

RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

LOS FRENOS DEL PODER

**Separación de poderes y control
de las instituciones**

IVAP

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

Este estudio sobre la separación de poderes y el control de las instituciones en los sistemas constitucionales, ha sido escrito a lo largo de los últimos años, estimulado inicialmente por la docencia universitaria que de forma intermitente llevo a cabo, especialmente en el Grado de Filosofía, Política y Economía (UPF, UC3M y UAM), pero sobre todo retroalimentado por el intento —siempre aplazado— de pretender explicar ordenada y cabalmente cómo ha evolucionado, cuál es y qué papel cumple el correcto funcionamiento de los mecanismos de control del poder en la calidad y legitimación de las instituciones en las democracias avanzadas, así como cuáles son los retos de presente y futuro en esa materia. Asimismo, mi propia actividad de consultor y formador en el ámbito del sector público, me ha proporcionado una mirada especial para tratar algunos temas y me ha despertado algunas inquietudes que se tratan especialmente en algunos capítulos de la segunda parte de este trabajo.

Gracias, en fin, a todas aquellas personas (amigos y amigas) que me han apoyado durante estos años y en particular a aquellos que han leído algunos borradores de partes específicas de este libro. Quiero resaltar que esta obra hubiese sido imposible sin la comprensión, generosidad y ayuda de Alicia y Paola, quienes han soportado mis «ausencias» en el proceso de elaboración y redacción de este libro. También quiero agradecer a Marcial Pons y al IVAP la buena acogida que han dado a la iniciativa de publicar conjuntamente esta obra.

Rafael JIMÉNEZ ASENSIO

rjimenezasensio@gmail.com / rafael.jimenez@upf.edu

Contacto: *www.rafaeljimenezasensio.com*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	15
--------------------	----

PRIMERA PARTE
SEPARACIÓN DE PODERES
Y ARQUITECTURA INSTITUCIONAL
EN EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES: IDEA DE «CONSTITUCIÓN MIXTA». EL DERECHO COMO LÍMITE DEL PODER. LA CONSTITUCIÓN MEDIEVAL Y EL CONSTITUCIONALISMO INGLÉS	31
---	----

1. Formas de gobierno en la etapa grecorromana: formas puras y equilibrio de poder. Los primeros «frenos» al ejercicio del poder
2. La «Constitución» medieval.....
3. La monarquía constitucional: el principio de «balanced Constitution» en Inglaterra durante el siglo xvii.....
4. La evolución posterior del constitucionalismo inglés y la transformación del sistema equilibrio institucional

CAPÍTULO II. SEPARACIÓN DE PODERES Y «CHECKS AND BALANCES»: EL SISTEMA INSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE DE LA CONSTITUCIÓN DE 1787	53
--	----

1. Antecedentes: el sistema institucional de las Colonias y los primeros pasos del constitucionalismo norteamericano.....
2. La Constitución de la Confederación. La Constitución de 1787: la Convención de Filadelfia. La concepción de la separación de poderes como equilibrio institucional.....
3. El papel del Poder Judicial en el sistema constitucional estadounidense y la irrupción del sistema de revisión jurisdiccional de la Ley: primeros pasos y evolución posterior.....

CAPÍTULO III. LA «DIVISIÓN FORMAL DE PODERES»: LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO EN LOS PRIMEROS PASOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA.....	77
1. Presentación.....	77
2. Bases doctrinales en el asentamiento «formal» del principio de separación de poderes tras la Revolución francesa.....	81
3. La «deconstrucción» del principio de separación de poderes en los procesos constitucionales resultado de los primeros pasos de la Revolución francesa.....	89
CAPÍTULO IV. LA ESTACIÓN DE TRÁNSITO: SEPARACIÓN DE PODERES EN EUROPA CONTINENTAL DESDE LAS REVOLUCIONES LIBERALES HASTA LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX.....	105
1. Introducción	105
2. Forma política y forma territorial del Estado durante el siglo XIX: su incidencia sobre el principio de separación de poderes	106
2.1. Forma política y separación de poderes.....	106
2.2. Forma territorial y separación de poderes.....	110
3. La preeminencia del Parlamento en la arquitectura institucional: Tensiones en la representación y construcción del Estado legislativo.....	114
4. Poder Ejecutivo y Administración Pública en el tránsito del Estado Liberal al Estado social	118
5. La Administración de Justicia en los sistemas constitucionales decimonónicos de Europa continental.....	122

SEGUNDA PARTE

SEPARACIÓN DE PODERES Y CONTROL DE LAS INSTITUCIONES: NUEVOS PARADIGMAS

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	129
CAPÍTULO II. PARTIDOS POLÍTICOS E INSTITUCIONES. LAS TRANSFORMACIONES DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES POR LA IRRUPCIÓN DEL «ESTADO DE PARTIDOS»	133
1. Introducción: partidos «de cuadros», partidos de «masas» e institucionalización de los partidos. Notas sobre un proceso .	133
2. Los partidos políticos en las construcciones doctrinales de las primeras décadas del siglo XX y su vigencia un siglo después...	141

3. Los partidos políticos y las instituciones en el Estado de Partidos	146
4. Retos actuales de las relaciones entre partidos políticos e instituciones. Límites y desbordamientos.....	150
CAPÍTULO III. SEPARACIÓN DE PODERES Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLATIVO LLEGA FINALMENTE A EUROPA CONTINENTAL	157
1. Presentación.....	157
2. La emergencia del sistema de control de constitucionalidad de la Ley en Europa: el modelo austriaco	161
3. La consolidación de los Tribunales Constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial.....	165
3.1. La segunda oleada de creación de los Tribunales Constitucionales.....	165
3.2. Las siguientes oleadas en la implantación de los Tribunales Constitucionales en Europa.....	168
4. El diseño institucional de los Tribunales Constitucionales y el (eterno) debate sobre la legitimidad de tales órganos constitucionales.....	170
4.1. Algunas ideas-fuerza sobre el diseño institucional de los Tribunales Constitucionales en perspectiva comparada.....	170
4.2. El (eterno) debate sobre la legitimidad de los Tribunales Constitucionales. Su posición como freno frente a los poderes tradicionales	177
CAPÍTULO IV. LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS COMO LÍMITE Y CONTROL AL EJERCICIO DEL PODER....	185
1. Marco introductorio	185
2. Hacia un concepto complejo de derechos fundamentales. Fundamento de los derechos como límite frente al poder	192
3. Los derechos sociales como límite al ejercicio del poder en los Estados continentales europeos de la Postguerra: Los condicionamientos constitucionales y presupuestarios del Estado del Bienestar	197
4. Los «nuevos derechos» y el poder difuso	203
5. La protección de los derechos fundamentales. Breve excursión sobre los sistemas de garantías como límite al poder...	205

CAPÍTULO V. INSTITUCIONES AUTÓNOMAS Y AUTORIDADES INDEPENDIENTES: ¿RECONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES O MEJORA DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL?.....	211
1. Introducción	211
2. Algunas reflexiones puntuales sobre las instituciones «autónomas», «auxiliares» o de «gobierno» vinculadas con el Poder Legislativo y el Poder Judicial.....	214
3. El fenómeno de las «Autoridades independientes»: afectación al principio de separación de poderes desde la óptica del control de las instituciones.....	219
CAPÍTULO VI. EL VALOR DE LAS INSTITUCIONES. NUEVOS PARADIGMAS DE LIMITACIÓN Y CONTROL DEL PODER: LA BUENA GOBERNANZA	225
1. Introducción	225
2. El papel de las instituciones en un marco de Gobernanza: ¿Para qué sirven realmente las instituciones y qué valor añadido aportan?.....	229
3. Buena Gobernanza: nuevos paradigmas y control del poder. Ética Institucional, Transparencia y Participación ciudadana	239
EPÍLOGO: ESPAÑA, ¿UN PAÍS SIN FRENOS?.....	255
1. Introducción	255
2. El legado institucional: un pesado fardo.....	262
3. Puntos críticos de la arquitectura institucional y de control del poder en el sistema constitucional de 1978: el peso del legado institucional, las correcciones del modelo y algunos escenarios de futuro	276

INTRODUCCIÓN

Cualquier organización política, gobernada como está por personas, tiende por la naturaleza de las cosas a la concentración de poder. Quien ejerce el poder político en todo tipo de estructura de gobierno pretende hacerlo sin límites y su objetivo muchas veces inconfesable es huir de cualquier clase de controles o, en su defecto, disimular o reducir sus efectos. Esto ha sido siempre así, desde tiempos inmemoriales.

La filosofía política y, en un plano más empírico, las diferentes modalidades de diseños constitucionales proyectadas tradicionalmente en las diferentes estructuras de gobierno (ciudades-estado; imperios o principados; repúblicas; etc.) han tenido como objetivo, también desde sus orígenes, ingeniar diferentes medios o soluciones institucionales que eviten esa concentración de poder que conduce derechamente al despotismo o a la tiranía.

El diagnóstico llevado a cabo por innumerables pensadores, con diferentes puntos de vista en los matices, no difiere en el fondo: quien asume el poder muestra una tendencia irresistible a abusar de él. La naturaleza humana está hecha con esos mimbres. Hobbes ya hizo hincapié en que el hombre es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*). Así, afirmaba, por ejemplo, que «nada puede romperse más fácilmente que la palabra de un hombre» o que «todo hombre busca por naturaleza su propio beneficio y medro personal»¹. Hume se refería a que el hombre era habitualmente un bribón². Y Kant hacía hincapié en la intrínseca maldad humana, aportando como solución a este problema la necesidad de establecer reglas, mediante las cuales se pueda gobernar incluso a «un pueblo de demonios». Para el autor alemán esas reglas (leyes generales) se establecían a partir de una «constitución», de tal modo —decía— que los sentimientos particulares opuestos se «frenen mutuamente»³.

¹ HOBBS, *Leviatán*, Alianza, 1973, pp. 112 y 159, respectivamente.

² HUME, *Ensayos políticos*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 31. Allí afirma, en concreto: «Es, por tanto, una acertada máxima política la de que todo hombre ha de ser tenido como un bribón». Y cierra el razonamiento de la siguiente manera: «podemos considerar que los hombres suelen ser más honrados en su conducta privada que en la pública, y llegarán más lejos por servir a un partido que cuando solo se trata de su interés personal». De ahí la necesidad objetiva de implantar frenos.

³ KANT, *La paz perpetua*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.

El pensamiento clásico grecorromano también se planteó tempranamente la necesidad de impedir la concentración de poder. Lo mismo se hizo durante el Medioevo y en los inicios de la construcción del Estado moderno. En esos períodos, se produjeron algunas experiencias de organización del poder de notable interés, que buscaban una y otra vez diseñar un conjunto de reglas institucionales que establecieran una limitación del poder, unas veces mediante la edificación de sistemas o diseños institucionales eficientes y otras a través del recurso al derecho como medio de control del poder.

En la Grecia clásica y en Roma (sobre todo en esta última) ya se elaboraron doctrinas sobre las formas de gobierno (Polibio y Cicerón, principalmente)⁴ que apuntaban en esa dirección. Inglaterra fue durante el último tramo de la etapa medieval un territorio donde se materializaron experiencias de ese carácter. Lo mismo aconteció, con distinta intensidad, en los reinos cristianos de la península ibérica y en otras latitudes de Europa continental.

Pero, tal vez, como ha estudiado atentamente Scott Gordon⁵, las experiencias más exitosas en ese sentido vinieron representadas por Venecia y por las Provincias Unidas. Ambas experiencias institucionales, al menos en sus momentos de mayor esplendor, tuvieron una influencia notable y marcaron una impronta especial sobre el desarrollo constitucional en Inglaterra durante el siglo XVII, así como en la incipiente aparición del «principio de separación de poderes» en su concepción de sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*). Esta peculiar concepción del principio de separación de poderes impregnará la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, que sabrá inteligentemente trasladar tal doctrina a su propia arquitectura institucional.

Pero, sin duda, quien actuó como auténtico difusor de la idea de limitación del poder como medio de alcanzar la libertad fue Montesquieu. En el Capítulo IV del Libro IX de su conocida obra *Del espíritu de las leyes*⁶, el autor francés sentaba los presupuestos del problema: es una necesidad objetiva limitar el poder para garantizar la libertad de las personas. Pero esa limitación no se reducía a la manida «división o separación de poderes» (principio que, curiosamente, no aparece expresamente enunciado en la citada obra), sino que centraba su punto de atención en la ineludible articulación de un sistema constitucional o legal de «frenos» (o de pesos y contrapesos) como medio de salvaguardar la libertad de los ciudadanos.

Esta doctrina que, como veremos, ha sido por lo común muy mal comprendida, no consideraba como elemento objetivo suficiente «dividir» el poder, pues esa división en sí misma no evitaba en última instancia su concentración en alguno de los poderes establecidos; dicho de

⁴ POLIBIO, *Historia de Roma*, Alianza Editorial, 2008, pp. 575 y ss.; CICERÓN, *La República. Las Leyes*, Akal, 1989.

⁵ Véase, S. GORDON, *Controlling the State*, Harvard University Press, 2002.

⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1985.

otro modo, la mera separación de poderes no paliaba de forma efectiva que uno de esos poderes terminara, más tarde o más temprano, por ocupar una posición dominante frente al resto y eclipsar o incluso anular la posición de los demás. La idea clave del modelo constitucional por el que abogaba Montesquieu, que representó una cierta idealización de la propia Constitución inglesa, no era otra que la construcción de un diseño de equilibrio institucional mediante la inserción de un sistema de balance de poderes o de pesos y contrapesos que impidiera la concentración de poder y frenara su uso despótico o tiránico. En esto Montesquieu fue solo un cualificado divulgador de experiencias «constitucionales» ya existentes (en particular, como se ha dicho, de la inglesa, al menos hasta el siglo XVIII) y de reflexiones doctrinales que se habían plasmado (algunas desde tiempos lejanos y otras más próximas) en diferentes obras.

Nadie puede negar, sin embargo, el acierto de Montesquieu a la hora de plantear el nudo de la cuestión. Estas eran sus palabras: «(...) es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites (...) Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder»⁷.

Esa forma de frenar al poder se debía plasmar en un diseño institucional que estuviera imbuido de la idea de equilibrio (de frenos y contrapesos). La separación del poder en distintas ramas o departamentos se convertía así en una suerte de paso previo o necesario para el establecimiento de ese modelo de «*checks and balances*», pero el principio de separación de poderes no era otra cosa que un instrumento o medio de implantar un efectivo control del poder con la finalidad última, tal como se decía más arriba, de garantizar la libertad de los ciudadanos.

La aparición en escena de las primeras Constituciones liberales fruto de los correspondientes procesos revolucionarios supuso un paso adelante de indudable magnitud en ese largo proceso que se abrió entonces de limitación del poder, pero una mala comprensión del alcance del principio de división de poderes y, sobre todo, de sus consecuencias prácticas, condujo, especialmente en Europa continental, a una pésima interiorización sobre cuál era su sentido y finalidad real. Esto fue particularmente así en los primeros pasos de la Revolución francesa que condicionarían por completo la evolución ulterior de este problema en el constitucionalismo europeo. Es cierto que la existencia de formas políticas de gobierno de carácter monárquico y la concentración del poder en tales instituciones (con su expresión más exagerada en las monarquías absolutas), actuó, junto con otras muchas características, de elemento de contexto enormemente perturbador a la hora de trasladar al plano institucional un sistema de arquitectura institucional basado en la aplicación del principio de separación de poderes como modelo de pesos y contrapesos.

⁷ *Ibid.*, p. 106.

Inglaterra, tras un convulso y apasionante siglo xvii, logró a finales de ese período reducir notablemente los poderes de la monarquía y restaurar un sistema de frenos institucionales, cuyas raíces se hundían profundamente en la historia política de ese país y recuperaba aquellos arreglos institucionales que habían formado parte, salvo cortos períodos de su historia, de su Constitución tradicional. La Gloriosa Revolución de 1688 da carta de naturaleza a ese proceso, pero sus concreciones son tanto anteriores como posteriores a esa fecha. Sin embargo, Inglaterra, un país que implantó tempranamente ese sistema de pesos y contrapesos institucionales, verá cómo paulatinamente el modelo de «*balanced Constitution*» irá transformándose en una forma de gobierno parlamentaria en la que el sistema de división de poderes se iría difuminando, en la medida en que se produzca una comunión entre la mayoría parlamentaria y el Gabinete. La distinción entre Poder Legislativo y Ejecutivo se desvanece en parte. Y surgió así un modelo de «colaboración de poderes» teñido del juego dominante entre mayorías y minorías, en el que el papel central desde el punto de vista formal lo tendrá el Parlamento, pero desde el punto de vista material, tal como señaló Bahegot⁸, será el Gabinete el órgano constitucional que se convertirá en la pieza central de la arquitectura institucional del modelo inglés.

En efecto, a partir de una lenta evolución a través de los siglos xviii y xix, la separación de poderes entre Legislativo y Ejecutivo se transformará en un sistema de «colaboración entre los dos poderes»⁹, pero para ello será necesario que el monarca pierda definitivamente las riendas del poder ejecutivo y que el Parlamento se sitúe como una institución en la cual se concentra (al menos en lo que a decisiones constitucionales comporta) la soberanía. Seguirá habiendo una distinción funcional e institucional evidente entre los distintos poderes desde la perspectiva formal, pero será mucho menos evidente, conforme transcurra el tiempo, en el plano material.

Asimismo, en Inglaterra la inexistencia de Constitución escrita (en sentido estricto del término o, al menos, en la acepción de que en un solo texto constitucional se recojan las reglas de juego de un determinado Estado) va dando paso a la construcción del principio de soberanía parlamentaria (que se asienta a partir del siglo xix) y a un diseño del poder judicial con una configuración constitucional independiente, pero impotente, en principio, para llevar a cabo ningún tipo de control de la obra del Poder legislativo. No cabe extrañarse de ello, puesto que ese país al no disponer de texto escrito no resultaba nada fácil contrastar en qué casos una Ley podía vulnerar la Constitución. Con esas premisas no cabe sorprenderse de que, con muy distinto alcance al que tendría en el continente europeo, en Gran Bretaña se asentara durante el siglo xix esa noción de soberanía parlamentaria que parecía contradecir los pos-

⁸ W. BAHEGOT, *La Costituzione inglese*, Bologna, Il Mulino, 1995.

⁹ Véase, por todos, L. DUGUIT, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Madrid, CEC, 1996.

tulados tradicionales de un modelo institucional basado en la idea de equilibrio de poderes.

Por razones que ahora no interesa destacar, será la Constitución estadounidense de 1787 la que sepa aunar toda esa tradición político-institucional de control del poder mediante la aplicación del principio de separación de poderes en su concepción de «*checks and balances*». En ese buen diseño institucional que llevaron a cabo los padres fundadores de esa Constitución no cabe descartar como elemento determinante para su éxito la inexistencia, tras la declaración de independencia, de un contexto de monarquía que actuara como elemento perturbador del nuevo modelo constitucional a construir. La realidad social, demográfica, política y económica de ambos países (Francia y Estados Unidos) era, entonces, radicalmente diferente (Francia, por ejemplo, disponía de un población de 25 millones de habitantes, mientras que Estados Unidos apenas superaba los tres millones).

No cabe duda que en ese proceso de implantación de un sistema constitucional de separación de poderes imbuido por la idea de «*checks and balances*» tuvo un peso determinante la configuración federal de la Constitución de 1787. Así, junto a una «separación horizontal de los poderes» (legislativo, ejecutivo y judicial) se estableció un modelo de «separación vertical del poder», que también conducía a evitar la concentración del mismo en una instancia territorial (la Unión o los Estados miembros) y sancionaba un modelo de limitación territorial del poder y, por tanto, de equilibrio institucional. La determinación constitucional de cuáles eran los poderes del Estado Federal convivía, así, con el reconocimiento de que los Estados miembros conservaban como propios, en principio, todos aquellos poderes no atribuidos a las instancias centrales. De ahí derivó con facilidad la necesidad objetiva de establecer un control de las leyes de los Estados miembros (así como de sus propias Constituciones) para que se ajustaran a los principios y reglas determinados en la Constitución. Se ha querido ver en ello (por ejemplo, por parte de Duguit o de Jellinek¹⁰) la justificación más fuerte de la implantación del sistema de «revisión jurisdiccional de la Ley» por el Tribunal Supremo. Pero lo cierto es que la primera sentencia que proclama ese control o revisión jurisdiccional de las leyes por el Tribunal Supremo (*Marbury versus Madison* de 1803), no se dicta precisamente ante una controversia competencial entre la Unión y los Estados miembros. Pero no cabe ninguna duda que la estructura federal de Estados Unidos, consagrada en la Constitución de 1787, conllevó, como bien reconoció Tocqueville en su conocida obra *La democracia en América*, la creación de un alto tribunal federal «una de cuyas atribuciones era la de mantener entre los dos gobiernos rivales la división de poderes tal como la había establecido la Constitución»¹¹.

¹⁰ Véase, JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1991. Las opiniones de L. DUGUIT se contienen en el libro ya citado: *La separación de poderes*, cit., pp. 82 y ss.

¹¹ TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, I, t. I, Alianza Editorial, 1993, p. 107.

Nada de esto sucedió en las Constituciones del continente europeo que surgieron tras la Revolución francesa de 1789. El problema radicaba en que el principio de separación de poderes (uno de los dogmas peor comprendidos del Estado Constitucional contemporáneo) fue leído y entendido literalmente, cuando su significado real nunca había sido ese. Es más, el poder por definición es difícilmente separable u objeto de división. Esto lo advirtió con su clarividencia habitual Carl Schmitt, que cuestionó la interpretación literal del principio de separación de poderes y defendió la tesis de la inseparabilidad del poder, aunque admitió inteligentemente que la construcción de Montesquieu no pretendía exactamente eso.

Estas eran las palabras del autor alemán: «La teoría de la llamada división de poderes resulta incomprensible si uno de aferra a la palabra “división” o “separación”, en vez de a esa imagen de *balance*. Debe establecerse —concluía, citando al propio Montesquieu— un sistema de controles recíprocos, de freno y engranaje mutuo». Y poco después contraponía frontalmente la finalidad del propio principio de separación de poderes con la doctrina de la *voluntad general* formulada por Rousseau: «La división de poderes —decía— y los *puovoirs intermédiaires* tenían el fin práctico de fragmentar el poder del Estado en un sistema de competencias inhibitorias y recíprocamente delimitadas, para proteger así la libertad del individuo. Ante la *volonté générale*, que es la que posee la plena dignidad de la verdadera realidad, carecería de sentido hablar de una división. Rousseau da por terminado esto con el chiste del prestidigitador japonés, quien corta primero a un niño con una sierra y lo hace aparecer de nuevo entero»¹².

La mala inteligencia del principio de separación de poderes procede esencialmente de su identificación inicial con su aplicación pura. Esta concepción pura de la división de poderes la expuso Duguit en los siguientes términos: «Reducida a sus elementos más sencillos, la teoría de la separación de poderes consiste en crear en el Estado varios órganos distintos, sin relación alguna entre ellos, sin ninguna acción recíproca, y en confiar a cada uno categorías de funciones determinadas que cumple sin el concurso de los otros». El autor francés rápidamente advertía que esa separación orgánica-funcional era «una singular ilusión», pero concluía en términos contundentes: «En teoría, esta separación absoluta de poderes no puede concebirse»¹³.

En una extraordinaria monografía, M. C. J. Vile¹⁴, completa de forma magistral lo que cabe entender por esa concepción «pura» o «absoluta» de la separación de poderes. En efecto, de acuerdo con este autor, la concepción pura del principio de separación de poderes implicaba tres presupuestos de partida: *a*) La división en «departamentos» del gobierno en tres categorías (legislativo, ejecutivo y judicial); *b*) La existencia

¹² C. SCHMITT, *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 177 y 197.

¹³ L. DUGUIT, *La separación de poderes...*, cit., p. 3.

¹⁴ VILE, *Constitutionalism and the separation of power*, 2.^a ed., Indianapolis, 1998.

de tres funciones específicas en el gobierno del Estado (legislación, ejecución y justicia), y c) La separación de personas en el ejercicio de esos «poderes»; esto es, que las personas que ejerzan las distintas funciones en diferentes departamentos no puedan nunca coincidir. Con esa separación orgánica, funcional y personal se pensaba que la concentración del poder era materialmente imposible. Los hechos irían desmintiendo tales juicios. Si bien es oportuno señalar que esta concepción rígida o pura de la separación de poderes apenas tuvo concreciones históricas y, en todo caso, las aplicaciones prácticas de este modelo absoluto de división del poder fueron muy efímeras. Sin embargo, esa imagen «tripartita» del poder impactó con fuerza en la noción del principio de separación de poderes que se trasladó al primer constitucionalismo liberal en el continente europeo y, sobre todo, condicionó la inteligencia de ese principio por parte de la doctrina y del pensamiento político dominante en aquellos años.

Mientras que en el mundo anglosajón (especialmente en Estados Unidos) se fue imponiendo como herencia del modelo inglés, así como fruto de las experiencias constitucionales antes citadas, una concepción de «balance» o de «equilibrio» del sistema de poderes a través de la doctrina del «*checks and balances*», heredera de la teoría del gobierno mixto o de la «constitución mixta», en el continente europeo la desviada aplicación del principio de separación de poderes condujo habitualmente a un desequilibrio en el peso de alguno de tales poderes y, por tanto, a la preeminencia de uno de ellos sobre los demás. El desenlace fue obvio: esa dominación de un poder sobre los otros condujo derechamente a la propia negación de la idea de balance o de equilibrio. El poder perdía así sus frenos y se convertía en algo incontrolable.

La invasión o la interferencia permanente, la negación de la esfera funcional de otros poderes o la posición vicarial de algunos de estos frente al poder dominante, serían las notas determinantes y la consecuencia fatal de esa jerarquía de poderes, que negaba en esencia la propia idea de división. Esa dominación se alternó entre los poderes legislativo y ejecutivo, no siendo preeminente, en ningún caso ni circunstancia, el poder judicial¹⁵. Por seguir con la terminología de Carl Schmitt, el Estado legislativo o el Estado gubernativo, también más adelante el Estado administrativo, predominaron en distintos momentos de la historia constitucional de Europa continental en los siglos XIX y XX, no así el Estado jurisdiccional¹⁶.

Así, tras la soberanía del Parlamento que resultó de las primeras experiencias constitucionales de la Revolución francesa se dio paso sin solución de continuidad a la concentración del poder en manos del Ejecutivo y a la configuración de estados de excepción constitucional (1793) o a la transformación en regímenes despóticos revestidos aparentemente

¹⁵ Véase, sobre esta cuestión, P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015.

¹⁶ C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 8 y ss.

de formas democráticas (Napoleón Bonaparte y en 1851 Napoleón III), mediante el uso, como reconociera Karl Marx, de fórmulas de cesarismo plebiscitario¹⁷.

La tensión entre Legislativo y Ejecutivo no se resolvió razonablemente hasta que el primero se fue imponiendo al segundo, en particular durante la III y IV Repúblicas francesas, pero ello consagró el principio de supremacía del Parlamento y de primacía de la Ley, lo que acarrió un déficit evidente del Poder Ejecutivo que, en algunos casos (como fue Francia), tardó muchas décadas en superarse tras la preeminencia del parlamentarismo. En efecto, la Ley, en Francia y por ósmosis en los sistemas constitucionales del continente europeo, se configuró, tal como dijera gráficamente Carré de Malberg¹⁸, como la norma más alta del ordenamiento jurídico. La Ley era un producto normativo que emanado de un Parlamento «soberano» no podía ser objeto de examen o control por los tribunales de justicia ni por tanto confrontarse sus principios o reglas con los postulados de la propia Constitución. El poder de la Ley era absoluto y sus límites inexistentes. Bajo esos presupuestos conceptuales, las Constituciones continentales europeas, durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, no pasaron de ser documentos de organización política del poder.

El Poder Ejecutivo en el continente europeo huyó también de cualquier tipo de control. Y eso no deja de ofrecer una cierta paradoja, puesto que los revolucionarios franceses hacían recaer las sospechas sobre quien había ejercido o había pretendido ejercer el poder absoluto. No obstante, al inicio del proceso revolucionario francés, tal como veremos, al Poder Ejecutivo se le hurtó incluso del ejercicio de potestades normativas de desarrollo de la Ley y también de algunas funciones ejecutivas típicas, que se situaron en manos de la Asamblea Nacional. También las actuaciones ejecutivas del Gobierno y de su Administración Pública quedaron fuera del control de los tribunales de justicia¹⁹. Pero la primacía material de la Constitución (dicho en otros términos, «la supremacía» del texto constitucional) sobre el resto del ordenamiento jurídico no pudo lograrse en Europa hasta bien entrado el siglo XX y, en la mayor parte de los casos, hasta después de la Segunda Guerra Mundial o, incluso, hasta el último cuarto de siglo en algunos Estados europeos que salieron de dictaduras o de la órbita del dominio totalitario del poder soviético (URSS). Y para ello hizo falta reconfigurar la incorrecta aplicación del sistema de separación de poderes que se había hecho en Eu-

¹⁷ K. MARX, *El 18 Brumario de Napoleón Bonaparte*, Madrid, Austral.

¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1991.

¹⁹ Un detallado análisis de esta cuestión y de sus causas, que solo está sucintamente expuesta en esta Introducción, puede encontrarse en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, t. I, Madrid, Madrid, Thompson/Civitas, 2004, pp. 253 y ss. En todo caso este tema se desarrollará ulteriormente en otros capítulos de este Estudio. Las limitaciones de ese Poder Ejecutivo en los primeros pasos de la Revolución francesa están magistralmente tratados en el libro de P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, cit., pp. 45 y ss. (en el apartado titulado «La descalificación del ejecutivo»).

ropa continental. Esas medidas «correctoras» se articularon mediante la inserción en el sistema constitucional de los Tribunales Constitucionales, que se situaban como «órganos constitucionales» diferenciados del Poder Judicial y con la función esencial de controlar la adecuación a la Constitución de las leyes aprobadas por el Parlamento.

En el nacimiento de esos Tribunales Constitucionales (o de la jurisdicción constitucional) tuvo mucho que ver inicialmente el sustrato compuesto desde la perspectiva territorial de determinados Estados que inicialmente impulsaron su creación (por ejemplo, Austria en 1920). Posteriormente se trasladaron también a otros países con estructuras territoriales de poder descentralizadas o incluso unitarias. El control de la actuación del legislador se anclaba, así, en los sistemas constitucionales del continente europeo, aunque con desigual aplicación y efectividad.

La «jurisdicción constitucional» irrumpía en la arquitectura institucional de esos países como medio de paliar una pobre concepción del principio de separación de poderes no basada en la idea de balance o de equilibrio, en la que el poder judicial jugaba un papel subordinado y marginal en el sistema de control institucional. La teoría «artificial» de los tres poderes se veía alterada por la irrupción de un nuevo actor institucional (Tribunal Constitucional) que necesariamente habría de perturbar el esquema tradicional existente, aunque —tal como se verá— servirá de refuerzo a un debilitado principio de separación de poderes a través del establecimiento de una serie de frenos o límites, como apuntó en su día el propio Kelsen. Sus funciones, sin embargo, no se limitaron solo al control de constitucionalidad de las leyes y, en su caso, a la resolución de conflictos territoriales entre el poder central y los poderes territoriales, sino que fueron ampliándose en algunos supuestos hasta la protección de los derechos fundamentales de la persona o hacia la atribución de otras muchas competencias.

En el siglo xx también emergieron con fuerza otros fenómenos que transformaron de raíz esa aplicación continental del principio de separación de poderes. El asentamiento del régimen parlamentario y la introducción de elementos de racionalización del mismo fue el primero de ellos (moción de censura constructiva y cuestión de confianza), así como el fortalecimiento de la estabilidad del Ejecutivo también su primera consecuencia. La implantación efectiva de los partidos de masas (como consecuencia de la extensión del sufragio universal) y el abandono gradual de los partidos de cuadros modificó radicalmente el estado de cosas.

El proceso de oligarquización de los partidos políticos, tan bien descrito por Robert Michels a principios del siglo xx²⁰, fue la nota dominante que terminó por impregnar e hipotecar el funcionamiento de las instituciones, sobre todo en lo que implicaba condicionar por claves estrictamente de partidocracia el ejercicio de un sistema de control

²⁰ R. MICHELS, *Los partidos políticos I y II*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2008.

efectivo de las instituciones. La tendencia que se manifiesta a partir de entonces es bien obvia: los partidos políticos se convierten en la médula del funcionamiento real del sistema institucional, ocupan literalmente los espacios de poder y distribuyen entre sus clientelas o acólitos cualquier puesto institucional, cargo público, prebenda o aportación presupuestaria digna de sea apropiada. Los poderes pueden estar separados orgánicamente, las funciones también, así como las personas, pero en los regímenes parlamentarios (aunque no solo en estos) las estructuras de los partidos impregnan todas esas instituciones y capturan literalmente su funcionamiento. Los controles se obturan. Nada puede funcionar como antes.

Esas tendencias al uso del poder para beneficio personal o político no son privativas del Estado de partidos, pues hundieron sus raíces en la historia y se manifestaron de forma intensa también en las primeras etapas del Estado liberal y durante buena parte del siglo XIX²¹. Pero conforme los Estados constitucionales fueron depurando sus sistemas institucionales de control, la corrupción política comenzó a declinar. No fue un proceso fácil y requirió muchos años, así como el desgaste de innumerables energías. Países con desarrollos institucionales sólidos actualmente, como por ejemplo Estados Unidos o el Reino Unido, vieron cómo en el siglo XIX la corrupción (en sus fórmulas de *spoils system* o patronazgo, respectivamente) anegaba sus cimientos políticos. Para superar ese estado de cosas hizo falta no solo un desarrollo efectivo de los sistemas judiciales, con el fortalecimiento de la independencia y de la imparcialidad de los jueces, sino también la construcción paulatina de una cultura institucional y el asentamiento de pautas de ética personal en el desarrollo de las diferentes funciones públicas en el ejercicio de los distintos poderes del Estado.

El profesor Luigi Ferrajoli ha distinguido, en el marco de la separación de poderes, entre «separación» entre funciones de garantía y funciones de gobierno. Y, dentro de las instituciones de garantía, ha diferenciado a su vez entre instituciones de garantía primaria y secundaria. La crisis del concepto de separación de poderes la sitúa este autor también en la importancia de las llamadas autoridades independientes²². Una visión importante por lo que seguidamente se dice.

Y, en fin, el tercer elemento que perturba esa concepción tradicional del principio de separación de poderes como mera división o distribución de funciones entre distintas ramas o departamentos, es la necesidad imperiosa de controlar un Estado «administrativo» que cada

²¹ Incluso van mucho más lejos, como expone de forma documentada la reciente obra de F. FUKUYAMA, *Los orígenes del orden político*, Deusto, 2016. La tensión entre patrimonialización del poder y construcción del Estado (a través esencialmente de una burocracia profesional, como hizo en su día China dieciocho siglos antes que Europa) fue una de las claves de ese proceso.

²² L. FERRAJOLI, *Principis Iuris (Teoría del Derecho y de la democracia)*, Trotta, 2011, pp. 196 y ss.

vez se hacía más omnipresente en la vida institucional, así como en la actividad económica y en la mera existencia de los ciudadanos, sobre todo a partir de las primeras décadas del siglo xx. La sofisticación de las tareas públicas y la intensa intervención del Estado en la economía durante buena parte de ese siglo xx y en los años que llevamos del siglo xxi producen dos efectos paralelos, pero con amplias consecuencias sobre la (re)construcción de los sistemas de control del poder.

Por un lado, la dura y traumática experiencia de regímenes como el nazismo o el estalinismo ponen en primera línea la necesidad no solo de reconocer sino de proteger de forma efectiva los derechos fundamentales de la persona por parte de las instituciones. El Poder Judicial, con su sumisión institucional en el continente europeo a los poderes legislativo y ejecutivo, se había mostrado inoperante para llevar a cabo esa importante misión. Así, en algunos sistemas constitucionales, se atribuye a los Tribunales Constitucionales la función de amparar en última instancia los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando los tribunales ordinarios no los hubieren tutelado de forma adecuada. Junto a ello comienzan a cristalizar ya en el siglo xix y, particularmente, durante el siglo xx (a partir de la Segunda Guerra Mundial) instituciones de control o supervisión de la actividad de la Administración. La jurisdicción contencioso-administrativa se perfecciona gradualmente y reduce notablemente los espacios de inmunidad del poder público.

Las funciones reguladoras y los órganos de garantía se sustraen a la propia Administración Pública y aparece en escena ese tipo extraño de instituciones que algunos han caracterizado (con no excesivo acierto nominal) como «Administraciones independientes». La condición vicarial típica de la Administración Pública también fallece por completo con la consolidación de esta constelación de instituciones que pululan alrededor del Poder Ejecutivo, pero que no son parte de este. En efecto, estas «autoridades independientes» ya no dependen del Poder Ejecutivo (Gobierno), sino que, al menos formalmente, se les otorga un estatus de «autonomía» o, mejor dicho, «de independencia» del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública. Esas nuevas autoridades independientes cuestionan frontalmente el papel del Legislativo y del Ejecutivo, encajan de forma muy compleja en ese modelo de «colaboración de poderes» que resulta ser el régimen parlamentario asentado en buena parte de los países europeos continentales, así como sus decisiones y actos son objeto en algunos casos de «aforamiento especial» (se conocen por determinados Tribunales) y suponen por tanto un medio de «relativizar» el control de sus disposiciones y actos por el propio poder judicial, mediante una atribución del control jurisdiccional a determinadas instancias judiciales que, en no pocas ocasiones, actúan con especial deferencia o complacencia frente a la institución que deben controlar²³.

²³ Sobre todo estos aspectos resulta imprescindible la reciente obra de J. SOLANES MULLER, *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.

Las conclusiones de este estudio, formuladas como mera hipótesis, nos aportarán tres tipos de modelos o de Estados constitucionales desde la perspectiva del control del poder y de la arquitectura institucional. Aquellos en los que el sistema de pesos y contrapesos marca el funcionamiento institucional del modelo en su conjunto; aquellos otros que proviniendo de una tradición constitucional meramente formal del principio de separación de poderes han ido incorporando instituciones de control del poder que funcionan efectivamente o, al menos, de forma relativa; y, en fin, aquellos Estados que viniendo de esta misma tradición han fracasado estrepitosamente en la construcción de frenos efectivos del poder.

Los primeros son, sin duda, los países anglosajones y algunos países nórdicos, así como Holanda. Los segundos, aunque con distinta intensidad en su desarrollo de los sistemas de control, son democracias avanzadas de la Europa continental, tales como Alemania, Austria, Francia, Bélgica, etc.; y los terceros representan aquellos países también de Europa continental que no han conseguido asentar unos modelos constitucionales ni sistemas institucionales que detengan la corrupción y reduzcan el uso arbitrario, despótico o desviado del poder.

Se objetará como argumento que la implantación de la corrupción va ligada al mayor o menor crecimiento económico de un país, pero eso es cierto en algunos casos y falso en otros. Sin duda, entre aquellos Estados con débiles sistemas institucionales de control están algunos países mediterráneos, como Italia, España o Grecia, así como Portugal. No pocos países del Este de Europa se pueden también encuadrar en ese grupo.

Pero sería ingenuo considerar que la arquitectura de los sistemas institucionales y sus proyecciones constitucionales explican completamente la inexistencia o fallos de los frenos del poder.

Tal como se viene señalando, en la segunda parte de este estudio se pretenden asimismo reforzar algunas ideas simplemente esbozadas en la parte primera. La calidad de las instituciones está muy vinculada al modelo de desarrollo o crecimiento económico, a las reglas jurídicas de funcionamiento del modelo, a la cultura institucional y, en fin, a la conducta moral o ética que tengan los diferentes gobernantes. Los nuevos paradigmas de control del poder, como la transparencia, la participación y la rendición de cuentas se suman como arsenal a los que tradicionalmente existían, con un carácter mucho más transversal y horizontal, que cambia paulatinamente el carácter habitual de manifestación del poder. Surgen nuevos modos de limitar el poder, siendo uno de ellos la información, otro la elevación de los estándares de conducta en el ejercicio de cargos públicos y, en fin, otros tales como la interacción de los ciudadanos y sus entidades con los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Dicho de otro modo, los frenos del poder funcionan de modo más efectivo en países que tienen modelos de desarrollo económico asenta-

dos en sistemas institucionales que se han denominado como «inclusivos», con reglas objetivas, una justicia eficiente y un control del poder real o, si se prefiere, con modelos de rendición de cuentas de los gobernantes ante sus acciones en el ejercicio del poder²⁴. También los Estados que tienen asentada una cultura institucional gozan de las infraestructuras necesarias para que se dé un mayor crecimiento económico sostenido en el tiempo. Pero, igualmente, el tránsito hacia la Gobernanza exige inexcusablemente haber pasado previamente por el estadio de la burocracia profesional y de la Nueva Gestión Pública. Solo aquellos países que han hecho correctamente este viaje están en condiciones de extraer toda la savia necesaria para implantar correctamente un sistema de Buena Gobernanza en sus instituciones y garantizar su pleno funcionamiento como control del poder.

En el ámbito del control del poder y de la integridad institucional o de la ética pública interviene, asimismo, el funcionamiento del sistema jurídico (en particular del poder judicial o la existencia de un sistema de *civil law* o de *common law*)²⁵ y también el sistema de valores públicos, así como la conducta de los gobernantes en el ejercicio del poder. En pocas palabras, la corrupción pública (política o administrativa) lamina cualquier sistema institucional en cuanto afecta al núcleo de la confianza que los ciudadanos tienen en sus gobernantes. La ética en el ejercicio del poder, así como las virtudes de los gobernantes, son los ejes a partir de los cuales se puede reconstruir esa confianza perdida. Tarea hercúlea, pues no es precisamente fácil lograr recuperar aquello que tan fácil e irresponsablemente se pierde.

No se trata de volver a restaurar lo que Bernard Manin describía como «el principio de distinción» que tan presente estuvo en los primeros años del Estado liberal²⁶; esto es, que los gobernantes procedieran social o moralmente de un escalón superior al de los gobernados. Pero aquella proyección del principio de distinción que Madison propugnara en el documento X de *El Federalista* y que perseguía que los gobernantes fueran personas (hombres, decía) «de mayor sabiduría o discernimiento y mayor virtud» es algo que sencillamente (por razones que ahora no se pueden desarrollar) se ha perdido, lo que redundará en una menor eficacia del poder y sobre todo en una pérdida de la confianza ciudadana²⁷. La elección democrática popular de los gobernantes, pero en especial una mala selección de élites por los partidos políticos y la inexistencia de sistemas de rechazo (rendición de cuentas y revocación) de aquellos responsables políticos que hayan defraudado las expectativas desperta-

²⁴ Véase, por todos, ACEMOGLOU y ROBINSON, *Por qué fracasan los países*, Deusto, 2013; así como César MOLINAS, *Qué hacer con España*, Paidós, 2013; o L. GARICANO, *El dilema de España*, Destino, 2014.

²⁵ Sobre este punto, véase N. FERGUSON, *La gran degeneración*, Debate, 2013.

²⁶ B. MANIN, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 119 y ss.

²⁷ A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económico, 1998, pp. 35 y ss.

das o incumplido las obligaciones asumidas, han generado unos modelos de democracia de baja calidad, particularmente arraigados en países con baja cultura o desarrollo institucional.

Por último, este estudio de cierra con una suerte de Epílogo, que tiene por objeto España. Sin adelantar contenidos de este cierre del trabajo, sí se puede decir cuáles son las vigas maestras de la metodología de análisis del problema enunciado. La importación a España, con limitaciones sustanciales y escasos aciertos, del sistema constitucional continental derivado de la Revolución francesa, reprodujo a pequeña escala muchas de las deficiencias ya advertidas en el caso francés. Pero estas deficiencias se agrandaron enormemente por el fuerte arraigo de un sistema clientelar del ejercicio del poder, por un bajo desarrollo económico y por una inexistente cultura constitucional durante buena parte de los dos últimos siglos. Las soluciones autoritarias o dictatoriales adoptadas durante casi cincuenta años del siglo xx terminaron por desdibujar el modelo constitucional y supusieron un fuerte arraigo de un sistema corporativo que conviviría (y aún convive) con las instituciones propias del Estado constitucional.

La entrada de España en la modernidad (desarrollo del Estado social e integración en la Unión Europea) no se produce entre nosotros hasta bien entrada la década de los ochenta del siglo pasado. El diseño institucional pergeñado en la Constitución de 1978 y en su desarrollo durante los primeros años de vigencia del texto se ha demostrado, tras más treinta y siete años de vigencia del texto constitucional, como altamente ineficiente en su plano estrictamente aplicativo, sobre todo por el (mal) funcionamiento de los sistemas de control del poder. Formalmente, veremos, la estructura de la organización del poder político es perfectamente asimilable a cualquier Estado constitucional propio de una democracia avanzada. En algunos aspectos, el tejido institucional de mecanismos de control del poder es incluso más denso que el existente en estos países. Sin embargo, el modelo institucional no funciona. Tiene muchos puntos críticos que, en los últimos años (sobre todo tras la dura y larga crisis económico-financiera) se han manifestado con toda su fuerza y deslegitimado el sistema institucional en su conjunto. Este es, por tanto, el objetivo último de ese Epílogo: identificar cuáles son las claves que explican el subdesarrollo institucional de España y poder así tener elementos de juicio para vislumbrar o esbozar qué soluciones se pueden barajar para salir de ese profundo pozo en el que tal sistema institucional se encuentra.

PRIMERA PARTE

**SEPARACIÓN DE PODERES
Y ARQUITECTURA INSTITUCIONAL
EN EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL**

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES: IDEA DE «CONSTITUCIÓN MIXTA». EL DERECHO COMO LÍMITE DEL PODER. LA CONSTITUCIÓN MEDIEVAL Y EL CONSTITUCIONALISMO INGLÉS

1. FORMAS DE GOBIERNO EN LA ETAPA GRECORROMANA: FORMAS PURAS Y EQUILIBRIO DE PODER. LOS PRIMEROS «FRENOS» AL EJERCICIO DEL PODER

Ni en Grecia ni en Roma puede hablarse de «Constitución» en sentido moderno de la expresión. Benjamin Constant diferenciaba claramente entre la Constitución de «los modernos» y la de «los antiguos». Ni que decir tiene que ambos ejemplos citados (esto es, Grecia y Roma) se sitúan como formas específicas de la Constitución de los antiguos¹.

Este autor contraponía, en efecto, la libertad de los antiguos a la libertad de los modernos, siendo el objeto de la primera «dividir el poder social entre todos los ciudadanos», cuya manifestación más intensa era «la participación activa y constante (de esa ciudadanía) en el poder colectivo». La plasmación «moderna» de entender esa libertad como derecho de participación colectiva, como señala Constant, se proyectará en las tesis de Mably y de Rousseau.

Frente a ello, la libertad de los modernos se concreta en la libertad política y en las libertades públicas que deben garantizar el goce pacífico de los derechos y de la independencia privada, así como de la seguridad. La independencia personal, a diferencia de los antiguos, se configura como «la primera necesidad de los modernos», que se concreta en la libertad individual y política. Esta última se garantiza a través del sistema representativo, «el cual no es otra cosa que una organiza-

¹ Esta cuestión fue analizada magistralmente por CONSTANT en su conocido opúsculo titulado «De la libertad de los antiguos frente a la libertad de los modernos», conferencia pronunciada en el Ateneo de París en febrero de 1819 (*Escritos Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 257 y ss.).

ción con cuyo auxilio una nación descarga sobre algunos individuos de aquello que no puede hacer por sí misma»².

Charles Howard Macilwain, por su parte, siguiendo en este punto a Thomas Paine, dejó bien claro que «existe una diferencia fundamental entre el gobierno del pueblo y su constitución (...) La constitución es anterior al gobierno y la constitución determina la autoridad que el pueblo atribuye a su gobierno, y al hacerlo lo limita por tanto». Sin embargo, esta concepción «moderna» de constitución estaba muy distante de la Constitución de los antiguos y se formaliza principalmente a partir de 1776 (en las Constituciones de los primeros Estados que había sido antiguas colonias británicas). Pero esta era una concepción de Constitución que tan solo tuvo un precedente: «la excepción tal vez de una docena de años en la mitad del siglo XVII inglés» (se refiere a los años 1647-1659).

Sin embargo, ello no implica que solo se pueda hablar de Constitución cuando existe un documento escrito que aúna la voluntad del pueblo de organizarse políticamente y reconoce los derechos de los ciudadanos, pues Inglaterra encarnó durante un largo período el espíritu constitucional moderno sin disponer de esa «Constitución formal». Macilwain acierta a describir el constitucionalismo «no como creación, sino como proceso». Y sus finalidades son muy obvias: «El constitucionalismo tiene una esencial cualidad: implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario; es lo contrario del gobierno despótico»³.

Pero los «antiguos», muy a pesar del propio Benjamin Constant y de su fiel amiga y seguidora Madame de Staël, legaron al constitucionalismo moderno y contemporáneo enseñanzas sin par sobre el modo de articular las instituciones políticas en lo que se conocería como «Constitución mixta». Detengámonos brevemente este punto.

En efecto, la idea de equilibrio institucional, aunque con esos precedentes remotos, comienza a tomar cuerpo en las tesis formuladas por Polibio en el Libro VI de su conocida *Historia de Roma*, posteriormente desarrolladas por Cicerón en dos de sus obras (*De la República y Las leyes*).

Polibio fue un político e historiador, de ascendencia griega, que se dedicó a esa última actividad (historiador) cuando se vio obligado a abandonar la política. Las ideas-fuerza de su modelo de «constitución» (o de forma de gobierno) equilibrada giran en torno a la noción de «Constitución mixta» que combina inteligentemente la realeza (monarquía), aristocracia o democracia, con el fin de evitar el proceso de degradación de tales formas de gobierno y su transformación en tiranía,

² Cita, en este caso, extraída de la versión del opúsculo «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», editada en *Del espíritu de conquista*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 64 y ss. La misma cita, aunque con algunas diferencias en la traducción, en *Escritos Políticos*, cit., pp. 281-282.

³ MCLWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, CEC, 1991, p. 37.