

José Pablo Sancha Díez

El principio de separación de poderes: una aspiración jamás cumplida



AULAMAGNA
PROYECTO CLAVE

El principio de separación de poderes

Una aspiración jamás cumplida

Primera edición: 2021

ISBN: 9788418392962

ISBN eBook: 9788418392498

Depósito Legal: SE 1187-2021

© de los textos:

José Pablo Sancha Díez

© de esta edición:

Editorial Aula Magna, 2021. McGraw-Hill Interamericana de España S.L.

editorialaulamagna.com

info@editorialaulamagna.com

Impreso en España – Printed in Spain

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. Diríjase a info@editorialaulamagna.com si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Índice

1. A modo de introducción	11
2. Raíces filosóficas del principio de separación de poderes .	13
3. Breve reseña histórica de su nacimiento: John Locke y Charles Louis de Secondat	15
4. Positivización del dogma de separación de poderes en el constitucionalismo contemporáneo	19
5. Mutaciones del principio de división de poderes en los sistemas políticos actuales	21
6. El principio de separación de poderes en nuestra Carta Magna	23
6.1. El principio de separación de poderes como elemento esencial del Estado de Derecho	23
6.2. España como Estado Social y Democrático de Derecho.	30
7. Quiebras del principio de separación de poderes en el sistema constitucional español.	39
7.1. El Tribunal Constitucional como garante de la Constitución y del principio de separación de poderes	39
7.1.1. Garante de los derechos fundamentales	48
7.1.2. Garante del Estado Autonómico	55

7.1.3. Composición del Tribunal Constitucional y sus consecuencias en su condición de intérprete supremo de la Constitución española: ¿Un cuarto poder?	58
7.2. Consejo General del Poder Judicial: Una de las mayores falacias del Estado Liberal de Derecho	63
7.2.1. Régimen jurídico actual y propuestas de reforma	64
7.3. Fiscalía General del Estado: Vinculación al Poder Ejecutivo . .	78
7.4. Defensor del Pueblo. Una figura útil, un tanto desdibujada . .	83
7.5. La Administración Pública como Potentior personae: Imperium y sus potestas	89
7.6. El Ejecutivo y la producción de normas con rango de Ley . .	101
7.7. Breve excursus sobre las crisis constitucionales (estado de alarma) y posibles vulneraciones de derechos fundamentales.	113
7.8. A modo de recapitulación: La vis atractiva del Poder Ejecutivo respecto de los demás poderes del Estado	125
8. Reflexiones finales	133
Consideraciones previas.	133
Referencias.	141

1. A modo de introducción

Los constituyentes y previamente revolucionarios franceses, tras poner fin al *Ancien Régime*, en una proclamación sin parangón, afirmaron en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada en Versalles el 26 de agosto de 1789, en su artículo 16, que «toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución»; de donde pasó a la Constitución francesa de 1791, siendo plenamente extrapolable a cualquier sistema político actual.

Sin adentrarnos ahora en el origen filosófico del principio, su concepción se atribuye de modo unánime a Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, que, en 1748, lo reflejó en su obra *L'esprit des lois*, aunque contando para ello con el inestimable precedente del británico John Locke, quien en realidad no llegó a formular una verdadera separación de poderes.

La formulación de Montesquieu no debe considerarse como el último eslabón de un pensamiento filosófico o corriente jurídica, al contrario, supone una formulación nueva del principio de alcance universal, de abandono definitivo de la concentración del poder en única persona (tradicionalmente regia) y la atribución de cada uno de los poderes del Estado a órganos diferenciados; entre los que se establece un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) que impidan abusos en el ejercicio de las distintas funciones estatales.

La teoría de la división de poderes se ha convertido, en palabras de Loweinstein, en el dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucionales, lo que queda patente en cualquier análisis de los textos que jalonan el constitucionalismo contemporáneo, ya sea patrio o

comparado; sin perjuicio de *las mutaciones o desviaciones* sufridas en su formulación original en los sistemas políticos actuales.

En lo que concierne a nuestro ordenamiento constitucional, puede afirmarse, sin ambages, que se ha producido de *lege data*, al menos una plasmación meramente formal del principio de separación de poderes en la construcción de los Títulos II al VI de nuestra Carta Magna. Al mismo tiempo, una lectura más detenida de los diferentes preceptos constitucionales pondría de manifiesto lo que considero verdaderas *quebras del principio de separación de poderes* en nuestro sistema constitucional: la supervisión de la actividad administrativa por el Defensor del Pueblo y su nombramiento por las Cámaras legislativas; la composición del Tribunal Constitucional y las consecuencias que comporta en su condición de intérprete supremo de la Constitución y garante de ésta y de los derechos fundamentales; la designación constitucional *inconclusa* de los miembros del Consejo General del Poder Judicial; la sujeción constitucional del fiscal general del Estado a los principios de legalidad e imparcialidad y su vinculación *de facto* al Ejecutivo; la condición de la Administración Pública de *Potentior personae*, capaz de formar su propio ordenamiento jurídico-administrativo y cargada de *potestas*; o la posibilidad del Poder Ejecutivo, o por mejor decir Gobierno, de dictar normas con rangos de Ley (Decretos Legislativos y Decretos-Leyes).

En suma, se ha achacado por los detractores de la teoría de la división de poderes que es tributaria de un determinado contexto político-histórico y jurídico, lo que impediría su aplicación plena en los sistemas constitucionales actuales. El presente trabajo, ambicioso en sus planteamientos, pretende de modo fehaciente demostrar que el principio de la división de poderes no ha perdido un ápice de su vigencia, en realidad, lo que ha faltado, si se me permite la expresión, es *audacia constitucional* en la consagración de uno de los pilares esenciales de cualquier Estado de Derecho; lo que en modo alguno niega su necesaria adaptación a la realidad social del tiempo que nos toca vivir.

2. Raíces filosóficas del principio de separación de poderes

Se han venido considerando como precedentes, más filosóficos que jurídicos, de la teoría de la separación de poderes, la tesis del *status mixtus* que fue planteada en el mundo clásico por Platón, Aristóteles y Polibio, teniendo más tarde acogida en la doctrina escolástica.

En la doctrina política de Aristóteles se distinguían tres funciones del Estado: la deliberación de los negocios públicos encomendada a la Asamblea; el ejercicio de las actividades públicas, que corresponden a las Magistraturas del Estado y, en tercer lugar, la decisión de las cuestiones judiciales, función propia de los Tribunales.

Con el paso de los siglos la soberanía absoluta venía descansando en las doctrinas de Maquiavelo sobre la razón de Estado y en las aportaciones de Bodino y Hobbes; frente a la que se alzaron la escuela de teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII, al construir la teoría de la soberanía como poder supremo ligado a las leyes, aunque no absoluto¹. Para Rousseau solo podía hablarse de dos poderes, el legislativo, por medio del cual actúa la voluntad popular, y el ejecutivo, encargado de gobernar con arreglo a las leyes².

¹ Gimeno Sendra, V.; Torres del Moral, A.; Morenilla Allard, P.; Díaz Martínez, M.; *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex: Madrid, 2007, 1ª edición, p. 37.

² Tomás y Valiente, F.; *Manual de Historia del Derecho Español*, Tercera edición. Tecnos: Madrid, 1981, p. 426.

3. Breve reseña histórica de su nacimiento: John Locke y Charles Louis de Secondat

Suele señalarse como antecedente de la teoría de separación de poderes la esbozada por el británico John Locke en su obra *Two Treatises of Government* (Segundo ensayo sobre el Gobierno civil), publicada en Londres en 1689.

En realidad, puede afirmarse que *Locke no estableció el principio de separación de poderes*³, sino que subrayó la necesidad de limitar el ejercicio del poder evitando los abusos de poder encarnados en la monarquía absolutista. En el sistema político ideado por Locke, en el capítulo XII de su obra principal ya mencionada, establece tres poderes: *el legislativo, el ejecutivo y el federativo*. En primer lugar, el *poder legislativo*, con preeminencia sobre los otros dos, y al que corresponde la elaboración de las leyes, debe recaer en el pueblo, que

³ Otero Parga, M. *División de poderes. Antes y Ahora*. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 12, Universidad de Santiago, 1997, p. 125. Interesante nos parece la disertación que efectúa esta autora sobre el origen de la obra cumbre de Locke, al afirmar que la pretensión de Locke no era tanto polemizar con la obra *The Patriarcha, or the Natural Power of King* de Fimer, sino rebatir la tesis de la monarquía absoluta. Este último era partidario del pensamiento absolutista, en tanto que Locke criticaba a esta institución en la medida en que abusara del ejercicio del poder. Es más, el propio Locke mantenía la legitimidad del uso de la fuerza contra los mandatos injustos emanados del monarca, pero solo en tales supuestos, para no caer en la anarquía y en la confusión.