio bizantino y, más tarde, el ruso, que prolongaron el favorecimiento constantiniano a la Iglesia y, tras el cisma, a la jerarquía ortodoxa. En Occidente, resurgió en la Iglesia latina cuando, restaurado el Imperio occidental como Sacro Imperio Romano Germánico, Carlomagno y sus sucesores (siglo IX) volvieron a intervenir en asuntos eclesiásticos, incluso en la elección de Papas y obispos, generando el máximo desprestigio eclesiástico durante el siglo X (*siglo de hierro*).

<sup>98</sup> Como reacción al *cesaropapismo* y a la decadencia romana, la reforma gregoriana (impulsada por Gregorio VII, en su *Dictatus Papae*, de 1075 y proseguida por Inocencio III e Inocencio IV) afirmó el *hierocratismo*, es decir, el predominio de las potestades pontificias en asuntos temporales. Ambas concepciones se enfrentaron en la *lucha de las investiduras*, donde se debatía si los feudos cuyo titular fuera un eclesiástico debían ser conferidos (con la consiguiente sumisión vasallática) por el Papa, como sostenían los güelfos, o por el Emperador, como sostenían los gibelinos. El Concordato de Worms (1122) logró un acuerdo al respecto, estableciendo que el Papa confiera los poderes espirituales y el Emperador los temporales. Pero la reforma gregoriana, impulsada mediante las decretales pontificias, pretendió generalizar el *hierocratismo* a todos los ámbitos cuando Bonifacio VIII, en la Bula *Unam Sanctam* de 1302, planteó la llamada *teoría de las dos espadas*, según la cual la cristiandad estaba gobernada por las dos referidas potestades, pero reservándose la eclesiástica el enjuiciamiento moral de los gobernantes civiles mediante el instrumento de supremacía que suponía su posible excomunión, la cual determinaba la liberación de los juramentos vasalláticos de fidelidad.

decir, el *conciliarismo*<sup>99</sup>, el *regalismo*<sup>100</sup> e incluso el actual *laicismo*. La cuestión sería obvia si no existieran todavía Estados cuyos ordenamientos siguen siendo confesionales, no reconocen la libertad religiosa y, en suma, no han asumido aún las consecuencias de la revolución religiosa europea de los siglos XVI y XVII.

---

<sup>99</sup> El *hierocratismo* o predominio pontificio implicaba el *dominium mundi* y, por ello, condujo al *cisma de Occidente* cuando los reyes franceses (que se consideraban protectores de la Iglesia desde que Pipinio el Breve donara al Papa los Estados pontificios) trataron de controlar al Papado instalándolo en Avignon, mientras que los cónclaves cardenalicios siguieron eligiendo Papas para la sede de Roma. La situación sólo podía ser superada mediante la *vía compromisitii*, que había preconizado el gran canonista y jurista aúlico San Raimundo de Peñafort (1180-1275), es decir, mediante acuerdos (como el logrado en el precitado *Concordato de Worms* de 1122, para terminar la lucha de las investiduras; o, posteriormente, en el *Compromiso de Caspe* de 1412, para la sucesión en el trono de Aragón vacante tras la muerte de Martín I y en el que se eligió a Fernando de Antequera de la casa de Trastámara), y así se convocaron concilios de reconciliación, como fueron los de Constanza (1417, que concluyó el *cisma de Occidente* con la elección de Martín V) y Basilea-Ferrara-Florenza (1431-1445, que incluso logró un acuerdo con los ortodoxos para superar el *cisma de Oriente* en vísperas de la caída de Bizancio). Pero este útil recurso a los Concilios condujo al *conciliarismo*, según el cual el Concilio primaba sobre el Papa. Aunque esta doctrina fue reputada herética por atentar contra la potestad petrina, influyó notablemente en el parlamentarismo europeo e hispanoamericano e incluso en el moderno concepto canónico de *sinodalidad*.

<sup>100</sup> *Regalías* eran todas las potestades que en el Antiguo régimen se consideraban inherentes a la Corona, como las patrimoniales (para administrar el demanio público y el patrimonio regio, *iura patrimonii*), fiscales (para exaccionar los tributos, *iura fisci*), penales (para imponer penas, *ius puniendi*), militares e internacionales (para declarar la guerra o concertar tratados de paz, *ius belli ac pacis*), entre otras muchas y también las que se consideraba que correspondían al monarca en asuntos eclesiásticos (como el derecho de presentación de obispos, el *pase regio* o autorización para publicar documentos eclesiásticos o el *regio patronato* sobre determinadas Iglesias de fundación regia o sobre territorios coloniales). La generalización de estas últimas condujo al *regalismo*, doctrina política que sostiene una competencia general del Estado sobre asuntos eclesiásticos. Esta doctrina comenzó a fraguarse en la Alta Edad Media a partir de las fundaciones regias de templos y se incrementó hasta el siglo XVI merced a las cesiones que las Iglesias tuvieron que realizar para obtener el apoyo de los reyes en las luchas de religión; se consolidó tras el Tratado de Westfalia (1648) que consagró el criterio *cuius regio eius religio* favoreciendo el nacionalismo eclesiástico y, sobre todo, durante el despotismo ilustrado del s. XVIII, siendo heredado por los Estados laicos surgidos tras la Revolución francesa, hasta su moderación mediante la técnica concordataria, es decir, por el Derecho canónico externo, especialmente en el siglo XX, tras el reconocimiento de la personalidad internacional de la Santa Sede y el Concilio Vaticano II.

- Por otro lado, las grandes construcciones canónicas de la personalidad jurídica<sup>101</sup>, el proceso judicial<sup>102</sup> y el Derecho electoral<sup>103</sup>, donde surge la regla democrática *quod omnes tangit*<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> La construcción de la persona jurídica como entidad susceptible de derechos y obligaciones (y, por tanto, de ser excomulgada) es una ficción jurídica elaborada (a partir del *abstractum*, asociativo o fundacional que encierran), por el canonista Sinibaldo de Fieschi (1180-1275), autor de un monumental *Apparatus* de comentarios a las decretales para la Universidad de Bolonia y que, tras ser elegido Papa como Inocencio IV (1243-1254) empleó, no sólo para explicar diversas organizaciones eclesiásticas, sino también para la interdicción de las civiles que se oponían al *hierocratismo* gregoriano; pero esta ficción ha sido esencial para la construcción del Derecho mercantil y también, para la conceptualización de la personalidad jurídica del Estado, en Derecho internacional: y, de las Administraciones públicas, en Derecho Administrativo. Cfr. PANIZO ORALLO, Santiago, *Persona jurídica y ficción, estudio de la obra de Sinibaldo de Flicchi (Inocencio IV)*, Pamplona, Eunsa, 1975.

<sup>102</sup> Tras la oficialización del cristianismo y la caída del Imperio romano, la *cognitio extra ordinem* fue asumida por los Obispos en la *episcopalis audientia*, de cuya experiencia el Derecho canónico fue construyendo la institución del proceso judicial europeo tal y como ahora la conocemos, mediante la fijación de los siguientes principios: i) escritura de las actuaciones para garantizar la seguridad jurídica y los recursos (Const. *Quoniam contra falsam*, de Inocencio III, en el IV Concilio de Letrán, CIC 10.2.19.11); ii) inmediación (Dec. *Si quis testium*, De Eugenio III, CIC 10.2.20.8); iii) rogación e inquisición (Dec. *Olim inter*, de Gregorio IX, CIC 10.2.5.1); iv) favorecimiento de la mediación, el arbitraje y la conciliación (Dec. *Statuimus*, de Alejandro III, CIC. 10.1.36.2); v) justicia gratuita para pobres (III Concilio de Letrán, CIC 10.1.37.1) vi) sumariedad (Dec. *Dispendiosam*, de Clemente V, CIC, Clem. 2.1.2); vii) estímulo de la comparecencia (Dec. *Quoniam frequenter*, de Inocencio III, CIC 10.2.6.5); viii) citación edictal al rebelde (Dec. *Cum dilecti*, de Inocencio III, CIC 10.2.14.6); ix) preclusión (Decs *Cum dilectus* y *Pastoralis officii*, de Inocencio III, CIC 10.2.22.9 y 10.2.12.5); x) imputación de la carga de prueba al actor (Dto de Graciano, C.2.q.3.c.6 *palea*); xi) interpretación *in dubio pro reo* (Dto de Graciano, *De poenit*, c. 22, Dec. *Ex literis*, de Lucio III, CIC 10.2.19.3; y CIC, in 6, *reg. iur.* 49); xii) favorecimiento del poseedor de buena fe (Dec. *Cum dilectus*, de Inocencio III, CIC 10.2.10.2 y IV Concilio de Letrán, CIC 10.2.13.18); xiii) admisión de la prueba pericial (Dec *Litere vestrae*, de Honorio III, CIC 10.2.19.14); xiv) ordenación de la práctica de los distintos medios de prueba (Decs. *In causis*, de Alejandro III, y otras, en CIC 10.2, núms. 6.5, 20.15, y 22.9 y 16) xv) motivación de las resoluciones judiciales (Dec. *Ad praesentiam*, de Alejandro III, CIC 10.2.28.16; xvi) competencia funcional en las apelaciones (Decs. *de appellatombus*, de Gregorio IX, CIC 10.2.28); y xvii) cosa juzgada y recurso extraordinario de revisión (Dec. *Auditis*, de Inocencio III, 19.1.41.3). Sin estas aportaciones canónicas, no se hubiera construido la institución del proceso contradictorio que es esencial para la conceptualización del Poder Judicial. Cfr. BUENO SALINAS, Santiago, *Tratado general de Derecho Canónico*, Barcelona, 2004, págs. 118.121.

<sup>103</sup> Desaparecida tempranamente la elección de los Obispos por los fieles de las Diócesis, la provisión de los oficios eclesiásticos devino jerárquica, pero los cánones 3, 21 y 64 de la *Regla benedictina* impulsaron la elección de los abades y otros oficios monásticos mediante elección universal, libre y secreta de los monjes constituidos en Capítulo. Este sistema capitular pasó a los Cabildos de Catedrales e Iglesias cuando los mismos dejaron de ser regulares y se convirtieron en seculares. El sistema electoral canónico, regulado en las Decretales (CIC 10.1.6), influyó decisivamente en la configuración de la normativa electoral de las corporaciones civiles y, desde ellas, en la regulación electoral de las instituciones representativas en las democracias. Cfr. BUENO SALINAS, Santiago, *Tratado general de Derecho Canónico*, op. cit, págs. 123-125.

<sup>104</sup> El principio canónico *quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet* (lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado), conocido, por sus iniciales, como *regla q.o.t.*, procede de un fragmento romano sobre cotutores (*Codex* 5.59.5), reflejado en una Decretal de Inocencio III sobre archidiaconos (CIC 10.1.23.7-6), que Dino de Mugello incorporó, como *Regula iuris* 29, al *Liber Sextus* de las Decretales, promulgado en 1298 por Bonifacio VIII (1294-1303), de donde pasó al canon 101 CIC'17 y al vigente canon 1119.2 CIC'83. En su origen, este principio era una exigencia de unanimidad para garantizar el veto a la minoría disidente, como parece sugerir la Decretal *Dudum*, de Inocencio III (recogida en CIC 10.1.6.22), que mandaba respetar la voluntad de la *maior et sanior pars*, es decir, no sólo la mayoritaria (*maior pars*), sino también (*et*) la minoritaria, cuando ésta representase un criterio canónicamente más sensato y recto (*sanior pars*). Frente al brocado absolutista *lex est quod principi placuit* (la voluntad regia es ley) que, partiendo de un texto de las *Instituciones* de Justiniano (I. 1.2.6), era esgrimido por los bartolistas, en el marco de la recepción del Derecho público imperial romano (*mos italicus*), la *regla q.o.t.* fue esgrimida para legitimar el pactismo medieval en Inglaterra y Aragón. En el s. XV, inspiró el

## E) Aportaciones de la politología renacentista.

El Renacimiento aportó a la politología el concepto de *Estado*, al reflexionar sobre las potestades del Príncipe (Maquiavelo) y descubrir, en su poder absoluto o soberanía regia, el mejor antídoto contra las guerras de religión (Bodin) y para, en suma, imponer el orden público (Hobbes). Como quiera que ya hemos aludido anteriormente a estas aportaciones al tratar de los conceptos de *Estado* y *soberanía* y cómo el absolutismo quedó amparado por la recepción del Derecho común romano-canónico según el *mos gallicus*, sólo procede advertir que ambos conceptos son previos a la doctrina de *división de poderes*, puesto que condujeron al absolutismo de los monarcas contra la que dicha doctrina vino a reaccionar.

## 4. Formulaciones prácticas.

### A) Modelo inglés de Estado mixto.

El triunfo del absolutismo determinó que hubiera que esperar a la politología barroca, de finales del siglo XVII, y concretamente al triunfo de la revolución inglesa (1668-1689), para que la doctrina de la *división de poderes* (sugerida en el modelo utópico de la *Oceana* que Harrington dedicó a Cromwell en 1656), quedada prefigurada por Locke.

Como también antes hemos expuesto, la revolución del siglo XVII condujo en Inglaterra a una supremacía institucional del Parlamento sobre el rey (desde que el *Instrument of government* de 1653 atribuyó al Parlamento la potestad legislativa); la independencia judicial (tras la estela del juez Coke, que culmina en la obra de Blakstone, 1723-1780); y la moderación de las potestades residuales de la Corona por el *commom law*, aplicado e interpretado de forma independiente por los tribunales regios, en el marco de un amplio reconocimiento de los derechos humanos en la línea trazada, desde la medieval *Carta Magna*, al *Bill of rights* y al *Acta de Tolerancia* de 1689.

Se ha denominado a este modelo *Estado mixto*, porque encarna una forma de régimen político que presenta elementos propios de la democracia representativa (radiada en la Cámara baja del Parlamento o Cámara de los comunes), de la oligarquía nobiliaria (representada en la Cámara alta del Parlamento o Cámara de los lores) y de la autocracia (que supone la Corona).

---

movimiento *conciliarista*; y, desde entonces, es reputada como primicia del constitucionalismo democrático, del sufragio universal mayoritario e incluso de la potencia constituyente originaria, y, por ello, fue considerada como legitimadora de los movimientos unionistas y también de los secesionistas, como sucedió en el siglo XIX para la independencia de los Estados hispanoamericanos e incluso actualmente en los casos de Irlanda, Escocia y Cataluña. Cfr. MERELLO ARECCO, Italo, “la máxima q.o.t. una aproximación al estrado del tema”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso (Chile), 27, 2005, 163-175; y UTRERA GARCIA, Juan Carlos (sel.), *Conciliarismo y constitucionalismo, selección de textos*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

En realidad, esta mezcolanza ya aparecía en las constituciones democráticas del Ática clásica y de la república romana, así como en diversas ciudades-estado italianas y alemanas de la Edad Moderna y también se ha querido ver en ciertos elementos del régimen cesarista del bonapartismo (como los plebiscitos) y de la monarquía orleanista (como la Cámara *de los pares*, o la española *de próceres*) así como de los ejemplos decimonónicos de Constituciones o Cartas otorgadas por los Reyes de distintos Estados europeos para preservar el principio monárquico y cohonestarlo con el democrático.

Pero el modelo inglés tiene la peculiaridad de que, partiendo de un esquema institucional propio del pactismo medieval, supo evolucionar (un ejemplo claro es la progresiva limitación del poder de la Cámara de los lores) hacia la democracia representativa y la *división de poderes*, sin una Constitución formal y preservando tanto la institución monárquica (en una monarquía limitada), como la hegemonía del Parlamento (cuya Cámara de los comunes representa la soberanía popular) y la independencia judicial (nutrida por una judicatura de alto prestigio), con sumisión de la Administración al Derecho (*rule of law*) y predominio, en éste, del *commom law*, basado en principios generales y en un complejo sistema de sujeción a los precedentes judiciales (principio *stare decisis*), sobre la legislación (*statute law*).

Por eso, el modelo británico, resultante de la revolución del siglo XVII y modulado por la visión pragmática y utilitarista anglosajona, ejerció una decisiva influencia entre los ilustrados franceses que crearon el ambiente intelectual de la Revolución francesa del siglo XVIII, así como en la politología de los siglos XIX y XX.

## **B) Modelo jacobino francés.**

La doctrina de la *división de poderes*, formulada en 1748 por Montesquieu en *El espíritu de las Leyes*, y la teoría política contractualista sobre el origen de la sociedad, de los derechos humanos y de las leyes, formulada en 1762 por Rousseau, en *El contrato social*, fueron llevadas a la práctica en la Revolución francesa desde 1789, especialmente por los jacobinos<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> Durante la Revolución francesa, *jacobinos* fue la denominación dada (inicialmente como peyorativa por sus adversarios) a los miembros de un grupo político cuya sede se encontraba en la antigua *Iglesia de Saint Jacques* (Santiago) de la *Rue Saint Honoré* de París, que había albergado un convento de dominicos, donde habían sido popularmente conocidos como *frailes jacobinos*. Cuando los *jacobinos* se hicieron con el control de la Asamblea Nacional, la denominación se hizo sinónima del poder popular republicano y fue asumida con orgullo por sus partidarios. Tras la reacción *termidoriana*, que eliminó a su líder, Robespierre, el jacobinismo se identificó, de nuevo peyorativamente, con el periodo de *El Terror* que el mismo había implantado. Pero los ideales jacobinos de republicanism, soberanía popular, sufragio universal y unidad nacional fueron ensalzados por los partidos que instauraron la II y III Repúblicas francesas en siglo XIX, por lo que la denominación recobró prestigio en cuantos países siguieron sus huellas hasta bien entrado el siglo XX.

El jacobinismo asumió como dogma la sumisión de la voluntad particular a la general y la definición de ésta por el pueblo, sosteniendo que el mismo podía actuar directamente, aunque, de ordinario, lo hace a través de sus representantes, electos por sufragio universal, quienes, a su vez, deciden, por mayoría, plasmarla en leyes, las cuales son obligatorias porque, de alguna manera, puede decirse que han sido aceptadas de antemano al elegir a los representantes que las votan.

Este planteamiento, puramente rousseauiano, incidía significativamente en la doctrina de la *división de poderes* (que Montesquieu había formulado teniendo muy presente el modelo inglés de Estado mixto preconizado por Locke), hasta el extremo de que distorsionó el equilibrio que le era inherente para afirmar un predominio absoluto del Poder Legislativo sobre los otros dos.

En efecto, la Revolución inglesa del s. XVII también había conducido a la hegemonía del Parlamento, pero no hasta el extremo de eliminar el control e interpretación, por el Poder Judicial, del *commom law*, ni la sumisión a éste del Poder Ejecutivo. Sin embargo, el jacobinismo exacerbó el imperio de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo, relegando al Poder Judicial a un papel de mero aplicador mudo de la ley y colocando al Poder Ejecutivo como un instrumento al servicio del Parlamento para la defensa de la unidad nacional y de la legalidad.

Desde luego, los jacobinos alumbraron esta distorsión del equilibrio de poderes británico, más acuciados por las circunstancias históricas que por un prurito intelectual. Inicialmente, el jacobinismo era partidario de una monarquía constitucional (*Constitución monárquica de 1791*), pero el intento de fuga de Luis XVI le llevó a proponer y votar su muerte en la guillotina y aprobar una *Constitución de la I República de 1793*. Además, la guerra internacional que se planteó después (*Guerra contra la Convención 1793-1795*) y la caída de Robespierre (*golpe termidoriano* de 27 de julio de 1794 o 9 de termidor del año III, según el calendario republicano) condujo al jacobinismo a aprobar la *Constitución del Directorio de 1795* y, con ella, por un lado, a una visión extrema de la unidad nacional (visión que, a la postre, conduciría al centralismo que desde entonces caracteriza al sistema francés); y, por otro, a la necesidad de un Poder Ejecutivo fuerte que asegurase el orden público en el interior y la defensa militar en el exterior (necesidad que, a la postre, tras las *Constituciones del Consulado de 1799* y del *Consulado vitalicio de 1802*, condujo al imperialismo bonapartista con la *Constitución del I Imperio de 1804*, el *Acta constitucional del Imperio de los cien días* en 1815 y a la *Constitución del II Imperio de 1854*).

De esta manera, la interpretación jacobina de la *división de poderes* terminó imponiendo un peculiar modelo constitucional francés, plagado de peculiaridades institucionales y funcionales que tanto han influido en el constitucionalismo de la Europa continental e Hispanoamérica.

El imperio de la ley propugnado por los jacobinos determinaba el predominio absoluto del Parlamento, hasta el punto de que, como expresó Montesquieu, el Poder Judicial debía ser reputado como, en cierto sentido, inexistente (*en quelque façon nul*). También en esto la circunstancia histórica francesa era relevante. En efecto, en la Francia del Antiguo Régimen, el Poder Judicial, era ejercido por los *Parlamentos judiciales* (cuyo paradigma era el de París) que, controlados por la nobleza, aplicaban e interpretaban de forma bastante libre las costumbres (*coutumes*) tradicionales de la tierra, más o menos compiladas (en los libros *coutumiers*), y que incluso podían resistirse a la publicación y aplicación de leyes mediante el procedimiento de objetar reparos (*remontrances*) y devolverlas al rey para su reconsideración.

La Revolución francesa se dirigió precisamente a sustituir aquellos *Parlamentos judiciales* (que representaban la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y el predominio del estamento nobiliario) por un Poder Judicial, total y únicamente, sujeto a la ley formulada por el Poder Legislativo, electo por el pueblo y carente, por completo, de facultades interpretativas, sin que, en modo alguno, pudiera enjuiciar al Poder Legislativo ni al Ejecutivo <sup>106</sup>.

Para asegurar lo primero (es decir, que el Poder Judicial no interpretase las leyes a su antojo como los antiguos *Parlamentos judiciales*, se le convirtió en un aplicador silogístico de la ley a cada caso, se conminó a los jueces a fallar sólo con arreglo a la ley (de ahí deriva el memorismo exigido a los opositores a judicatura y a otros cuerpos encargados de aplicar la ley), se les prohibió inhibirse bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley y se instauró el *réfere législatif* (moción judicial, de remisión de las dudas legislativas al Parlamento para que dictase la ley correspondiente) y la *cassation* (recurso planteado ante el Tribunal Supremo para que éste decida si la sentencia recurrida incurría en algún vicio de quebrantamiento de la ley, procesal o material, aplicable al caso).

Para lograr lo segundo (es decir, que el Poder Judicial no enjuiciara a los otros dos Poderes), se idearon las instituciones del *supplicatorio* (por el que el Poder Judicial debe pedir la previa autorización del Poder Legislativo para detener o procesar a alguno de los miembros de éste último) y del *régime administratif* (por el que, como

<sup>106</sup> En este sentido, es emblemático el discurso pronunciado por Siéyes el 2 de termidor del año III (20 de julio de 1794) ante la Convención (3ª Asamblea Nacional) que, encaminado a la supresión de los denostados *Parlamentos judiciales* del Antiguo Régimen, postuló que, si la unidad de poder era tiranía y su mera división podía conducir a la anarquía, había que apoyar la idea de Montesquieu de una unidad de poder, con división de sus funciones en órganos distintos como garantía de la libertad, pero (y ahí estaba la novedad) con predominio del Parlamento, al entender que todos los demás Poderes son “ministeriales”, es decir, “procuraciones” del poder constituyente de la Nación, representada en el Parlamento. En realidad, Siéyes, que era clérigo, proponía “tres poderes distintos y un solo poder verdadero”, es decir, un trasunto del dogma católico de la Santísima Trinidad, formulado por el Concilio de Nicea, reinterpretando el papel de éste con las tesis conciliaristas, para concluir con el predominio del Parlamento.

alumbró Napoleón, el Poder Ejecutivo no podía ser enjuiciado por el Poder Judicial sino por una jurisdicción administrativa propia, integrada, en el nivel central, por el Consejo de Estado, y, en el periférico, por los Consejos de Prefectura).

La radical división jacobina de poderes con predominio del Parlamento también afectada al estatuto del Poder Ejecutivo, que era “el poder” a limitar por excelencia, respecto al que se concluyó: i) que los Ministros dependerían sólo del Jefe del Gobierno, por lo que su cartera resultaba incompatible con un escaño parlamentario hasta el punto de que ni siquiera podían asistir a las sesiones del Parlamento, el cual tampoco podía cesarlos; ii) que el Gobierno carecía de iniciativa legislativa mediante la aprobación de proyectos de ley, pues ésta quedaba reservada exclusivamente a las proposiciones de ley de origen parlamentario; y iii) que tampoco el Gobierno tendría potestad reglamentaria, ya que toda normación correspondería al Parlamento.

Sin embargo, pronto estas radicalidades fueron mitigadas: i) permitiendo que los Ministros asistieran a las sesiones parlamentarias para que pudieran ejecutar la leyes con conocimiento de causa; ii) permitiendo que el Gobierno determinase la duración de la legislatura, porque, de lo contrario, el Parlamento no podría ser disuelto nunca; y iii) admitiendo la iniciativa legislativa gubernamental, así como la potestad reglamentaria del Gobierno.

### **C) Modelo norteamericano.**

Con su famosa obra *La democracia en América* (1835-40), el politólogo liberal Alexis de Tocqueville popularizó, durante la *II República francesa*, el modelo norteamericano de *división de poderes*, el cual, pese a partir de las mismas fuentes ilustradas (Locke, Rousseau, Montesquieu) que originaron las Revoluciones inglesa del s. XVII y francesa del s. XVIII, presenta caracteres peculiares, derivados de incorporar, a ambas tradiciones, el federalismo y el presidencialismo, adoptados para coordinar a las trece colonias que lograron separarse de Inglaterra y, tras la *Guerra de independencia* (1775-1783), fundar los Estados Unidos.

En efecto, la necesidad bélica impulsó al *II Congreso continental*, integrado por representantes de las colonias originarias confederadas, a elegir a G. Washington como comandante en jefe (1775) y, tras la *Declaración de independencia* (redactada, en 1776, por T. Jefferson, B. Franklin y J. Adams) y los *Artículos de la Confederación* (embrión constitucional adoptado en 1777), la *Convención de Filadelfia* aprobó, siguiendo el ejemplo de Massachusetts (1780), la *Constitución de los EE.UU de Norteamérica* (1787).

Pues bien, el texto constitucional norteamericano instauró formalmente un Estado, republicano, federal y presidencialista, que recogía la *división de poderes*, mediante: i)

un Poder legislativo (art. 1), residenciado en un Congreso bicameral (con una Cámara de Representantes y un Senado); ii) un Poder Ejecutivo, atribuido a la figura del Presidente (art. 3); iii) un Poder Judicial, culminado por el Tribunal Supremo (art. 3); iv) los Poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) de cada uno de los Estados federados (art. 4), articulados con los de la Federación mediante la supremacía tanto de la Constitución y de las leyes federales, como del Presidente y del Tribunal Supremo (art. 6); v) el Poder constituyente, reflejado en el procedimiento de ratificación de la propia Constitución (art. 7); y vi) el Poder (constituido) de reforma constitucional (art. 5), reconocido mediante el sistema de enmiendas, previsto especialmente para aprobar una *Declaración de derechos* que, a imitación de la inglesa (y de la de Virginia de 1776), se plasmó en las 10 enmiendas constitucionales (añadidas en 1791), a las que luego siguieron otras que han permitido adaptar el texto a las nuevas realidades sociales.

El apoyo prestado por la Francia monárquica a la independencia norteamericana, con la intervención de figuras históricas como el general Lafayette, unido a la coincidencia de los revolucionarios franceses en la aprobación de una *Declaración de derechos* (1789) y de una *Constitución* (1791), hace pensar en una influencia del modelo transatlántico sobre el europeo, pero la vertiginosa sucesión de acontecimientos y Constituciones que caracterizan a la Revolución francesa, así como la posterior y diversa expansión de ambos modelos, aconsejan diferenciarlos.

La principal aportación del modelo norteamericano es, a mi juicio, la forma de Estado federal <sup>107</sup>, ya que modula todo el esquema de *división de poderes*, reforzando y multiplicando los límites y controles mediante un complejo engranaje de pesos y contrapesos (*cheks and balances*) institucionales.

Uno de esos mecanismos de equilibrio es el *judicial review* o sujeción a la revisión judicial de toda actividad del Poder Ejecutivo <sup>108</sup> e incluso del Legislativo, al asumir los

<sup>107</sup> Esta forma de Estado fue explicada en *El federalista*, una compilación de 85 ensayos publicados en la prensa en 1787 y 1788 por los padres de la Constitución norteamericana (Jay, Hamilton, Madison, Adams y Jefferson) que, divulgada en Europa por Tocqueville y, en español, por la traducción del argentino José María Cantilo (1869), es tenida por clásica en la materia. Precisamente, en los núms. 47 y 51 de *El federalista*, publicó Madison una de las más famosas formulaciones de la división de poderes, al afirmar: “**la acumulación de todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) en las mismas manos (sean de una persona o de varias; hereditarias, nombradas o elegidas) constituye la definición misma de la tiranía... la conservación de la libertad exige que los tres grados de poder sean separados y distintos... cada departamento del poder debe tener voluntad propia y estar constituido de tal forma de los miembros de cada uno tengan la menor participación posible en el nombramiento de los demás**”.

<sup>108</sup> Esta característica ya estaba presente en el modelo judicial inglés a partir del célebre precedente que supuso, en 1606, la sentencia del juez Coke en el *Bonham case*. El Dr. Boham era un médico titulado por la Universidad de Cambridge que fue multado y encarcelado por el Colegio de Médicos londinense cuando pretendió ejercer en Londres sin haber obtenido la previa licencia colegial exigida por la legislación regia. El juez Coke decidió que no podía aplicarse dicha legislación para conculcar el *commom law* y, en concreto, el principio jurídico por el que éste prohíbe juzgar en causa propia, ya que el Colegio tenía interés en recaudar las multas que imponía.

órganos judiciales y, en especial, el Tribunal Supremo el control de la constitucionalidad de las leyes. Como es sabido, dicha asunción se produjo con la decisión adoptada en 1803 por el juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison*<sup>109</sup>; y, aunque el Tribunal Supremo no volvió a declarar inconstitucional otra ley hasta 1857 (caso *Dret Scottt vs Stanford*), lo cierto es que (desde el asunto *Cohen vs Virginia*, 1821) fue consolidando su supremacía sobre los Tribunales federales inferiores hasta convertir su jurisprudencia en un decisivo sostén y factor de progreso del federalismo norteamericano.

Otro de los mecanismos de equilibrio es el *presidencialismo*. Su origen se encuentra, una vez más, en la *Guerra de la independencia* contra la Corona británica que, por un lado, obligó a elegir un *Comandante en jefe* del ejército continental y, por otro, generó, como reacción, la forma republicana de gobierno, que conllevaba asignar la Jefatura del Estado a un Presidente. Presidencialismo y federalismo se potenciaron tras la decisión de los Estados sureños de confederarse y separarse de los federados que condujo a su derrota en la Guerra de Secesión.

Por otro lado, la forma federal de Estado (derivada del protagonismo de las trece colonias que se independizaron como Estados y que, tras confederarse, se unieron constitucionalmente formando una Federación), determinó la elección indirecta del Presidente por un colegio electoral cuyos compromisarios estuvieran ligados por mandato imperativo a los electores que los habían votado, de forma directa, en los comicios presidenciales celebrados en cada uno de los Estados federados.

Esta forma electoral era y es compleja, pero tenía y tiene la virtualidad de dotar al Presidente electo de una legitimidad democrática de grado igual a la de los legisladores del Congreso bicameral, elegidos también por el pueblo soberano. Esa dualidad de legitimidades democráticas no existe en los modelos constitucionales comparados en los que los Presidentes tienen una legitimidad de segundo grado, ya que son investidos por los Parlamentos, única institución que goza de una legitimidad de primer grado al haber sido elegida por el pueblo soberano; de suerte que tales Presidentes dependen de la confianza o censura parlamentaria.

Así, el Presidente estadounidense adquiere una posición de igualdad democrática con el Congreso que le permite dirigir autónomamente la Administración, vetar leyes parlamentarias y quedar al margen de los mecanismos gubernamentales de confianza parlamentaria, de suerte que, para destituirlo, no cabe aprobar una moción de

---

<sup>109</sup> La Sentencia declaró que era contraria a la Constitución la Sección de una Ley de organización judicial (*Judicial Act*) que, por entenderlo de carácter político (según la antigua doctrina anglosajona de la exención judicial de los actos políticos del Gobierno), impedía al Tribunal Supremo dirimir el conflicto que enfrentaba al Sr. Marbury (que había sido nominado como juez del Distrito federal por el federalista Presidente saliente Adams) con el Sr. Madison (que había sido nombrado Secretario de Estado por el republicano Presidente entrante Jefferson) desde que éste último se había negado a firmar el nombramiento del primero por entender que estaba al servicio de los federalistas.

censura, sino sólo un *impeachment*, es decir, una acusación penal por delito juzgado por una mayoría cualificada del Senado.

Pero esta especial fortaleza del Poder Ejecutivo reforzó, como contrapartida, las funciones de control y fiscalización del Parlamento, a través de múltiples Comités del Congreso que han logrado que, sin su asentimiento, no sean posibles los altos nombramientos y decisiones.

#### **D) Modelo doctrinario.**

La caída de Napoleón I (*batalla de Waterloo* y *Congreso de Viena*, 1815) determinó la Restauración del Antiguo Régimen y, con él, la del *principio monárquico*, en Francia (*Carta otorgada de Luis XVIII de 1814*) y en cuantos lugares había prendido su ideal revolucionario, como es el caso de España donde, pese a ser monárquica, fue abolida la *Constitución de Cádiz de 1812*.

Pero la fuerza liberal siguió luchando en favor del *principio democrático* y trató de imponerlo mediante sucesivas revoluciones a lo largo del siglo XIX. En Francia, cuando el reaccionario Príncipe de Polignac, al servicio de Carlos X (hermano y sucesor de Luis XVIII) trató de eliminar por medio de reglamentos (*ordonnances*) la obra revolucionaria, es decir, de conculcar la *división de poderes* mediante el predominio del Ejecutivo, estalló la *revolución de julio de 1830* que destronó al rey y, frente a los legitimistas, instauró, mediante la *Carta constitucional de 1830*, la monarquía limitada de Luis Felipe de Orleans.

La base teórica del experimento orleanista (reproducido entre nosotros por el Estatuto real de 1834 y luego por las Constituciones moderada de 1845 y conservadora de 1876) era el *doctrinarismo*, corriente intelectual del liberalismo moderado (auspiciada, en Francia, por Guizot y, en España, por Martínez de la Rosa, Alcalá Galiano, Donoso Cortés y Cánovas del Castillo) que, como señaló Diez del Corral<sup>110</sup>, intentó, inspirándose en el modelo británico de Estado mixto, una conjunción armónica de los principios monárquico-tradicionalista y democrático-liberal, mediante una Constitución otorgada o pactada, en la que la soberanía estuviera compartida entre el pueblo y el monarca, cabeza de un Poder Ejecutivo en el que la potestad reglamentaria del Gobierno regio quedase sujeta un Parlamento bicameral donde la Cámara baja, elegida por sufragio censitario, representase al pueblo y legislase, pero bajo la supervisión de una Cámara alta controlada por la nobleza.

La francesa *Monarquía de julio* no resistió la *revolución de 1848*, de la que surgió la Constitución del mismo año que instauró la II República; al igual que el *II Imperio*,

<sup>110</sup> DIEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, ed. CEC, 1984.

tras la derrota de Sedán y los sangrientos sucesos de la Comuna de París, fue sustituido por la Constitución de 1875 que instauró *III República*. Las reformas operadas en 1946 y 1958 condujeron, respectivamente a la *IV* y *V República*.

## E) El constitucionalismo español.

En España, la recepción de la doctrina anglo-francesa de la *división de poderes* se produjo, entre las élites ilustradas, a finales del s. XVIII, aunque con propuestas moderadas que, como la de Jovellanos, trataban de amoldarla a la “Constitución histórica” de los Reinos hispánicos, sobre la base de una potenciación del papel de las Cortes. Pero la aplicación práctica de dicha doctrina se ajustó a los vaivenes propios del agitado siglo XIX español.

Las ideas revolucionarias penetraron con las tropas napoleónicas que las plasmaron en la llamada *Estatuto de Bayona*, que fue una *Carta otorgada* para legitimar la monarquía bonapartista de José I. Por ello y sin duda, su primera gran realización fue la *Constitución de Cádiz de 1812*, al asignar el Poder Legislativo a las Cortes e instaurar el Tribunal Supremo<sup>111</sup>.

El *regreso de Fernando VII* supuso volver al modelo del Antiguo Régimen, siguiendo así la tendencia europea de *La Restauración*. El *Trienio liberal* restableció el modelo gaditano (Decreto de 12-03-1820); pero la *segunda reacción absolutista* volvió al viejo modelo (Decreto de 26-06-1823). Repuesta la Constitución gaditana en 1836 y reformada por la *Constitución de 1837*, aunque la misma no aludió al Tribunal Supremo, éste siguió funcionando con arreglo a su Decreto constitutivo de 24-03-1834 y al famoso Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835.

<sup>111</sup> En rigor, la *separación de poderes* había sido ya instaurada mediante el **Decreto de 24-09-1810**, a cuyo tenor: “**no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes Generales y Extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión...habilitan...**(a los miembros del) **Consejo de Regencia, para que...ejercen el poder ejecutivo...** (y) **confirman todos los tribunales y justicias establecidos en el reino para que continúen administrando justicia según las leyes**”. La Constitución de Cádiz plasmó la *división de poderes* en los siguientes preceptos: i) art. 15: **la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey**; ii) art. 16: **la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey**; iii) arts. 17 y 242: **la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside exclusivamente en los Tribunales** establecidos por la ley; iv) art. 131.1: (es facultad de las Cortes) **proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario**; iv) art. 170: **la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad de extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes**; v) arts 245 y 246: **los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado**; y **tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia**; y vi) art. 259: **habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia**. Por su parte, Canga Argüelles, en su *Discurso preliminar* a la Constitución de Cádiz, enfatizó que: “**del examen** (de las tres funciones, legislativa, ejecutiva y judicial) **y no de ninguna otra idea metafísica ha nacido la distribución que han hecho los políticos de la actividad soberana de una Nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, ejecutiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad, en un Estado donde el ejercicio de toda autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable**”.

Las ideas doctrinarias (equilibrio entre los principios monárquico y democrático) plasmaron en el *Estatuto Real de 1834* (en rigor, una Carta otorgada) y en las *Constituciones moderada de 1848* y conservadora de 1876. Más radical, tras la revolución de 1868, fue la *Constitución de 1869* que, muy influida por el modelo judicial británico (que habían conocido los exiliados en Londres) determinó una potenciación del Poder Judicial (cuya primera Ley Orgánica se aprobó en 1870), junto a la limitación del Poder ejecutivo mediante la monarquía electiva que llevó al trono al fugaz rey Amadeo I<sup>112</sup>.

En cuanto a la *forma de Estado* (distribución territorial del poder), como elemento que modula la *división de poderes*, la opción por un *Estado federal* fue ensayada por el *Proyecto constitucional de 1873* durante la *I República*; un modelo regionalizado de *Estado integral* fue implantado por la Constitución de 1931 (de la II República); mientras que la vigente Constitución de 1978 ha optado por un modelo de *Estado compuesto* o *de las autonomías*, al prever la creación de Comunidades Autónomas dotadas de autonomía política, esto es, con un Parlamento propio habilitado para legislar en las materias de su respectiva competencia.

Una de las más llamativas especialidades de la versión española de la *división de poderes* es, sin duda, la evolución de la *jurisdicción contencioso-administrativa* (es decir, la que tiene por objeto revisar actos del Poder Ejecutivo); ya que, de un modelo de jurisdicción *retenida* por la propia Administración (siguiendo el modelo de Consejo de Estado napoleónico), se ha pasado a un modelo de integración en el Poder Judicial del *orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, relegando al Consejo de Estado (y a los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas) a una función meramente consultiva y de control preventivo de la legalidad.

## 5. Recapitulaciones doctrinales.

### A) Periodo acrítico.

El enorme prestigio de los pensadores que la formularon (Locke, Montesquieu, Rousseau, Madison) y la rápida expansión y aplicación de sus ideas en el constitucionalismo europeo y americano hicieron que la *doctrina de la división de poderes* conformara un paradigma indiscutible de las democracias, por lo que los politólogos no osaron discutirla sino sólo exponerla y glosarla. Esta situación perduró al menos hasta el fin de la Primera Guerra Mundial.

### B) Escuela crítica.

La experiencia política de la *III República* francesa y la praxis política norteamericana y de otros Estados aportaron nuevos elementos (laicismo, colonialismo, corrupción, presi-

<sup>112</sup> Cfr. NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.

dencialismo, federalismo, imperialismo, totalitarismos, industrialización) que comenzaron a revelar ciertas disfunciones en el modelo doctrinal de la *división de poderes*.

La que podemos denominar *escuela crítica* fue iniciada en 1893 por el jurista francés Leon Duguit<sup>113</sup> y luego engrosada por la monumental aportación de Carré de Malberg<sup>114</sup> y las reflexiones de K. Schmitt<sup>115</sup>, H. Kelsen<sup>116</sup> y, entre nosotros, Pérez Serrano<sup>117</sup>. Estos autores, confrontando la doctrina de la *división de poderes* con su aplicación práctica, apuntan, entre otras, las siguientes disfunciones: i) que divide el poder, impidiendo así la funcionalidad del Estado, especialmente en tiempos y situaciones de crisis; ii) que dificulta la necesaria coparticipación de los ciudadanos en las funciones estatales; iii) que no garantiza suficientemente la libertad frente a casos de corrupción y arbitrariedad; iv) que complica extraordinariamente una explicación coherente de la Teoría general del Estado; v) que es quimérica, pues todos los Poderes terminan ejerciendo funciones propias de los otros; y vi) que no se aplicó nunca en estado puro, sino relativizada por fórmulas doctrinarias y mediante diversos usos constitucionales de los distintos Estados.

La doctrina germánica fue especialmente crítica al confrontar la *división de poderes* con sus aportaciones al Derecho público, como la personalidad jurídica única del Estado (Mayer), la teoría del órgano (Gierke) o la idea del Estado global (Jellinek), las cuales tienden a reconducir a la unidad el fenómeno estatal.

El gran aparato crítico vertido sobre la *división de poderes* desde la obra de Duguit continuó activo hasta el final de la Segunda Guerra Mundial (1945) e incluso de la *IV República* francesa (1958), dando la impresión de se trataba de una doctrina clásica pero excesivamente simplista y que había sido superada por la realidad constitucional de los nuevos Estados, cuya complejidad postulaba nuevas explicaciones politológicas.

### C) Replanteamiento actual.

Sin embargo, un libro, *Los orígenes del totalitarismo*, publicado por la influyente pensadora política alemana (de origen judío, luego nacionalizada estadounidense) Anna Arent en 1951, reveló las desastrosas consecuencias que los planteamientos totalitarios (nacionalsocialistas y comunistas) habían tenido para yugular la libertad y los derechos humanos, por lo que postuló una vuelta a los mecanismos que, como la *doctrina de la división de poderes*, habían nacido para limitar la tiranía y asegurar la libertad.

<sup>113</sup> DUGUIT, L., “La séparation des pouvoirs et l’Assemblée nationale de 1789”, en *Revue d’économie politique*, 1893; versión española, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. de P. Pérez Tremps, CEC, Madrid, 1996.

<sup>114</sup> CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, 1920.

<sup>115</sup> SCHMITT, K., *Teoría general del Estado*, 1934.

<sup>116</sup> KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, 1920; *Teoría general del Estado*, 1925; y *Teoría pura del Derecho*, 1935.

<sup>117</sup> PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho político*, 1975.

En la misma línea, los ius-administrativistas franceses posteriores a M. Hauriou (1856-1929) insistieron en la necesidad de institucionalizar la *división de poderes* como límite de la arbitrariedad; profundizar en sus virtualidades para garantizar las libertades públicas; conseguir la contención y el equilibrio entre todas las clásicas y nuevas manifestaciones del poder político en las democracias; y definir las necesarias técnicas de mantenimiento y reconducción a la unidad del sistema político.

Tal es la orientación que preconizó, entre nosotros, D. Eduardo García de Enterría, cuya visión del Derecho público y del Estado de Derecho se integra claramente en la Transición a la democracia y explica la concepción de la *división de poderes* en el sistema de autonomías instaurado en la Constitución de 1978.

En consecuencia, la actual Politología más bien ha vuelto a reivindicar, frente a los nacionalismos y populismos, la *doctrina de la división de poderes* como consustancial a la democracia, matizando que, en rigor: i) no impide la *reconducción a la unidad* en circunstancias o estados constitucionalmente previstos como situaciones excepcionales; ii) no implica una *igualdad entre Poderes*, por lo que es compatible con el predominio parlamentario derivado de la legitimidad democrática de primer grado que emana de su elección popular directa; iii) no enmascara la esencial *identidad material del poder* como fuerza imperativa que se manifiesta en la ejecutividad de las leyes, los actos administrativos y las sentencias firmes, esto es, en las formas típicas que revisten las disposiciones emanadas de cada uno de los tres clásicos Poderes; iv) no obstaculiza a otras formas de contención, limitación y equilibrio del poder político, especialmente del que se manifiesta a través de nuevos Poderes emergentes; y v) no pretende ser entendida como un dogma absoluto sino, relativo (como señaló la STC 166/1986), pero que sigue siendo esencial para preservar la democracia y los derechos humanos.

### XIII. PANORAMA ACTUAL DE INTERFERENCIAS EN LA DIVISIÓN DE PODERES.

#### 1. Planteamiento.

Una vez examinados, en los epígrafes anteriores, los conceptos básicos que conforman y permiten entender la *doctrina de la división de poderes* y su extraordinaria complejidad teórica, sólo resta (para completar la visión panorámica que me he propuesto en este estudio) exponer un cuadro o elenco de las principales instituciones jurídicas que doctrinalmente han sido señaladas como reveladoras de posibles interferencias entre *funciones* y *Poderes* estatales en el marco de una interpretación estricta de la referida doctrina.

He ordenado estas instituciones desde la perspectiva de cada uno de dichos tres clásicos Poderes y por razón de la *función* primaria de cada *Poder* estatal a la que afectan.

Como quiera que cada una de las instituciones a las que seguidamente aludiré plantean una amplia variedad de matices que ahora no puedo desarrollar, me limitaré a exponer con brevedad su incidencia de la *doctrina de división de poderes*.

## **2. Interferencias desde la perspectiva del Poder Legislativo.**

### **A) Respecto a su función primaria de legislar.**

#### ***1/ La iniciativa legislativa.***

Una interpretación estricta de la *división de poderes*, como la preconizada por los primeros revolucionarios franceses, no admite la iniciativa legislativa del Gobierno mediante la remisión al Parlamento de proyectos de ley, sino sólo las proposiciones de ley de iniciativa parlamentaria (art. 163 de la Constitución francesa de 1791), por eso el art. 87.1 CE, que atribuye la iniciativa al Gobierno supone una primera institución crítica con la expresada doctrina, por más que hoy resulte generalmente admitida en todas las democracias.

En efecto, el moderno constitucionalismo recoge una configuración avanzada del parlamentarismo y, por consiguiente, admite la *iniciativa legislativa gubernamental* mediante la aprobación y ulterior remisión a las Cámaras de proyectos de ley (cfr, p.e, el art. 87.1 CE).

Se trata de una formidable arma en manos del Ejecutivo mediante la cual éste puede, cuantitativa y cualitativamente, marcar el ritmo de los trabajos parlamentarios durante la legislatura para cumplir así el programa político ganador en las elecciones, por eso, esta iniciativa queda prohibida durante el periodo en que el Gobierno esté en funciones (cfr, p.e, el art. 21.5,b de la Ley estatal española 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

#### ***2/ La normativa intra-parlamentaria.***

Las Cámaras aprueban sus propios Reglamentos para regular el procedimiento parlamentario o su régimen interior, pero no por aplicación del criterio *qui potest plus, potest et minus* (formulado por Bonifacio VIII, en *Decretales* VI.5.12.57) por el que *quien puede lo más* (aquí, aprobar leyes para la ciudadanía) *puede también lo menos* (aquí, disciplinar la forma de aprobarlas y el régimen de las Cámaras que han de hacerlo); pues este argumento *a maiore ad minus* conculcaría, en ese caso, el principio jurí-

dico general *nemo sibi ipse imperare aut prohibere potest* (formulado por Marciano en *Digesto*, 4.8.51), por el que *nadie puede mandarse o prohibirse a sí mismo*; máxime cuando la auto-normación no deja de ser un privilegio que puede implicar el abuso de poder que precisamente la *doctrina de la división de poderes* tratar de evitar. Por ello, la potestad normativa interna de las Cámaras requiere una habilitación expresa por el poder constituyente (cfr. art. 72.1 CE) que es el que divide a los poderes constituidos.

### 3/ *La reserva de ley y de tipos concretos de ley.*

La *doctrina de la división de poderes* implica, en principio, la atribución, al Poder Legislativo, de la función normativa en toda su extensión; por lo que cualquier materia puede ser regulada mediante una norma con rango de ley emanada de dicho Poder legislativo.

Este planteamiento, en principio, imposibilita, como entendieron los jacobinos, la atribución, al Poder Ejecutivo (y, menos aún, al Judicial), de la potestad reglamentaria. Pero, una vez que los doctrinarios lograron que fuera admitida ésta última, como una exigencia derivada de la función ejecutiva, dicha doctrina requirió establecer las materias cuya normación quedaba vetada al Poder Ejecutivo y, en consecuencia, reservadas al Legislativo. Tales materias fueron reconducidas a la *propiedad* y la *libertad*, como estereotipos de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados por la Constitución que sólo por ley pueden ser regulados (cfr. art. 53.1 CE). Esta *reserva de ley* es bilateral, esto es, vincula tanto a las materias regulables como a la ley reguladora, de suerte que, por un lado, las referidas materias sólo pueden ser reguladas por una norma con rango de ley y, por otro, sólo una norma con rango de ley puede regular dichas materias.

Este criterio de *doble reserva* se aplica igualmente a las materias que, por disposición del poder constituyente, han de ser reguladas *por tipos especiales de ley*, como son las materias reservadas a tratados internacionales, reglamentos parlamentarios o a concretas leyes orgánicas; en el bien entendido de que esta *reserva* es *específica*, esto es, no opera genéricamente (como un *genus*) en favor de estas categorías (tratados, reglamentos parlamentarios o leyes orgánicas), sino específicamente, es decir, en favor sólo de cada uno de los distintos tipos concretos de esas categorías (como un *genus limitatum*), así, por ejemplo, las leyes orgánicas que aprueban los Estatutos de autonomía; las leyes orgánicas de transferencia o delegación de competencias a las Comunidades Autónomas o las leyes orgánicas que la CE prevé para regular determinadas instituciones.

Es más, dicha *especificidad* es *absoluta*, esto es, limitada a su propio ámbito de aplicación cuando existan varios (por ejemplo, diversas Comunidades Autónomas, cada una con su propia Ley orgánica que aprueba su respectivo Estatuto de Autonomía). Por ello, la ley orgánica que aprueba un concreto Estatuto de Autonomía no puede,

por el hecho de ser ley orgánica, regular materias reservadas a otras leyes orgánicas, como, por ejemplo, las reservadas a otro Estatuto de Autonomía o a la regulación de otras instituciones estatales (p.e el Consejo de Estado o el Defensor del pueblo).

Este planteamiento explica que las relaciones entre leyes de distinto tipo (por ejemplo, entre leyes ordinarias y leyes orgánicas) no se rijan por *principio de jerarquía normativa* (por el que una es de rango superior a otra), sino por el *de competencia* (por el que cada una regula, y sólo ella puede regular, las materias a cuya regulación está destinada y tales materias sólo pueden ser reguladas por el tipo concreto de ley al que el poder constituyente las ha reservado).

Este planteamiento no es alterado por el hecho de que el poder constituyente haya diseñado un distinto procedimiento para la aprobación cada una de estas leyes de tipo especial (p.e. el que regula la aprobación de los distintos tipos de tratados internacionales o el que regula la aprobación de las leyes orgánicas por mayoría del Congreso en una votación final sobre sus proyectos), pues lo decisivo no es tanto la diferencia de procedimientos de aprobación (que puede producir el espejismo de que configura una jerarquía normativa) cuanto la doble reserva *de la materia* regulada al tipo de ley que debe regularla y *de cada uno de tales tipos de ley* a la regulación de esas concretas materias (que configura realmente el *principio de competencia*, esto es, de división entre tipos de leyes).

En este último sentido, la misma técnica de limitación del poder empleada en la *doctrina de la división de poderes* se emplea también, en el seno del Poder Legislativo, para dividir los *ámbitos de reserva de cada uno de los tipos de leyes*<sup>118</sup>.

#### **4/ La estructura compleja de la legalidad.**

Cuando se formuló la *doctrina de la división de poderes*, imperaba una visión bastante plana del ordenamiento jurídico, como se comprueba en los Códigos civiles, donde *la ley*, sin más distinciones ulteriores, es fuente del Derecho. Sin embargo, en la actualidad, la estructura de la legalidad es mucho más compleja.

No sólo existen, como se acaba de señalar, distintos tipos de *leyes internas* (ordinarias, orgánicas, autonómicas), sino también una gran variedad de tipos de *leyes* de carácter *internacional* (tratados, decisiones de organismos internacionales, normativa comunitaria europea), cada uno de los cuales tiene, a su vez, diversas configuraciones (como sucede con los Reglamentos y Directivas de la UE).

---

<sup>118</sup> Este criterio, que podemos denominar de *doble reserva absolutamente específica*, es el que ha empleado el Tribunal Constitucional cuando, al resolver los distintos recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha declarado inconstitucional la pretensión, introducida en varios preceptos por sus inspiradores, consistente en que el Estatuto, al ser aprobado por una Ley Orgánica, podía modificar materias reguladas por otras Leyes también Orgánicas, como la del Poder Judicial (STC 31/2010).

En este panorama de diversidad de *leyes* donde, además, muchas de ellas están influidas por criterios, medidas y decisiones derivadas de organismos no estatales e incluso de carácter privado y comercial, el Poder Legislativo estatal sigue ostentado un papel central en la normación del grupo estatal, pero no exclusivo ni excluyente de otras instancias normadoras.

Se impone, por tanto, una adecuación de la *doctrina de la división de poderes* para el control y limitación de esas instancias, potencial y realmente, limitadoras del Poder Legislativo a cuyo control se dirige dicha doctrina clásica.

### **5/ Las leyes singulares.**

La consideración que del Poder Legislativo efectuó la clásica *división de poderes* partía de la idea de que el Parlamento aprobaba leyes *generales*, no sólo porque la *generalidad* de la ley expresaba la voluntad general del pueblo soberano para auto-regularse a través de sus representantes libremente elegidos; sino también porque dicha *generalidad* expresaba el ideal revolucionario de igualdad con la eliminación de los privilegios que caracterizaban la legislación del Antiguo Régimen.

Sin embargo, el Parlamento británico mantuvo, tras la Revolución inglesa del s. XVII, los *private bills* para aprobar disposiciones singulares<sup>119</sup>; y, en el sistema continental, la doctrina científica y constitucional ha admitido que el Poder Legislativo puede aprobar leyes de caso único cuando así lo exija el interés general.

### **6/ Los escaños gubernamentales (banco azul).**

La imagen de los miembros del Gobierno español sentados en la primera bancada del Congreso, en asientos tapizados en color azul, para distinguirlos de los tapizados en rojo que ocupan los diputados, expresa cromáticamente una situación que la concepción clásica de la *división de poderes* consideraba impropio, cual es la asistencia y presencia de los miembros del Poder Ejecutivo en las Cámaras parlamentarias que impersonan al Poder Legislativo. Tan es así que, en las primeras cons-

<sup>119</sup> Debe diferenciarse conceptualmente (en rigor, en gnoseología estatutaria) lo *singular* y lo *particular*. *Singular* se opone a *general* porque es una dicotomía jurídica que se refiere al ámbito material y personal de una regulación; mientras que lo *particular* se opone a lo *común* porque es una dicotomía que se refiere al ámbito espacial de la norma reguladora. Así, p.e, una ley estatal sobre la tributación en Melilla es general (pues afecta a todos los melillenses), no singular (pues no regula un caso de tributación concreto), pero sí particular (pues sólo afecta a Melilla). Por eso, entiendo que la *supletoriedad* del Derecho estatal proclamada en el art. 149.3 CE debe entenderse referida sólo a normas estatales que sean *generales* y comunes, no a las que sean *singulares* o *particulares*, como las que el Estado central dicte para Ceuta y Melilla. Esta interpretación, al ser de lógica constitucional deóntica, no es compartida por quienes entienden, desde una lógica puramente formal, que el precitado art. 149.3 CE se refiere al Derecho del Estado sin distinciones ulteriores. He expuesto esta idea, en el ámbito canónico, en "Tratamiento penal del abuso de menores en el Derecho canónico general y particular de los EEUU", en *Fidelium iura*, 15, 205, pags. 135-176.

tituciones revolucionarias se prohibía expresamente esta situación, como también la iniciativa legislativa gubernamental.

Sin embargo, la consideración del Gobierno como una Comisión parlamentaria dedicada a ejecutar la leyes (modelo de Gobierno *de gabinete*), así como las ideas doctrinarias y la práctica posterior aconsejaron que, si se quería que el Poder Ejecutivo llevase a efecto las leyes con conocimiento de causa, sus miembros tenían que acudir a las sesiones parlamentarias con voz, aunque sin voto, salvo que también fueran parlamentarios.

Esta situación, que comenzó como una mutación constitucional tácita, terminó con un reconocimiento constitucional expreso (cfr. art. 110 CE) y determinó, a su vez, la organización del Gobierno pues, al tener los Ministros que acudir al Parlamento, los Departamentos ministeriales quedaron en manos de los Secretarios de Estado, los Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales.

El poder constituyente ha resuelto esta situación declarando la incompatibilidad entre las condiciones de miembro del Gobierno y el escaño parlamentario, salvo el caso de los Ministros (art. 70,b CE).

## **B) Respecto a sus funciones segundas de carácter administrativo.**

### ***1/ La potestad de auto-organización interna de las Cámaras.***

La misión de los Parlamentos no se limita, como pudiera parecer en una interpretación estricta de la *doctrina de la división de poderes*, al ejercicio de la función legislativa del Estado, ya que, como derivación de su potestad normativa interna (art. 72.1 CE), gozan de una potestad de auto-organización que, en rigor, es de naturaleza administrativa, ya que se traduce en la determinación y ordenación de los órganos interiores de cada Parlamento.

Ahora bien, esa potestad está implícitamente reconocida (art. 72.1 CE), pero expresamente limitada por el poder constituyente, que diseña sus aspectos fundamentales, tales como el carácter unicameral o bicameral del Parlamento (art. 66.1 CE), la existencia, en cada Cámara, de un Presidente (art. 72.1 CE), una Mesa (art. 72.1 CE), un Pleno (art. 75.1 CE), una Comisión permanente (art. 78.1 CE) y Comisiones, legislativas (art. 75.2 CE) y de investigación (art. 76 CE).

### ***2/ La administración de las Cámaras.***

La gestión interior de las Cámaras en cuestiones relativas a su propio personal, la contratación administrativa, la policía interior o la responsabilidad patrimonial, entre

otras, supone el ejercicio de competencias de naturaleza claramente administrativa que, en una aplicación estricta de la *doctrina de la división de poderes*, estarían encomendadas al Poder Ejecutivo, no al Parlamento.

Por ello, el poder constituyente habilita de forma expresa al Parlamento a estos efectos (art. 66.2 CE), al establecer que, no sólo tiene la potestad legislativa, sino también “*las demás competencias que les atribuya la CE*”, como son la regulación de su personal (art. 72.1 CE) y el ejercicio de “*todos los poderes* (en rigor, potestades) *administrativos*”, los cuales son ejercidos por los Presidentes de cada Cámara (art. 72.3 CE).

### **3/ Las funciones presupuestarias de las Cámaras.**

Como se ha expuesto, tanto el origen medieval de la institución parlamentaria, como la configuración revolucionaria de los Parlamentos británico, norteamericano y francés, se debieron al principio del necesario consentimiento a la tributación por los obligados tributarios (*no taxation, without representation*); un consentimiento que sólo se prestaba previo el reconocimiento de los agravios que los representantes parlamentarios de los contribuyentes presentaban al monarca.

De ahí que la función presupuestaria de las Cámaras no sólo consista en aprobar y ejecutar autónomamente sus propios Presupuestos (art. 72.1 CE), sino también y principalmente, en examinar, enmendar y aprobar los Presupuestos Generales del Estado (PGE; art. 66.2 CE), que incluyen la totalidad de ingresos y gastos del sector público estatal (art. 134.1 CE).

La función presupuestaria del Parlamento no está, sin embargo, incluida en la clásica *división de poderes*, pues no consiste propiamente tanto en legislar cuanto en determinar la actividad financiera del Estado, la cual atañe principalmente al Poder Ejecutivo.

Por eso, la función presupuestaria del Parlamento ha tenido que ser delimitada por el poder constituyente que, por lo que atañe a las facultades del Poder Ejecutivo y sus relaciones con el Legislativo en esta materia, pormenoriza: i) las competencias de elaboración (que compete al Gobierno, art. 134.1 CE), examen, enmienda y aprobación de los PGE (que compete al Parlamento, art. 134.1 CE); ii) los plazos de presentación y prórroga de los PGE (arts. 134.3 y 134.4 CE); y iii) el veto gubernamental a los alteraciones presupuestarias de origen parlamentario (art. 134.6 CE).

### **4/ La Administración electoral.**

Una interpretación estricta de la división de poderes conduciría a residenciar en el Poder Legislativo todo lo relativo a la organización y celebración de las elecciones en los distintos niveles (generales, regionales, locales), así como a garantizar

la transparencia y seriedad en el ejercicio del derecho fundamental de participación en asuntos públicos mediante la emisión de un voto libre, igual, directo y secreto en dichas elecciones; y, finalmente a juzgar la regularidad de la emisión y entrega de las actas correspondientes a los electos.

Pero, al igual que sucede con la aprobación de leyes demasiado complejas, el proceso electoral requiere unos medios humanos, materiales y presupuestarios de los que sólo dispone el Poder Ejecutivo; y, por otra parte, el Poder Judicial debe revisar, en última instancia, las incidencias que puedan alterar los resultados electorales.

Para posibilitar todo ello, el poder constituyente (cfr. art. 70.2 CE) ha remitido todas estas cuestiones al *bloque de la constitucionalidad* aplicable en materia electoral (contenido principalmente en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, LOREG'85).

La legislación electoral (cfr. arts. 8 a 30 LOREG'85) ha habilitado la denominada Administración electoral, que está compuesta por una serie de órganos, como la Junta Electoral Central (JEC), las Juntas Electorales Provinciales y de Zona, las Secciones y Mesas electorales, así como la Oficina del Censo Electoral, todos los cuales tienen encomendadas distintas misiones en orden a posibilitar el correcto desarrollo de los procesos electorales, siendo sus actos revisables por el Poder Judicial mediante su previa impugnación en vía contencioso-administrativa.

La posición institucional, en especial, de la JEC, dotada de independencia orgánica y funcional para el desempeño de sus funciones, se entiende mejor si se la considera ubicada en el Estado global (*Gesamstaat*).

### **C) Respecto a sus funciones segundas de tipo judicial.**

#### ***1/ La calificación de actos parlamentarios.***

*Calificar* es atribuir un adjetivo a un sustantivo, esto es, una operación lingüística para expresar las características que algo posee o de las que carece y precisar la medida en que, en su caso, las ostenta. Pero, en Derecho, *calificar* es una operación hermenéutica consistente en analizar algo o alguien para apreciar y determinar sus cualidades y, en consecuencia, incluirlo o no en una determinada categoría jurídica, con objeto de determinar la norma o el estatuto jurídico que le resulta aplicable.

Así, se puede calificar una relación jurídica dotada con elementos de extranjería para, en Derecho internacional privado, determinar la norma de conflicto que le resulta aplicable (calificación *conflictual*, del art. 12.1 Código civil); pero también se puede calificar un documento presentado para su inscripción en el Registro de la propiedad (cali-

ficación *registral*), un crédito presentado para su clasificación en un procedimiento de concurso de acreedores (calificación *concurusal*), un documento presentado a liquidación de un impuesto (calificación *tributaria*), un hecho delictivo para fijar el delito en que consiste (calificación *penal*), o un inmueble para determinar su estado y situación a efectos del planeamiento (calificaciones *urbanística* y *medio-ambiental*).

Estas y otras *calificaciones* más bien se refieren a un agente calificador o aplicador del Derecho que, aunque pueda estar encuadrado en el Poder Ejecutivo, se sitúa, al calificar, más bien en la perspectiva del Poder Judicial, ya que es a éste último a quien, en definitiva, corresponderá, en caso de duda o conflicto, adoptar la calificación que haya de prevalecer. En otras palabras, el que califica jurídicamente algo se pone en *tensión judicial prodrómica*, pues realiza una prognosis sobre lo que el juez competente calificaría si el asunto se le presentara en juicio.

Pues bien, en el Poder Legislativo, la Mesa de cada Cámara está, por sus propios Reglamentos parlamentarios, investida de la potestad de calificar la naturaleza de los documentos e iniciativas que el Gobierno o los propios miembros de la Cámara presenten para su tramitación ulterior; y el resultado de esa calificación *parlamentaria* es nada menos que la admisión o inadmisión a trámite del documento o iniciativa presentados.

En la lógica de la *división de poderes*, esta calificación, aun siendo *parlamentaria*, encierra el ejercicio de una potestad de enjuiciamiento típicamente *judicial*, por lo que ha sido el poder constituyente quien, a través de la admisión de la potestad reglamentaria de las Cámaras, ha permitido que, en los Reglamentos parlamentarios, se discipline el ejercicio de esta potestad de calificación y su eventual recurso ante la jurisdicción constitucional, ya que la inadmisión a trámite limita enérgicamente el derecho fundamental de los parlamentarios afectados a la participación política en la vida parlamentaria (art. 23 CE).

## **2/ Los privilegios parlamentarios de inviolabilidad e inmunidad.**

La lógica institucional de la *división de poderes* prohíbe que el Poder Judicial abra procesos judiciales contra los miembros de los otros dos Poderes y, en especial, contra los del Legislativo. Esta consecuencia deóntica convierte a los parlamentarios en beneficiarios de un doble privilegio: i) por un lado, el de *inviolabilidad*, por el que no pueden ser perseguidos por las opiniones manifestadas (art. 71.1 CE); y ii) por otro lado, de *inmunidad*, por el que no pueden ser detenidos, inculcados ni procesados por actos que realicen (art. 71.2 CE).

El origen de estos privilegios se encuentra en el *ius gentium* que, en la Antigüedad, confirió inmunidad a los legados de paz (*legati de pace*) enviados por los generales

para negociar el fin de las hostilidades; de donde se aplicó a los Jefes de Estado y a los agentes diplomáticos de todo tipo, tal y como recoge la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18-04-1961.

En Derecho interno, el origen de estos privilegios se remonta al Derecho romano que los confirió a los *tribunos de la plebe*, precisamente para permitirles una total libertad de actuación en defensa de los intereses populares que representaban, la cual quedaría constreñida, condicionada o incluso impedida si el Senado o los magistrados nombrados por el mismo pudieran detenerlos, inculparlos, procesarlos y condenarlos.

Estos privilegios fueron también atribuidos a los parlamentarios, en el seno de la interpretación jacobina de la *división de poderes*, para impedir cualquier injerencia de los Poderes Ejecutivo o Judicial en la función predominante del Poder Legislativo. Pronto se evidenció que una absolutización de estos privilegios podía encerrar uno de los abusos de poder que la *doctrina de la división de poderes* se proponía eliminar, ya que podían ser alegados por los parlamentarios en cualquier tipo de ámbitos, incluso los de carácter privado.

Por eso, estos privilegios, no sólo en el ámbito parlamentario, sino también en el diplomático, fueron matizados en el constitucionalismo posterior para entenderlos como *funcionales*, es decir, sólo admisibles en la medida necesaria para preservar la independencia en el ejercicio de las funciones asignadas, en este caso, a las Cámaras y a sus miembros; y así la CE sólo recoge la inviolabilidad de los parlamentarios por opiniones manifestadas “*en ejercicio de sus funciones*” (art. 71.1 CE) y la inmunidad por hechos realizados en *el ejercicio de sus cargos*, por lo que el art. 56 LOPJ permite dirigir contra ellos demandas de responsabilidad civil; el art. 71.2 CE permite detenerlos en caso de delito flagrante y, en cualquier caso, previa autorización de la Cámara (art. 71.2 CE, previa la tramitación de un *suplicatorio* dirigido al efecto por el órgano judicial correspondiente.

El reciente procesamiento en el Tribunal Supremo de políticos independentistas catalanes a quienes se imputó la comisión de varios delitos con ocasión de la celebración del referendun sobre la secesión de Cataluña, declarado contrario a la CE por el Tribunal Constitucional en 2018, ha puesto de manifiesto que estas instituciones siguen siendo fuente de interferencias en la *doctrina de división de poderes*, aunque el Tribunal Supremo, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, con una admirable sutileza, ha mantenido el equilibrio constitucional al decretar la detención y prisión provisional, instruir el sumario, decidir el procesamiento, abrir el juicio oral y arbitrar las medidas cautelares precisas para compatibilizar, en lo posible, la situación de encarcelamiento de los procesados con el ejercicio por los mismos de sus derechos a presentarse como candidatos a elecciones y tomar posesión de sus escaños, pero sin que tal ejercicio impida ni obstaculice su previo procesamiento, su enjuiciamiento y su prisión provisional hasta que se ha dictado sentencia firme.

### 3/ *Las Comisiones parlamentarias de investigación.*

Que la función legislativa sea la primera de los Parlamentos es un planteamiento de la doctrina clásica de la *división de poderes* que no se aviene con la actual expansión de la *función de control* sobre el Poder Ejecutivo que ha sido resaltada por el poder constituyente; así el art. 109 CE faculta al Parlamento para recabar del Gobierno toda la *información* que precise; el art. 111 CE habilita las *preguntas e interpelaciones* parlamentarias como medios de control del Ejecutivo; y el art. 76 CE posibilita que las Cámaras parlamentarias puedan constituir *Comisiones de investigación*.

Obviamente, la investigación parlamentaria puede coincidir con la que, sobre el mismo asunto, abra el Poder Judicial y de ahí que estas *Commissions d'enquête* supongan una institución de posible interferencia con la función jurisdiccional.

Por ello, el poder constituyente (art. 76 CE) ha zanjado la cuestión con las siguientes medidas que recogen la experiencia constitucional comparada al respecto: i) estas Comisiones pueden ser constituidas por las Cámaras sobre cualquier asunto de interés público; ii) es obligatorio comparecer ante estas Comisiones a requerimiento de las Cámaras, las cuales pueden sancionar la incomparecencia en la forma que regule una ley; iii) las conclusiones de estas Comisiones no son vinculantes para los Tribunales ni afectarán a las resoluciones judiciales; y iv) el resultado de la investigación parlamentaria puede ser comunicado al Ministerio fiscal para que éste ejerza, en su caso, las acciones oportunas.

### 4/ *Las mociones de censura, confianza y reprobación.*

En una aplicación pura de la *doctrina de la división de poderes*, el Legislativo no podría decidir sobre el Ejecutivo; pero la temprana interpretación jacobina convirtió a éste en una Comisión parlamentaria más, completamente sujeta a la voluntad de la Cámara de la que emana por virtud del *principio democrático*. Por el contrario, los doctrinarios trataron de potenciar la posición institucional del Ejecutivo en base al *principio monárquico*.

La confluencia de ambas tendencias en el Derecho Constitucional Comparado han sido, más que Gobiernos de mero gabinete, modelos de relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo basados en la necesaria confianza parlamentaria que precisa el Gobierno, ya que éste responde políticamente de su gestión ante el Parlamento.

Lógico corolario de la forma parlamentaria de Gobierno son las instituciones denominadas moción de *confianza*, de *reprobación* y de *censura*: i) por la *moción de confianza*, el Gobierno se somete a una votación parlamentaria para ratificar el apoyo del Parlamento (art. 112 CE); ii) por la *moción de censura*, el Parlamento vota la

remoción del Ejecutivo (moción destructiva) y, eventualmente, la investidura de uno nuevo (moción constructiva, cfr. arts. 113 y 114 CE); iii) por la *moción de reprobación*, el Parlamento, sin derribar al Ejecutivo, vota su desagrado con la gestión de algún miembro del Gobierno.

## **D) Respecto a sus funciones segundas de tipo constitucional.**

### **1/ Las funciones relativas a la Corona.**

En los regímenes absolutistas, ajenos a la *división de poderes*, la Jefatura del Estado encabeza y asume verdaderamente todos los poderes estatales; pero, instaurada la *división de poderes*, salvo en los modelos presidencialistas, en los que conforma la cabeza del Poder Ejecutivo, la Jefatura del Estado (Presidencia, en las Repúblicas; Corona, en las Monarquías) es una institución perteneciente al Estado en sentido global (*Gesamstaat*), por lo que se sitúa, con una fuerte carga simbólica, por encima de la *división de poderes*, para asumir funciones de alta representación, arbitraje y moderación institucional.

Por ello, el poder constituyente ha de determinar la forma de elección de la Presidencia en las Repúblicas y en las Monarquías electivas y las reglas sucesorias en las Monarquías dinásticas y, en ambos casos, el Parlamento, por su carácter representativo de la soberanía, está llamado a desempeñar relevantes funciones con respecto a la Jefatura del Estado, que varían según los modelos constitucionales comparados. Estas funciones parlamentarias en relación con la Jefatura del Estado no son estrictamente legislativas; tal es el caso, en la CE, de las que se atribuyen a las Cortes Generales con respecto a la Corona, como son las provisiones sucesorias en caso de extinción de todas las líneas hereditarias (art. 57.3 CE), los vetos matrimoniales (art. 57.4 CE, la designación de la Regencia dativa (art. 59.3 CE) y de la tutela regia dativa (art. 60 CE), la proclamación y juramento del Rey, del Príncipe heredero y del o de los Regentes (art. 61 CE).

Atribuciones regias más cercanas a la función legislativa son las de sancionar y promulgar las leyes (art. 62,a CE), convocar y disolver las Cortes Generales (art. 62,b CE), manifestar el consentimiento estatal para obligarse mediante tratados internacionales (art.63 CE) y declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización parlamentaria (art. 63.3 CE).

Todas las potestades constitucionales asignadas a la persona titular de la Corona (incluido el supremo mando de las Fuerzas Armadas que le atribuye el art. 62.h CE) deben entenderse como estrictamente *regladas* para la misma, por lo que no es admisible interpretarlas como manifestaciones *residuales* del viejo *principio monárquico* que reconocía cierta soberanía regia. En este sentido, las decisivas intervenciones

del Rey Juan Carlos I para abortar el golpe militar en 1981, y del Rey Felipe VI para frenar el intento secesionista catalán en 2017 deben ser, a mi juicio, entendidas, no como una suplantación de los poderes constituidos, sino como un ejercicio de las funciones constitucionales de la Corona para instar a dichos poderes a superar graves crisis institucionales mediante medidas de emergencia.

## **2/ La inconstitucionalidad de las leyes.**

Una visión plana de la *división poderes* que sólo contemplase los tres grandes complejos institucionales clásicos, no encontraría explicación para el fenómeno, extendido en el moderno constitucionalismo, de la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, bien por los órganos judiciales (sistema *difuso* o angloamericano de control de la constitucionalidad), bien por un Tribunal Constitucional (sistema *concentrado* o kelseniano de control de la constitucionalidad), con la consiguiente limitación de la potestad legislativa del Parlamento.

La razón de esta limitación se encuentra, desde luego, en la existencia del *poder constituyente* que determina la vigencia y supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico estatal. Pero, esto dicho, no puede ocultarse que la mera existencia de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes supone una crucial limitación del Poder Legislativo, sea por parte del Poder Judicial (en el modelo *difuso*), sea por parte de un Tribunal Constitucional (en el modelo *concentrado*), hasta el extremo de que doctrinalmente se ha afirmado que dicho *control de constitucionalidad* supone atribuir a quien lo desempeña la función de un *legislador negativo*, en cuanto que decide expulsar del ordenamiento jurídico a las normas inconstitucionales.

Esto dicho, es de resaltar que, en el modelo *concentrado*, el Tribunal Constitucional no se integra en el Poder Judicial, sino que es un órgano del Estado global (*Gesamstaat*), en el que también se integra el *poder constituyente* y la *Constitución* que el Tribunal Constitucional está institucionalmente destinado a preservar e interpretar.

## **3/ El senado-consulta del art. 155 CE.**

La crisis secesionista catalana en 2017 y la subsiguiente aplicación, para solventarla, de diversas medidas coercitivas al amparo del art. 155 CE ha desvelado una fuente del Derecho que, hasta entonces, había permanecido inédita en nuestra experiencia constitucional, cual es la decisiva intervención del Senado para aprobar las medidas propuestas por el Gobierno.

Sin duda, el art. 155 CE supone la importación, desde de la experiencia constitucional germana, de un mecanismo de coerción del centro federal (*Oberstaat*) sobre

las instancias descentralizadas (*Gliedstaat*) para solventar crisis conflictuales susceptibles de afectar la estabilidad del Estado global (*Gesamstaat*); pero, aun así, no he dudado en calificar de *senado-consulta* a dicha intervención de la Cámara Alta, debido a la similitud que ofrece con las decisiones senatoriales romanas en momentos de crisis constitucionales (*senatus consultum ultimum*), teniendo en cuenta que el sustantivo latino *consultum* significaba, en dicho contexto, decisión y no consulta o dictamen; y el adjetivo *ultimum* aludía a una situación de emergencia.

Esto apuntado, el *senado-consulta* del art. 115 CE, incide, desde luego, en la concepción clásica de la *doctrina de división de poderes*, en cuanto que, por un lado, sitúa la decisión, no en las Cortes Generales (Parlamento bicameral), ni en el Congreso (Cámara baja), sino sólo en el Senado, como Cámara territorial (art. 69.1 CE); y, por otro, quiebra el *principio de competencia*, que separa los ámbitos constitucionales de actuación del Estado central (*Oberstaat*) y de cada una de las instancias políticamente descentralizadas (Comunidades Autónomas), para penetrar en el ámbito autonómico (*Gliedstaat*) y reconducirlo a la unidad estatal (*Gesamstaat*). Por ello, estimo que debe ser enmarcado entre los poderes constituidos para situaciones de emergencia.

### **3. Interferencias desde la perspectiva del Poder Ejecutivo.**

#### **A) Respecto a su función primaria de ejecutar las leyes.**

##### **1/ El sometimiento a la ley y la huída del Derecho administrativo.**

La interpretación jacobina de la *doctrina de la división de poderes* se tradujo en una preponderancia del Poder Legislativo al que resulta sujeto el Poder Ejecutivo a través de la dinámica inherente al imperio de la ley que el primero está institucionalmente destinado a aprobar y el segundo a ejecutar.

Corolario de esa dinámica institucional es el *principio de legalidad* por el que el Poder Ejecutivo sólo puede actuar cuando y en la medida en que esté habilitado para ello por las leyes (art. 103.1 CE), a diferencia de la ciudadanía para la cual rige el *principio de libertad* por el que está permitido todo lo que no esté legalmente prohibido (arts. 9.3, 10 y 53 CE).

El *principio de legalidad* se traduce así en una especie de *capacidad de obrar* para el Poder Ejecutivo, en el sentido de que la ley le confiere las potestades precisas para actuar y, en suma, define lo que puede hacer (el *agere licere* del Poder Ejecutivo) en el sentido de que hay que entender que le está vetado todo aquello que no le esté legalmente permitido.

Es obvio que, como ha demostrado la doctrina ius-administrativista, las formas de habilitación de potestades no se limitan a la investidura expresa de una ley, sino que también es posible que el legislador confiera potestades al Poder Ejecutivo mediante *conceptos jurídicos indeterminados* y otros medios de habilitación tácita como son las *potestades discrecionales* para decidir lo más conveniente al interés público en algunos casos de acusado carácter técnico o político.

Ahora bien, que existan variadas formas de habilitación no significa que las mismas puedan configurar sendas *inmunidades de poder*; de suerte que el Poder Ejecutivo resulte libre de controles y responsabilidades. Por ello, el *poder constituyente* sujeta al Poder Ejecutivo a la legalidad (art. 103.1 CE), al control jurisdiccional (art. 106.1 CE), y prohíbe la irresponsabilidad y la arbitrariedad (art. 9.3 CE), de manera que toda actividad emanada del mismo sea enjuiciable para analizar si se ajusta al ordenamiento jurídico y al interés público, sin perjuicio de la amplia discrecionalidad (jurídica, técnica o política) de la que puede disponer en algunos casos.

Este estatuto de sumisión del Poder Ejecutivo al interés público y a la legalidad se asemeja conceptualmente bastante al que en Derecho romano tenían los menores<sup>120</sup> por lo que el Derecho público y, en concreto, el Derecho Administrativo presenta instituciones, como la Intervención General, que recuerdan el régimen, en el Derecho privado, de la patria potestad o de la tutela de los menores.

Por eso, la pretensión de escapar al sistema jurídico de limitaciones de las potestades públicas (sobre todo en materia de contratación de personal, obras y servicios públicos de todo tipo), a la que se ha denominado *huida del Derecho Administrativo*, puede socavar la *división de poderes* en cuanto que, en rigor, trata de aplicar el estatuto jurídico privado (basado en el *principio de libertad*) a un Poder que, como el Ejecutivo, ha sido concebido bajo el imperio del *principio de legalidad*; por lo que, en suma, dicha pretensión reverdece el intento de los doctrinarios de buscar una nueva *inmunidad de poder*, con el peligro añadido de que dicha *huida* del Derecho Administrativo conduzca al Derecho penal, como se ha demostrado en los casos de corrupción.

Es curioso constatar que, al fenómeno de la *huida del Derecho Administrativo* hacia el Derecho privado, que intenta eludir los controles financieros y de legalidad propios del régimen jurídico-público; corresponda, en sentido contrario, un fenómeno de *huida hacia el Derecho Administrativo* desde el Derecho Laboral, que intenta lograr las mayores garantías de estabilidad en el empleo que ofrece la función pública. Estas tensiones entre libertad y seguridad deben ser resueltas mediante un

<sup>120</sup> Recordemos que tanto los menores *in potestate* como los magistrados con *potestas* vestían la *toga praetexta*, como símbolo de sumisión a los *patres*, ya fueran estos, en el caso de los menores, sus progenitores o adoptantes o, en el de los magistrados los senadores, también denominados *patres (patria)*.

adecuado funcionamiento de la *división de poderes* para la definición legislativa de los respectivos ámbitos, la prudente ejecución de los mismos y la evitación judicial de los *fraudes de ley*.

### **2/ La pretendida reserva de Administración.**

La *división de poderes* es una doctrina construida sobre la base de sendas *reservas* de actuación: i) por un lado, al Poder Legislativo, le reserva la formidable potestad de aprobar leyes que sean de obligado cumplimiento para todos, de suerte que sólo el mismo puede regular las materias que afecten a los derechos fundamentales de la ciudadanía, estereotipados por la doctrina clásica, en los de *propiedad y libertad (reserva de ley)*; ii) por otro lado, al Poder Judicial, le reserva la no menos formidable potestad de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, aplicando las leyes a casos concretos conflictivos que le sean planteados tras un proceso jurisdiccional con todas las garantías (*reserva de jurisdicción*).

Los doctrinarios postularon que, si existían esas sendas *reservas* en favor de los Poderes Legislativo y Judicial, con la misma razón podría construirse una *reserva* en favor del Poder Ejecutivo. De este planteamiento derivan instituciones como los llamados *reglamentos independientes* (que el Gobierno podría dictar sin necesidad de contar con la cobertura de una previa ley que ejecutar o desarrollar) o la *reserva reglamentaria* (por la que existirían ciertas materias sustraídas a la regulación parlamentaria y que sólo podrían ser disciplinadas mediante reglamentos emanados del Poder Ejecutivo).

Estas propuestas atentan también contra la *doctrina de la división de poderes*, puesto que tratan de colocar a los tres Poderes clásicos en un plano de igualdad, cuando la interpretación ortodoxa de dicha doctrina pretende erigir: al Parlamento, en la institución política central; a la ley, en expresión de la voluntad general; y, al Poder Ejecutivo, en estrictamente sujeto a la legalidad.

### **3/ Los poderes implícitos.**

Denominanse *poderes implícitos* a las potestades que han de entenderse conferidas a una entidad por razón de la ley que ha determinado su creación, fines y funciones. La *doctrina de los poderes implícitos* ha fructificado especialmente en el Derecho Internacional público como medio para habilitar a las Organizaciones internacionales de cooperación y, especialmente, a las de integración, de las competencias precisas para cumplir sus finalidades institucionales.

Aplicada al Derecho público interno, esta doctrina se solapa con la clásica de los doctrinarios para reforzar la habilitación competencial de las distintas entidades y

organismos integrados en el Poder Ejecutivo, con el argumento teleológico de que hay que entenderlos habilitados para realizar cuantas actuaciones requiera el logro del sector de interés público para cuya atención han sido creados.

Aunque un uso moderado de esta doctrina, como técnica hermenéutica de los estatutos reguladores de ciertos organismos, puede ser conforme al sentido querido por la legalidad que los ha constituido; la *doctrina de la división de poderes*, en rigor, más que un *sistema de fines* (por el que las entidades deban entenderse habilitadas en función de sus fines institucionales), postula un *sistema de lista* (por el que las entidades no dispongan de más poderes que los que expresamente se les hayan conferido).

La tensión entre el modelo teleológico o *de fines* y el de habilitación expresa o *de lista* se ha manifestado especialmente en el ámbito de la Unión Europea, donde el Tribunal de Justicia hizo una generosa aplicación del sistema de habilitación en función de los fines de construcción europea, hasta que la reforma de los Tratados ha impuesto el *principio de subsidiariedad*, por el que las instituciones comunitarias no deben quedar investidas de potestades cuando las funciones correspondientes puedan ser realizadas más eficazmente por los Estados miembros (arts. 4 y 5 del Tratado de la UE).

En realidad, la *doctrina de los poderes implícitos* no es sino una técnica de relación entre sistemas institucionales de poder; por eso aparece en la formación de los Estados compuestos, tanto si ésta se produce por *integración* (en cuyo caso las instancias centrales se empoderan a costa de las descentralizadas), como si surge por *deconstrucción* (en cuyo caso son las instancias descentralizadas las que se empoderan a costa de las centrales).

Por eso, el sistema constitucional norteamericano, que es un *federalismo de integración*, se ha ido construyendo sobre la base de afirmar cada vez más competencias de la Federación sobre los Estados federados; mientras que el sistema autonómico español, que sigue las pautas del *federalismo de deconstrucción*, se ha construido sobre la base de transferir a las Comunidades Autónomas competencias que antes ostentaba el Estado central.

De ahí que los Estatutos de Autonomía españoles *de tercera generación* hayan incentivado el recurso a la técnica *de listas* competenciales muy detalladas para tratar de frenar en lo posible la tendencia al empoderamiento de los poderes centrales mediante la técnica de los apoderamientos implícitos por razones teleológicas.

Es obvio que corresponde al poder constituyente (directamente o mediante el poder constituido de interpretación constitucional atribuido al Tribunal Constitucional) definir los límites de la interpretación intersistémica que subyace en esta cuestión<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Para una perspectiva filosófica general sobre problema hermenéutico, es recomendable la obra de UMBERTO ECO, *Los límites de la interpretación*, trans. Helena Lozano, Barcelona, Lumen, 1992.

## **B) Respecto a su función segunda de tipo legislativo.**

### ***1/ La potestad reglamentaria.***

Estamos tan habituados a la constante publicación de reglamentos en los boletines oficiales que no solemos reparar en que la *potestad reglamentaria* del Gobierno es una anomalía si se la considera desde la perspectiva clásica de la *doctrina de la división de poderes*.

En efecto, aprobar un reglamento supone que el Poder Ejecutivo dicta un conjunto de disposiciones generales de carácter obligatorio, esto es, que ha desempeñado precisamente la función normativa que la *doctrina de la división de poderes* reserva al Poder Legislativo.

El origen de la *potestad reglamentaria* se encuentra en la argumentación (propia de la *doctrina de los poderes implícitos*) consistente en defender que, si el Poder Ejecutivo tiene asignada la función de ejecutar las leyes, dicha función requiere, entre otros aspectos, la potestad de desarrollar normativamente dichas leyes. En otras palabras, ejecutar una ley es también desarrollarla mediante reglamentos. El poder constituyente terminó así reconociendo la potestad reglamentaria al Gobierno.

Pero la dinámica del *abuso de poder* demostró pronto, al amparo de la interpretación doctrinaria de la *división de poderes*, que la potestad reglamentaria podía extralimitarse con figuras como los *reglamentos independientes* que el Gobierno podría dictar sin la previa cobertura de una ley o los *reglamentos organizativos* en los que el Gobierno gozaría de una amplia discrecionalidad ya que no tendrían por objeto desarrollar ninguna ley sino sólo organizar los servicios administrativos.

La situación, como antes se ha expuesto, se hizo intolerable en la Francia de la Restauración cuando el Príncipe de Polignac quiso neutralizar mediante reglamentos la labor legislativa de la Asamblea Nacional. La caída de Carlos X enseñó que lucha contra las inmunidades de poder debía convertirse en una tensión permanente.

En la actualidad, la doctrina ius-administrativista es cada vez más crítica con una expansión indebida de la potestad reglamentaria y ha formulado estrictos límites a los reglamentos para reducirlos a los ejecutivos o en desarrollo de leyes, proscribir los reglamentos independientes, exigir una clara cobertura legal a los textos reglamentarios y limitar la potestad reglamentaria de los Ministros y otros órganos, uni o pluripersonales, de rango jerárquico inferior al del Consejo de Ministros a los aspectos concretos para cuyo desarrollo tales órganos hayan sido habilitados expresamente

por una ley parlamentaria o por un reglamento aprobado por dicho Consejo<sup>122</sup>; e incluso para criticar el empleo de la potestad reglamentaria por los Gobiernos *en funciones*<sup>123</sup>.

## 2/ La legislación delegada.

Una aplicación estricta de la *doctrina de la división poderes* convierte a éstos en exclusivos y excluyentes, de suerte que el ejercicio de los mismos no resulte delegable en órganos pertenecientes a un Poder diferente. Así, por ejemplo, la función legislativa tendría que ser ejercida, en todo caso y únicamente, por el Parlamento, sin posibilidad de que éste la delegue en el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, cuando los Parlamentos debieron legislar sobre materias especialmente profundas, complejas o que requieren conocimientos especializados se abrió paso la idea de delegar esa legislación en el Gobierno, que cuenta con personal capacitado o puede contratarlo al efecto.

Así sucedió especialmente en el caso de la *codificación*, íntimamente ligado, como es sabido, al *constitucionalismo*. En efecto, las dos grandes realizaciones revolucionarias en el ámbito normativo fueron *la Constitución y el Código* (sobre todo, el civil, el mercantil, el penal y el procesal). Ambas se plasmaban en textos normativos de los que se esperaba claridad y seguridad pues eran reputadas los arquetipos normativos de la defensa de los grandes valores de la libertad y la propiedad.

La *Constitución* comenzó siendo un texto prácticamente reducido a la hoy denominada *parte orgánica* (limitada a diseñar la estructura institucional del Estado y

<sup>122</sup> Así, la denominada *doctrina de la doble habilitación* exige que, para admitir la potestad reglamentaria de los órganos del Poder Ejecutivo inferiores jerárquicamente al Consejo de Ministros (o al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas) dichos órganos cuenten no sólo con la habilitación genérica que supone la norma legal que les reconozca la potestad reglamentaria, sino también con la habilitación específica que, para desarrollar un aspecto concreto, les atribuya expresamente otra norma sectorial con rango de ley o de reglamento aprobado por dicho Consejo. La razón justificativa de esta doctrina limitante es que dichos órganos (al no haber sido designados por el Parlamento, sino por el Presidente del Gobierno o por los Ministros) gozan de una legitimidad democrática de grado tanto menor cuanto su nombramiento más se aleje de la soberanía popular (única fuente de la legitimidad democrática de primer grado). Este mismo razonamiento es, por lo demás, el que justifica la sumisión de los reglamentos gubernamentales a las leyes parlamentarias.

<sup>123</sup> La amplitud de las potestades ejecutivas se reduce en la situación del Gobierno *en funciones* porque la misma deriva de la disolución del Parlamento que le prestó confianza y, hasta la constitución de un nuevo Gobierno que goce de la confianza del Parlamento que surja de las elecciones, sólo puede ejercer facultades de mera gestión de asuntos ordinarios, pero no ejercer la iniciativa legislativa, hacer uso de delegaciones legislativas, ni decidir asuntos de especial trascendencia política, económica o social o que condicionen las que pueda tomar el nuevo Gobierno cuando tome posesión. Con estos criterios, la potestad reglamentaria sólo puede ser ejercida en el periodo en funciones sin afectar a la *división de poderes*, si se justifica de forma expresa su urgencia y necesidad o su transitoriedad o neutralidad futura.

garantizar la división de poderes), adquirió más complejidad cuando incorporó una *parte dogmática* (destinada a recoger las declaraciones de derechos humanos, que comenzaron siendo textos parlamentarios extra-constitucionales); pero, aun así, la Constitución seguía siendo un texto formal, compendioso y clarificador, en comparación con los viejos fueros que contenían, de forma dispersa y confusa, la Constitución material del Régimen absolutista.

El *Código* requería una labor normativa mucho más compleja. No se trataba de enunciar los grandes principios políticos revolucionarios (libertad, igualdad, solidaridad), sino de reducir a un único texto legal, de forma clara y con seguridad jurídica, las normas que asegurasen a los ciudadanos la propiedad privada (Código civil), la seguridad de las transmisiones (Legislación hipotecaria y notarial), la libertad personal (Código Penal), la seguridad del estado civil (Legislación registral civil y matrimonial), la libertad mercantil (Código de Comercio) y las garantías jurisdiccionales (Códigos procesales civil y penal); materias todas ellas que, en el Antiguo Régimen, estaban reguladas en cuerpos legales y repertorios de usos y costumbres variopintos, inseguros, prolijos y, frecuentemente, inaccesibles e incomprensibles para la ciudadanía.

La *codificación* era necesaria, pero su realización era muy dificultosa y exigía profundos conocimientos de la tradición jurídica de cada Estado y de las diferentes instituciones que debían ser codificadas o reguladas de otra manera para adaptarlas a los principios revolucionarios. Ante la dificultad de acometer esa ingente labor en las Cámaras parlamentarias, se optó por delegarla en el Poder Ejecutivo. Nació así la legislación delegada.

La justificación de esta delegación, contraria a la *división de poderes* se encontraba el principio deóntico de que *quien puede lo más* (como era legislar sobre una materia en el Parlamento), *puede lo menos* (como era delegar esa legislación en el Poder Ejecutivo), siempre que se impusieran al delegado límites (también basados en el mismo razonamiento y en la lógica institucional del contrato de mandato no representativo), como : i) que el Poder Ejecutivo ajustase la legislación delegada a las *bases* que el Poder Legislativo le fijase en una, por eso, llamada “ley de bases” (semejante a las instrucciones del mandante al mandatario); ii) que el Poder Legislativo se reservase la aprobación u incluso otras medidas de *control* posterior de la legislación delegada propuesta por el Poder Ejecutivo (semejante a la ratificación *-ratiohabitio-* del mandante de lo hecho por el mandatario); y iii) que el Poder Judicial, aunque la legislación delegada tuviese valor de ley, pudiera expulsar del ordenamiento jurídico la que se hubiera dictado *ultra vires*, es decir, excediendo de los límites de habilitación delegados por el Poder Legislativo (expresión tomada de la reducción de las disposiciones de última voluntad que excedan del caudal relicto, *ultra vires hereditatis*).

Estas cautelas permitieron la aprobación (durante el siglo XIX y primeros años del siglo XX) de los grandes Códigos en los Estados europeos, mediante la técnica de la legislación delegada.

El *constitucionalismo* más perfeccionado, al que pertenece, sin duda, la Constitución española de 1978, ha resuelto esta cuestión mediante una decisión por la que el poder constituyente (cfr. arts 82 y 83 CE): i) recoge la *legislación delegada*, mediante la cual el Poder Ejecutivo puede aprobar unas normas especiales, los *Decretos legislativos*, así llamados por proceder del Gobierno (*Decretos*), pero no ser *reglamentos*, sino tener rango y valor de ley (*legislativos*); ii) limita su objeto a refundir normativa dispersa (*textos refundidos*) o a regular ordenadamente una materia según las bases señaladas por el Parlamento (*textos articulados*); y iii) sujeta su ejercicio a estrictos criterios previos (leyes parlamentarias *de delegación*) y posteriores (leyes parlamentarias *de aprobación*).

### 3/ *La legislación asumida.*

Hemos notado anteriormente cómo el *poder constituyente* adopta una especial configuración en situaciones de especial gravedad según criterio *salus populi suprema lex esto*. Pero, incluso en situaciones de normalidad constitucional, advienen necesidades extraordinarias que requieren una rápida y eficaz respuesta normativa que, por su especial régimen de funcionamiento parlamentario, el Poder Legislativo no puede prestar, a diferencia del Poder Ejecutivo que presenta una estructuración más pretoria y apta para reacciones rápidas e incluso, si es necesario, fulminantes.

En estos casos, el Gobierno, sin delegación previa alguna del Poder Legislativo, asume la función legislativa dictando la, por eso, denominada, en Derecho Constitucional Comparado, *legislación asumida* o también potestad de dictar *ordenanzas de necesidad*.

Por supuesto, no se trata de reaccionar frente a situaciones extraordinarias mediante normas de rango reglamentario, sino a través de disposiciones con rango y valor de ley, esto es, susceptibles de afectar a los derechos de la ciudadanía (paradigmáticamente simbolizados en los de propiedad y libertad) y sacrificarlos o limitarlos en aras del interés general comprometido por la situación urgente o extraordinaria que se trate de abordar. En nuestra tradición constitucional, estas normas se denominan *Decretos-leyes* (*Decretos*, porque no emanan del Poder Legislativo, sino del Ejecutivo; y *leyes*, no sólo porque no tienen rango reglamentario, sino de ley, sino también porque, a diferencia de los *Decretos legislativos*, no proceden de una previa delegación parlamentaria de la función legislativa o *legislación delegada*, sino que expresan una *legislación asumida* por el Gobierno para subvenir a casos urgencia o necesidad).

Si, como se ha indicado, la *potestad reglamentaria* y la *legislación delegada* contradicen, de por sí, la *doctrina de la división de poderes*, más aún lo hace la *legislación asumida*. De ahí que el constitucionalismo más evolucionado haya resuelto también esta cuestión mediante una decisión del poder constituyente (cfr. art. 86 CE) por la que se reconoce la existencia de la misma, pero sujetándola a límites precisos para que no se convierta en una nueva válvula de escape de la disciplina que la *división de poderes* supone frente al abuso y la inmunidad del poder.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional ha perfilado aún más este instrumento legislativo para controlar los parámetros que le sirven de justificación constitucional, como la urgencia o la necesidad, la transitoriedad de las medidas y su incardinación en el ordenamiento, mediante los mecanismos constitucionales previstos al efectos, tales como la convalidación, la derogación y la tramitación ulterior de los Decretos-leyes como leyes parlamentarias ordinarias.

#### ***4/ Los poderes de disolución del Parlamento.***

La legitimidad democrática de primer grado de la que, por virtud de su elección popular, goza el Parlamento no puede durar de forma permanente, pues la voluntad general requiere renovarse mediante la periódica celebración de elecciones parlamentarias.

De ahí que el constitucionalismo derivado de la *doctrina de la división de poderes* sujete a un estricto calendario la duración de la *legislatura* (tiempo asignado al mandato representativo de los parlamentarios electos en orden a que aprueben leyes en el Parlamento respectivo), que se traduce en una precisa fijación de las fechas de constitución y disolución de las Cámaras y de celebración de las elecciones, escrutinio de las votaciones, proclamación y toma de posesión de los parlamentarios electos.

Ahora bien, la disolución del Parlamento no sólo puede advenir por el transcurso del tiempo asignado a cada legislatura, sino también por el efecto de los mecanismos de confianza que fundamentan las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, por virtud de los cuales el Ejecutivo depende de la confianza del Legislativo, quien puede derribarlo aprobando una moción de censura o denegando una de confianza; pero no puede hacerlo sin consecuencias pues, como medida de equilibrio institucional, se admite que el Ejecutivo pueda disolver el Parlamento y convocar nuevas elecciones.

Esta potestad de disolución y convocatoria electoral es, en efecto, un contrapeso gubernamental frente a las mociones con las que el Parlamento puede denegar la confianza y derribar al Gobierno.

Por esto, esta potestad de disolución debe ser reputada también como una de las instituciones implicadas en los potenciales conflictos entre Poderes, por más que se encuentre generalmente regulada con detalle por el poder constituyente (cfr. p.e. los arts 108-115 CE).

### **5/ Las potestades parlamentarias del Gobierno.**

A las potestades del Ejecutivo en el Parlamento antes citadas (iniciativa legislativa, presencia del Gabinete en el *banco azul*, disolución de las Cámaras), siguieron otras que fueron acuñadas en la práctica de las sesiones y terminaron recogidas en los Reglamentos de las Cámaras y, para evitar dudas sobre su incidencia en la *doctrina de la separación de poderes*, en los textos constitucionales, como decisiones del poder constituyente.

Tal es el caso: i) de los derechos de los miembros del Gobierno de asistir a las sesiones parlamentarias e intervenir en ellas (cfr. p.e. el art. 110 CE); y ii) del derecho de veto del Gobierno a la aprobación de enmiendas o proposiciones de ley que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios (cfr., art. 134.3 CE).

La *doctrina de la división de poderes* reclama que todas estas potestades parlamentarias del Gobierno, para no devenir abusivas, deban ser entendidas como funcionales, esto es, sólo admisibles en función y en la medida de la finalidad de interés general con ellas pretendidas.

### **6/ El TMP compartido con el Parlamento.**

En Derecho Internacional Público se denomina TMP (*treaty making power*) o *ius contrahendi* a la potestad estatal de celebrar tratados internacionales con otros Estados, Organizaciones internacionales y sujetos con personalidad jurídica internacionalmente reconocida. Esta potestad es inherente a la personalidad jurídica internacional del Estado y procede de la primigenia de declarar la guerra (*ius ad bellum*) y, más exactamente, de otra, también ancestral pero derivada de la anterior, cual es la de enviar legados (*ius legationis*) y firmar la paz (*ius ad pacem*), pues es obvio que el *ius belli ac pacis* conforma un bloque por cuanto el fin de la *guerra justa*<sup>124</sup> es la instauración de la paz (*pace making*).

<sup>124</sup> El Derecho Internacional Público (DIP) se funda en la tácita convención de que sólo es admisible la **guerra** que sea **justa** por reunir las siguientes clásicas condiciones: i) *legitima potestas*: ser declarada por un autoridad pública legítima internacionalmente reconocida; ii) *iusta causa*: preceder una causa justificativa, admitida por el DIP como *casus belli*; iii) *recta intentio*: presentar una intención justa por parte del que declara la guerra; iv) *ultima ratio*: ser la guerra el último medio disponible para hacer justicia; v) *iustus inis*: tener como finalidad el logro de la paz; y vi) *proportionalitas et humanitas*: ser en todo proporcional y coherente con la justa causa presentada, el justo fin pretendido y la recta intención manifestada y desarrollarse conforme a las reglas humanitarias internacionales del Derecho sobre la guerra (*ius in bello*).

Ahora bien, como quiera que el TMP se refiere al Estado global (*Gesamstaat*), que es quien ostenta la personalidad jurídica internacional de la que deriva, los órganos estatales a quienes se atribuya su ejercicio no quedan investidos al efecto en razón de su pertenencia a uno de los tres clásicos Poderes constituidos, sino en virtud de una habilitación expresamente conferida por el poder constituyente, por lo mismo que, al ejercerlo, *impersonan* a dicho Estado global (*Gesamstaat*) y no a los Poderes Ejecutivo o Legislativo de las instancias centrales (*Oberstaat*) o descentralizadas (*Gliedstaat*). Por ello, Locke y otros primitivos teóricos de la *división de poderes* aludieron a un pretendido *poder federativo* (de *foedus*, tratado internacional) para explicar la dinámica del *TMP*.

Esto señalado, el poder constituyente, en Derecho constitucional comparado, suele distribuir el *TMP* entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. mediante las técnicas de la reserva de materias y la distribución de competencias. Así, p.e, *ex art.* 94 CE, se atribuye, al Gobierno, la *manifestación* del consentimiento del Estado para obligarse mediante Tratados (art. 16 de la Ley estatal española 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Acuerdos internacionales) y, al Parlamento, la prestación de la *previa autorización*, para prestar el consentimiento del Estado para obligarse mediante Tratados, cuando estos revistan carácter político, militar o financiero o afecten a la integridad territorial, a los derechos y deberes fundamentales o supongan la modificación, derogación o aprobación de leyes.

### **7/ La potestad convencional.**

Sabido es que, como establece el art. 1089 del Código civil, las obligaciones nacen, por supuesto, *de la ley*, pero también *de los contratos*, de los *cuasi-contratos* y de los actos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Se recoge así una vieja tradición romanística que cifraba las fuentes de las obligaciones en la *lex*, los *contractus* (incluyendo la responsabilidad contractual), los *quasicontractus* (como la gestión sin mandato, el cobro de lo indebido o el enriquecimiento sin causa), los *delicta* (en rigor, la ley y la responsabilidad penales) y los *cuasidelicta* (en rigor, la responsabilidad extracontractual); fuentes todas ellas que, en definitiva, se reconducen a la *voluntad* inherente a la ley (por eso se habla de *imperium* o *voluntas legis* o de *voluntas legislatoris*), y a la contratación (por eso es fundamental la voluntad y el consentimiento de los contratantes para que exista un contrato), pero que también está presente en los *cuasicontratos* (donde se aprecia una voluntaria espontaneidad en la acción efectuada que genera responsabilidad y obligación de devolver) y en la *responsabilidad extracontractual* (en cuanto que la obligación de resarcir exige una previa culpa o negligencia en la causación del daño, al que, por eso, los juristas romanos, partiendo de la *Lex Aquilia*, denominaban *dannum iniuria datum*).

Aplicando este esquema al Estado, resulta que la precedente consideración sobre el *TMP*, que se mueve en el ámbito internacional del Estado, resulta prodrómica de la

existencia, también en el ámbito interno del Estado, de una fuente de obligaciones estatales distinta a la ley, cual es la aprobación de *convenios* celebrados entre, por un lado, los órganos de los diferentes Poderes del Estado habilitados para concluirlos; y, por otro, personas o entidades, públicas o privadas, para fines de interés público.

La razón de ello es que la *potestad convencional*, esto es, de celebrar convenios, es, en principio, una manifestación de la voluntad inherente a la personalidad jurídica. En el Estado, dicha personalidad luce, en el ámbito internacional, como el precitado *TMP* que se refiere a la personalidad jurídica internacional del Estado en sentido global (*Gesamstaat*), en nuestro caso predicable del *Reino de España* (denominación oficial del Estado español en el ámbito internacional, según el art. 8 de la Ley 25/2014). Pero, en el ámbito interno, sólo está reconocida expresamente, en el Poder Ejecutivo, a cada una de las Administraciones públicas, incluida la local y los entes institucionales o corporativos (art. 3.4 de la Ley estatal 40/2015, de 1 de octubre, del Sector público), esto es, no a los supremos órganos de gobierno, ni a los diferentes Departamentos u órganos inferiores activos, consultivos o fiscalizadores, como tampoco al Poder Judicial y sus distintos juzgados o tribunales, ni al Legislativo y sus distintas Cámaras u órganos parlamentarios.

Sin embargo, la potestad convencional se reconoce legislativamente a determinadas organizaciones que, sin tener personalidad jurídica, gozan de autonomía orgánica y funcional, como son los órganos de gobierno del Poder Judicial o de las Cámaras parlamentarias o, en el ámbito del Poder Ejecutivo, algunos órganos consultivos fiscalizadores. Por eso, la normativa sobre contratos del sector público, siguiendo pautas comunitario-europeas, más que a las Administraciones, alude a los poderes adjudicadores de contratos, para sujetar toda la actividad contractual pública a una disciplina uniforme (cfr, el art. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público)

Esto dicho, es obvio que las obligaciones dimanantes de convenios de todo tipo vinculan a los Poderes públicos que los han suscrito y que, si bien tales convenios no pueden infringir la legalidad formal (con rango de ley o de reglamento) que establece el régimen competencial, financiero y jurídico-general aplicable (cfr. arts. 47 y 48 de la Ley estatal 40/2015), sin embargo son fuentes de normatividad que, por lo que ahora interesa, no procede del ejercicio de la función legislativa del Poder Legislativo ni de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, por lo que puede constituir una válvula de escape para el estricto control del abuso de poder que se propone la *doctrina de la división de poderes*, razón por la cual la legislación ha comenzado a regular el ejercicio de esta *potestad convencional* (cfr. las cits. Leyes estatales 25/2014, 40/2015 y 9/2017) y ello, a veces, incluso con nivel constitucional, como es el caso, entre nosotros, de los Convenios entre Comunidades Autónomas (art. 145 CE).

## C) Respecto a su función segunda de tipo judicial.

### 1/ *La jurisdicción contencioso-administrativa.*

La *división de poderes*, en su versión anglosajona, admite e incluso postula decididamente que la Administración y sus actos puedan ser enjuiciados por los órganos judiciales ordinarios, sujetándose, por tanto, a un régimen procesal de *judicial review* similar al de la ciudadanía; pues la revolución inglesa del s. XVII sólo trató de limitar el poder ejecutivo regio con el Derecho (*rule of law*), sin cuestionar el prestigio histórico de la judicatura en la creación (*judge made law*) y aplicación general del *common law*.

Sin embargo, tal posibilidad es negada en la versión europeo-continental de la *división de poderes*, derivada de la revolución francesa del s. XVIII que, tratando de eliminar el denostado predominio de los Parlamentos judiciales del Antiguo Régimen, instauró el postulado contrario o de *inmunidad jurisdiccional* de la Administración, o según el cual ésta emana actos ejecutivos (porque es poder, concretamente, Poder Ejecutivo), los cuales no pueden ser judicialmente revisados; si bien, para evitar el abuso de poder a que tal inmunidad se prestaría, el genio jurídico de Napoleón ideó un sistema (el *règime administratif*) para que tales actos pudieran ser enjuiciados, con formas judiciales, por órganos también integrados en el Poder Ejecutivo.

Nació así la denominada *vía* o *jurisdicción contencioso-administrativa*, residenciada, como órgano central, en el *Conseil d'Etat* (Consejo de Estado) y, como órganos periféricos, en los Consejos de Prefectura. Se trataba de un modelo de jurisdicción *retenida* en el sentido de que el Poder Ejecutivo conservaba los viejos privilegios pre-revolucionarios de auto-tutela y auto-enjuiciamiento, pero separando, institucional y procedimentalmente, por un lado, los órganos administrativos *de gestión* y, por otro, los órganos administrativos *de revisión*, para dotar a éstos últimos de un estatuto de independencia, orgánica y funcional, similar a la del Poder Judicial.

La confluencia entre ambas formas de entender la división de poderes se produjo especialmente en España, tras la revolución de 1868, cuando los liberales, que habían contemplado en Inglaterra las virtudes del modelo judicial anglosajón, regresaron del exilio, potenciaron el Poder Judicial español mediante la aprobación de su primera Ley Orgánica en 1870, judicializaron la vía contencioso-administrativa (que los moderados, siguiendo el modelo francés, habían atribuido al Consejo de Estado y a los Consejos provinciales) y propiciaron, en suma, por un lado, la conversión del Consejo de Estado en una instancia meramente consultiva; y, por otro, la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa como un orden judicial ordinario integrado en el Poder Judicial y especializado en la revisión de la legalidad de las actuaciones ejecutivas previamente realizadas por el Poder Ejecutivo.

## **2/ Las potestades administrativas de autotutela.**

En el modelo continental, el Ejecutivo, en cuanto que es una institución de poder político, dicta actos que, a diferencia de los que adoptan los particulares, están revestidos de *imperium* y, por tanto, son ejecutivos, sin necesidad de acudir, como los particulares, a los órganos del Poder Judicial, para recabar de los mismos un título de poder político (en este caso, judicial) que permita su declaración y ejecución.

A este efecto (que es un privilegio, desde la perspectiva de los particulares) se le denomina *auto-tutela* y tiene una doble vertiente: i) la *declarativa* (por el que los órganos administrativos pueden declarar por sí mismos la posición jurídica de la Administración pública, a diferencia de los particulares que tienen que acudir para ello a los órganos judiciales; y ii) la *ejecutiva* (por la que dichos órganos administrativos pueden también llevar a efecto sus propios actos, a diferencia de los particulares que deben acudir al efecto a los órganos judiciales). Por supuesto, todo ello sin perjuicio de una posterior revisión, en vía contencioso-administrativa (de jurisdicción *especializada* en el sistema español; o de jurisdicción *retenida*, en el sistema francés) de lo previamente declarado y ejecutado por la Administración.

Por ello, en el modelo continental, es perfectamente posible que el Poder Ejecutivo actuante en la vía administrativa instaure una o más instancias *de recurso administrativo* que los particulares afectados en su esfera jurídica por un acto administrativo pueden interponer contra el mismo, ante órganos, también administrativos, pero jerárquicamente superiores. El sistema de recursos jerárquicos supone una nueva manifestación de la *auto-tutela* administrativa por la que se difiere la plena eficacia del acto hasta que devenga definitivo por agotamiento de la vía de recurso administrativo o por renuncia a la misma.

## **3/ Los Tribunales administrativos.**

Una vez instaurada la vía administrativa de recursos jerárquicos, la práctica administrativa demostró que ciertos sectores del interés público, por sus peculiaridades conflictivas, presentan una especial densidad de reclamaciones que las hacen acreedoras de decisiones ágiles e imparciales, como es el caso de los actos en materia tributaria (por implicar una pretensión sobre la procedencia del pago de una deuda dineraria como es la tributaria), deportiva (por implicar una pretensión sobre actividades regladas pero esencialmente competitivas), hídrica (por implicar una pretensión sobre regadíos u otros aprovechamientos de un recurso escaso y de amplia demanda, como es el agua) o marítima (por versar sobre eventos dañosos como los abordajes), entre otras.

En tales sectores de la actividad administrativa, fueron, así, surgiendo órganos especializados en la tramitación y resolución de reclamaciones, de suerte que la *vía*

*administrativa* quedó, en tales sectores, dividida en, por un lado, la *vía de gestión* y, por otro, la *vía de reclamación*. El ejemplo paradigmático de esta consecuencia orgánica y funcional es la denominada, entre nosotros, *vía económico-administrativa*, en la que, contra los actos de gestión dictados por la Administración tributaria actuante, se admite reclamar ante los órganos (en ocasiones, denominados *Tribunales*, aunque son *administrativos*) cuyas resoluciones agotan la vía administrativa y son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero también hay otros<sup>125</sup>.

En suma, frente a la rígida atribución en exclusiva al Poder Judicial de la función de juzgar, postulada por la interpretación clásica de la *doctrina de la división de poderes*, en la práctica (tanto del modelo anglosajón como del continental), comenzaron a surgir órganos administrativos especializados en sustanciar, conocer y resolver reclamaciones formuladas por los ciudadanos en materias sectorialmente caracterizadas, como son las de tipo tributario, deportivo, hídrico o marítimo, entre otras.

El origen institucional de estos órganos administrativos especializados en la resolución de reclamaciones se encuentra en la lógica deóntica que emana del principio de auto-tutela, a su vez, paradójicamente enlazado con la *división de poderes*.

En efecto, pudiera parecer que la aparición de estos *Tribunales administrativos* fuera una derivación más de la peculiar interpretación francesa de la *doctrina de la división de poderes*, ya que, en la interpretación anglosajona, corresponde al Poder Judicial el enjuiciamiento de la Administración que, al igual que los particulares, queda sujeta al *common law*.

Sin embargo, lo cierto es que, en los mismos o parecidos sectores que en el modelo francés, han ido surgiendo Tribunales administrativos, ciertamente no por disposición del tradicional *common law*, sino en virtud de normas legales imperativas (*statute law*) que los han conservado o creado y regulado y que incluso han dotado a los actos administrativos previos de una ejecutividad semejante a la del sistema continental, mediante medidas como las multas coercitivas y otros estímulos ejecutivos.

---

<sup>125</sup> Así, entre otros, los *Tribunales* deportivos, como son los *Comités de Competición* (antes, *Jueces únicos*) y el *Comité de Apelación* (en cada Federación deportiva) y el *Tribunal Administrativo del deporte* (que no debe ser confundido con el *Tribunal Arbitral del Deporte*, TAS, por sus siglas inglesas, de ámbito internacional); los *Jurados de riegos* (en algún caso, también denominados *Tribunales*, como el tradicional *de las aguas de Valencia*) o, en cuestiones marítimas los *Consejos* y *Audítores arbitrales marítimos* que han sustituido al *Tribunal Marítimo central* y a los *Juzgados marítimos permanentes* que, a su vez, sustituyeron a los antiguos *Tribunales de presas* y del *Almirantazgo* (tomados de la tradición anglosajona). En el ámbito aduanero, existieron también los luego suprimidos *Tribunales de contrabando* y el *Juzgado de delitos monetarios*.

#### 4/ *Los aforamientos.*

Una de las instituciones del Antiguo Régimen más denostadas por los revolucionarios de finales de los siglos XVII y XVIII era, sin duda, el *privilegio de fuero*, por el que la competencia de los órganos judiciales se dilucidaba en función de la calidad de las personas, de suerte que nobles, eclesiásticos, comerciantes, universitarios o militares, entre otras categorías sociales privilegiadas, quedaban sustraídos al enjuiciamiento por los órganos judiciales ordinarios y sujetos únicamente al de órganos judiciales especiales.

Por ello, la *unificación de fueros*, la prohibición de jurisdicciones especiales y la creación de una única jurisdicción ordinaria, con jueces predeterminados por la ley en función de una competencia definida, no por razón de las personas, sino sólo de la materia, la cuantía o el procedimiento, fue una constante revolucionaria del primer constitucionalismo, que sigue manteniéndose como una exigencia de la igualdad ante la ley.

Sin embargo, el poder constituyente y el Legislativo han mantenido diversas excepciones a este criterio general, para atribuir el enjuiciamiento de algunas altas categorías de mandatarios políticos a órganos judiciales dotados de una competencia funcional superior a la de los jueces ordinarios que, sin tales excepciones constitucionales, hubieran debido enjuiciarlos. A tales excepciones, se las denomina, por inercia histórica, con la antigua denominación de *aforamientos*.

En el Estado autonómico español, se reconoce el aforamiento de diputados y senadores a la Sala de lo penal del Tribunal Supremo (art. 71.4 CE) y disposiciones semejantes lucen en los distintos Estatutos de Autonomía para los respectivos parlamentarios, así como en la legislación estatal y autonómica para otros altos cargos. Los *aforamientos*, según han sido desarrollados por las normas rituarías y la jurisprudencia que las aplica, producen un efecto de *vis atractiva* por la que, para evitar la *división de la continencia de la causa*, arrastran hacia el órgano judicial la cognición de todo proceso en el que resulte afectado un aforado, mientras conserve tal condición, razón por la que el aforamiento tiene un efecto reflejo de alteración de la competencia para todas las partes procesales.

Sin entrar en la rica problemática socio-política, procesal y jurisprudencial que generan y que se ha traducido en una crítica de esta institución en el marco de diversos y ruidosos procesos por corrupción, bástenos ahora destacar que se ha tratado de justificar el *aforamiento* como una medida de refuerzo de la posición institucional de los aforados en cuanto que miembros de uno de los tres clásicos Poderes; en suma, como una garantía complementaria de la *división de poderes*

El aforamiento, por sí mismo, no lesiona el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), pero la norma que determina el aforamiento limita la libertad del Poder Legislativo para configurar la ordenación de competencias en el Poder Judicial, lo cual imposibilita un tratamiento uniforme de las reformas en esta materia pues, si tal limitación ha sido impuesta por una ley formal, es sólo una auto-restricción (*self-restraint*) que el Parlamento puede derogar mediante otra ley formal posterior (en su caso, una ley orgánica); lo cual no es posible si dicha limitación ha sido impuesta por el poder constituyente, pues entonces, para eliminarla, se precisaría una reforma constitucional.

Por ello, entiendo que, más bien, la crítica a esta institución no responde tanto a la *división de poderes* o al *derecho fundamental al juez ordinario* cuanto a la lógica deóntica derivada del principio de igualdad, que exige una justificación razonable de las desigualdades, en el bien entendido de que, en este caso, no se trata de la igualdad “ante” la ley (es decir, la exigible al aplicar la ley que establece el aforamiento), sino de la igualdad “en” la ley (es decir, la exigible al redactar la ley que establece el aforamiento), lo que reconduce la polémica a la cuestión de si existen o no razones suficientes que justifiquen la desigualdad que el aforamiento supone.

### **5/ La potestad sancionadora general.**

La potestad de imponer sanciones a consecuencia de infracciones cometidas pertenece, según la clásica *doctrina de la división de poderes*, al Poder Judicial en cuanto que implica un acto de aplicación, a un infractor, de la previa ley que tipifica la infracción cometida, esto es, una aplicación del *principio de legalidad penal* (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*), por el que no puede castigarse ningún delito sin que el mismo haya sido tipificado por una ley anterior a su comisión<sup>126</sup>.

Sin embargo, pronto se reconoció, al Poder Ejecutivo, la potestad de sancionar infracciones cometidas por personas que le estaban vinculadas por una *relación de sujeción especial*, en concreto por la relación de servicios de sus propios funcionarios, sobre todo los militares. Enseguida se argumentó que, por la misma razón, debía ser reconocida y aplicada a otras situaciones de especial vinculación al Ejecutivo, como los enfermos internados en hospitales públicos, los alumnos de centros educativos públicos y los reclusos en instituciones penitenciarias, mediante simples habilitaciones en los estatutos o reglamentos de régimen interior de los respectivos establecimientos.

<sup>126</sup> Aunque el *principio de legalidad penal* puede rastrearse en algunos fragmentos de Ulpiano, recogidos en *Digesto* 50.16.131.1; en una Constitución imperial de Honorio y Arcadio, recogida en *Codex* 9.47.22.pr; en una ley de Recesvinto, insertada en *Fuero Juzgo* 2.1.11; y en un *dictum* de Dino de Mugello, recogido la *regula* 4.4 de *Decretales* X.5.41.6; su operatividad moderna deriva de las obras de penalistas como C. Beccaria y P.J.A. von Feuerbach, habiendo sido recogido en todas las grandes Declaraciones de derechos humanos y Constituciones democráticas; así, por todas, en los arts. 9.3 y 25.2 CE.

El siguiente paso fue el reconocimiento, al Poder Ejecutivo, de una potestad sancionadora para con los ciudadanos que, sin estar vinculados al mismo por una *relación de sujeción especial*, quedasen afectados por la legislación cuya ejecución le estuviese atribuida, lo cual equivalía a proyectarla también a las *relaciones de sujeción general*, esto es, a las que derivan simplemente del sometimiento a la normativa aplicable en cada sector del interés público.

En otras palabras, la potestad sancionadora se construyó como una derivación deónica de la *doctrina de la división de poderes*, entendiéndola como inherente a la función ejecutiva atribuida al Gobierno y a la Administración.

Esta interpretación, legitimadora y expansiva, alcanzó su cumbre cuando, por influencia de los doctrinarios, trató de distinguirse el *principio de legalidad penal* (que sólo afectaría al Poder Judicial y al denominado *ius puniendi* del Estado, esto es, en rigor, a la potestad legislativa estatal para tipificar delitos y penas), de la *potestad sancionadora* (que el Ejecutivo ostentaba sobre la ciudadanía vinculada al mismo en virtud de relaciones de sujeción especial o general), con la consecuencia de quedar dicho Poder Ejecutivo sustraído, en su ejercicio, a las severas limitaciones derivadas del *principio de legalidad penal*, de suerte que el Ejecutivo podría sancionar, aun sin una previa y clara tipificación de las correspondientes infracciones y sanciones.

Este planteamiento suponía reverdecer el abuso e inmunidad del poder que la *doctrina de la división de poderes* trataba de evitar, por lo que, como se vivió en la España de los primeros años de vigencia de la CE, hubo que reivindicar que los principios (materiales, procesales y jurisprudenciales) aplicables en el ámbito penal (de los delitos y penas), tal y como han sido entendidos por los grandes textos internacionales de derechos humanos y por la tradición democrática de los Estados constitucionales, son también aplicables a la potestad sancionadora de la Administración, tanto en relaciones de sujeción especial como general, sobre todo en los sectores más sensibles, como las actuaciones policiales y tributarias.

### **6/ La gracia de indulto.**

El indulto es una medida de gracia (contemplada en el art. 62,i) CE para excluir los de carácter *general*) que el Consejo de Ministros puede proponer al Rey para, mediante Real Decreto, remitir todas algunas penas impuestas a un condenado por sentencia judicial firme. Por tanto, a diferencia de la *amnistía* (que es causa de extinción *del delito* por ministerio de una ley aprobada por el Parlamento), el indulto es causa de extinción, no del delito, pero sí *de la pena* judicialmente impuesta, por lo que afecta la *división de poderes* en cuanto que, mediante el indulto, el Poder Ejecutivo levanta la pena impuesta por el Poder Judicial en aplicación de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado que constitucionalmente le corresponde.

Desde una perspectiva teórica general, el *indulto* no es un *privilegio* (ley particular favorable a una persona), ni una *dispensa* (inaplicación de una norma general aplicable a un caso concreto en el que, a juicio de la autoridad pública dispensante, concurren circunstancias especialmente previstas en la ley que la permite), sino un *beneficio* (una situación favorable a la que no se tiene derecho, sino que es conferida por el poder público *especial* (en el doble sentido de que no puede ser general -por interdicción constitucional expresa-, pero puede no ser *rogado* a instancia de parte, sino conferido *de oficio*) y referido, no al *delito* (cuya tipificación y apreciación judicial no se altera), sino a la *pena* (la validez de cuya imposición judicial no cuestiona, pero cuya eficacia penitenciaria remite, operando como una condonación o perdón de su cumplimiento, conferido, no por razón de *justicia* (es decir, como prestación debida por razón de un previo derecho a su obtención que el beneficiario tuviese en su patrimonio) sino de *gracia* (esto es, como concesión discrecional exclusivamente emanada de la voluntad del Poder Ejecutivo).

Este planteamiento remite la institución del indulto al Antiguo Régimen en el que constituía una regalía, es decir, una prerrogativa regia inherente a la función judicial que, en toda su extensión, radicaba en el monarca puesto que los órganos jurisdiccionales inferiores sólo ejercían por delegación regia; de forma que el monarca soberano podía, si quería, avocar para sí el conocimiento de una causa, designar a otro juzgador para conocerla, revocar las sentencias y, por supuesto, también levantar y perdonar, a su real criterio y en todo o en parte, las penas impuestas, mediante la gracia de indulto.

La razón por la que, una vez instaurados los regímenes constitucionales, se mantuvo la gracia de indulto estriba en que los revolucionarios, muchos de los cuales habían sido condenados por los tribunales del Antiguo Régimen, vieron en ella una vía de levantamiento de las penas. Así, en España, el indulto fue regulado por una Ley de 18 de junio de 1870, es decir, inmediatamente posterior a la revolución de 1868 y sólo unos meses anterior a la primera Ley orgánica del Poder Judicial. Algo similar sucedió en la elaboración de la vigente CE de 1978 que mantuvo la institución del indulto para casos concretos, consciente de que se prohibían los indultos generales y de que, en el proceso de la transición política a la democracia, se había aprobado una ley de amnistía (la Ley 46/1977, de 15 de octubre).

Superadas tales circunstancias, la institución podría haber desaparecido, pero sobrevivió en las principales Constituciones al ver en ella una vía de mitigación del rigor penal que una estricta aplicación de la ley penal vigente podría acarrear para ciertos casos concretos e incluso para restañar posibles errores judiciales.

En otras palabras, el indulto es una medida de gracia, teóricamente contraria a la *división de poderes*, que, paradójicamente, se mantiene por razones de justicia material para casos concretos, pero cuya administración requiere una especial prudencia.

## D) Respecto a su función segunda de tipo constitucional.

### 1/ *El refrendo.*

Aunque, en los regímenes presidencialistas, la Jefatura del Estado asume también la dirección del Poder Ejecutivo y, por tanto, se incardina igualmente en el Estado entendido como organización central (*Oberstaat*), en el resto de sistemas democráticos, dicha la Jefatura del Estado es una institución del Estado global (*Gesamstaat*) que (con la denominación de “La Corona”, en las monarquías y de “La Presidencia”, en las repúblicas) ha sido conformada constitucionalmente, esto es, por el poder constituyente, para el desempeño de una función de representación simbólica de la unidad y del poder político del Estado, que le faculta para arbitrar y moderar el funcionamiento de las demás instituciones estatales y para el desempeño de ciertas funciones tradicionales que le asigna la Constitución, pero sin el ejercicio efectivo de las potestades de *imperium* que sólo corresponden a los Poderes constituidos.

La situación era muy distinta en el Antiguo Régimen donde el Rey asumía la soberanía y, por tanto, ostentaba en plenitud la titularidad y ejercicio efectivo de todos los poderes estatales que el resto de instituciones sólo desempeñaba por una delegación regia revocable.

La actual configuración constitucional de la Jefatura del Estado en los regímenes democráticos con forma de gobierno monárquica es la resultante final de una larga evolución histórica de limitación de las antaño omnímodas potestades regias, de suerte que, si bien las funciones que constitucionalmente se le reservan encuentran su precedente en las antiguas *regalías*, sin embargo ahora no tienen otra virtualidad que la de permitir la más alta representación simbólica de la unidad y permanencia del poder estatal; lo cual no significa que ello no sea importante y, en ocasiones, incluso pueda ser trascendental.

Pero, esto dicho, la configuración constitucional de la Corona se fundamenta en principios clásicos que, como la *inviolabilidad* personal del monarca o su *irresponsabilidad*, son exigencias derivadas de su función meramente representativa y simbólica, por lo que los actos regios son referidos al Poder Ejecutivo que, mediante la institución del *refrendo*, asume la responsabilidad los mismos. En rigor, lo mismo sucede, respecto al Poder Legislativo, con la *sanción* regia de las leyes; y, respecto al Poder Judicial, con las sentencias que se dictan *en nombre del Rey*.

Desde la perspectiva de la *doctrina de la división de poderes*, estas instituciones de atribución simbólica de funciones y derivación de responsabilidad por las mismas, resulta técnicamente una ficción jurídica, pero que es necesaria para preservar el papel simbólico constitucionalmente querido para La Corona.

## 2/ *La coerción federal (art. 155 CE).*

En los *Estados compuestos*, como son los que responden al modelo federal o integral (de Regiones o Comunidades autónomas), es decir, en los que el poder se distribuye territorialmente entre las instancias políticamente centralizadas (*Oberstaat*) y las descentralizadas (*Gliedstaat*), son precisas instituciones de diálogo interterritorial, consecución del consenso, mantenimiento del sistema y reconducción del mismo a la unidad, que se han traducido en diversas técnicas acuñadas por el federalismo.

Una de esas instituciones o técnicas es la *coerción federal* por la que el poder constituyente habilita a las instancias centrales (*Oberstaat*) para dictar instrucciones obligatorias a las instancias territoriales (*Gliedstaat*) o incluso para intervenirlas y suspender sus actividades cuando éstas pongan en peligro la unidad, estabilidad o permanencia del Estado global (*Gesamstaat*). Esa técnica luce en el art. 155 CE que ha sido recientemente empleado para reponer el orden constitucional alterado en Cataluña.

La *coerción federal* precisa, pues, que el poder constituyente determine, en primer lugar, qué concretos órganos centrales quedan habilitados para llevarla a efecto, con la precisión de que tales órganos del *Oberstaat*, en estos casos, actúan impersonando al *Gesamstaat*, cuyos intereses, en definitiva, son los que la *coerción federal* trata de preservar.

Desde luego, uno de estos órganos ha de pertenecer al Poder Ejecutivo, ya que se trata de instrumentar y ejecutar medidas de *imperium* y, por eso, ese órgano suele ser el *Gobierno central*; si bien es frecuente que se exija también la intervención del Poder Legislativo, el cual suele prestarla a través de su Cámara alta (entre nosotros, el *Senado*) que, en los Estados compuestos, son las llamadas a desempeñar las funciones de representación de los intereses de los distintos territorios (*fragmentos de Estado*) para armonizarlos e impedir la *fragmentación* de la unidad estatal.

Esta peculiar configuración institucional y teleológica de la *coerción federal* en los Estados compuestos afecta a la *doctrina de la división de poderes* en diversos aspectos: i) por un lado, en cuanto que supone una intervención central que puede afectar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de las instancias descentralizadas; ii) por otro, en cuanto que la intervención no es decidida por la Cámara baja del Parlamento, que ostenta la representación popular, sino por la Alta, que ostenta la representación territorial; iii) finalmente, en cuanto que el protagonismo de la intervención recae en el Poder Ejecutivo, ya que es el Gobierno central quien propone las medidas a la Cámara Alta y luego las ejecuta.

La explicación de estas afectaciones a la *doctrina de la división de poderes* no sólo se encuentra en que son habilitadas, en un plano superior, por el poder constituyente, sino también en que se justifican causal y teleológicamente, ya que responden a una previa y grave alteración del orden constitucional y se dirigen a restaurarlo.

### 3/ *Las leyes autonómicas.*

Otra de las características de los Estados compuestos que afecta a la *doctrina de la división de poderes* estriba en la prevalencia que el poder constituyente confiere a los órganos centrales (del *Oberstaat*) cuando ejercen funciones de control sobre los políticamente descentralizados (*Gliedstaat*).

En España, se ha configurado dicha característica como una *prevalencia normativa* que tiene una primera manifestación en el art. 149.3 CE (según el cual las normas estatales priman, caso de conflicto, sobre las autonómicas) y una segunda en el art. 161.2 CE (según el cual la impugnación por el Gobierno, ante el Tribunal Constitucional, de una disposición autonómica determina la suspensión automática de la misma, sin perjuicio de las facultades de dicho Tribunal para ratificar o levantar esa suspensión).

Esta prevalencia coloca a las potestades normativas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de las instancias descentralizadas que integran el *Gliedstaat* en una posición institucional inferior a la de sus homólogas en los Poderes Legislativo y Ejecutivo de las instancias centrales que integran el *Oberstaat*.

En efecto, si bien es cierto que, p.e, las normas emanadas de todos los Parlamentos (sean Cámaras de las instancias centrales o de las descentralizadas) tienen forma, rango y valor de ley y, en su respectivo ámbito competencial, pueden perfectamente absolver la carga que supone la *reserva de ley* para regular determinadas materias; no menos cierto es que la posibilidad constitucionalmente conferida al Gobierno central para impugnar leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional, con un efecto de suspensión inmediata, aunque provisional, que no existe en el caso de impugnación autonómica de una ley estatal, supone (especialmente tras la desaparición del *recurso previo de inconstitucionalidad*) que sólo las leyes estatales tienen una plenitud de eficacia institucional desde que entran en vigor.

Y esta menor *vis resistiva* de la normativa autonómica vuelve a patentizarse en la fase aplicativa cuando, si la misma entra en conflicto con la normativa estatal, prevalece ésta última, por más que, como se ha demostrado doctrinalmente, los supuestos conflictuales en que opere esta prevalencia se limiten al ámbito de las competencias concurrentes, como sucede, con la cultura o con el concurso de retractos legales.

### 4/ *La legitimación activa ante el TC.*

El Tribunal Constitucional no se integra en el Poder Judicial, sino que, como la propia Constitución que el mismo interpreta y garantiza, es una institución ubicada en el Estado global (*Gesamstaat*); por eso sus sentencias, cuando declaran la inconstitucionalidad de leyes, tienen plenos efectos frente a todos (cfr. art. 164.1 CE).

Esta eficacia *erga omnes* de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes convierten al Tribunal Constitucional en una especie de *legislador negativo* en cuanto que tiene virtualidad para expulsar del ordenamiento jurídico leyes parlamentariamente aprobadas por el Poder Legislativo central o autonómico.

Por eso, la *legitimación activa* para impugnar leyes ante el Tribunal Constitucional no es un mero requisito procesal, sino una habilitación, conferida por el poder constituyente, de gran trascendencia, porque el proceso subsiguiente puede determinar que la voluntad del Poder Legislativo, expresada positivamente en forma de ley vigente, quede, no sólo cautelarmente suspendida durante la tramitación del recurso de inconstitucionalidad, sino incluso anulada en la medida en que la sentencia declare la inconstitucionalidad de la ley impugnada o de alguno de sus preceptos o posibles interpretaciones.

El art. 162.1 CE limita la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad al Presidente del Gobierno, al Defensor del pueblo, a 50 Diputados, a 50 Senadores, y a los Gobiernos, y, en su caso, a los Parlamentos, autonómicos.

En otras palabras y por lo que afecta a la *doctrina de la división de poderes*, el poder constituyente habilita para lo que podemos denominar el ejercicio de la “iniciativa legislativa negativa” (que, por tanto, afecta al Poder Legislativo autor de la ley impugnada) a determinados órganos del Poder Ejecutivo (el Presidente del Gobierno y los Gobiernos autonómicos), del Poder Legislativo (50 Diputados, 50 Senadores y, en su caso, los Parlamentos autonómicos) y a un órgano del *Gesamstaat* (el Defensor del pueblo).

Obsérvese que la legitimación activa, dejando aparte el caso del Defensor del pueblo, no coincide con un determinado Poder (salvo en el eventual supuesto de los Parlamentos autonómicos) sino con un órgano (así el Presidente del Gobierno) o parte del mismo (así los 50 legisladores), lo que significa que el poder constituyente pretende así una garantía de las opiniones minoritarias.

### ***5/ La participación ciudadana.***

En la formulación clásica de la *doctrina de la división de poderes*, el pueblo era sujeto de la soberanía, esto es (mediante la dinámica de la potencia y del poder constituyentes), origen del poder político ofrecido a los gobernantes y destinataria de sus efectos en forma de actuaciones de provisión y control social; pero no se preveía una participación activa de los ciudadanos en las funciones propias de los Poderes constituidos, más allá de: respecto al Legislativo, votar en las elecciones; respecto al Ejecutivo, integrar algunas antiguas corporaciones como Cámaras o Colegios profesionales; y, respecto al Judicial, ejercitar la *acción popular* o formar parte de algunos tribunales consuetudinarios en materia de regadíos o del *Jurado*, en los Estados de tradición anglosajona.

El desarrollo del Estado social ha determinado un cambio en esta situación pues, al caracterizarse por una expansión de las actividades de provisión dirigidas al bienestar de la población, se ha impuesto una intervención de los interesados en el diseño, regulación, aplicación y control de las correspondientes políticas y medidas.

Por lo que respecta al Poder Legislativo, la participación se manifiesta en instituciones como la iniciativa legislativa ciudadana o la apertura del procedimiento legislativo a trámites de audiencia ciudadana.

En el caso del Poder Ejecutivo, la participación ciudadana se ha traducido en múltiples realizaciones; así, en cuanto a la organización, en la creación de *órganos pluri-personales de participación social* integrados por representantes de colectivos interesados en sectores, aspectos o materias concretas (como, entre otras, la sanidad, el consumo, el comercio o el transporte) en las que estos órganos disponen de facultades de propuesta, consejo, seguimiento e información.

También la *potestad reglamentaria* queda afectada por este fenómeno, en cuanto que se asegura la intervención de los colectivos interesados en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten (art. 105 CE).

La antes aludida *potestad convencional* es también otra vía de participación mediante la cual los colectivos interesados concluyen convenios con el Poder Ejecutivo para llevar a cabo actuaciones de interés público, frecuentemente subvencionadas.

La experiencia acumulada en las últimas décadas de participación ciudadana no ha alterado la esencia de la *división de poderes*, pero sí sus formas de ejercicio ya que, actualmente, no son de recibo, al menos en los regímenes democráticos, actuaciones significativas que no hayan contado con la participación de la ciudadanía y, en especial, de los colectivos afectados.

#### **4. Interferencias desde la perspectiva del Poder Judicial.**

##### **A) Respecto a su función primaria de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.**

###### **1/ La reserva de jurisdicción.**

Como se ha expuesto, la *doctrina de la división de poderes* conlleva asignar en exclusiva, a cada uno de los complejos orgánicos que integran cada uno de los tres clásicos Poderes estatales, de la correspondiente función estatal.

Este planteamiento comporta asignar, al Poder Judicial, la función estatal de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, aplicando la legislación a casos concretos en todo tipo de procesos judiciales.

Pero, como también se ha analizado, existen diversas instituciones que cuestionan esta dogmática tradicional de la *división de poderes*, al asignar funciones materialmente jurisdiccionales a otros Poderes, como también funciones materialmente ejecutivas o incluso normativas al Poder Judicial, aunque sólo en determinados ámbitos y aspectos, como se expone en los epígrafes siguientes.

No obstante, se mantiene la esencia de la doctrina y, así como existe la *reserva de ley*, también existe la *reserva de jurisdicción*, sin perjuicio de que, cuando existan razones suficientes para ello o así lo haya dispuesto el poder constituyente, el Poder Judicial realice otras funciones, con el carácter de segundas; o de que otros Poderes asuman, también como segundas, algunas de las que teóricamente corresponderían al Poder Judicial.

## ***2/ La unificación o diversidad de fueros.***

El panorama jurisdiccional que ofrecía el Antiguo Régimen era de pluralidad de fueros (en el sentido de órganos jurisdiccionales) especializados en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en sectores (comercio, ganadería) o territorios concretos (puertos, universidades, señoríos) que, frecuentemente, coincidían con el aforamiento a los mismos de las correspondientes clases privilegiadas (como clérigos, nobles, militares o comerciantes).

El problema se agravaba en los países en que, como en Francia, se había generalizado el desprestigio de los antiguos Parlamentos judiciales, dominados por la nobleza; mientras que fue menor en Inglaterra donde, salvo algunas jurisdicciones especiales (como el *Tribunal de la Cámara estrellada o Star Chamber*), la real jurisdicción gozaba de prestigio y reconocimiento social.

Por ello, uno de los postulados revolucionarios fue la unificación de fueros para erigir una única jurisdicción ordinaria como medida, no sólo para racionalizar la organización del Poder Judicial, sino también para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley y la interdicción de la arbitrariedad judicial.

El propósito unificador, sin embargo, hubo de enfrentarse enseguida a la incontable diversidad de las materias enjuiciables (sobre todo las civiles y penales) que exigía una diversidad de procedimientos (pues lo civil ha de basarse en el *principio contradictorio*, mientras que lo penal precisa de una primera fase regida más bien por el *principio inquisitivo*).

A ello se añadió, en el modelo continental, el difícil encaje, al que ya se ha aludido, del enjuiciamiento de *lo contencioso-administrativo*; y las innegables peculiaridades de la *justicia militar*.

En España hubo que esperar a que, tras la revolución de 1868 (que fue, en este sentido, bastante *judicialista*) se aprobase, en 1870, la primera Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ). A partir de ahí, la *unificación de fueros* se resolvió en la prohibición de *Tribunales de excepción* (art. 117.6 CE) y *de honor* (art. 26 CE) y en la implantación de una única *jurisdicción especial* (la *militar*, pero limitada al ámbito estrictamente castrense, según establece el art. 117.5 CE y cuyo culmen es la Sala de lo militar del Tribunal Supremo); y una, también única, *jurisdicción ordinaria* (conforme al *principio de unidad jurisdiccional*, proclamado también en el art. 117.5 CE), aunque diferenciando en ella diversos *órdenes* judiciales especializados (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, que culminan en las respectivas Salas del Tribunal Supremo).

La solución era inteligente y se ha mantenido sustancialmente en la vigente LOPJ de 1985, pero generó algunas disfunciones, como el denostado *peregrinaje jurisdiccional* a que se sometía al justiciable que accionaba contra el Poder Ejecutivo cuando la representación causídica de éste alegaba que la cuestión litigiosa estaba, por razón de la materia, atribuida a otro orden jurisdiccional; problema que no se ha solucionado por completo, pese a los reiterados intentos para convertir a la jurisdicción contencioso-administrativa en *fuero único* para enjuiciar las actuaciones de la Administración pública.

### 3/ *Los conflictos jurisdiccionales.*

La prueba evidente de que la *doctrina de la división de poderes* es una técnica de *limitación* del poder político y de *delimitación* de las esferas actuación de cada uno de los Poderes constituidos, pero no una panacea constitucional para evitar situaciones de confrontación es la existencia de conflictos entre los Poderes del Estado, que surgen cuando uno de ellos pretende conocer asuntos en los que otro también se estima competente (conflictos *positivos*) o cuando ninguno de los Poderes enfrentados quiere conocer de un asunto (conflictos *negativos*).

Los conflictos se plantearon *de facto* como un problema no resuelto por la interpretación jacobina de la doctrina de la *división de poderes* y que fue abordado mediante fórmulas, asentadas mediante usos constitucionales, por las que los conflictos fueron reconducidos a órganos investidos de una posición de *superioridad* (por *jerarquía* o *supremacía*) sobre los enfrentados.

El *criterio de la superioridad por jerarquía* es el que ha inspirado la resolución de los conflictos entre órganos de un mismo Poder que ha sido atribuida, por el Poder Legislativo, al *órgano superior jerárquico común* del mismo Poder al que pertenecían los órganos enfrentados, dotándole de la precisa competencia funcional para dirimir la cuestión y para resolver recursos contra actos de sus inferiores. Es la solución a la que llegó en España tanto la legislación administrativa, para resolver los

conflictos entre órganos administrativos de la misma Administración pública (llamados tradicionalmente *conflictos de atribuciones o de competencias administrativas*; hoy regulados en el art. 14 Ley 40/2015, del Sector público); como la legislación procesal, para resolver conflictos entre órganos judiciales del *mismo orden* jurisdiccional (tradicionalmente llamados *conflictos de competencia judicial*), hoy regulados por los arts. 51 y 52 de la vigente LOPJ de 1985).

El *criterio de la superioridad por supremacía* se impone para resolver conflictos entre órganos carentes de un superior jerárquico común, remitiéndolos a órganos radicados en el Estado global (*Gesamstaat*), como la Jefatura del Estado, los Altos órganos consultivos, Tribunales *ad hoc* o el propio Tribunal Constitucional; es la solución que ha adoptado en España el *bloque de la constitucionalidad* correspondiente, distinguiendo los siguientes tipos de conflictos:

- Los conflictos entre órganos administrativos *de distintos Departamentos ministeriales (conflictos de competencias administrativas interdepartamentales)*, según la Disposición derogatoria 1.a) de la Ley Orgánica 2/1985, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, siguen regulados por los arts. 48 a 53 de la antigua Ley de 17 de julio de 1948, de Conflictos Jurisdiccionales, que los encomienda al titular de la Jefatura del Estado, mediante (Real) Decreto, a propuesta del Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado. Un dictamen semejante, pero de los Altos Órganos Consultivos Autonómicos, también suele ser exigido, con carácter preceptivo, en el Derecho Autonómico español comparado, para que los Gobiernos autonómicos decidan este tipo de conflictos entre sus propios Departamentos o Consejerías. Esta atribución a la Corona deriva del Antiguo régimen, que residenciaba la solución de estos conflictos en el Rey, previo dictamen del Consejo Real, y fue mantenida luego en los regímenes inspirados en el *principio monárquico*.
- Los conflictos entre órganos judiciales *de distintos órdenes jurisdiccionales (conflictos entre jurisdicciones especializadas)*, según el art. 42 LOPJ de 1985, se residencian en el Tribunal Supremo, en una *Sala especial de conflictos de competencia* cuya composición es paritaria entre los órdenes enfrentados.
- Los conflictos entre cualesquiera órdenes de la jurisdicción *ordinaria* y la especial *militar* (conflictos jurisdiccionales con la jurisdicción militar) fueron inicialmente asignados, por el art. 38 LOPJ de 1985, a una *Sala de conflictos de jurisdicción* en el mismo Tribunal Supremo, de composición paritaria, a la que la Ley 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, ha convertido en *Tribunal de conflictos de jurisdicción* (TCJ).
- Los conflictos entre órganos de distintos Poderes cuando los Poderes enfrentados son el Judicial y el Ejecutivo (conflictos tradicionalmente llamados *de jurisdic-*

*ción*) venían siendo asignados a una Sala especial de conflictos, sita en el Tribunal Supremo pero de composición paritaria judicial-administrativa (normalmente, mediante jueces del TS y Consejeros de Estado); pero han sido asignados por la reiterada Ley Orgánica 2/1987, al expresado Tribunal de Conflictos jurisdiccionales, que mantiene aquella composición paritaria.

- Los conflictos entre órganos de otros Poderes o instituciones constitucionales del Estado han sido asignados al Tribunal Constitucional por la legislación orgánica reguladora del mismo (cfr, arts 73 a 75 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre), es decir, por disposiciones que, al estar integradas en el *bloque de la constitucionalidad*, en rigor, son referibles al *poder constituyente*. La razón de esta asignación al TC estriba en que también corresponden al mismo *conflictos constitucionales* (entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en defensa de la autonomía local o foral, según los arts. 59 y ss, de la misma Ley Orgánica 2/1979.

Prescindiendo de estos últimos conflictos (que el TC ha planteado como acciones reivindicatorias *-vindicationes potestatis-* del respectivo patrimonio competencial estatal, autonómico, foral o local), la jurisprudencia conflictual (sentada por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales y antes por las Salas de conflictos jurisdiccionales del Tribunal Supremo) ha venido resolviendo el resto de estos conflictos en base a criterios objetivos y generales como el *principio de prioridad (prior tempore, potior iure)* por el que se reconoce la competencia al primero que la ejerció.

En suma: la *doctrina de la división de poderes* requiere, para la solución de conflictos que no pueda resolver un superior jerárquico común, la creación de un *órgano arbitral paritario* entre las instituciones en conflicto (como es, en España, el Tribunal de conflictos de jurisdicción) o la habilitación al efecto de un *órgano decidente* integrado en el *Gesamstaat* (como son el Tribunal Constitucional, la Corona o los Altos Órganos Consultivos).

#### **4/ Los órganos pre-judiciales: la función consultiva.**

En el Antiguo Régimen, la alta función consultiva estaba residenciada en los mismos Reales Consejos que, en el *sistema polisindial* generalizado en las monarquías de la Edad Moderna, también ejercían, de forma unitaria, la función legislativa y la judicial sobre las materias o territorios que competencialmente les correspondían. El destinatario de tales dictámenes consultivos era sólo el monarca, que monopolizaba la soberanía, y que, por tanto, era quien recababa y recibía el dictamen.

La aplicación de la *doctrina de la división de poderes* según el modelo revolucionario francés determinó, como reacción: por un lado, la eliminación de la *función consultiva* que antaño tenían, junto a la judicial, los denostados Parlamentos judiciales integrados

por la nobleza; y, por otro, la creación del Consejo de Estado como órgano del Poder Ejecutivo, pero dotado de un régimen de independencia orgánica y funcional, al que se encomendó el enjuiciamiento de las actividades de la Administración pública.

En el modelo británico, basado en el tradicional prestigio de la judicatura, la *función consultiva* continuó residenciada en los Consejos del monarca; pero, en el modelo francés de *jurisdicción retenida* contencioso-administrativa, el Consejo de Estado (en el ámbito central) y los Consejos de Prefectura (en el ámbito periférico) asumieron también la *función consultiva*, en virtud del razonamiento de lógica deóntica de que puede aconsejar previamente quien va a poder sentenciar ulteriormente o, dicho de otra forma, de que *lo contencioso* y *lo consultivo* van unidos porque el dictamen no es sino una prognosis de la postura que el mismo órgano adoptará si el asunto deviene litigioso; por más que este argumento se haya visto contradicho por la moderna doctrina de que un dictamen previo puede *contaminar* la independencia y objetividad de la sentencia si el órgano consultivo coincide con el sentenciador<sup>127</sup>.

La *función consultiva* del Consejo de Estado francés (y de los Consejos de Prefectura funcionalmente inferiores al mismo) pasó a los Estados que, como España, Bélgica o Italia, adoptaron el modelo continental de *división de poderes* y de regulación de la vía contencioso-administrativa como *jurisdicción retenida* por el Poder Ejecutivo y asignada al Consejo de Estado.

Cuando la LOPJ de 1870 (tras la revolución de 1868) determinó la judicialización de la *vía contencioso-administrativa*, el Consejo de Estado quedó reducido a una *función* predominantemente *consultiva*, aunque mantuvo el enjuiciamiento privativo (por *jurisdicción retenida*), de algunos asuntos administrativos especialmente domésticos (*in house*) del Poder Ejecutivo, como las cuestiones en materia de personal (mediante la denominada vía de agravios, que se mantuvo hasta que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 implantó un procedimiento contencioso-administrativo especial en materia de personal).

Esta peculiar evolución institucional ha conducido al reconocimiento de la alta función consultiva por el poder constituyente, al conferir relevancia constitucional al Consejo de Estado (art. 107 CE) y al admitir que las Comunidades Autónomas creen órganos similares en sus respectivos ámbitos competenciales (STC 204/1992).

Este reconocimiento de la función consultiva y la asignación de la misma a unos concretos órganos destinados a prestarla introduce una variable institucional en la doctrina de la división de poderes: i) por un lado, en cuanto a la función, ya que la

---

<sup>127</sup> Cfr la Sentencia de 28 de septiembre de 1995, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto Procola c. Luxemburgo, que adujo falta de independencia y, principalmente, de imparcialidad del Comité de lo Contencioso del Consejo de Estado.

consultiva no es legislativa, ni ejecutiva, ni judicial, aunque coadyuva a todas ellas y las refuerza; y ii) por otro lado, en cuanto a la *posición*, ya que los Altos Órganos Consultivos se incardinan más bien en el concepto global (*Gesam*) de Estado o de Comunidad Autónoma, puesto que no sólo aconsejan a los Gobiernos, sino también a los respectivos Parlamentos y entidades locales, institucionales o corporativas y, además, con un carácter pre-contencioso que es preservado por el Poder Judicial especialmente en los casos en que el dictamen es preceptivo.

### **5/ Los órganos para-judiciales: el arbitraje.**

El arbitraje es una institución ancestral pues ya el primitivo Derecho procesal romano estableció una acción legal para solicitarlo (la *legis-actio per iudicis arbitrive postulationem*) y el procedimiento formulario de la época republicana concluía con la sentencia dictada por un juez (*iudex*) o árbitro (*arbiter*). La generalización de la *cognitio extra-ordinem* en el periodo post-clásico y del *proceso canónico* durante la Edad Media asentaron más bien la administración de justicia sobre las bases judiciales se mantuvieron prácticamente hasta la actual configuración del Poder Judicial por la *doctrina de la división de poderes*.

Sin embargo, el arbitraje y, en general, los ahora denominados *medios alternativos para la resolución de conflictos* (ADR, por las siglas anglosajonas de *alternative dispute resolutions*), como la mediación, la conciliación o la composición de intereses, han reverdecido como mecanismos de solución de asuntos litigiosos más ágiles y baratos que el proceso jurisdiccional.

En el ámbito del Poder Ejecutivo, la tradicional interdicción de someter (sin autorización del Gobierno y previo dictamen del Consejo de Estado; o, en las Comunidades Autónomas, el de sus respectivos Altos Órganos Consultivos) los interés públicos al juicio de árbitros o amigables componedores, mediante contratos de compromiso, mediación o arbitraje (cfr, p.e, el art 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), está siendo amabilizada mediante la creación de órganos especializados en prestar labores arbitrales, mediadoras o compositivas de intereses en sectores que, como el consumo, el transporte o el deporte, precisan de mecanismos ágiles y eficaces para resolver reclamaciones de los interesados, los cuales, frecuentemente, forman parte de tales órganos a través de sus Asociaciones representativas.

El sistema administrativo continental (de *régime administratif*) ha sido más reacio a este tipo de instituciones de composición y arbitraje que el anglosajón (de *rule of law*) donde no ha sido tanta la desconfianza hacia los cuerpos sociales intermedios y hacia los medios amistosos de solución de conflictos.

En todo caso, si bien la hegemonía de la función jurisdiccional se mantiene en la medida en que se reserva al Poder Judicial la competencia para conocer de las

impugnaciones contra los laudos arbitrales; no cabe duda de que el arbitraje y los ADR suponen instituciones que no estaban contempladas en la clásica *doctrina de la división de poderes*.

### **6/ La jurisdicción militar.**

Como antes se ha indicado, la *jurisdicción militar* es la única que el poder constituyente ha mantenido en España como *especial*, aunque limitada al ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE) y culminada en la Sala de lo militar del Tribunal Supremo.

Esta consideración estricta de la jurisdicción militar en la CE obedece no sólo a que, al ser especial, contradice la unidad jurisdiccional en la que se basa la clásica *doctrina de la división de poderes* como efecto de la animadversión revolucionaria contra las jurisdicciones especiales del Antiguo Régimen; sino también al excesivo empleo que de la jurisdicción militar realizó el régimen preconstitucional para enjuiciar a actos cometidos por personas o en lugares situados fuera del ámbito castrense.

En suma, la jurisdicción militar sólo resulta admisible si se ajusta al ámbito castrense que le es propio por razón de las personas, los espacios o las actuaciones, tal y como es delimitada estrictamente por la legislación orgánica y procesal militar y por la jurisprudencia de conflictos.

### **7/ La jurisdicción contable.**

La *Cámara de Cuentas* es una institución medieval de origen francés que fue adoptada también en Derecho Canónico por el Papado de Avignón, en el marco de la reforma contable, auspiciada en la Baja Edad Media, para el control de los ingresos y gastos públicos. En los Reinos hispánicos más influidos por estos modelos europeos, pasó a formar parte de la propia institucionalidad, como *Cámara de Comptos*, en Navarra; *Maestre racional* (de *raciones*, cuentas), en Aragón o *Contaduría Mayor*, en Castilla, que Felipe II convirtió en *Tribunal* con el mismo nombre. La Constitución de Cádiz de 1812 conservó la institución, cuya primera Ley Orgánica se aprobó en 1851, ya con la denominación de *Tribunal de Cuentas* que fue mantenida en su segunda Ley orgánica de 1870 (tras la revolución de 1868), así como en las aprobadas en 1938 (II República) y 1953 (régimen franquista).

Desde la perspectiva de la *división de poderes*, la denominación de esta institución como Tribunal, su estatuto de independencia orgánica y funcional, su consolidación legislativa desde 1870 (coincidiendo con la primera LOPJ) y sus formas procedimentales para exigir responsabilidades por alcance y reintegro, impelerían a ubicarlo en la órbita del Poder Judicial como una jurisdicción especializada más, que podría denominarse *jurisdicción contable*.

Sin embargo, esta institución presenta un origen y evolución vinculados más bien al Poder Ejecutivo, donde constituiría un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales, que explicarían su estatuto de independencia orgánica y funcional. En esta línea, fue integrado, en 1924, en el entonces llamado *Tribunal Supremo de la Hacienda Pública* que integraba tanto las funciones de control externo como las de control interno del sector público.

Ahora bien, el art. 136 CE recoge la institución del *Tribunal de Cuentas* como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económico-financiera de todo el sector público, señalando que se encuentra vinculado directamente a las Cortes Generales, por cuya delegación realiza el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. En estos términos, debe ser ubicado más bien en la órbita del Poder Legislativo.

Su vigente regulación (Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo) determina que el Tribunal de Cuentas: i) es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos y depende directamente de las Cortes Generales (art. 1.2); ii) le compete la fiscalización externa de la contabilidad del sector público y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables (art. 2); iii) tiene potestad reglamentaria en su ámbito funcional (art. 3); iv) ejerce sus funciones con plena independencia y sujeción al ordenamiento jurídico (art.5); v) los conflictos jurisdiccionales con el mismo son resueltos por el TC (art. 8.1) ; vi) examina la cuenta general del Estado por delegación de las Cortes Generales a las que rinde informes al efecto y propone las medidas correspondientes (art. 14); vii) su jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena, pero las decisiones que pronuncie no producen efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable (art. 17), por lo que son compatibles con la jurisdicción penal (art. 18) y recurribles en vía contencioso-administrativa ante el TS (art. 49).

Todas estas características convierten constitucionalmente al Tribunal de Cuentas en una peculiar *jurisdicción administrativa*, porque no depende del Poder Ejecutivo, sino del Poder Legislativo, pero está bajo el control del Poder Judicial y tiene competencia limitada al ámbito estrictamente contable.

## **B) Respecto a su función segunda de tipo normativo.**

### ***1/ La potestad reglamentaria del CGPJ y otros órganos judiciales.***

Frente a la potestad de dictar ordenanzas (*arrêts de règlement*), que, en el Antiguo Régimen, ejercían los Parlamentos Judiciales para interpretar el Derecho consuetudinario francés (*droit coutumier*), la *doctrina de la división de poderes*, en su formulación continental, prohibió enérgicamente a los órganos del Poder Judicial

dictar disposiciones generales para que no se entrometieran en la función normativa asignada exclusivamente al Poder Legislativo.

Esa interdicción normativa situó: en el Poder Legislativo, la competencia para aprobar leyes relativas al Poder Judicial; y, en el Ejecutivo, la potestad reglamentaria precisa para desarrollarlas, así como la propia gestión administrativa de la judicatura y de las oficinas judiciales, que fue adscrita al Ministerio de Justicia.

La situación descrita tampoco resultaba acorde con la *división de poderes*, por lo que el constitucionalismo más evolucionado terminó reconociendo el autogobierno al propio Poder Judicial, a través de un órgano dotado de autonomía orgánica y funcional que, en España, el art. 122.2 CE denomina Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuya Ley Orgánica reguladora (actualmente, la LO 4/2013, de 28 de junio, de reforma de la LOPJ'85, en su art. 560.16) reconoce al mismo una *potestad reglamentaria* meramente doméstica o *interna* (con la que el CGPJ ha aprobado, entre otros, el Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de organización y funcionamiento del CGPJ, cuya versión actual se aprobó por Acuerdo de 25 de febrero de 2010), e incluso con relevancia *externa*, aunque sólo para actuaciones judiciales accesorias (así, por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del CGPJ, se aprobó el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

## ***2/ La jurisprudencia como fuente del Derecho.***

La *doctrina de la división de poderes*, en su interpretación francesa, repudiaba la situación jurisdiccional del Antiguo Régimen donde los *Parlamentos Judiciales* dominados por los nobles incluso podían resistirse a las disposiciones regias (mediante las *remontrances*) y aplicar el Derecho consuetudinario con una gran discrecionalidad, por lo que los revolucionarios recondujeron toda la normación a la Asamblea parlamentaria a quien correspondía exclusivamente la aprobación de la ley y la creación del Derecho, prohibiendo que los jueces dictaran normas jurídicas e incluso jurisprudencia vinculante sobre la manera en que procedía la interpretación o aplicación de las disposiciones vigentes.

Un problema especial surgía cuando los jueces se negaban a aplicar la ley aduciendo su oscuridad o insuficiencia. Para resolverlo, se ideó la institución del *référé législatif volontaire*, por el que los jueces podían suspender el fallo para elevar una consulta razonada al Parlamento, el cual decidía lo procedente mediante un Decreto legislativo. Pero este sistema fue abolido por Napoleón (en 1804) en base al principio de integridad reguladora de la legislación codicial, por el que los jueces no podían negarse a fallar con la disculpa de silencio u oscuridad de la normativa aplicable.

En los tratados de Derecho Civil de comienzos del siglo XX, al tratar de las fuentes del Derecho, comenzó a abrirse paso la idea (formulada, entre nosotros, por De Diego) de que la *jurisprudencia* (es decir, el criterio reiterado por el Tribunal de última instancia sobre la aplicación e interpretación del Derecho en determinada materia) podría ser reputada como una de tales fuentes jurídicas, habida cuenta de que ya lo era en el sistema anglosajón, el cual, basado en el precedente judicial, sin embargo no ofrecía duda alguna respecto a la vigencia de la *doctrina de la división de poderes*.

Entre nosotros, la reforma operada en 1974 en el Título Preliminar del Código civil (cuya naturaleza materialmente constitucional es bien conocida) pretendió zanjar esta cuestión al establecer, en su art. 1.6, que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*”. Se trata de una labor completiva, no complementaria, pero que se refiere, no sólo a la ley, sino también a “*la costumbre y los principios generales del Derecho*” (es decir, que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico) y, si bien el precepto indicado la limita al Tribunal Supremo, en rigor, se extiende a todo órgano jurisdiccional que falle, sobre una materia, en última instancia, en virtud de las vigentes normas de distribución de la competencia funcional.

### 3/ *La función casacional.*

Otra de las consecuencias de la interpretación continental de la *doctrina de la división de poderes* fue el recurso de *casación*<sup>128</sup> que, contra las sentencias de órganos judiciales inferiores, podía ser interpuesto, ante un Tribunal, denominado *de Casación*, para que éste examinase si debía confirmarlas o anularlas (*casarlas*) por infracción de la ley material o procesal aplicable al caso.

El *Tribunal de Casación* tenía una función que era: i) por un lado, *judicial*, aunque puramente *negativa*, consistente en anular las sentencias que contravinieran el ordenamiento jurídico; y ii) por otro *nomofiláctica*, consistente en preservar el cumplimiento de las leyes tal y como había sido aprobadas por el Parlamento.

Por ello, en rigor, dicho Tribunal no pertenecía al Poder Legislativo ni al Judicial, sino que (como los posteriores Tribunales Constitucionales, que también ejercen una doble función de legislación negativa y de preservación de la Constitución) era una institución del Estado en sentido global (*Gesamstaat*), cuya función principal era salvaguardar el *interés de la ley*, razón por la que en los recursos de casación intervenía siempre el Ministerio Fiscal.

<sup>128</sup> *Casare* (de *cassus facere*, hacer que algo devenga *cassus*, esto es, nulo o inútil) es una expresión latina que, en el lenguaje forense, significaba abrogar o anular algo jurídicamente significativo, en especial, una sentencia; como sucedía con la institución pretoria de la *restitutio in integrum*. Durante la recepción, se empleó en las ciudades-estado italianas para invalidar sentencias que aplicaban el Derecho común en menoscabo de los Derechos estatutarios propios. En la legislación revolucionaria francesa, por influencia del neoclasicismo, se retomó la expresión para referirla al Tribunal de Casación.

Así pues, el *Tribunal de Casación* se limitaba a casar o no la sentencia. Si la sentencia recurrida era confirmada, el Tribunal casacional la devolvía al órgano judicial de instancia para que la ejecutase; pero, si era casada, la devolvía a otro órgano judicial de instancia distinto para que éste dictase una nueva sentencia conforme a la ley, en el bien entendido de que, si esta nueva sentencia volvía a ser recurrida y casada, el Tribunal de Casación remitiría el asunto al Parlamento para que dictase un Decreto legislativo resolutorio (*référé obligatoire*).

Si, en 1804, Francia suprimió el *référé volontaire*; en 1837, suprimió el *référé obligatoire*; y el Tribunal de instancia cuya sentencia fuera casada quedó obligado a dictar otra con arreglo a los criterios sentados en la sentencia de casación, con lo que el Tribunal de Casación quedó integrado en el Poder Judicial, como órgano de última instancia, y el recurso de casación, conservando su función nomofiláctica o en interés de la ley, adquirió también la de un recurso judicial extraordinario, por un lado, en interés de las partes litigantes; y, por otro, en interés de la unificación de la jurisprudencia.

En España, las Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y 1881 recibieron el recurso francés de casación en su versión posterior a 1837, pero lo atribuyeron al Tribunal Supremo, configurándolo como un recurso extraordinario por quebrantamiento de ley (*error in iudicando*) y quebrantamiento de forma (*error in procedendo*), pero más ágil que el francés, ya que el propio Tribunal casacional dicta dos sentencias: una, la de casación; y, otra, la procedente sobre el fondo del asunto.

Previa una modificación de la LOPJ, la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000 convirtió el recurso de casación *por quebrantamiento de forma* en un recurso extraordinario *por infracción procesal* que, en ocasiones, puede ser resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia, y redujo el recurso de casación a la infracción de ley o doctrina legal, pero ampliando las facultades del Tribunal casacional, en el trámite de admisión, para que, aplicando la técnica anglosajona del *certiorari* (también introducida en la regulación procesal del Tribunal Constitucional), sólo se admita el recurso cuando el propio Tribunal de casación entienda que el asunto planteado re-viste un interés suficiente para justificar un pronunciamiento judicial al respecto, por lo que este trámite puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, al ser irrecurrible, erigirse en una inmunidad de poder con la excusa de aligerar el volumen de asuntos pendientes<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> La técnica del *certiorari* tiene sentido en la práctica judicial anglosajona donde los tribunales la emplean para recabar el conocimiento de asuntos importantes una vez que han sido ampliamente debatidos en los foros sociales, doctrinales y académicos; pero, entre nosotros, se empleando más bien para rechazar la cognición de asuntos con el objeto de aliviar el volumen de procesos pendientes en los órganos jurisdiccionales. Este cambio de orientación hace que la misma institución, que en su modelo originario se sitúa en línea de la tutela judicial efectiva, pueda, entre nosotros, más bien lesionarla, si no se emplea con prudencia, contención y alguna forma de recurso y responsabilidad por las resoluciones adoptadas en los trámites de admisión.

#### **4/ *El activismo y el alternativismo judiciales.***

Frente a la estricta aplicación de la *doctrina de la división de poderes*, la denominada *Escuela del Derecho libre*, continuada luego por la del denominado *uso alternativo del Derecho*, propugnó, en el ámbito de la Filosofía jurídica y en concomitancia con hermenéuticas procedentes del marxismo vulgar, que el Derecho, debido a su polarización teleológica en orden al logro de la justicia, requiere ser interpretado y aplicado por los jueces de una manera libre, esto es, no con un riguroso ajuste a la ley, sino (al ver en ella los intereses de las clases sociales dominantes que la misma expresa), con una flexibilidad y amplitud que permita al juzgador calibrar los diversos interés en juego en cada litigio y adoptar la solución más justa, habida cuenta la finalidad deóntica de las leyes aplicables, aunque, para ello, deba forzarse la interpretación tradicional y haya que formular doctrinas jurisprudenciales alternativas.

Estas tendencias comenzaron a abrirse paso por la necesidad de superar la rígida aplicación jacobina del imperio de la ley, y de aceptar las funciones evolutiva y completa de la jurisprudencia y han incentivado el recientemente denominado fenómeno del *activismo judicial*, por el que los jueces asumen un creciente protagonismo, no sólo por el contenido de sus resoluciones, sino también por el abandono de la orto-praxis de severidad y auto-contención en todas sus manifestaciones públicas y sociales.

Estas propuestas, si bien aplicadas con mesura aportan una conveniente flexibilidad al modelo, es obvio que, de aceptarse en su plenitud, boicotearían por completo la *doctrina de la división de poderes* que, como resulta palmario, gravita sobre el imperio de la ley y la vinculación a la misma de los juzgadores y aplicadores del Derecho.

#### **C) Respecto a su función segunda de tipo administrativo.**

##### **1/ *Las cuestiones administrativas previas, prejudiciales e incidentales.***

Una de las lógicas consecuencia de la *doctrina de la división de poderes* en su interpretación continental es que el Poder Judicial, para no inmiscuirse en competencias propias del Ejecutivo, cuando, en un determinado proceso, surjan cuestiones de naturaleza administrativa de previo y necesario pronunciamiento para resolver el fondo del asunto, debe suspender su tramitación, remitirlas, para su solución, al órgano administrativo competente y, una vez recibida ésta, proseguir la tramitación, para decidir el referido fondo del asunto conforme a las mismas.

Según esta consecuencia, todas las *cuestiones administrativas* que surjan con el carácter de *previas, prejudiciales o incidentales* deberían tener un *efecto suspensivo* (del proceso judicial en el que surjan), *devolutivo* (al órgano administrativo compe-

tente para resolverlas) y *vinculante* (para el órgano judicial que las plante, el cual quedaría sujeto, en su resolución posterior, a lo previamente resuelto por la Administración).

Pero la problemática planteada por este tipo de *cuestiones*, salvo cuando se traduce en conflictos jurisdiccionales entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, no ha sido resuelta por el poder constituyente, sino más bien por la práctica procesal y las leyes rituarías, que la han abordado a propósito de la regulación del ámbito de la competencia de cada *orden* jurisdiccional.

Así, en España, la regulación al respecto, distingue las *cuestiones penales*<sup>130</sup> de las *contencioso-administrativas*<sup>131</sup> y, en la vigente LEC, la *prejudicialidad penal*<sup>132</sup>, la *no penal*<sup>133</sup> y la *civil*<sup>134</sup>; mientras que normas similares figuran en las leyes procesales de cada orden jurisdiccional y del Tribunal Constitucional (cfr, p.e, los arts. 3 y 4 LOTC). A ellas, hay que añadir las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la UE (reguladas en el art. 19.3.b, del TUE).

## 2/ La policía judicial.

Una estricta aplicación de la doctrina de la *división de poderes* reduciría la función asignada al Poder Judicial a *juzgar* casos concretos, por lo que la función de *ejecutar lo juzgado*, al ser, como su misma denominación revela, ejecutiva, debería estar atribuida al Poder Ejecutivo.

<sup>130</sup> El art. 10 LOPJ'85, dispone que, “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”, pero que “la existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

<sup>131</sup> El art. 4 LJCA'98 establece que “la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente”.

<sup>132</sup> El art. 40 LEC'00 regula la *prejudicialidad penal*, con efectos suspensivos y devolutivos, cuando pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

<sup>133</sup> El art. 42 LEC'00 regula las *cuestiones prejudiciales no penales*, confiriendo a los órganos judiciales civiles competencia para resolverlas “a los solos efectos prejudiciales”, esto es, sin surtir “efecto fuera del proceso en que se produzca”, salvo cuando el efecto suspensivo y devolutivo “lo establezca la ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra”, en cuyo caso, el juez civil “quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial”.

<sup>134</sup> El art. 43 LEC'00 regula la *prejudicialidad civil*, disponiendo que “cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”.

Siendo esto así, la *policía judicial*, es decir, la fuerza pública encargada de llevar a efecto lo resuelto por los órganos jurisdiccionales por encima de una eventual resistencia de los obligados, quedaría situada en la órbita del Poder Ejecutivo. Incluso la misma *policía de estrados* (potestad disciplinaria para mantener el orden en los actos de juicio y demás actuaciones forenses) sería algo extraño al Poder Judicial.

En Derecho Romano, estas funciones correspondían a los pretores (magistrados dotados de *imperium*) que las ejercían a través de subordinados sujetos a disciplina militar, como los *licttores*<sup>135</sup>. Tras la instauración de la *cognitio extraordinem* la confusión en el juez de la *auctoritas* para juzgar y de la potestas para ejecutar lo juzgado, propició que, en la Edad Media y Moderna, los ejecutores judiciales (sayones, verdugos, alguaciles, corchetes y oficiales varios) siguieron dependiendo de los jueces; sin embargo, en el proceso canónico, incluso en el inquisitorial, la ejecución de las penas fue *relajada*, esto es, dejada en manos de la potestad civil (*brazo secular*).

Tras la caída revolucionaria del Antiguo Régimen, consideraciones eminentemente pragmáticas aconsejaron pronto atribuir a los mismos órganos jurisdiccionales encargados de juzgar las potestades precisas para llevar a cabo sus resoluciones y mantener el orden en las sedes judiciales. Y, así, el poder constituyente atribuye, en España, al Poder Judicial, la función no sólo de *juzgar*, sino también la de *ejecutar lo juzgado* (art. 117.3 CE), que, conlleva, entre otras consecuencias, la asignación al mismo de la *policía de estrados* y de la *Policía judicial*.

En cuanto a la *Policía judicial*, los arts. 547 a 549 LOPJ'85 la regulan estableciendo: i) que su función consiste en auxiliar a los órganos judiciales y del Ministerio fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes y en cuantas actuaciones requieran presencia policial o ejercicio de la coerción, por orden de la autoridad judicial o del Ministerio fiscal; ii) que dicha función compete, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de

<sup>135</sup> Parece que el término latino *lictor* esta etimológicamente relacionado con el verbo *ligare* (atar) que alude a las correas (*licia*) de azotar y esposar, con las que se unían, al mango del hacha de decapitar (*securis*), las varas (*virgae*) empleadas para golpear, formando así unos haces (*fascies*) más fáciles de transportar y que, a la par, servían para simbolizar el poder (militar) de detener, esposar, fustigar, golpear y matar legalmente que caracterizaba al *imperium* propio de una ciudad o de los magistrados de la misma. Al parecer, 12 *licttores* acompañaban, como guardia personal, a los reyes etruscos, representando a las 12 ciudades del reino (*dodecápolis*) y, desde Tarquinio Prisco, también a los reyes romanos que: i) por un lado, asignaron un *lictor* a representar a cada una de las 30 curias (10 por tribu), por lo que estos *licttores curiati* terminaron por sustituir a los *comitia curiata* en ciertos actos solemnes que los requerían, como la *adrogatio* (adopción en vida) y el *testamentum calatis comitiis* (adopción *mortis causa*); y ii) por otro, asignaron, a cada magistrado dotado de *imperium*, una cohorte de icttores según su rango (24, el dictador, 12, cada cónsul y 6 los gobernadores provinciales), para abrirle paso, atomorizar y ejecutar sus órdenes punitivas, aunque, en Roma, no podían exhibir el hacha (*fascis securatus*) dentro del recinto urbano (*pomerium*), donde la autorización de la pena capital (*ius gladii*) correspondía al Senado.

las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, si bien se prevé establecer unidades de Policía judicial (que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio fiscal), cuyos componentes no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la actuación de que se trate o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente.

Se trata, pues, de una función típicamente ejecutiva, pero funcionalmente ubicada bajo la autoridad judicial y del Ministerio fiscal; por eso, su peculiar posición institucional ha tenido que ser reconocido por el poder constituyente en el art. 126 CE.

### ***3/ El sistema penitenciario.***

Uno de los más claros ejemplos de *sujeción especial* al Poder Ejecutivo es la situación de las personas condenadas a medidas cautelares o a penas privativas de libertad; ya que, si bien las mismas son impuestas por resolución judicial firme, su ejecución requiere la creación, mantenimiento, regulación y gestión de las correspondientes instituciones penitenciarias, que es función más bien ejecutiva.

En el Antiguo Régimen, como puso de relieve la crítica ilustrada, el sistema penitenciario era frecuentemente contrario a los derechos humanos, debido a la naturaleza misma de algunas penas (trabajos forzados, castigos crueles) y a la dura forma y severas condiciones de aplicación de las mismas (régimen carcelario); pero, así como la implantación de la democracia y de la *doctrina de la división de poderes* aseguró la vigencia del *principio legalidad penal* (por el que el Poder Ejecutivo no podía imponer penas privativas de libertad y el Poder Judicial no podía apreciar ningún delito ni imponer pena alguna que no estuviere prevista por una ley anterior a la comisión del hecho imputado ni apartándose del procedimiento previamente establecido al efecto), sin embargo no se proyectó sobre la ejecución penal, que continuó siendo, durante largo tiempo, un ámbito reservado a una amplia discrecionalidad del Poder Ejecutivo.

En España, pese al intento de los correccionalistas, hubo que esperar a la nueva visión penitenciaria que supuso el art. 25.2 CE, así como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria<sup>136</sup>, para que la ejecución penal quedase decididamente encuadrada en el ámbito de general respeto y protección de los derechos humanos.

---

<sup>136</sup> Desarrollada por el Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996 de 9 de febrero y sus modificaciones posteriores, entre las que destaca el Real Decreto 840/2011, que regula la ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

Por lo que hace a la incidencia de esta materia en la *doctrina de la división de poderes*, el régimen penitenciario post-constitucional destaca por la creación de los *Juzgados de vigilancia penitenciaria*, para garantizar que los derechos del condenado a privación de libertad no sufran restricciones más allá de las estrictamente necesarias para cumplir los fines del internamiento. Esta jurisdicción especializada supone un cierto regreso de la materia penitenciaria, tradicionalmente residenciada en el Poder Ejecutivo, a la esfera del Poder Judicial, al menos en su vertiente de supervisión, para garantizar la correcta aplicación de la normativa penitenciaria y los derechos fundamentales de los internos no afectados por la sentencia condenatoria.

#### **4/ La posición institucional del Ministerio fiscal.**

En la doctrina clásica de la *división de poderes*, siempre ha resultado difícil definir la posición institucional del Ministerio fiscal, ya que se presenta como una institución, por un lado, estrictamente jerarquizada y dependiente del Gobierno y, por otro, destinada al ejercicio, objetivo e independiente, en el ámbito procesal, de la acción penal, la defensa de la legalidad, el principio acusatorio y la protección de menores e incapaces.

Comienza por desconcertar su denominación, que obedece a motivos históricos. En Derecho Romano, la Hacienda pública se dividía tradicionalmente en dos instituciones: i) el *Aerarium populi* o Tesoro público, integrado por los fondos tributario custodiados en el templo de Saturno (por lo que también era conocido como *Aerarium Saturni*) y que era gestionado por magistrados especiales (*quaestores* y *praetores Aerarii*), dotados de *imperium*, pero sujetos a la *auctoritas* del Senado; si bien el *Aerarium* terminó teniendo el significado de un tesoro público meramente simbólico de la *maiestas* tributaria del pueblo; y ii) el *Fiscus principis* o Caja recaudatoria del Emperador, que surgió con el Principado para gestionar las exacciones realizadas en territorios imperiales; si bien en el Dominado, terminó siendo la verdadera Administración tributaria, la cual estaba gestionada por funcionarios imperiales y defendida en juicio por los *Advocati Fiscis*.

Ya en las obras de Séneca, enmarcadas en la época postclásica, el sustantivo *fiscus* (caja recaudatoria) equivalía a la Administración tributaria central romana, por lo que no puede extrañar que, en la legislación procesal posterior (de la Edad Media, Moderna y Contemporánea hasta finales del siglo XIX, es decir, hasta el nacimiento de las funciones públicas prestacionales), el Estado (que prácticamente sólo era un *Estado de policía* limitado a sus funciones militar, de seguridad, diplomática y financiera) apareciera, como parte procesal, bajo la arcaica investidura del *Fisco* y que sus representantes causídicos y defensores procesales, por influencia del cameralismo, fueran denominados *Fiscales* y su función, así como la institución orgánico-procesal que los englobaba bajo dirección gubernamental, *Ministerio fiscal*.

El *Ministerio fiscal*, sin embargo, había dejado de tener por objeto la exacción tributaria, para asumir funciones procesales, más bien encaminadas a la defensa de la legalidad extra-tributaria del interés general en prosecución de la justicia, especialmente penal (pero también civil, protegiendo a menores e incapaces); dejando la representación y defensa de los derechos, intereses y acciones patrimoniales y tributarios de la Administración pública en manos de unos funcionarios distintos, como son los *Abogados del Estado* y los *Inspectores de Hacienda*, por más que sus precitados antecedentes institucionales fueran comunes. Es entonces cuando, en España, comienza a distinguirse, con más propiedad técnica, el *Ministerio público* o *fiscal*, de la *Abogacía del Estado* y de la *Inspección de Hacienda*.

En efecto, en España, la organización del *Ministerio fiscal* se inició en los albores del Estado constitucional, con la aprobación del Reglamento provisional de la Administración de justicia de 1835; se confirmó con la institucionalización judicial que supusieron la LOPJ de 1870 y las grandes leyes rituarías de enjuiciamiento civil de 1881 y criminal de 1882, coincidiendo con la creación de la Abogacía del Estado. Si bien hubo que esperar al reconocimiento del *Ministerio fiscal* por el art. 124 CE para que el poder constituyente cifrara su función en “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

Por tanto, el *Ministerio fiscal* es una institución que, si bien históricamente estuvo situada en el Estado central (*Oberstaat*) y, en concreto, en el Poder Ejecutivo central y bajo la dependencia jerárquica del Gobierno, como es el caso de la *Abogacía del Estado* y de la *Inspección de Hacienda*, sin embargo ha sido situada, por el poder constituyente, desde 1978, en el Poder Judicial que, al ser único (art. 117 CE), forma parte del Estado global (*Gesamstaat*), en el que también se ubica la legalidad a la que sirve.

Sin embargo, su posición institucional aún no está lo suficientemente clara pues, como señala el art. 124.2 CE, el *Ministerio Fiscal* ejerce sus funciones, por medio de órganos propios, conforme a los principios (más bien organizativos) de *unidad de actuación* y *dependencia jerárquica* y con sujeción, en todo caso, a los (más bien funcionales) de *legalidad e imparcialidad*; y ambas series de principios, pese a los notables esfuerzos doctrinales por cohesionarlos, presentan aspectos contradictorios, ya que el *Ministerio fiscal*, aunque esté integrado en el Poder Judicial, carece de la *independencia* propia de los jueces, debido a su *dependencia jerárquica* con respecto a la figura del *Fiscal General del Estado*, nombrado por el Gobierno, pese a la estructura sinodal que (mediante el *Consejo Fiscal* y las *Juntas de fiscales*) acompaña preceptivamente a muchas de sus decisiones.

### 5/ *La jurisdicción penal sobre funcionarios.*

El *principio de igualdad ante la ley*, proclamado en el art. 14 CE, impide cualquier acepción de personas ante el Poder Judicial; pero la *doctrina de la división poderes*, en su formulación continental, determina que, mientras los ciudadanos particulares se rigen por el *principio de libertad*, en cuya virtud les está permitido todo aquellos que no les está expresamente prohibido, si bien, para proteger sus derechos, al no ostentar poder público, deben acudir a la *hetero-tutela* que radica en los órganos del Poder Judicial (art. 24 CE); sin embargo, el Poder Ejecutivo se rige por el *principio de legalidad*, en cuya virtud le está prohibido todo aquello para lo que no esté legalmente habilitado (art. 97 y 103.1 CE), si bien, para proteger sus derechos, al ostentar poder público, goza del privilegio de *auto-tutela*, declarativa y ejecutiva, de forma que el Poder Judicial sólo puede intervenir posteriormente para revisar si lo previamente actuado por la Administración es o no conforme a la legalidad (art. 106.1 CE).

En este esquema, el enjuiciamiento de las actuaciones de los funcionarios, esto es, de las personas físicas que, por cualquier título, prestan servicios al Poder Ejecutivo (y, por derivación, a cualquiera de los otros Poderes o instituciones estatales o infra-estatales), plantea un problema a la doctrina de la *división de poderes*, en cuanto que, en rigor, la misma exigiría una *inmunidad de jurisdicción* que (al igual que la existente para los parlamentarios) residenciara dicho enjuiciamiento en el propio Poder (Ejecutivo, normalmente) al que sirva el funcionario afectado.

Esta es la razón por la que las cuestiones de tipo administrativo atinentes al personal fueron consideradas asuntos domésticos o internos (*in house*) del Ejecutivo y, por tanto, residenciadas en la *jurisdicción retenida* del Consejo de Estado (en España, a través de la antes citada *vía de agravios*); situación que concluyó cuando la LJCA de 1956 instauró un procedimiento contencioso-administrativo especial para sustanciar cuestiones de personal que, desde entonces, son conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La misma razón subyace en la exigencia que recogía la redacción originaria del art. 1903 del Código Civil al limitar la responsabilidad civil extracontractual del Estado a los casos en que el mismo hubiese obrado a través de un *agente especial* (porque entonces se entendía que el Estado debía responder, por *culpa in eligendo* o *in vigilando*, como mandante de dicho agente especial); pero no cuando el daño hubiese sido causado *por el funcionario* a quien propiamente correspondía la gestión practicada (en cuyo caso se aplicaba lo dispuesto en el art. 1902, es decir, la responsabilidad directa del funcionario culpable, pues no podía imputarse al Estado *culpa in eligendo* o *in vigilando* y, en consecuencia, la acción de responsabilidad directa contra el funcionario culpable no afectaba a la *división de poderes*). Esta es la situación que prácticamente se ha mantenido hasta el vigente art. 36 de la Ley 40/2015,

de 1 de octubre, del Sector público (LSP'15), sobre responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, que responden, en vía de repetición, en los casos de culpa o negligencia grave.

El problema se reduce, pues, al *enjuiciamiento penal de funcionarios por delitos cometidos en ejercicio de su cargo* pues, proyectándose la jurisdicción penal sobre todo tipo de personas (cfr. art. 37 LSP'15), dicho enjuiciamiento, cuando tales personas son funcionarios, envuelve siempre, al menos, dos *cuestiones previas de carácter administrativo*, como son si verdaderamente se trata o no de un funcionario; y, en su caso, si el mismo ha obrado por su cuenta, esto es, asumiendo, por tanto, una responsabilidad directa; o si, por el contrario, ha actuado como titular de un órgano administrativo o siguiendo instrucciones de un superior, en cuyo caso puede resultar afectado el propio Poder Ejecutivo, ya que éste siempre ha de actuar mediante personas físicas que lo representen y, por esa vía de la organización, la jerarquía y la obediencia debida, éstas y, por consecuencia, el propio Poder Ejecutivo al que impersonan, podría quedar sujeto a los órganos de la jurisdicción penal, es decir, al Poder Judicial.

Además, las normas orgánicas y procesales del Poder Judicial convierten a la jurisdicción penal, en preferente; de forma que su intervención no puede ser impedida por *cuestiones previas* devolutivas o suspensivas, las cuales son resueltas interlocutoriamente por el órgano judicial penal, a solos los efectos punitivos correspondientes, salvo que sean determinantes de la inocencia o culpabilidad del reo (arts. 3 a 7 LECrim. de 1881).

Esta situación, unida al fenómeno denominado de la *huida del Derecho Administrativo* hacia fórmulas, de personificación y de gestión, jurídico-privadas, ha incentivado el recurso a la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de la Administración pública, con el consiguiente riesgo de alteración del sistema de revisión contencioso-administrativa, que es consustancial a la interpretación continental de la *doctrina de la división de poderes*.

### **6/ La potestad de auto-organización del CGPJ.**

Si antes se ha aludido a la *potestad reglamentaria* (reconocida al CGPJ como una *función normativa* que, excepcionalmente, asume el Poder Judicial), ahora procede referirse al reconocimiento, al mismo CGPJ, de la *potestad de auto-organización*, por la que (como una *función ejecutiva* que, excepcionalmente, asume el Poder Judicial), dicho CGPJ decide, en aplicación de su autonomía orgánica y funcional, la organización de sus propios servicios, entre otras facultades administrativas y de gestión, siempre dentro de los límites señalados por la LOPJ (cfr. art. 560 LOPJ).

Esta atribución de potestades ejecutivas, como la reglamentaria y la de auto-organización, determina, a su vez, que los correspondientes actos y disposiciones emanados por el CGPJ (y, en sus ámbitos competenciales respectivos, por otros órganos judiciales de gobierno, como las *Juntas de Jueces*, los *Decanatos* o las *Salas de Gobierno*) sean materialmente administrativos y, por tanto, residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (como dispone el art. 1.3,b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que atribuye a dicha jurisdicción especializada la revisión de los actos y disposiciones del CGPJ y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la LOPJ).

Esta situación genera un paradójico auto-enjuiciamiento del Poder Judicial (impersonado por su CGPJ y otros órganos de gobierno judicial) por sí mismo (a través de su *orden* jurisdiccional contencioso-administrativo), lo que constituye una peculiaridad de la *división de poderes*, admitida por la LOPJ, es decir, por el *bloque de la constitucionalidad* aplicable al caso, en obsequio al principio general de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) <sup>137</sup>.

### **7/ La Administración de la Administración de Justicia.**

En la dinámica de consolidación del modelo español *Estado de las autonomías*, se ha planteado, a efectos de transferir a las Comunidades Autónomas ciertas funciones en el ámbito de la Justicia, la sutil diferenciación, en el seno del Poder Judicial entre: i) por un lado, las funciones propiamente jurisdicentes (asignadas a la judicatura), junto con las potestades y órganos de carácter materialmente administrativo precisos para desempeñarlas (asignadas al CGPJ y otros órganos de gobierno judicial); y ii) por otro, las funciones propias de la gestión del personal y bienes materiales de apoyo que son precisos para llevarlas a cabo.

Si el primer grupo de funciones han sido denominadas (a mi juicio, con imprecisión, *Administración de justicia*), las del segundo grupo han sido denominadas (a mi juicio, con igual imprecisión y, además, con una inelegante redundancia, *Administración de la Administración de Justicia*).

Sin perjuicio de esta crítica de estilo, esta cuestión denominativa revela que, en su fondo, trasluce una nueva afectación de la doctrina de la *división de poderes* con motivo de la construcción de los Estados compuestos.

<sup>137</sup> En la misma línea, se sitúa la denominada *técnica de los biombos chinos*, por la que los principios de autorresponsabilidad y de que no puede enjuiciar quien ha quedado contaminado por haber intervenido en fases previas del procedimiento (como órgano instructor o consultivo) quedan salvados cuando, aunque se trate de órganos pertenecientes al mismo Poder o de personas integrantes del mismo órgano pluripersonal, las personas concretas que intervienen ahora como juzgadoras, en dicho Poder u órgano, son distintas de las que intervinieron antes y no existe entre ellas relación alguna de dependencia.

En efecto, *juzgar* es una función de *auctoritas* que corresponde exclusivamente a los titulares de los órganos judiciales integrados en el Poder Judicial, porque conforma la esencia misma de la función judicial. A esta función tradicional, se ha añadido una función de *potestas*, cual es la de *hacer ejecutar lo juzgado*, cuya naturaleza es ejecutiva, pero que no se asigna al Poder Ejecutivo sino al Judicial, por tradición y conveniencia práctica, ratificada por el poder constituyente (art. 117.3 CE).

Pero, en los Estados compuestos, es decir, en los que, junto al Estado central (*Obers-taat*), existen entidades dotadas de una descentralización política (*Gliedstaat*), cabe seguir la opción constitucional de mantener la unidad del Poder Judicial (modelo español) o bien la de mantener una línea de órganos judiciales centrales de carácter unitario, junto con otra de órganos judiciales propios de las entidades políticamente descentralizadas, como los Estados federados (modelo norteamericano); o bien tantos Poderes Judiciales como entidades políticamente descentralizadas (modelo de justicia confederal).

A su vez, estos modelos arquetípicos pueden ser objeto de variantes que han sido ensayadas por el federalismo comparado. Así, en el caso español, el Poder Judicial es único, pero su planta y demarcación territorial se adecúa al territorio de las Comunidades Autónomas y se reconoce a éstas competencias para fijar algunas demarcaciones, así como para recibir, habilitar y gestionar los medios auxiliares de carácter personal y material precisos para el desempeño de la función judicial.

Este planteamiento sólo ha sido aceptado como no lesivo de la *doctrina de la división de poderes* cuando las sutiles distinciones en las que se basa han sido admitidas por el poder constituyente, directamente o a través del *bloque de la constitucionalidad* aplicable (en España, mediante habilitación expresa en los Estatutos de Autonomía) o incluso previo un pronunciamiento al respecto de la jurisdicción constitucional.

### **8/ Las funciones judiciales de algunos Parlamentos.**

En el Antiguo Régimen, el monarca soberano asumía en su integridad todos los poderes, también el judicial, cuyo ejercicio delegaba en órganos pluripersonales de composición nobiliaria, como los *Reales Consejos* en España, o los *Parlamentos judiciales* en Francia. Las funciones judiciales de la *Cámara de los Lores* en el Reino Unido tienen también ese origen.

La interpretación doctrinaria de la *división de poderes* propició que la Cámara Alta, cuya composición representaba el *principio monárquico*, conservase algunas funciones judiciales que, en el Antiguo Régimen, habían correspondido a los *Reales Consejos*, como las de enjuiciar determinados delitos de alta significación política o a determinadas personas aforadas o a dirimir conflictos inter-institucionales. El ejercicio de estas funciones

se plasmaba en peculiares formas jurídicas de manifestación como los *Reales Decretos Sentencias*, los *Senadoconsultos judiciarios* o los *private bills* o leyes singulares de caso único de la tradición anglosajona, en la que se enmarcan también los juicios parlamentarios por imputación penal (*impeachment*) de los modelos presidencialistas donde la elección popular del Presidente impide plantear mociones de censura.

En los Parlamentos de los sistemas de Gobierno parlamentario, estas antiguas funciones judiciales se han reconducido a las de fiscalización y control que las Cámaras ejercen mediante el mecanismo de las *Comisiones de investigación* o de instituciones delegadas de enjuiciamiento especializado como los *Tribunales de Cuentas* o las *Contralorías* hispanoamericanas.

La atribución exclusiva de la función judicial al Poder Judicial, hace que estas instituciones de carácter parlamentario representen modulaciones de la *doctrina de la división de poderes*, por razones constitucionales diversas.

#### **D) Respecto a su función segunda de tipo constitucional.**

##### **1/ Las relaciones con el TC, el TJE y el TEDH.**

Otra de las paradojas inherentes a la *doctrina de la división de poderes* en los actuales Estados de Derecho es que los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial del Estado pueden compartir la función jurisdicente con otros no integrados propiamente en el mismo, como, en el ámbito estatal, las Cortes Constitucionales; y, en el ámbito supra-estatal, las Cortes internacionales.

En el modelo constitucional español, el Tribunal Constitucional es regulado en el Título IX de la CE, para significar que es una institución del Estado global (*Gesamstaat*) distinta y no integrada en el Poder Judicial (regulado en el Título VI de la CE), instituida para, como señala el art. 1 de su Ley reguladora (LOTC, Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre), ser interprete supremo de la CE y, por ello, independiente de los demás órganos constitucionales, único en su género, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional y sujeto sólo a la CE y a la LOTC.

Ahora bien, en otros modelos constitucionales, las funciones atribuidas al TC (principalmente, los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, así como los conflictos constitucionales), son asignadas a los más altos órganos judiciales, como en Estados Unidos, al Tribunal Supremo. El influjo de estos modelos no kelsenianos de justicia constitucional ha propiciado la idea *de iure condendo* de atribuir todas o algunas de tales funciones (especialmente, los recursos de amparo) a una *Sala de lo constitucional* del Tribunal Supremo. En el *humus* generado por esta propuesta, han surgido ciertos conflictos entre los Tribunales Supremo y Constitucional, que son más de

estilo y formas que de fondo, ya que los ámbitos respectivos están bien definidos por la CE y los eventuales conflictos pueden resolverse aplicando el *principio de competencia*, ya que no procede aplicar el *de jerarquía*.

En cuanto a los Tribunales supra-estatales, como el TJEU o el TEDH, las relaciones y eventuales conflictos de los mismos con el TC tampoco son *de jerarquía*, sino, igualmente, más bien *de competencia*, pues el TC, como las demás Cortes constitucionales, no forman parte del Poder Judicial y sólo están vinculadas por la respectiva Constitución, si bien ésta debe ser interpretada en el marco de la tradición constitucional común y de las grandes declaraciones de derechos humanos (art. 10 CE) que es el ámbito en el que actúan los Tribunales supra-estatales, por lo que la jurisprudencia emanada de éstos puede ser tenida en cuenta por las Cortes constitucionales.

Sin embargo, las resoluciones de la justicia comunitario-europea (Tribunal General y Tribunal de Justicia de la UE) vinculan a los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial interno de cada uno de los Estados miembros en cuanto que interpretan el Derecho comunitario-europeo, el cual goza de los efectos de primacía y efecto directo, por lo que las relaciones entre los respectivos ámbitos jurisdiccionales se dilucidan mediante los mecanismos de los recursos y las cuestiones prejudiciales de carácter comunitario-europeo ante las instancias judiciales de la UE *ex art. 19.3 TUE*.

Finalmente, las relaciones entre el TEDH y los órganos jurisdiccionales de los Estados firmantes de la Convención europea de derechos humanos no se dilucidan con arreglo al principio de jerarquía, sino a los principios de competencia y responsabilidad internacional de dichos Estados, sin perjuicio de la influencia mutua de su jurisprudencia en materia de derechos humanos.

## ***2/ La institución del Jurado.***

La idea de que el veredicto de culpabilidad o inocencia puede ser pronunciado por un conjunto de ciudadanos, aunque la sentencia penal sea dictada luego por un órgano judicial, procede del antiguo Derecho anglosajón, en el que, para evitar las ordalías más cruentas <sup>138</sup>, se impuso, por influencia canónica, la sacramental, por la que la causa quedaba decidida cuando varios convecinos adverbaban, bajo juramento decisorio, su propia convicción sobre la inocencia o culpabilidad de alguien, por lo que fueron denominados *jurados*.

---

<sup>138</sup> Las ordalías eran formas primitivas y crueles de decidir un conflicto, sometiéndose las partes enfrentadas a un pretendido “juicio de la divinidad”, el cual se suponía mágicamente manifestado en favor del que más o mejor resistía pruebas salvajes, como sostener un hierro candente (ordalía del hierro), soportar el fuego (ordalía del fuego), resistir más el ahogo (ordalía del agua), aguantar un peso (ordalía de cruz), ingerir una pócima (ordalía de amargor), vencer en un combate singular al oponente o a su paladín (ordalía de duelo) o comprometer sacramentalmente la salvación del alma mediante un juramento decisorio (*sacramentum*) prestado sobre libros o especies sagradas (ordalía sacramental o de juramento).

Tal prueba no era tan insegura como puede parecer actualmente ya que, al prestarse con juramento ante la divinidad, su falsedad comprometía la salvación eterna del alma del jurado. Esta firme convicción religiosa determinó que las personas requeridas a jurar no estuvieran dispuestas a hacerlo sino tras un proceso en que fueran convencidos mediante pruebas convincentes. Ahí se encuentra el origen, tanto de la exigencia de un *proceso debido* (*due process*), contradictorio y probatorio, que es propio de la tradición constitucional anglosajona, como de la institución del *jurado*.

En los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, la inocencia o culpabilidad venía siendo declarada en sentencias que, dictadas por órganos judiciales permanentes y profesionalizados, aplicaban la legislación vigente a los hechos probados en un proceso contradictorio, en el que se admiten todos los medios lícitos de prueba propuestos por las partes, incluido, por influencia germánica, la del viejo juramento decisorio, cuando los justiciables la aceptaban.

En el modelo continental de la *división de poderes*, el *Jurado* era, pues, una institución procesal prácticamente desconocida, hasta que, por influencia anglosajona, se vio en ella, junto con la *acción popular*, una manera de introducir la participación del pueblo en el ejercicio del Poder Judicial; ya que, en dicho modelo, la participación popular (ahora reconocida como derecho fundamental) parecía limitada al Poder Legislativo (mediante las elecciones) y al Ejecutivo (mediante participación orgánica o funcional).

En esta línea, el art. 125 CE reconoce que los ciudadanos podrán ejercer la *acción popular* y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del *Jurado*, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

En cumplimiento de dicho precepto constitucional, la Ley Orgánica 5/1995, introdujo el denominado *Tribunal del Jurado*, inspirándose más en el modelo anglosajón (de *jurado puro*, formado por ciudadanos legos en Derecho) que en el alemán (de *escabinado*, o jurado mixto de juristas y no juristas), si bien con amplio apoyo judicial en la formulación de las cuestiones sobre las que debe pronunciarse y limitado a determinadas causas penales.

## **E) Recapitulación.**

El elenco de instituciones que se han expuesto, aunque no exhaustivo, es, a mi juicio, suficientemente amplio como para demostrar que la *doctrina de la división de poderes* ha experimentado una notable y compleja evolución en su realización práctica, tanto en el modelo anglosajón como en el continental.

Una contemplación general del panorama de ámbitos tensionales descrito permite detectar, entre otras, las siguientes instituciones axiales, en torno a las cuales giran los problemas derivados de la realización práctica de la *división de poderes*; de suerte que el éxito de la misma depende, en buena medida, del acierto en la regulación de tales instituciones jurídicas:

### **1/ La potestad de auto-organización.**

Una primera institución axial que debe ser adecuadamente modulada es la *potestad de auto-organización*, puesto que cada uno de los Poderes constituidos aparece investido de dicha potestad, que les es conferida, por el poder constituyente (en la propia CE y en las leyes que conforman en respectivo *bloque de la constitucionalidad*, como los Estatutos de Autonomía, los Reglamentos de las Cámaras o la LOPJ), para auto-organizarse de manera autónoma.

La *potestad de auto-organización* más evidente es la del Poder Ejecutivo, pues, en virtud de la misma, se organiza el Gobierno y la Administración, tanto en el Estado central (*Oberstaat*), como en las entidades políticamente descentralizadas (*Gliedstaat*), lo que explica que, en las Comunidades Autónomas españolas, dicha potestad les sea atribuida en los respectivos Estatutos, como competencia exclusiva. Pero también aparece la *potestad de auto-organización* en el Poder Legislativo, para constituir los Parlamentos y sus distintos órganos (Plenos, Comisiones, Mesas); y, en el Poder Judicial, para estructurar sus órganos de gobierno (como los dependientes del CGPJ).

Consecuencia del empleo de esta potestad es la creación de órganos cuyas funciones pueden interferir la clásica *división de poderes*, por lo que resulta trascendental que el poder constituyente delimite el empleo de esta potestad, tanto en el texto constitucional como en las leyes del *bloque de constitucionalidad* afectado, de suerte que la misma resulte más *reglada* que *discrecional*, pese a que la lógica institucional inherente a la *potestad de organización* es, precisamente, la de su amplia discrecionalidad.

### **2/ El sistema de reservas.**

Otra de las instituciones axiales que condiciona un adecuado funcionamiento de la *división de poderes* es el *sistema de reservas*, por el que determinadas materias son atribuidas exclusivamente a uno de los Poderes constituidos, como sucede con las que son objeto de *reserva de ley* o con la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado que conforma la denominada *reserva de jurisdicción* que opera en favor del Poder Judicial.

Sin embargo, no existe una reserva específica en favor del Poder Ejecutivo o de algunas de sus potestades, como la reglamentaria; por cuanto éste comparte con el Judicial la función de aplicar las leyes, mientras que el Legislativo pue-

de legislar sobre cualquier materia y con la densidad y grado de generalidad o singularidad que estime oportuno, desplazando a la *potestad reglamentaria* del Gobierno, debido a la centralidad que el Parlamento ocupa en la *doctrina de división de poderes* y que se traduce en la sujeción estricta de la Administración al *principio de legalidad*.

Una correcta delimitación del ámbito de las respectivas reservas (en el texto constitucional y en las leyes del *bloque de la constitucionalidad* aplicable en cada caso), así como una prudente auto-limitación (*self restraint*) y *mutua lealtad* en el ejercicio práctico de las mismas (que comporta también la exigencia de *buena fe* en el desempeño de las respectivas competencias) son también condiciones necesarias para el buen funcionamiento de la *división de poderes*.

### **3/ Los mecanismos conflictuales.**

También es clave para el buen funcionamiento de la *división de poderes* disponer de correctos mecanismos de resolución de los *conflictos de jurisdicción, competencia y atribuciones* entre los órganos de los poderes constituidos.

Compete al poder constituyente o las leyes reguladoras de los distintos Poderes constituidos instaurar las fórmulas, procedimientos y órganos adecuados para que estos conflictos sean resueltos con imparcialidad y no se conviertan en crisis institucionales que amenacen la estabilidad del sistema político.

Mientras que es de esperar que, en el seno de cada Poder constituido, los conflictos competenciales puedan ser resueltos por un superior jerárquico común a los enfrentados; los, mucho más graves, conflictos entre Poderes constituidos han de ser resueltos por órganos radicados en el Estado global (*Gesamstaat*), como el Tribunal Constitucional o los Altos órganos consultivos.

### **4/ Las cláusulas de residuo.**

Mención especial merecen en este panorama las *cláusulas de cierre* de los sistemas competenciales de cada Poder constituido, ya que revelan las grandes líneas que estructuran la *división de poderes*.

En la construcción de los Estados compuestos, es decir, en la delimitación de competencias entre el Estado central (*Oberstaat*) y las instituciones descentralizadas dotadas de autonomía política (*Gliedstaat*), puede acudirse al *sistema de fines* (para entender atribuidas a cada institución todas las competencias precisas para lograr los fines expresamente señalados a la misma) o al *sistema de listas* (para entender asignadas a cada institución sólo las competencias expresamente atribuidas a la misma);

pero, en ambos casos, operan las *cláusulas de cierre* por las que se asignan a una institución las competencias dudosas.

Cuando esas *cláusulas de cierre* siguen el modelo fideicomisario de residuo, por el que la competencia dudosa o cuestionada, por no encajar claramente en los fines o en los listados competenciales expresamente atribuidos a una institución, es asignada, por el poder constituyente, a una de las instituciones en conflicto, esa decantación revela la estructura íntima del sistema constitucional, en cuanto que entonces la cláusula expresa, en forma de *vis atractiva* competencial, el *favor iuris* que el poder constituyente dispensa a aquella institución en conflicto situada más en la línea (*on line*) del núcleo o base del pacto social constituyente.

Por ejemplo, la atribución residual de la competencia controvertida a una institución descentralizada puede revelar que la distribución competencial obedece al *modelo confederal* o *centrífugo* (puesto que éste parte de antiguos Estados independientes que se han unido convencional y limitadamente), mientras que su atribución al Estado central alude más bien a un modelo *centrípeto*, menos acusado si se trata de un *federalismo de deconstrucción* (puesto que éste parte de un antiguo Estado unitario fuertemente centralizado del que se han desgajado las instituciones descentralizadas pero que quiere seguir manteniendo instituciones centrales) o más acusado, si se trata de un *federalismo de integración* (puesto que en éste se partía de Estados independientes pero que se han unido para integrar una fuerte Federación central).

### ***5/ Las garantías institucionales.***

Una última figura jurídica subyacente en el expuesto panorama de posibles interferencias en la *división de poderes* está conformada por las denominadas *garantías institucionales*.

Se trata de una técnica para construir posiciones jurídicas de poder mediante el aseguramiento de que éste gozará del ámbito que tradicionalmente se le ha venido reconociendo y sin el cual la posición correspondiente quedaría desfigurada.

La autonomía constitucionalmente reconocida a ciertas instituciones (como, en España, las forales, las locales o las universitarias), ha sido construida con esta técnica, cuyas ventajas son la flexibilidad en la definición de los ámbitos competenciales y la habilitación en favor del Tribunal Constitucional de un halo de posible interpretación a la luz de la evolución histórica y la lógica deóntica de las instituciones.

## XIV. NUEVOS PODERES Y FUNCIONES.

### 1. Planteamiento.

La *doctrina de la división de poderes* parte de la tripartición orgánica y funcional de lo legislativo, ejecutivo y judicial, que se centra en la organización oficial del poder político interno de cada Estado; pero los politólogos han identificado otras formas, orgánicas y funcionales, de poder que influyen, incluso decisivamente, en la configuración y ejercicio de los poderes estatales, como son las señaladas en los apartados siguientes.

### 2. En el ámbito internacional.

Cuando los primeros teóricos de la *doctrina de la división de poderes* aludieron a un denominado *poder federativo*, estaban pensando más en el que tiene por objeto la acción exterior del Estado, traducida en relaciones militares (guerra), diplomáticas (paz) y convencionales (tratados), que en las limitaciones que, para el poder interno de cada Estado, supone la sociedad internacional, integrada por otros Estados y Organizaciones internacionales e incluso por las personas, en cuanto que titulares de derechos humanos universalmente reconocidos.

La existencia de este ámbito internacional de poder no es un descubrimiento moderno puesto que, desde la Antigüedad, se ha experimentado la influencia de las potencias extranjeras y de instituciones de limitación, como el *ius gentium* o el Derecho internacional público, especialmente, en sus normas de *ius cogens*.

Pero ha sido tras la Segunda Guerra Mundial y la creación de la ONU, con sus múltiples organismos internacionales de cooperación, cuando se ha incrementado más eficazmente el efecto de limitación de los poderes internos por mecanismos, instancias, instrumentos y medidas internacionales, como, entre otros muchos, los siguientes, que me limitaré a enumerar.

#### A) Los derechos humanos.

Partiendo de los precedentes medievales y modernos, en las grandes Revoluciones ilustradas (inglesa, francesa, norteamericana), se formularon sendas *Declaraciones de derechos humanos* que terminaron por generalizarse al ser integradas como *Parte dogmática* en los textos constitucionales de las grandes democracias y, finalmente, en las solemnes *Declaraciones internacionales* aprobadas tras la segunda postguerra mundial, reforzadas, en el actual constitucionalismo, por un amplio elenco de medi-

das destinadas, no sólo a reconocer, sino también a amparar, garantizar, proteger y restablecer los derechos humanos, y a perseguir y castigar su violación.

Todas estas instituciones, reafirmadas por la jurisprudencia constitucional comparada de las grandes democracias y de los Tribunales internacionales constituidos al efecto, evidencian que el acervo jurídico que conforman los derechos humanos limita enérgicamente el poder de los Estados.

### **B) El derecho de autodeterminación de los pueblos.**

A partir de la famosa Resolución 1514/1960, de 14 de diciembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, se inició el proceso de descolonización que condujo, en los años siguientes, a la independencia de la mayoría de los países y pueblos coloniales, los cuales se convirtieron en nuevos Estados internacionalmente reconocidos.

Es obvio que el reconocimiento y ejercicio de este derecho limitó enérgicamente la soberanía de los Estados coloniales y sigue ejerciendo una gran presión para la eliminación de los residuos coloniales que perduran; así como, de una forma indirecta, cuando trata de ser aplicado, por movimientos nacionalistas, a situaciones no coloniales, con fines secesionistas e independentistas, con respecto a un Estado matriz, sea éste unitario o compuesto.

### **C) El derecho de injerencia.**

Frente al principio general de respeto a los asuntos internos de cada Estado (*domain reservé*) y renuncia a la guerra como medio de solución de los conflictos internacionales, que luce en la Carta fundacional de la ONU, se ha ido imponiendo, especialmente tras la caída del bloque comunista, la doctrina de que existe un derecho de injerirse en asuntos internos de un Estado, cuando la gestión que éste realiza respecto a determinado asunto supone una flagrante violación de los derechos humanos o una activa cooperación con el terrorismo internacional.

Esta doctrina es la que ha legitimado las intervenciones militares en la antigua Yugoslavia, en Libia, en Somalia, en Irak y en la región centro-africana de los Grandes lagos y gravita en crisis actuales como la coreana o la venezolana.

### **D) El derecho al comercio.**

Como es sabido, la reivindicación del *ius communicationis* o de libre comercio internacional está en la base misma del nacimiento del Derecho internacional público en la Edad Moderna y, desde entonces, viene condicionando la multitud de Tratados

internacionales que se han firmado sobre esta materia, entre los que, tras la Gran Depresión de los años 30 y de la segunda post-guerra mundial, destacó, desde 1947, el GATT (Acuerdo internacional sobre aranceles y comercio) y, desde 1994, la actual Organización Mundial de Comercio.

El objeto de estas convenciones multilaterales es precisamente promover el libre comercio entre los Estados sobre la base de una clara limitación de sus poderes económicos, sobre todo el arancelario del que deriva la política aduanera y, por tanto, las trabas al libre mercado internacional.

### **E) El derecho a la naturaleza.**

La cada vez más expandida sensibilidad sobre las cuestiones medio-ambientales y ecológicas y la conciencia de que el desarrollo debe ser sostenible, tanto en términos económicos como de respeto y conservación de la naturaleza, se plasmó especialmente en la llamada *Cumbre de la Tierra* celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, con asistencia de 178 Estados, en la que se aprobaron importantes documentos y declaraciones que han sido la base de las actuales acciones mundiales en materia ecológica.

Desde el punto de vista politológico, no cabe duda de la enérgica limitación de los poderes estatales que supone la cada vez más exigente normativa ecológica de carácter internacional.

### **F) El derecho a la información.**

El Antiguo Régimen, como todos los sistemas no democráticos, se caracterizaba por la inexistencia de las libertades de pensamiento, expresión e información, con los consiguientes medios de control y represión, como la censura previa de las publicaciones o la vigilancia, e incluso la clausura forzosa, de los medios de comunicación e información.

Por ello, la Revolución liberal, tanto en los países que siguieron el modelo angloamericano como el francés, se construyó sobre la base del reconocimiento de dichas libertades como absolutamente preferentes (*preferred freedom*), en el sentido de que, sin ellas, no es posible la vida democrática; con la consecuente exigencia de una garantía eficaz de las mismas mediante instituciones como la libertad de prensa, el secreto periodístico o la objeción de conciencia.

Se imputa al influyente pensador británico Edmund Burke el haber acuñado la expresión *cuarto poder* para referirse a la influencia de la prensa cuando, en un discurso pronunciado en el Parlamento británico en 1787, señaló que el poder no sólo residía

en los tres espacios de escaños ocupados por los lores espirituales (representantes del clero), los lores temporales (representantes de la nobleza) y los comunes (representantes del pueblo llano), sino también en un cuarto espacio de escaños correspondiente a la tribuna que ocupaban los periodistas.

Sea como fuere, lo cierto es que, desde entonces, esta expresión ha hecho fortuna para aludir actualmente a un fenómeno mucho más amplio y profundo que el de la prensa y demás medios de comunicación social, cual es la propia opinión pública que tales medios, en buena medida, crean, modelan y canalizan, al generar corrientes de opinión (*mainstream*) que, sin duda, limitan intensamente el ejercicio del poder estatal.

Desde una perspectiva politológica interna, la opinión pública es más bien una forma de acción política del pueblo, ya que éste interviene en la vida estatal, no sólo mediante actuaciones organizadas, como son las elecciones u otras formas institucionalizadas de participación, sino también a través de vías, en principio, no organizadas, como la opinión pública.

En una perspectiva internacional, también existe, sin duda, una opinión internacional, sostenida por medios de comunicación, igualmente internacionales, y de la que es sujeto la sociedad internacional, la cual, así, también se erige en fuente de limitación, no sólo de los poderes propios de las instancias internacionales, sino también de los poderes internos de los Estados.

En la actualidad, no puede, empero, dejar de advertirse una tendencia a la limitación de estas libertades para evitar que, a su amparo, circulen bulos y noticias falsas (*fakes news*), con intención de manipular la opinión pública y dirigirla hacia finalidades políticas espurias, como el falseamiento electoral y la tergiversación de las actuaciones públicas, incluso aduciendo su carácter de amenazas a la seguridad nacional.

### **G) El derecho a la comunicación.**

Enlazado con el derecho a la información, la sociedad internacional afirma con determinación el derecho a la libre comunicación y transmisión de datos, imágenes, documentos y mensajes a través de las múltiples redes y medios que permiten las nuevas tecnologías de telecomunicación, en especial, las relacionadas con internet, que algunos denominan ya el *quinto poder*.

No puede desconocerse la importancia politológica de estas redes sociales de comunicación en la formación o deformación de la educación política y de la opinión pública y, por tanto, como formas de actuación política inorganizada de la ciudadanía que son susceptibles de limitar, incluso de manera decisiva, el ejercicio de los poderes constituidos y de los derechos humanos.

El fenómeno, además, excede de los límites espaciales de los Estados para revestir formas privadas de organización y localizaciones ubicuas o de difícil rastreo, que dificultan su regulación y control.

## **H) El Derecho de la globalización.**

Fruto de las realidades que se han expuesto, es el denominado fenómeno de la *globalización*, que podemos concebir como una tendencia sistémica del mundo a una cada vez mayor comunicación y dependencia internacional en todos los ámbitos (en especial, los de la economía, la tecnología, la informática, la información, la comunicación, la educación la política, la cultura y la sociedad), que comporta transformaciones en los mismos encaminadas a facilitar e incrementar, cada vez más, su apertura e imbricación, con un horizonte de liberalización y democratización generalizada, auspiciada por los organismos internacionales de cooperación e integración.

Al ser sistémico, este fenómeno afecta al mundo como sistema y trasciende a todas sus estructuras y ámbitos relacionales, por lo que también incide en los poderes constituidos, limitando y orientando su ejercicio y generando, por lo que al mundo jurídico interesa, la génesis de un *Derecho global*, llamado a integrarse en el principio de legalidad mediante nuevas formas de regulación.

## **3. En el ámbito comunitario-europeo.**

El convencimiento de que debía evitarse en lo sucesivo una confrontación sangrienta, condujo, en la segunda post-guerra mundial, a la creación de la ahora denominada Unión Europea, a la que, merced a un bien conocido y paulatino proceso de adhesión, pertenecen actualmente 27 Estados miembros, entre los que se encuentra España.

La UE es una institución supranacional y compleja, encuadrable entre las *de integración*, ya que cuenta con instituciones comunes que impersonan a los tres clásicos Poderes (Parlamento, Comisión y Tribunal de Justicia), por más que el Consejo siga representando a los Estados miembros.

Como todo esto es bien conocido, baste ahora reseñar que, de tales instituciones, ha emanado un denso acervo normativo que, al tener efecto directo y de primacía, sobre el Derecho interno (incluso el Constitucional) de los Estados miembros, supone una enérgica y, hasta ahora desconocida, limitación de los poderes constituidos en los mismos (cfr. art. 288 TUE).

En efecto, la adhesión a la UE comporta una cesión de soberanía, por lo que ha de ser habilitada por el poder constituyente (así, el art. 93.1 CE). Este fenómeno ha provocado que las jurisdicciones constitucionales de algunos Estados miembros (que se consideran sólo vinculadas a sus propias Constituciones), acudiendo a la *técnica de las reservas competenciales*, hayan preservado ciertos *ámbitos de soberanía* que son atribuidos, a los respectivos Estados, por sus propias Constituciones, y que, al expresar la *identidad constitucional* propia, deben ser entendidos como intransferibles a las instancias comunitario-europeas; entre los que (como han señalado distintas Cortes constitucionales, siguiendo el criterio formulado por el TC alemán <sup>139</sup> se encuentran los siguientes:

- El *ius defectionis* o potestad que el Estado miembro conserva para separarse de la UE (como ha ejercitado el Reino Unido al formalizar el denominado *brexit*).
- El *ius coactionis* o monopolio de la fuerza para imponer penas privativas de libertad (*ius puniendi*), sin perjuicio de las normas comunitario-europeas de cooperación y armonización en esta materia.
- El *ius fisci* o potestad financiera estatal para establecer y recaudar tributos, aprobar y ejecutar presupuestos y emitir y gestionar empréstitos públicos, por más que estas concretas manifestaciones estén cada vez más condicionadas en su ejercicio por la normativa comunitario-europea.
- El *ius identitatis* o derecho a conservar, como excepción (de orden público o *de interés nacional*) oponible a la aplicación del acervo comunitario-europeo, el núcleo duro que, con la técnica de la garantía institucional, identifica la propia Constitución material del Estado miembro y expresa sus propias convicciones y tradiciones jurídicas, sociales, culturales e institucionales.
- El *ius vigilantiae* (también llamado derecho de supervisión o *droit de regard*) por el que el Estado miembro se reserva la potestad de efectuar un seguimiento inspector sobre el uso que la UE hace de las competencias estatales que han sido transferidas a la misma, con objeto de salvaguardar la aplicación del *principio de supletoriedad*, por el que las instancias de la UE no deben asumir competencias que puedan ser más eficazmente ejercitadas por los Estados miembros.

<sup>139</sup> Los casos paradigmáticos son las Sentencias del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*), con sede en Karlsruhe, de 25 de mayo de 1974 (*Solange I*) y 12 de octubre de 1993 (*Solange II*), conocidas por el adverbio germánico “*Solange*” (“mientras que”) empleado (como nuestra cláusula “sin perjuicio”) para formular la doctrina de que se acepta el acervo comunitario-europeo en tanto en cuanto no afecte el *núcleo de identidad constitucional* de Alemania, y, por expansión, de cada Estado miembro de la UE. En dicho núcleo, cabe apreciar un reverdecimiento de la vieja idea del *espíritu del pueblo* (*volksgeist*) que, según la Escuela histórica, conformaba la Constitución material de la nación en el marco del idealismo filosófico alemán del s. XIX. Esta doctrina ha sido reiterada por el TC alemán en la Sentencia de 5 de mayo de 2020, contraria a la de 11 de diciembre de 2018 del TJUE, asunto PSPP (*Public Sector Purchase Programme*).

A estas reservas cautelares generadas por los Tribunales constitucionales de los Estados miembros, se unen las derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE para preservar el orden jurídico y el sistema de valores fundacionales de la UE, acuñando (entre otras, en las Sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17-12-1970; *Winner Wette* de 08-09-2010; y *Melloni* de 26-02-2013) conceptos sumamente plásticos y operativos, como:

- El *estándar europeo de protección de los derechos humanos*, extraído de la normativa y jurisprudencia constitucionales de los Estados miembros, que es considerado así como una tradición constitucional común.
- *La eficacia directa y primacía del Derecho de la UE*, que desplaza la aplicación del Derecho interno (incluso constitucional) de los Estados miembros.

Pues bien, es obvio que esta doble intervención, por un lado, de las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros y, por otro, del Tribunal de Justicia de la UE (al alumbrar dos nuevas esferas de *reserva competencial*, como son la *identidad constitucional* de cada Estado-miembro de la UE y la *identidad fundacional* comunitario-europea de la propia UE) determinan un nuevo ámbito de interferencias con respecto a la *doctrina de la división de poderes*.

#### **4. En el ámbito del Derecho interno.**

En el seno de los distintos Estados, siguen apareciendo instancias de poder no claramente reconducibles a la clásica tripartición de poderes, muchas de ellas fruto de la dinámica de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como son las siguientes:

##### **A) La partitocracia.**

Corolario del derecho fundamental a la participación política, a la celebración periódica de elecciones libres y a los derechos de libertad de expresión, reunión y asociación política, es el surgimiento de los Partidos políticos.

En la primitiva concepción liberal, la representación política era inorgánica, debido al aborrecimiento liberal hacia los cuerpos sociales intermedios. Pero pronto los representantes populares se agruparon parlamentariamente según sus comunes opiniones políticas, dando así lugar a los distintos Partidos. La drástica eliminación de los girondinos por los jacobinos relevó una incapacidad de gestión de las relaciones entre mayoría y minoría parlamentaria, hasta que el modelo de Partidos terminó por asentarse en los regímenes con democracia representativa, de suerte que su restricción es prodrómica de los regímenes autoritarios.

Sin entrar en la rica problemática que presenta el reconocimiento, régimen jurídico, funcionamiento y operatividad práctica de los Partidos en la vida política y constitucional, baste ahora destacar que los mismos permeabilizan tanto el funcionamiento del Estado que modulan la *división poderes* mediante instituciones tales como:

- Los mecanismos electorales (así como las listas cerradas y bloqueadas, los límites mínimos de votos necesarios para acceder a un escaño o las reglas para repartir los restos en los sistemas electorales proporcionales) que, si no son prudentemente regulados, por el poder constituyente, en las normas del *bloque de la constitucionalidad* aplicable a las elecciones, pueden falsear la representación político.
- Los Grupos parlamentarios que, a través de su protagonismo en la organización y el funcionamiento de las Cámaras o en la disciplina de voto, pueden interferir con derechos y garantías constitucionales de los parlamentarios, como la prohibición del mandato imperativo o la posibilidad del transfuguismo político por cambio de ideología.
- La participación indirecta en las instituciones constitucionales mediante la elección de sus componentes, que puede comprometer la independencia y objetividad de las mismas, especialmente cuando tengan que enjuiciar actuaciones financieras o irregulares de los Partidos o de sus componentes.
- La mediación informal en los conflictos inter-institucionales y de la política diaria que, suaviza y viabiliza el funcionamiento de las instituciones, sobre todo del Poder Legislativo y Ejecutivo, especialmente en situación de gobierno en minoría parlamentaria o de coalición.

## **B) El tercer sector.**

Siendo *primer sector* el *público* (en el que se integran todas las instituciones de los Poderes constituidos), y *segundo sector* el *económico* (en el que se integran todas las instituciones privadas que realizan actividades económicas con fines de lucro), se ha denominado *tercer sector* al *social* (en el que se integran los individuos, familias y sobre todo instituciones sociales sin fines de lucro, tanto internas como supranacionales, pero no gubernamentales).

Aunque, en algunos medios, se reduce el concepto de *tercer sector* a las organizaciones internacionales no gubernamentales (ONGs) de carácter solidario, no hay razones para excluir del mismo a cualquier instancia social carente de fines lucrativos, como las Asociaciones de todo tipo, incluidas las Iglesias y otras entidades de naturaleza religiosa, cultural o deportiva, entre otras.

Constituido al amparo de los derechos fundamentales a la libre asociación, en sus distintas vertientes, las entidades del *tercer sector* presentan conjuntos de personas vinculadas voluntariamente por una convención de tipo *vereinbarung*, es decir, de convergencia de intereses, lo que explica que su reconocimiento precise una norma estatal (*ley de reserva autonómica*) que, a su vez, respete la autonomía de funcionamiento de la propia organización privada (*ordenamiento autónomo privado*).

Este efecto se aprecia perfectamente en el caso de las Iglesias, donde la Ley estatal de libertad religiosa reconoce su existencia y, a la vez, su propio Derecho interior (como, en el caso de varias Iglesias cristianas, es el Derecho Canónico o, en otras, el propio Derecho estatutario religioso de cada una de ellas), el cual puede incluso tener dimensiones supraestatales. También se observa el mismo fenómeno en el ámbito de las instituciones deportivas y en no pocas Asociaciones y Fundaciones privadas.

La trascendencia del *tercer sector* y de sus instituciones propias, como el voluntariado, con respecto a la *división de poderes* se presenta, en general, mediante elementos de conformación de la opinión pública, de formación de grupos de presión, así como, eventualmente, mediante órganos arbitrales o cuasi-jurisdiccionales de composición de intereses (como son los órganos internos de justicia deportiva o religiosa).

Las relaciones de estas instituciones con el Estado deben estar presididas por los principios de separación de ámbitos, cooperación en campos de interés común y primacía de las normas estatales de orden público (entendiendo por tales las exigidas por el necesario respeto a los derechos humanos fundamentales) sobre las tradiciones propias, por muy venerables que éstas sean.

## **XV CONCLUSIONES.**

Al comenzar este estudio describí la *separación de poderes* como una doctrina politológica, originada en el constitucionalismo occidental, por la que el poder del Estado, tanto en sus instancias centrales como en las dotadas de una descentralización no meramente administrativa, debe ser limitado, asignando cada una de las funciones típicas en las que se manifiesta (principalmente, la legislativa, la ejecutiva y la judicial) a órganos o complejos orgánicos diferentes (principalmente, el Parlamento, el Gobierno y los órganos jurisdiccionales), de suerte que se contrapesen mutuamente y que, de ese equilibrio, resulte garantizada la libertad y demás derechos humanos y, en suma, la democracia.

El análisis de las complejas nociones que encierra esta descripción (el *poder* en general, el *poder político* en particular, así como el *Estado*, sus *elementos*, *formas*, *funciones* y *Poderes*), aun siendo somero, ha revelado: i) que el *poder* estatal es formidable pues comprende, nada menos, que la innovación del *ordenamiento jurídico* mediante disposiciones obligatorias que, en sus tres *niveles* (constitucional, legal e impositivo), determinan el establecimiento de un *orden jurídico* que delimita la *esfera jurídica* de todos los ciudadanos; ii) que un tan inmenso poder ha de ser necesariamente limitado, siendo la *doctrina de la división de poderes* el principal, aunque no el único, mecanismo para lograrlo; y iii) que los múltiples y complejos factores intervinientes en las nociones analizadas determinan que la imprescindible limitación del poder estatal requiera un permanente esfuerzo de actualización de tales mecanismos.

A la vista de las múltiples interferencias entre funciones y Poderes y de las variadas instituciones que el constitucionalismo ha alumbrado para mitigarlas y encauzarlas, así como los nuevos poderes y funciones emergentes que apunta la actual Politología, estimo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

### **1. Necesidad.**

La *doctrina de la separación de poderes* sigue siendo necesaria, en el ámbito o nivel estatal: i) para garantizar los derechos y libertades fundamentales; ii) para mantener la lucha por el imperio del Derecho y contra las inmunidades del poder político en todas sus manifestaciones; y iii) para el control, límite y moderación, no sólo de las tres clásicas manifestaciones del poder político estatal, sino también de los nuevos poderes emergentes y de las nuevas manifestaciones y ámbitos del poder.

Esta doctrina, obviamente, no trata sólo de dividir, sino también de contrapesar y equilibrar los poderes constituidos para lograr un funcionamiento armónico, pero, sobre todo, que preserve la vigencia práctica de los principios de libertad de los ciudadanos, razonabilidad y juridicidad de las decisiones públicas y responsabilidad de todos los gobernantes.

Por otra parte, esta doctrina tampoco supone una igualdad absoluta entre los tres clásicos Poderes constituidos ni un monopolio de los mismos sobre las respectivas funciones, sino un sabio equilibrio que posibilite el funcionamiento adecuado del sistema constitucional.

Esta necesidad no impide, obviamente, la existencia de disfunciones e interferencias entre los tres clásicos Poderes y sus respectivas funciones, máxime habida cuenta la extraordinaria complejidad de los actuales Estados de Derecho. Pero tales situaciones sólo son estímulos para su solución, normalmente mediante decisiones del

*poder constituyente* de forma directa en la Constitución o en disposiciones legales incluidas en el *bloque de la constitucionalidad* afectado por el sector o ámbito en el que tales disfunciones o interferencias se produzcan y deban ser abordadas.

En efecto, no debe perderse de vista que la división de poderes afecta a *Poderes constituidos* por lo que las disfunciones entre ellos deben ser resueltas en el ámbito superior que representa el *poder constituyente* y los órganos del Estado en sentido global (*Gesamstaat*), encargados de impersonar los poderes de interpretación, reforma o emergencia constitucional y, en especial, del Tribunal Constitucional como árbitro último para la delimitación de las esferas competenciales de cada Poder constituido.

## 2. Sistemática.

Pero la *doctrina de la división de poderes* rebasa el nivel estrictamente estatal y, por eso, debe ser entendida, más allá de las *Teorías Generales del Estado y del Derecho*, en el marco holístico de la *Sistemología estructural* aplicada a las Ciencias Sociales, como una *teoría competencial de círculos concéntricos*, con arreglo a la cual las diversas instancias sociales actuantes (personas, familias, entidades asociativas privadas e instituciones de niveles locales, regionales, estatales y supra-estatales o internacionales) tienen atribuidas (por convenciones constitucionales diversas) sus propios ámbitos de acción y de autonomía orgánica y funcional (*domain reservé*), todos los cuales precisan fórmulas y mecanismos de relación, limitación de poder y solución ordenada de conflictos; pero teniendo en cuenta que el establecimiento, reconocimiento y operatividad de tales ámbitos, fórmulas y mecanismos no es heterónimo sino que deriva de la *potencia constituyente originaria* de los grupos sociales que, al estar organizados en múltiples niveles, originan también un *Derecho multinivel*.

## 3. Razonabilidad.

Volviendo al nivel estatal en el que se formuló, la clásica *doctrina de la división de poderes* sigue siendo fructífera para entender que el *Estado de Derecho*, no sólo es también un *Estado multinivel* (conformado por un *Derecho* que es, igualmente, *multinivel*) sino, además y más profundamente, un *Estado de razón*, cuya base es la interdicción constitucional de la arbitrariedad y la exigencia, también constitucional, de responsabilidad a todos los titulares de poderes en los distintos ámbitos de actuación de los mismos<sup>140</sup>. La alta función consultiva, absolutamente independiente,

<sup>140</sup> He estudiado ampliamente estas cuestiones en mi trabajo titulado "La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos", publicado en la obra colectiva *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía* (coord. por Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez), Madrid, 1996, págs. 123-190.

rigurosamente calificada y también estructurada orgánicamente en los distintos niveles y ámbitos de poder, es crucial para asegurar preventivamente la razonabilidad y proporcionalidad de las actuaciones públicas en la aplicación del Derecho, sin perjuicio siempre de un eventual posterior control jurisdiccional.

#### 4. Flexibilidad.

La razonabilidad y proporcionalidad inherente al nuevo modelo de *Estado de Derecho multinivel* no tolera la rigidez de un *ius strictum* de aplicación inflexible e incondicionada, sino que más bien postula un *Derecho dúctil*, no en el sentido de que sea moldeable, suave y mínimamente coactivo (*soft law*), sino en el sentido de ser: i) *múltipolar* (estructurado en cada uno de los grandes círculos concéntricos en los que se organiza la realidad y, por tanto, las competencias, es decir, el *agere licere* social); ii) *diacrónico* (comprensible desde la evolución normativa en el tiempo, aplicado al tiempo presente y siempre puesto en tensión prospectiva hacia el futuro); iii) *diatópico* (integrado por múltiples decisiones normativas adoptadas en distintos lugares); iv) *multitextual* (recogido en múltiples instrumentos normativos, tanto estatales, como supra, infra o meta-estatales); y v) *globalizado* (inspirado, no en criterios nacionalistas y particularizantes, sino más bien *excéntrico*, esto es, fundado en valores ampliamente compartidos por las grandes tradiciones jurídicas comparadas y convergentes en un *Derecho global*).

#### 5. Constitucionalidad.

Pese a las afirmaciones *anteriores*, el análisis de la *doctrina de la división de poderes* y de su aplicación diacrónica revela que el nivel estatal sigue siendo *necesario* para preservar los derechos humanos y, en suma, la democracia. Es más, en los Estados compuestos (regionalizados, autonómicos, federales o confederales), no sólo es necesario el Estado en su sentido global (*Gesamstaat*), sino especialmente en su ámbito central (*Oberstaat*), en el que reside la potestad de *indirizzo político* general que las instituciones descentralizadas integrantes del *Gliedstaat* no pueden prestar con eficacia en el ámbito mucho más amplio que requiere la actual globalización.

Pero, cualquiera que sea el modelo de distribución territorial del poder estatal, para que la *doctrina de la división de poderes*, produzca los efectos de limitación del abuso de poder para la que fue formulada, se requieren, además, otras condiciones, como son los siguientes *valores transversales*: i) la *cultura constitucional*, que, a su vez, requiere una adecuada *educación política*, para entender la naturaleza, límites, finalidad y *posición institucional* de los distintos poderes actuantes y la creación, despolitización y absoluto respeto a la independencia de las instituciones consul-

tivas, judiciales, de regulación, armonización, fiscalización y control; ii) la *lealtad constitucional*, para ejercer de buena fe las propias competencias y ámbitos de reserva competencial, con las auto-restricciones que requiere la conservación y perfeccionamiento del sistema político, lo que se traduce en valores derivados como son el *sentido de Estado* y el llamado *patriotismo constitucional*, por los cuales son apartados de la lícita confrontación político-ideológica las grandes cuestiones esenciales para la convivencia y actualización del pacto constituyente para decidirlos mediante los oportunos *pactos de Estado* sobre las grandes cuestiones entre las fuerzas sociales, económicas y políticas; iii) la *conciencia de la pluri-dimensionalidad* del sistema jurídico, político y social, que conlleva valores derivados como el respeto a la *multi-culturalidad*, a la *tolerancia* de las diferencias, al *pluralismo* en sus diversas vertientes y al logro y perfección del Estado social, salvo siempre el superior respeto a los derechos humanos y a las limitaciones objetivas impuestas por la *sostenibilidad* económica y ecológica<sup>141</sup>.

Tales valores impelen a rechazar modelos de *democracia de baja intensidad* y optar por los de *democracia abierta e inclusiva* que corresponden a la lógica deóntica y teleológica de la *división de poderes*.

<sup>141</sup> He analizado esta problemática en mi trabajo titulado “La Administración entre el Derecho público y el privado: doce grandes transformaciones que precisa nuestro sistema jurídico”, publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, 17, 2018, págs. 195-292.



## **II**

# **RELACIONES DE COLABORACIÓN Y CONFLICTO**



MESA REDONDA PRIMERA.  
RELACIONES ENTRE EL EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL

**EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE  
LOS ACTOS DICTADOS EN EJERCICIO  
DE POTESTADES DISCRECIONALES**

**Jesús Cudero Blas**  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

**I. INTRODUCCIÓN**

Muy resumidamente, el llamado “carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa” se fundamenta en tres proposiciones: la primera, que la Ley otorga potestades a la Administración que le permiten dictar disposiciones generales y actos que se presumen válidos y eficaces; la segunda, que se traslada al destinatario de aquella actividad la carga de impugnarla judicialmente, para lo cual habrá de justificar la invalidez invocada y los hechos constitutivos de su derecho; la tercera, que el proceso administrativo permite enjuiciar aquella actividad (o inactividad) administrativa, en el bien entendido que no se fiscaliza a la Administración para evitar que actúe, sino después de haberlo hecho (u omitido su deber de actuar).

Es evidente que después de la Constitución, ese carácter revisor debe cohonestarse necesariamente con el derecho a la tutela judicial efectiva (en la parte del mismo referida a la proscripción de la indefensión, el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes) y con el alcance del propio control judicial a tenor del artículo 106 CE, que recae no solo sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria o la legalidad de la actuación administrativa, sino también sobre el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican, lo que permite declarar nulo un acto que se aparte de esos fines

El contenido de ese carácter podríamos sintetizarlo así: a) En el proceso judicial es imprescindible la presencia de una Administración Pública (o ente sometido al Derecho Administrativo) por ser ésta el verdadero centro de imputación de la decisión,

actividad o inactividad correspondiente, que son, propiamente, las que dotan de contenido a la actividad jurisdiccional; b) El proceso se produce *ex post facto*, es decir, dictado el acto u omitida la actuación a la que –legalmente– el ente público venía obligado; c) El recurrente no solo puede interesar la declaración de nulidad de la actuación que impugna, sino que puede ejercitar una pretensión de plena jurisdicción en los términos que veremos; d) Son impugnables los actos singulares, reglamentos, vías de hecho, inejecución de actos firmes, cumplimiento de obligaciones reconocidas e inactividad jurídica en los casos de silencio; e) No todo acto es recurrible, sino sólo los que dispongan de cierta aptitud jurídica: que no sean de mero trámite; que no hayan ganado firmeza; que hayan agotado la vía impugnatoria previa o que no hayan sido consentidos por el interesado.

En la LJ de 1956 ya se afirmaba –en su Exposición de Motivos– dos cosas: la primera, que a pesar del nombre (“recurso” contencioso-administrativo) la jurisdicción no se concibe como una segunda instancia, sino como *“un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo”*; la segunda, que solo es revisora en cuanto requiere un previo acto de la Administración, *“sin que ello signifique que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración”*.

Y en nuestra ley actual (i) se parte del derecho a la tutela judicial efectiva y del art. 106 CE, que somete en su integridad la actividad administrativa al control judicial, (ii) se incorpora a la actividad impugnable actuaciones que no son propiamente actos administrativos y (iii) se afirma que la finalidad de la nueva ley es superar la concepción revisora del recurso para *“abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”*.

## II. EL CARÁCTER REVISOR TRAS LA CONSTITUCIÓN

Puede afirmarse que el principio revisor debe limitarse a un núcleo irreductible constituido, de una parte, por el acto, norma, actuación o inactividad que se impugna; y de otro lado, por la pretensión ejercitada frente a ese acto, que no puede ser diferente de la articulada ante la Administración. Ahora bien, cabe afrontar la impugnación desde una perspectiva diferente a la vía previa. Así:

- Cabe suscitar hechos nuevos o distintos de los apreciados por la Administración.
- La valoración de la prueba efectuada en el expediente administrativo no conforma una verdad que no pueda ser discutida, refutada o destruida en el proceso judi-

cial, al punto de que la presunción de validez es *iuris tantum* sin que, iniciado el proceso, los hechos aportados por la Administración tengan mayor valor que los ofrecidos por el interesado (principio de igualdad de armas, que se deriva del derecho a un proceso con todas las garantías).

- Cabe proponer en el proceso nueva prueba sin ceñirse a la practicada en la vía administrativa ni limitarse a la que no pudo ser allí practicada o la referida a hechos sobrevenidos.
- Cabe esgrimir motivos nuevos -no pretensiones- no aducidos en las vías precedentes, existiendo libertad de configuración para su invocación (artículo 56.1 LJ: *“en los escritos de demanda y de contestación se consignarán...las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración (...)”*).
- Es posible solicitar que el Tribunal entre en el fondo del asunto cuando el órgano revisor administrativo no lo ha hecho, sin necesidad de retrotraer el procedimiento para que dicho órgano se pronuncie.

Merece la pena detenerse en este último aspecto, en el bien entendido de que las pretensiones deben ser diferenciadas de los motivos, pues éstos –y solo éstos– se pueden esgrimir con libertad dialéctica en el proceso, hayan sido o no utilizados ante la Administración.

Aquí la pregunta clave es si cabe el examen de la pretensión de fondo pese a no haber entrado en ella la Administración: esto se da con frecuencia en la práctica y conviene precisarlo porque a menudo se confunde la necesidad del acto previo con el supuesto derecho de la Administración a resolver sobre el fondo del asunto. Y es importante señalar que el principio revisor se satisface cuando se agota la vía impugnatoria preceptiva, sin que haya obligación de reenviar la cuestión al órgano de revisión para que entre en el fondo si inicialmente no lo hizo.

### III. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA

En el proceso se pueden practicar cuantas pruebas pretendan las partes y admita el Tribunal, sin limitación por razón de lo actuado en la vía precedente. Por tanto:

- 1) Es incorrecta la limitación de la prueba judicial a la mera crítica de la valorada en vía administrativa. La prueba administrativa, documentada en el expediente, puede ser suficiente para resolver, teniendo el órgano judicial la facultad para determinar esa suficiencia, pero ello no es obstáculo para que el recurrente pueda

- interesarse y –si resulta procedente a juicio del Tribunal– obtener el recibimiento a prueba del recurso con el fin de enervar los hechos tenidos en cuenta al dictar el acto recurrido.
- 2) Quien interese la prueba tiene la carga de expresar de forma ordenada los puntos de hecho (artículo 60.1 LJ), requisito que no es puramente formal, sino sustantivo y su infracción no es subsanable, en principio, aunque en la práctica se acepta su expresión en el recurso de reposición.
  - 3) Una norma especial para la prueba procesal que la independiza de la prueba previa es la obligación de celebrarla en caso de sanciones administrativas y disciplinarias, cuando haya discrepancia en los hechos.
  - 4) El Tribunal puede decretar de oficio, ya el recibimiento a prueba -cuando las partes no la han instado- ya la práctica de pruebas no pedidas a través de las diligencias finales, término que sustituye al antiguo de diligencias para mejor proveer.
  - 5) Puede proponerse cualquier medio probatorio pertinente y útil, para acreditar cualquier hecho de relevancia para el proceso. En particular, pueden aportarse documentos públicos, privados o mercantiles no facilitados a la Administración, aunque no sean posteriores al procedimiento.
  - 6) Procede la prueba pericial aunque no se hubiera promovido ante la Administración: será admitida en función de su previsible trascendencia, de la idoneidad del perito o del objeto de la pericia, pero no se podrá denegar sólo porque no se hubiera promovido una prueba similar ante la Administración.

#### **IV. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD**

La discrecionalidad administrativa y su reflejo en los llamados actos de imperio gozaron tradicionalmente de una completa inmunidad frente al poder judicial al no preverse su impugnación mediante el recurso contencioso-administrativo. El recurso de exceso de poder (*excès de pouvoir*), el vicio de forma como motivo de impugnación y, finalmente, la desviación de poder constituyeron los primeros hitos para terminar con aquella inmunidad.

En nuestro ordenamiento actual, varios preceptos constitucionales (el artículo 24.1, el artículo 103.1 y el artículo 106.1, sustancialmente) imponen claramente un control judicial de la discrecionalidad administrativa en una doble dimensión: la institucional, derivada del mandato de servicio a los intereses generales (artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución), y la individual, que consiste en una garantía con rango de

derecho fundamental de los derechos e intereses legítimos de todos y que no es otra que la tutela judicial efectiva. La intensidad del control se encuentra en consonancia con la tutela judicial efectiva: el control debe alcanzar hasta donde sea necesario para garantizar dicha tutela.

Las técnicas tradicionales de control de la discrecionalidad son conocidas: el control de los elementos reglados, el control de los hechos determinantes y el control por los principios generales del Derecho. Merece destacarse, en relación con los elementos reglados, la desviación de poder (inserta en los elementos reglados del acto, concretamente en la extensión de la potestad), que concurre tan pronto como el fin pretendido por la Administración diverge del fijado en la norma habilitante. Como ha señalado el Tribunal Supremo (desde la conocida sentencia de 18 de marzo de 2011 (recurso núm. 1643/20017) la desviación de poder existe no solo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, sino también cuando se persigue un fin público ajeno, distinto del previsto por el ordenamiento para el caso concreto.

El verdadero problema que suscita esta técnica de control radica en su dificultad probatoria, respecto de la que la jurisprudencia viene apelando a la “convicción moral que se forme el Tribunal” o al “suficiente grado de certeza sobre el apartamiento del fin”, admitiendo presunciones a este respecto siempre que se acrediten los hechos de que parte la inferencia y el enlace preciso, lógico y directo, ambos requisitos exigidos siempre en el ámbito procesal a tenor de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El control de los hechos determinantes exige detenerse también en la aplicación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados, pues, con ellos, la norma habilitante puede delimitar las potestades o imponer ciertos límites: si pueden expropiarse bienes en casos de catástrofe o calamidad pública, la concurrencia de esa situación es la que permite a la Administración actuar. Para la mayoría de la doctrina, el único privilegio de que goza la Administración radica en su apreciación previa de los hechos y presunción de legalidad de la dicha apreciación, pero la efectiva concurrencia de la situación puede discutirse en sede judicial: el juez ejerce un control completo sobre la concreción que la Administración ha realizado del concepto jurídico indeterminado a través del margen de apreciación, estudiando si resulta posible reconducir la zona de penumbra o halo del concepto, en el que opera dicho margen, a la zona de certeza positiva.

Por otra parte, precisa un planteamiento separado el control judicial de la (mal llamada) discrecionalidad técnica. El medio procesal apropiado para cuestionar la juridicidad de la decisión administrativa (con base en criterios técnicos y científicos) radicaría en la prueba pericial que los Tribunales han de valorar conforme a la sana crítica, en el bien entendido que debe preservarse un núcleo discrecional –según la jurisprudencia– dentro del cual puedan ampararse soluciones jurídicamente indiferentes.

No está de más señalar aquí que el término (discrecionalidad técnica) resulta inapropiado. Nos encontramos, en realidad, ante conceptos jurídicos indeterminados porque la ley define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica, sea porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser precisados al enunciarse, bien porque el legislador ha preferido no acotarlos para permitir que la Administración se atempere a las circunstancias del caso.

Son conceptos de esta naturaleza la buena fe, interés social, calamidad o catástrofe pública, extraordinaria y urgente necesidad. Pero también lo son, sin duda, el “mérito y capacidad” a los que debe necesariamente atemperarse el acceso a las funciones públicas.

Lo importante es señalar que cuando nos hallamos ante el ejercicio de una potestad discrecional, la Administración goza de libertad de elección entre alternativas igualmente justas. Pero la aplicación al caso concreto del concepto jurídico indeterminado solo permite una solución justa.

En el estado actual de la jurisprudencia, puede afirmarse que el control de la decisión técnica solo puede recaer sobre el error manifiesto en la apreciación técnica y sobre la arbitrariedad.

Pero, ¿cuáles son los límites del control judicial?.

El primero y fundamental es destacar el carácter estrictamente legal del control; la supervisión de los jueces no puede implicar un traslado de potestades administrativas hacia el poder judicial pues la impugnación de los actos administrativos no puede convertirse en una vía para sustituir al titular de la decisión política.

Y aquí es donde se despliega en toda su intensidad el artículo 71.2 LJ: ¿pueden los jueces y tribunales sustituir las decisiones discrecionales de la Administración cuando pueda afirmarse realmente que el contenido de la decisión ha consistido en una opción entre soluciones jurídicamente indiferentes? ¿O han de limitarse siempre y en todo caso a la anulación de la decisión administrativa sin determinar el contenido correcto del acto?

Conviene aquí distinguir varios supuestos, que se desprenden de la jurisprudencia: a) Si el acto anulado concreta el resultado del ejercicio de una potestad reglada, la sustitución carece de polémica dado que el juez encuentra en el ordenamiento todas las directrices para dictar una decisión correcta; b) Si la inicial pluralidad de soluciones jurídicamente indiferentes que caracterizan la discrecionalidad se ha reducido a una única opción, es decir, queda tan solo una única actuación conforme a Derecho, se

justificaría que el juez, en un acto de economía procesal, condene a la Administración a la realización de una actuación concreta.

En cualquier caso, la práctica totalidad de las decisiones estimatorias de los Tribunales en relación con la “discrecionalidad técnica” se asienta en razones de índole puramente formal: se anula la decisión (el nombramiento del empleado público) por su deficiente motivación, ordenando a la Administración que –previa retroacción del procedimiento administrativo- adopte un acuerdo debidamente razonado.

## **V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014 (RECURSO 3157/2013): LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL.**

El supuesto de hecho en el proceso era el siguiente: a) La interesada participa en un concurso oposición optando a una plaza de “medicina intensiva” para el servicio de salud de una Comunidad Autónoma; b) El proceso selectivo constaba de un test y la resolución de dos supuestos prácticos a elegir entre los cuatro propuestos por el Tribunal; c) No superó este segundo ejercicio al no alcanzar la puntuación mínima establecida en la convocatoria; d) Solicitada la revisión del examen, el Tribunal informó de las razones de la puntuación otorgada en atención a un modelo de respuestas que había sido preestablecido por el propio Tribunal; e) En sede judicial, se emite informe pericial en el que se interesa del perito que informe sobre (i) si la calificación del tribunal Calificador es correcta o hay “errores palmarios y manifiestos en la misma” y (ii) si dicha valoración fue objetiva u obedeció a otros intereses distintos de los de la imparcialidad que debe regir en todo proceso selectivo; d) La sentencia de instancia desestima el recurso afirmando, respecto del dictamen pericial, que el mismo es admisible pero resulta insuficiente para estimar el recurso, pues “*lo que en realidad se pretende es sustituir el criterio de dicha Comisión por el aducido en dicha prueba, sin poner de manifiesto el error patente, y sin ninguna duda en el que se incidió por la Comisión al proceder a su valoración cuando dicho error se trata de evidenciar por medio de un informe pericial de parte, que aunque válido, no expresa más que la opinión de un especialista frente a la manifestado por quienes componían el Tribunal Calificador del proceso selectivo*”.

En la sentencia de casación se contienen dos afirmaciones que completan la jurisprudencia y que tienen cierta relevancia:

La primera que, en el control jurisdiccional de la llamada discrecionalidad técnica, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida

la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse. Y ello por cuanto (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico; y (iii) el principio de igualdad que rige en el acceso a las funciones públicas reclama que los criterios técnicos que decidan la selección de los aspirantes sean idénticos para todos ellos.

La segunda consideración es complemento o consecuencia de la anterior, y está referida a las exigencias que debe cumplir la prueba pericial que resulta necesaria para demostrar ese inequívoco y patente error técnico que permitiría revisar el dictamen del órgano calificador. Tal pericia no puede limitarse a revelar una simple opinión técnica diferente, sino que tiene que incorporar elementos que permitan al tribunal de justicia formar con total seguridad su convicción sobre esa clase de error; y para ello será necesario (a) que la pericia propuesta identifique de manera precisa y clara los concretos puntos de desacuerdo técnico que advierte en el dictamen del órgano calificador; y (b) que señale fuentes técnicas de reconocido prestigio en la materia de que se trate que, respecto de esos concretos puntos, hayan puesto de manifiesto que son mayoritariamente valorados en el ámbito científico como expresivos de un evidente e inequívoco error.

El recurso no prospera, finalmente, por cuanto la lectura de lo que ese informe expone sobre lo que respondió la actora en las distintas preguntas, y sobre lo que valoró el Tribunal Calificador, tan sólo permite constatar ese distinto parecer técnico sostenido por la perito que acaba de señalarse en relación con los criterios y soluciones elegidos como correctos por el Tribunal Calificador, pero no que dichas opciones de este último hayan sido mayoritariamente considerados por la Comunidad Científica como errores inaceptables o evidentes. En definitiva, la revisión del núcleo del juicio técnico del órgano de calificación del proceso selectivo sólo resulta jurídicamente procedente cuando se justifica un error de la entidad y características que permitan singular una gravísima equivocación, que sí merece una calificación jurídica.

La sentencia cuenta con un voto particular que afirma lo siguiente:

*“Entendida la discrecionalidad técnica como una presunción iuris tantum, si se quiere más fuerte, dada la naturaleza especializada de los órganos de procedencia, podrá ser vencida en juicio por los procedimientos y pruebas legalmente establecidas y valoradas con arreglo a la sana crítica. Desde ese*

*punto de vista es evidente que el órgano judicial, salvo en cuestiones jurídicas en que debe conocer el derecho, no puede sustituir el criterio de los Tribunales Calificadores por el suyo propio, pero cuando valora las pruebas del proceso y llega a una conclusión razonable según las reglas de la sana crítica no aplica su criterio propio, sino el resultado del proceso que pone de manifiesto el error en que ha incurrido la Administración”.*

*Finalmente, según el propio voto,* la pericial que acompañó el actor es lo suficientemente esclarecedora del acierto del recurrente, en relación con los motivos que constan en el informe a que se ha hecho referencia. En cualquier caso, al tratarse de un proceso selectivo, en el que ha de darse a todos los intervinientes el mismo tratamiento, la estimación del recurso debiera hacer supuesto la retroacción de actuaciones para que por un Tribunal Calificador distinto, se procediera a hacer una nueva valoración de todos los ejercicios, una vez determinados los criterios de valoración.

Es obligado afirmar que esta sentencia parece dar un paso adelante en el control y otro atrás. Por de pronto, parece declarar ya que la prueba pericial es apta para determinar una eventual anulación de la resolución recurrida por error patente, es decir, por arbitrariedad. Pero parece afirmar también que lo que le atañe al perito es justificar que la discrepancia manifestada es respaldada por la mayoría de la comunidad científica. Y aquí la cuestión es simple: ¿no será una carga excesiva para el recurrente acreditar esa casi unanimidad científica?

Podría decirse –como ha apuntado un cualificado sector doctrinal– que el criterio de la opinión mayoritaria de la comunidad científica equivaldría *de facto* a cambiar un concepto (discrecionalidad técnica) por otro tanto o más inabarcable (la opinión mayoritaria de una comunidad de límites imprecisos).