

POR UNA REFUNDACIÓN GARANTISTA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Luigi FERRAJOLI (1)

Resumen

La tesis mantenida en este trabajo es que el actual sistema político es insuficiente para garantizar una efectiva separación entre todos los poderes. Y ello por tres razones: en primer lugar, porque hoy en nuestras democracias el poder ejecutivo y el legislativo tienen en común la legitimación político-representativa; en segundo lugar, porque con el desarrollo del estado social, y mediante la realización de los derechos sociales establecidos constitucionalmente, en la geografía de los poderes públicos aparecieron funciones como la educación, la asistencia sanitaria y la seguridad social que no existían hace dos siglos y medio, y que no se pueden asimilar a ninguno de los tres poderes clásicos de la tipología de Montesquieu; en tercer lugar, porque una geografía de los poderes no puede hoy ignorar los poderes extrainstitucionales: por un lado, los poderes sociales de los partidos políticos; por el otro lado, los poderes económicos y financieros privados.

Palabras clave

Garantía; separación de poderes; poderes extrainstitucionales; democracia; derechos sociales; poderes sociales; poderes económicos y financieros.

Abstract

This paper sustains that the current political system is enough to guarantee an effective separation between all powers. This is for three reasons : first , because today in our democracies the executive and the legislative share the political representative legitimacy ; secondly, because the development of the social estate, and by the action of social rights established in the Constitution, on the geography of public authorities appeared functions such as education, healthcare and social security that did not exist two centuries and a half ago, and that can not be assimilated to any of the three classic powers of Montesquieu 's typology ; thirdly, because a geography of powers cannot ignore the extra-institutional powers: on one side, the social powers of political parties; on the other, the economic powers and private financing.

(1) Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma III.

Key words

Guarantee; separation of power; extra-institutional powers; democracy; social rights; social powers; economic and private financing powers.

SUMARIO: I. Tipología, geografía y separación de poderes; II. La separación entre los poderes públicos; 1. Gobierno y jurisdicción: dos fuentes de legitimación distintas; 2. Una nueva tipología de los poderes públicos: funciones de gobierno y funciones de garantía primaria y secundaria; 3. Crisis de la legalidad y de la separación de poderes; III. La separación entre poderes públicos institucionales y poderes extrainstitucionales; 1. Poderes estatales y poderes sociales. Esfera pública y partidos políticos; 2. Poderes públicos y poderes económicos. Política y economía; 3. Contra las confusiones actuales entre los poderes. El rol de la legalidad.

I. TIPOLOGÍA, GEOGRAFÍA Y SEPARACIÓN DE PODERES

DESEO principalmente agradecer al Rector de la Universidad Autónoma de Madrid y a la Decana de la Facultad de derecho, por haberme invitado a desarrollar esta conferencia en homenaje a Tomás y Valiente. Y agradezco, en particular, a mi apreciado Paco Laporta, por sus halagadoras palabras de presentación, que ciertamente debo sobre todo a nuestra amistad.

Digo inmediatamente que impartir la conferencia Tomás y Valiente en esta Universidad –en la cual enseñan tantos colegas y queridos amigos, además de Paco Laporta, Elías Díaz, Alfonso Ruiz Miguel y Juan Carlos Bayón– representa para mí un honor grandísimo. No tuve la suerte de conocer personalmente Francisco Tomás y Valiente, profesor en esta Universidad, presidente por muchos años del Tribunal Constitucional, absurdamente asesinado en 1996. Sin embargo, conozco y siempre he admirado su obra como historiador, comenzando por su *Manual de Historia de derecho Español*, su valor como jurista, su estatura moral e intelectual y el rol por él desempeñado en la construcción de la democracia española como juez y luego como presidente del Tribunal Constitucional.

El tema al que dedicaré esta conferencia es la separación de poderes. Estoy convencido que uno de los factores de crisis de nuestras democracias reside en la confusión y en la concentración de los poderes y en los indebidos condicionamientos ejercitados de los unos sobre los otros: en particular, en la confusión entre poderes públicos y poderes privados o extra-estatales, es decir, entre poderes políticos y poderes económicos y financieros, entre poderes políticos, poderes sociales y poderes mediáticos, y por tanto en el abuso de los poderes que como escribió Montesquieu, se produce inevitablemente en ausencia de su separación. De aquí la oportunidad de repensar y de actualizar la clásica tripartición y separación de los poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– formulada hace más de dos siglos y medio por Montesquieu. En la época de su formulación, esta tripartición respondía

claramente a la exigencia de garantizar la separación y la independencia del poder legislativo respecto del ejecutivo, ejercido entonces por el monarca, y del poder judicial sea respecto del primero como del segundo.

La tesis que sostendré es que esta tripartición ya no es capaz de describir el actual sistema de poderes y que ya no es suficiente para garantizar una efectiva separación entre todos los poderes. Y ello por tres razones: en primer lugar, porque hoy en nuestras democracias el poder ejecutivo y el legislativo tienen en común la legitimación político-representativa y, al menos en las parlamentarias, son –y es justo que sean– poderes mucho más compartidos que separados; en segundo lugar, porque con el desarrollo del estado social, y mediante la actuación de los derechos sociales establecidos constitucionalmente, en la geografía de los poderes públicos aparecieron funciones como la educación, la asistencia sanitaria y la seguridad social que no existían hace dos siglos y medio, y que no se pueden asimilar a ninguno de los tres poderes clásicos de la tipología de Montesquieu; en tercer lugar, porque una geografía de los poderes no puede hoy ignorar los poderes extrainstitucionales: por un lado, los poderes sociales de los partidos políticos, hoy en crisis, que forman la base, en democracia, de las instituciones políticas representativas; por el otro lado, los poderes económicos y financieros privados, los cuales, en virtud de su carácter global, han asumido una extraordinaria y creciente invasión en las esferas públicas nacionales y han condicionado abierta y fuertemente las funciones políticas, tanto las legislativas como las de gobierno.

Por tanto, propondré una modificación de la tipología tradicional de los poderes: en primer lugar, al sustituir a la tripartición tradicional de los poderes públicos con una bipartición entre *funciones de gobierno* y *funciones de garantía*, correspondiente a la antigua distinción entre *gubernaculum* e *iurisdictio*; en segundo lugar, al incluir entre las funciones públicas de garantía, además de las clásicas funciones jurisdiccionales que he llamado *funciones de garantía secundaria*, también a las funciones administrativas de garantía de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales, que he llamado *funciones de garantía primaria*; en tercer lugar, al ampliar el principio normativo de la separación a aquellos poderes extra-institucionales que son, por un lado, los poderes sociales de las fuerzas políticas y, por el otro, aquellos de tipo económico y financiero (2).

Consiguientemente, dividiré esta ponencia en dos partes. La primera estará dedicada a la separación de los poderes públicos en la que se funda el estado de derecho (§ 2), esto es, a la separación clásica entre funciones jurisdiccionales y funciones de gobierno (§ 2.1), a su actualización en base a la nueva geografía y tipología de los poderes públicos (§ 2.2) y a su crisis actual provocada por el fracaso de la legalidad (§ 2.3). La segunda parte estará dedicada a la también necesaria separación entre poderes públicos y poderes extra-estatales, en la que se funda la democracia (§ 3), esto es, a la separación entre instituciones representativas y par-

(2) He propuesto esta reformulación de la separación de los poderes con las definiciones teóricas D12.5-D12.10 de «división del poder» y de «separación de poderes» en *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., BAYÓN, C., GASCÓN, M., PRIETO SANCHÍS, L.P. Y RUIZ MIGUEL, A.) Edit. Trotta, Madrid, 2011, V. I (*Teoría del Derecho*) § 12.6, pp. 822-827 y II (*Teoría de la democracia*) §§ 14.10-14.12, pp. 196-213. Véase, igualmente, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, P.) Edit. Trotta, Madrid, 2014, § 5.3, pp. 183-191.

tidos políticos (§ 3.1), a la separación entre poderes públicos y poderes económicos privados (§ 3.2) y, finalmente, a la crisis de la democracia, determinada por sus confusiones actuales (§ 3.3).

Las distinciones y, sobre todo, las separaciones entre esos diferentes tipos y figuras de poder tienen su fundamento, claramente, en fuentes de legitimación distintas y, en gran parte, opuestas, esto es, el cuidado de los intereses públicos generales y la representación política como fuentes de legitimación de las funciones de gobierno, la aplicación de la ley en garantía de los derechos de las personas como base de la legitimidad de las funciones de garantía, la autodeterminación en la gestión de los intereses privados como base de los poderes económicos y financieros. Justamente porque están legitimados y, sobre todo, orientados por fuentes distintas y virtualmente opuestas, estos poderes tienden, en caso de que no estén separados por formas de incompatibilidades, no sólo a acumularse y confundirse en las mismas personas, sino también a superar los límites que les imponen los otros poderes y a desviar y condicionar, o peor, neutralizar, su ejercicio (3). Precisamente, al superar los límites que les imponen los otros poderes, los poderes privados, sea los económicos o los financieros, tienden a abatir y, de hecho, a gobernar el ejercicio de los poderes políticos; los poderes económicos y los políticos tienden a someter o a condicionar a los poderes sociales y culturales; los poderes políticos, por último, tienden a limitar al poder judicial y a las otras funciones de garantía, cuando no son ellos mismos objeto de invasiones e interferencias de los abusos del poder judicial. De allí la necesidad de garantías idóneas para asegurar las separaciones entre los distintos tipos de poderes, es decir, para garantizar su independencia y la no interferencia de unos en el ejercicio de los otros.

II. LA SEPARACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS

La primera separación, interna a la esfera pública, es la de los poderes públicos. En ella se funda el estado de derecho, o sea la sujeción a la ley de cualquier poder público: del poder ejecutivo, y por eso de la administración, y del poder judicial, y por eso de la jurisdicción, uno y otro sometidos a la legislación. Es la separación clásica que describe Montesquieu, pero que, como he mencionado al comienzo y como se verá mejor más adelante, refleja sólo en parte la actual tipología y geografía de los poderes públicos.

1. GOBIERNO Y JURISDICCIÓN: DOS FUENTES DE LEGITIMACIÓN DISTINTAS

La separación de Montesquieu que sigue siendo fundamental en la estructura del estado de derecho, es aquella entre poder judicial y cualquier otro poder, a

(3) Se recuerda la célebre cita de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (1748), traducción a cargo de BLÁZQUEZ, M. y DE VEGA, P., Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. IV, p. 150: «... pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites».

comenzar por los poderes políticos de gobierno. El poder judicial se caracteriza, en los actuales ordenamientos avanzados, como aplicación de la ley, anclada y vinculada al conocimiento en los hechos y al reconocimiento en derecho de aquello que la ley ha establecido.

Se comprende entonces cuál es el fundamento teórico de la separación de poderes. Ese fundamento reside claramente en la diversidad y la virtual oposición de sus fuentes de legitimación: la «autoridad», que es el fundamento de la *legis-latio* y, más en general, de las que he llamado antes *funciones de gobierno*, y la «verdad», que es, por el contrario, el fundamento de la *iuris-dictio* y, más en general, de todas aquellas que, como se verá en el próximo punto, he llamado *funciones de garantía*. Esta diferencia se afirma con la modernidad. El cambio llega con la Ilustración y la Revolución francesa. Se produce precisamente con la afirmación del *principio de legalidad* como norma de reconocimiento del derecho existente y con la consiguiente modificación de las condiciones de validez y, antes aún, de existencia de las normas jurídicas: *auctoritas, non veritas facit legem*, sostuvo Hobbes invirtiendo la norma de reconocimiento del derecho jurisprudencial premoderno, *veritas non auctoritas facit legem* (4), entonces sostenida no casualmente por los juristas. Por eso podemos decir que con el positivismo jurídico y con la primacía de la legislación sobre la jurisdicción y la administración nacen la política moderna como fuente primaria del derecho —de su producción, pero también de su crítica y su transformación— y, a la vez, la legalidad de las actividades judiciales y administrativas: el derecho deviene un producto de la política y su principal instrumento de gobierno, y la jurisdicción, a la par de la administración, se somete a la ley.

Esta diferencia entre la fuente de legitimación de las funciones políticas de gobierno y la fuente de legitimación de las funciones jurisdiccionales deviene todavía más clara y transparente en democracia. El fundamento de la legislación y del gobierno, al tratarse de funciones cuyo ejercicio consiste en la creación de normas o, en todo caso, de decisiones que innovan o modifican el sistema jurídico, es ahora, en democracia, la representación de la voluntad popular, es decir, de los gobernados. Por el contrario, el fundamento de la jurisdicción, como dice la palabra misma, es la dicción del derecho, es decir, la verificación de lo que dispone la ley respecto de los hechos objeto de juicio: la jurisdicción se configura y se redefine por eso como aplicación de aquello que dispone la ley, o sea, de la voluntad legislativa que se manifiesta antes del hecho juzgado, y entonces como una actividad tendencialmente cognoscitiva en los hechos y reconocitiva en derecho. Es precisamente por su naturaleza tendencialmente cognoscitiva que la jurisdicción, a la par de cualquier otra actividad cognitiva, no admite ningún condicionamiento de poder.

De aquí el primer fundamento axiológico de la separación y de la independencia del poder judicial del poder político, sea ese legislativo o de gobierno: ninguna

(4) «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem» (HOBBS, T., *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, traducción en *Leviatán*, a cargo de MELLIZO, C., Alianza Editorial, Madrid, 1989, cap. XXVI, § 21, p. 216). Las dos fórmulas se contraponen a las mantenidas por Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos* (1681), (Traducción a cargo de RODILLA, M.A.), Tecnos, Madrid, 1992, pp. 5-6, donde, frente a la tesis del jurista Sir Edward Coke según el cual «nihil quod est contra rationem est licitum», es decir, que «nada que sea contrario a la razón es derecho» sino que «el derecho común no es sino razón», Hobbes opone la tesis de que «no es la sabiduría sino la autoridad la que hace la ley».

mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o disensos, puede hacer verdadera o falsa la motivación de un pronunciamiento judicial. Es este el sentido de la conocida exclamación «¡aún hay un juez en Berlín!». Debe haber un juez independiente en Berlín que en base a una correcta verificación procesal pueda (y un juez es tal si y sólo si puede) absolver cuando todos, desde la opinión pública al poder político, piden o esperan la condena, y de condenar cuando todos piden o esperan la absolución. El consenso de la mayoría o, peor aún, la dependencia del poder político, que es expresión de la mayoría, sólo puede alterar o deformar la verificación imparcial y desinteresada de la «verdad» —entendida la «verdad» en sentido obviamente relativo, como verdad probabilística en hecho y opinable en derecho—, en la que consiste la sujeción del juez sólo a la ley.

Luego, hay un segundo fundamento de la separación de poderes, de la independencia de los jueces y del carácter contramayoritario del poder judicial: su rol de garantía de los derechos, los cuales, como escribió Ronald Dworkin, siempre están virtualmente en contra de la mayoría (5) y, más en general, en contra de cualquier poder. Es un fundamento que devino todavía más fuerte y evidente en las democracias constitucionales contemporáneas, junto a la expansión del poder judicial, por la abundante lista de derechos fundamentales que las constituciones actuales le confían a la garantía jurisdiccional; por el control de constitucionalidad de las leyes inválidas, también confiado a la iniciativa y a las decisiones de los jueces; por la expansión del rol de la esfera pública y de las actividades de los poderes públicos y, consiguientemente, del control judicial de sus posibles ilegalidades. Está claro que si los derechos están en contra de la mayoría, igualmente deben estarlo sus garantías jurisdiccionales: sólo jueces y fiscales independientes de cualquier poder pueden garantizar los derechos de los ciudadanos contra sus violaciones por parte de los poderes políticos y administrativos. Por eso la separación de poderes y la garantía de los derechos— es decir, los dos valores enunciados conjuntamente por el célebre artículo dieciséis de la Declaración de 1789 —están conectados: porque una es el presupuesto de la otra, y por la otra resulta justificada y legitimada. Ambos fundamentos de la jurisdicción— la verificación de la verdad procesal y el rol de garantía de los derechos —suponen, en suma, su separación de cualquier otro poder, porque ambos requieren la sujeción del juez sólo a la ley.

2. UNA NUEVA TIPOLOGÍA DE LOS PODERES PÚBLICOS: FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE GARANTÍA PRIMARIA Y SECUNDARIA

Pues bien, me parece que todas estas características del poder judicial —el carácter tendencialmente cognoscitivo de su ejercicio como aplicación sustancial de la ley, su legitimación consistente no ya en el consenso político de la mayoría o la opinión pública sino en el rol de garantía de los derechos, su carácter contramayoritario a causa del carácter contramayoritario de los derechos garantizados y, por

(5) DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (1977), traducción a cargo de GUASTAVINO, M., Ariel, Barcelona, 1984.

ello, la necesidad funcional de su independencia respecto de condicionamientos impropios de poder en garantía de la igualdad— se observan y se requieren hoy también en otras funciones e instituciones públicas, distintas de las atribuibles a la figura del juez, es decir, en aquellas que he llamado *funciones e instituciones administrativas de garantía primaria*.

Me adentro así en la primera modificación y complicación, que he mencionado al comienzo, de la geografía de los poderes en la democracia constitucional contemporánea, respecto de la tripartición y separación clásica —entre legislativo, ejecutivo y judicial— formulada por Montesquieu hace más de dos siglos y medio. Con la construcción del estado social y, sobre todo, con el cambio de paradigma que tuvo lugar en nuestros sistemas políticos con la constitucionalización de derechos sociales, como el derecho a la educación y la salud, se han desarrollado instituciones y funciones— la escuela, la salud pública, la seguridad social y la asistencia social —que obviamente son desconocidas para la experiencia jurídica del setecientos—. Estas funciones, al no poder ser ubicadas dentro del poder legislativo y del poder judicial, lo están dentro de aquel gran contenedor que es la Administración Pública, poniéndose a disposición del poder ejecutivo y compartiendo con él, aunque no sea pertinente a su respecto, la misma fuente de legitimación de tipo político y mayoritario. Pero es claro que se trata de funciones de garantía primaria, de tipo anti-mayoritario, que, al igual que las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria, están legitimadas por la comprobación de los derechos garantizados por ellas y, por ello, deberían estar separadas y ser independientes de las funciones políticas de gobierno.

Por otro lado, en las actuales democracias el poder ejecutivo no le pertenece a un monarca carente de legitimación democrática, sino a un gobierno que tiene la misma fuente de legitimación que el poder legislativo y que, en las democracias parlamentarias, ya no está separado del Parlamento sino conectado con él de varias maneras: por la relación de confianza, por las funciones legislativas atribuidas también al gobierno que actúa en concurso con el Parlamento, y por el poder de disolver el Parlamento que se confiere al presidente del consejo de ministros o al presidente de la República.

Todo eso requiere, en mi opinión, una revisión profunda de la clásica separación de los poderes públicos. En primer lugar se debe reconocer, como he dicho al comienzo, que el poder ejecutivo y el legislativo, al menos en las democracias parlamentarias, ya no están separados sino ampliamente conectados y diversamente compartidos, y además tienen la misma fuente de legitimación, consistente en la representatividad política y popular; de modo que podemos congregarlos en la misma clase de las *funciones de gobierno*, más o menos compartidas entre poder ejecutivo y poder legislativo, entendiéndolo por «compartidas» un tipo de organización del poder exactamente opuesto a la «separación», en tanto consiste en la distribución del mismo poder de decisión entre varios órganos y sujetos. En segundo lugar, debemos reconocer que gran parte de las nuevas funciones atribuidas a la esfera pública por el desarrollo del estado social y la constitucionalización de los derechos sociales, como la educación pública, la asistencia sanitaria y la seguridad social, no tienen nada que ver con las *funciones administrativas de gobierno*, como por ejemplo aquellas en materia de política exterior, de política económica y de orden público, que justamente dependen de las funciones políticas de gobierno legitimadas, en democracia, por la representación política. Por el contrario, esas

funciones se deben configurar como *funciones administrativas de garantía primaria*, que al estar encaminadas a la inmediata satisfacción de los derechos de todos y cada uno, requieren la misma independencia y separación de las *funciones de gobierno*, tradicionalmente aseguradas por las *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria*.

Así tenemos dos figuras del poder público –la de las funciones de gobierno y la de las funciones de garantía– correspondientes a las dos grandes formas o dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y verificación, consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio e iurisdictio*. La primera dimensión se refiere a aquella que he llamado la *esfera de lo decidible*, a la que pertenecen las *funciones de gobierno*, entre las que se incluyen tanto las funciones legislativas como las gubernativas en sentido estricto, además de aquellas, auxiliares de éstas, de tipo administrativo. La segunda dimensión corresponde, en cambio, a la que he llamado la *esfera de lo indecible (que y que no)*, en actuación y en defensa de la cual se instituyen las que he llamado *funciones de garantía*, y entre las cuales se incluyen tanto la *función judicial de garantía secundaria*, como las *funciones administrativas de garantía primaria* de los derechos de libertad y los derechos sociales, unas y otras vinculadas a la ley. Las funciones de gobierno corresponden al espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos del punto de vista de los intereses generales, y cuyas fuentes de legitimación son, por eso, la representación política y el consenso. Por el contrario, las funciones de garantía corresponden al espacio de la jurisdicción y la administración, vinculadas a la aplicación sustancial de la ley, cuyos criterios de valoración y cuya fuente de legitimación consisten en la correcta verificación de los presupuestos legales de su ejercicio.

3. CRISIS DE LA LEGALIDAD Y DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

La separación de poderes ilustrada hasta aquí entre funciones de gobierno y funciones de garantía, refleja claramente un modelo teórico y normativo nunca realizado efectivamente y ni siquiera realizable plenamente. Su presupuesto, representado por la sujeción sólo a la ley de las funciones de garantía, requiere aquella que es, sobre todo en materia penal, la primera garantía contra la arbitrariedad, esto es, la estricta legalidad, o taxatividad o determinación del lenguaje legal, es decir, la previsión legislativa en abstracto, en los términos más claros y precisos posibles –aunque nunca perfectamente tales–, de los presupuestos de las decisiones confiadas a las funciones de garantía, sea administrativas o primarias como judiciales o secundarias. La sujeción a la ley depende, en síntesis, de la semántica del lenguaje legal: en efecto, los poderes de las instituciones de garantía son siempre poderes-saberes, tanto más legítimos cuanto mayor es el saber, gracias a la estricta legalidad y, por ello, a la efectividad de los vínculos legales impuestos a su ejercicio, y tanto más ilegítimos cuanto mayor es el poder, a causa de la indeterminación de la ley y, por ello, de la debilidad de su capacidad reguladora.

Hoy aquel modelo teórico y normativo está en crisis. Se trata de una crisis profunda, que se manifiesta de varias formas en las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria y en las administrativas de garantía primaria.

En cuanto respecta a la jurisdicción, la crisis es el producto de una verdadera y propia quiebra del principio de estricta legalidad. El resultado de esta crisis es la expansión patológica de los márgenes fisiológicos de la discrecionalidad interpretativa de los jueces, consecuente a los márgenes inevitables de imprecisión y vaguedad del lenguaje legal. La crisis está determinada por múltiples factores: la complicación del sistema de las fuentes, que ya no es sólo nacional sino también, y cada vez más, supranacional, sin que estén siempre determinadas claramente las diversas esferas de competencia y sus relaciones jerárquicas; en segundo lugar, la inflación de la producción legislativa, que en materia penal llegó al punto de provocar la declaración de bancarrota del sistema, como lo fue la sentencia de la Corte constitucional de 1988, que estableció que no siempre es sostenible el principio de la no excusabilidad de la *ignorantia legis* en materia penal, al no estar nadie ya en condiciones de conocer las decenas de miles de normas penales acumuladas en nuestros ordenamientos; la crisis de la ley ya no sólo en el plano cuantitativo sino también en el plano cualitativo, al resultar el lenguaje legal cada vez más oscuro, confuso, tortuoso y a veces contradictorio, y al haberse transformado los textos legales en laberintos complicados e inmensos, cargados de remisiones a otros textos normativos, de fórmulas equívocas, de neologismos a veces incomprensibles y de divagaciones con incierto estatuto prescriptivo. Resulta entonces afectada la capacidad reguladora del derecho, tanto respecto de los ciudadanos como de los jueces, y un aumento patológico de la discrecionalidad judicial, que compromete la certeza del derecho y, por ello, nuestras libertades. Y resultan ofuscados, por consiguiente, el principio de la sujeción de los jueces a la ley y el de la separación de poderes.

Por el contrario, un fenómeno opuesto se produjo en la relación entre funciones de gobierno y funciones administrativas de garantía primaria: no ya la expansión, sino la reducción de las funciones administrativas de garantía primaria mediante una actividad legislativa y de gobierno desinteresada de los vínculos constitucionales representados por los derechos sociales establecidos en la constitución. Me refiero a los recortes de los gastos previstos para garantizar los derechos sociales a la salud, a la educación y a la seguridad social, y, por otro lado, al desmantelamiento de los derechos de los trabajadores mediante las políticas antisociales adoptadas por nuestros gobiernos desde hace muchos años ya, para enfrentar la crisis económica, que resultaron un fracaso. La crisis se manifiesta, en este caso, en una legislación claramente contraria a los vínculos constitucionales; y es favorecida por la inexistente separación entre funciones políticas de gobierno y funciones administrativas de garantía primaria, de la que he hablado antes. Al haberse desarrollado estas funciones –la escuela, la salud pública, la seguridad social y la asistencia– dentro de la Administración Pública, directamente dependiente del poder ejecutivo, fueron fácilmente agredidas por las funciones de gobierno sin ninguna garantía posible de defensa de su autonomía.

III. LA SEPARACIÓN ENTRE PODERES PÚBLICOS INSTITUCIONALES Y PODERES EXTRA-INSTITUCIONALES

Estas dos crisis son el signo y el producto de la debilidad o, peor aún, de la ausencia de la política, esto es, de su capacidad legislativa y, más todavía, de su rol de garantía de los derechos establecidos constitucionalmente. ¿Cómo se explica esta crisis de las capacidades de gobierno y esta tendencia de la política a la reducción de las garantías en materia sobre todo de derechos sociales y del trabajo? Se explica con la progresiva declinación de su horizonte de los vínculos constitucionales, determinada a su vez por un doble orden de confusiones y colusiones entre poderes institucionales y poderes extrainstitucionales: esto es, por un lado, por la neutralización de las fuerzas y los poderes sociales tradicionalmente representados por los partidos; por otro lado, por la subordinación cada vez más abierta de la política a los poderes económicos y financieros.

Paso así a abordar la segunda parte de mi intervención, dedicada a una segunda y no menos importante separación: aquella que hoy se requiere entre poderes estatales y poderes no estatales. Si la separación intrainstitucional entre los poderes públicos está en la base del estado de derecho, la separación entre poderes públicos y poderes extrainstitucionales, ignorada por Montesquieu, está en la base de la democracia. Precisamente, la separación entre los poderes sociales organizados por los partidos y los poderes políticos y representativos de gobierno, está en la base de la democracia política. La separación entre los poderes políticos de gobierno y los poderes económicos privados y financieros es esencial tanto a la democracia política como a la actuación de los derechos constitucionalmente establecidos y, por ello, a la democracia constitucional.

1. PODERES ESTATALES Y PODERES SOCIALES. ESFERA PÚBLICA Y PARTIDOS POLÍTICOS

La primera de esas dos separaciones forma el presupuesto elemental de la democracia representativa. Un sistema político es representativo del pluralismo de los intereses y las voluntades del electorado, en la medida en que las organizaciones políticas encargadas de la organización de las fuerzas sociales, es decir, los partidos políticos, estén separados del Estado, comenzando por las instituciones representativas. La representación política, en efecto, supone obviamente la distinción entre instituciones representativas y fuerzas sociales y políticas representadas por ellas. Esta distinción se ha oscurecido en la actualidad, y, en los hechos, ha desaparecido. Los partidos políticos de hecho se han integrado progresivamente y casi identificado con las instituciones representativas, es decir, con los órganos titulares de los poderes políticos de gobierno.

Por eso la refundación de la representación, mediante una reforma democrática de los partidos, constituye hoy la verdadera cuestión constitucional, prejudicial a cualquier otra. Se han derrumbado literalmente la credibilidad de los partidos y su rol de mediadores representativos entre sociedad y Estado. Los partidos, en Euro-

pa, se encuentran hoy entre las instituciones más desprestigiadas. Ha crecido la abstención del voto, y éste, sea a derecha o a izquierda, resulta cada vez más la expresión del disenso, mucho más que del consenso, o, peor aún, del desprecio por los adversarios. Hoy nuestras democracias están en crisis porque la sociedad no está o, en cualquier caso, no se siente de ningún modo representada. Los partidos han perdido su radicación en la sociedad y se han transformado en burocracias costosas sólidamente integradas en los aparatos del Estado y de las otras instituciones públicas. Su distancia de la sociedad se ha desarrollado paralelamente a su progresiva identificación con las instituciones públicas: no sólo con las instituciones representativas, sino también con aquellas de la administración pública, ocupadas por ellos de diverso modo. Por consiguiente, ha desaparecido la alteridad entre sociedad y Estado, entre partidos y sistema institucional que forma el obvio presupuesto de la mediación representativa.

Es claro que esta crisis puede ser superada sólo si los partidos vuelven a ser órganos de la sociedad —como lo fueron en sus orígenes—, sujetos representados en vez de representantes, y entonces instrumentos de la participación de los ciudadanos en la vida política. Los partidos deberían estar separados del Estado —no sólo de los aparatos de la Administración Pública, sino también de las instituciones políticas electivas— y encargarse de la formulación de los programas de gobierno, de la selección de los candidatos a las elecciones y de la responsabilización de los elegidos, pero no también de la gestión directa de la cosa pública. Ello por múltiples razones: en primer lugar, para que sea favorecida su radicación social y con ella, gracias a la alteridad entre representantes y representados, su rol de mediadores representativos entre instituciones públicas electivas y sociedad; en segundo lugar, para evitar los conflictos de intereses que se manifiestan en las auto-candidaturas de los dirigentes y en las varias formas de cooptación de los candidatos en base a su fidelidad a aquellos que, de hecho, los han designado; en tercer lugar, para impedir la confusión de los poderes entre controladores y controlados, y permitir la responsabilidad de éstos ante aquéllos; en cuarto lugar, para determinar un recambio más rápido y fisiológico de la clase política.

Por ello, sería necesario incorporar nuevas formas de incompatibilidad entre cargos partidarios y cargos electivos institucionales, en virtud de las cuales los dirigentes partidarios tendrían el deber de renunciar a los cargos del partido en el momento de su elección en las instituciones representativas. Así se pondría fin a la actual ocupación de las instituciones por parte de los partidos, los cuales deberían ser investidos sólo de funciones de dirección política, y no también directamente de poderes públicos. Sólo una reforma semejante puede remediar la crisis de representatividad y credibilidad de los partidos que está transfiriéndose actualmente al parlamento y a la democracia representativa. Sólo la eliminación de los actuales conflictos de intereses, que se manifiestan en la auto-elección o en la cooptación de hecho por parte de los jefes de los partidos de todo el personal político, sería útil para restaurar la relación de representación entre instituciones electivas y electorado, a radicar los partidos en la sociedad, a reducir su descrédito actual y a restituir su prestigio y capacidad de atracción y agregación social, además del control y responsabilización de los elegidos. Por último, sólo la refundación democrática de los partidos, como organizaciones directamente sociales, puede reforzar la política e inmunizarla de los fuertes condicionamientos de intereses que provienen de la creciente invasión de la esfera pública por parte de los poderes económicos.

2. PODERES PÚBLICOS Y PODERES ECONÓMICOS. POLÍTICA Y ECONOMÍA

Llego así a la segunda, y todavía más importante, separación entre poderes públicos o institucionales y poderes privados extra-institucionales: una separación hoy cada vez más decisiva para el futuro de la democracia, ya que tales poderes privados, en ausencia de reglas idóneas a limitarlos, se convirtieron en los poderes hoy dominantes, en grado de subyugar, deformar y desviar todos los demás poderes.

Surge aquí una cuestión teórica de fondo, de teoría del derecho y de filosofía política, que he puesto de manifiesto y discutido varias veces (6). En nuestra tradición filosófico-política, de John Locke en adelante, el poder siempre fue identificado únicamente con los poderes públicos; y la relación entre poder y derecho, como dice la locución «estado de derecho», siempre fue pensada como subordinación al derecho sólo del Estado, es decir, de los poderes públicos y estatales, y no también del mercado, es decir, de los poderes económicos y privados. Por eso, no se ha desarrollado, junto al constitucionalismo de derecho público, un constitucionalismo de derecho privado: porque los poderes económicos privados fueron simplemente ignorados, gracias a su configuración como libertades. En efecto, el mercado siempre fue concebido como esfera de libertades, mediante la identificación, operada por Locke pero persistente hasta hoy, de propiedad y libertad, autonomía privada y derechos de libertad, todos congregados en una única categoría de las libertades fundamentales (7).

Por el contrario, libertad y propiedad son conceptos estructuralmente distintos. Ante todo, no sólo son distintos sino opuestos, debido a su estructura opuesta, los derechos de libertad y los derechos reales de propiedad: los primeros corresponden igualmente a todos, como derechos universales (de todos, en cuanto personas o ciudadanos), por eso indisponibles, inalienables e inviolables; los segundos, corresponden singularmente a cada uno con exclusión de los demás, por eso disponibles, alienables y transferibles. Si los derechos fundamentales de libertad forman la base de la igualdad, los derechos patrimoniales o reales de propiedad forman la base de la desigualdad. Pero también son estructuralmente distintos los derechos de libertad y los derechos civiles de autonomía o de iniciativa económica, es decir, los derechos de disponer de los bienes propios y de emprender actividades empresariales. En efecto, los derechos de este segundo tipo, aun siendo fundamentales porque les corresponden a todos al igual que los derechos de libertad, son también, junto a los derechos reales de propiedad, derechos-poderes. Lo son si con «poder» entendemos cualquier facultad cuyo ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otro (8). Por el contrario, no lo son los derechos de libertad, esto es, no sólo las

(6) En *Principia iuris cit.*, vol. I, *Teoría del derecho*, §§ 11.4-11.6, pp.701-717 y vol. II, *Teoría de la democracia*, §§ 14.14-14.21, pp. 218-258; *La democracia a través de los derechos, cit.*, § 1.7, pp.51-55, § 3.6, pp. 119-121, § 5.2, pp. 177-183.

(7) «Vida, libertad, posesiones, son cosas que defino genéricamente como propiedades» (LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (1690) traducción de GIMÉNEZ GRACIA, F., Espasa Calpe, Madrid, 1991, cap. IX, § 123, p. 293.

(8) Es la noción de poder definida en *Principia iuris cit.*, I, § 10.1, p. 556.

simples inmunidades fundamentales como el *habeas corpus*, la libertad de conciencia o la inmunidad de torturas, de las cuales no es concebible ningún ejercicio, sino ni siquiera las libertades activas o libertades-facultades, como la libertad de prensa, de asociación o de reunión, cuyo ejercicio no produce efectos jurídicos en la esfera de otro.

Por lo tanto, reconocer el carácter de «poderes» de los derechos patrimoniales o reales y de los derechos fundamentales de autonomía privada es el primer paso hacia un constitucionalismo de derecho privado, basado en su rígida subordinación a la ley y la constitución, al no ser admisibles en el estado «de derecho», y menos aún en el estado constitucional de derecho, poderes absolutos no sometidos al derecho. Desde esa perspectiva, incluso el mercado debe ser sometido a límites y vínculos, como «mercado de derecho» no menos que el Estado. También los poderes económicos privados, no menos que los poderes políticos y públicos, deben ser sometidos a la ley y, sobre todo, a la constitución y a todos los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente.

El segundo paso, todavía más importante, es la rígida separación entre «público» y «privado», entre poderes públicos y poderes económicos, que debería formar parte del constitucionalismo profundo del Estado de derecho, todavía antes que de la democracia misma. En efecto, el Estado moderno nace como esfera pública separada y supraordenada respecto de las esferas privadas de la economía, confundidas en el viejo estado patrimonial y en los antiguos regímenes de tipo feudal. Aquí se manifiesta, de manera todavía más evidente y vistosa, el nexo formulado al comienzo entre separación de los poderes y diversidad de sus fuentes de legitimación. La fuente de legitimación de los poderes económicos privados es la autodeterminación en la gestión de los intereses propios: en resumen, consiste en los intereses privados, de los cuales nadie es mejor intérprete que sus mismos titulares. De allí deriva el inevitable conflicto de intereses provocado por la diversidad y, aún más, por la oposición entre intereses privados e individuales, e intereses públicos y colectivos. Un conflicto que, por lo demás, cuando los respectivos poderes caen en manos de la misma persona, inevitablemente se resuelve en el primado de los intereses personales, los que devoran, al sujetarlos e instrumentalizarlos, a los intereses públicos y generales. En Italia hemos tenido una penosa experiencia de eso de veinte años.

3. CONTRA LAS CONFUSIONES ACTUALES ENTRE LOS PODERES. EL ROL DE LA LEGALIDAD

Se confirma así la hipótesis de trabajo que he propuesto al comienzo. Ante la falta de las separaciones ilustradas hasta ahora, se produce un inevitable trastorno de las relaciones entre poderes y, consiguientemente, una deformación de las respectivas funciones. En efecto, las separaciones garantizan que los poderes sociales controlen, y los poderes y las funciones de garantía frenen y vinculen a los poderes de gobierno, en cumplimiento de los límites y los vínculos que les imponen los derechos estipulados constitucionalmente; y que los poderes de gobierno frenen y disciplinen a los poderes económicos y financieros, de manera de contener su rapacidad natural e impedir que éstos gobiernen a los poderes políticos en lugar de que

éstos los gobiernen. Ante la falta de separaciones, sucede exactamente lo opuesto: que los poderes económicos privados sometan a los poderes políticos y que los poderes políticos devoren a los poderes sociales y reduzcan a las funciones de garantía.

Precisamente, la confusión de los poderes tiene como efecto inevitable la inversión de la jerarquía democrática de los poderes. De ello se sigue que los poderes más carentes de límites, o sea, dotados de un mayor grado de autonomía, como lo son, indudablemente, los poderes económicos privados –por su naturaleza guiados únicamente por los intereses personales y legitimados por la cultura dominante como libertades– terminen por prevalecer sobre los poderes políticos hasta subyugarlos; y que los poderes políticos electivos y representativos tiendan a neutralizar a los partidos, al transformarlos en sus propagaciones e instrumentos, y, a la vez, a prevalecer sobre las funciones administrativas de garantía primaria, a veces dependientes de ellos en lo institucional. En suma, en ausencia de separaciones tienden a prevalecer los poderes más desregulados y menos vinculados sobre aquellos más regulados, esto es, los poderes privados, legitimados por la autonomía para negociar en beneficio de los intereses personales propios, sobre los poderes políticos de gobierno, legitimados por la representación política en beneficio de los intereses públicos, y éstos tanto sobre los poderes de las fuerzas sociales organizadas en los partidos, que deberían controlarlos, como sobre las funciones de garantía que deberían, a su vez, vincularlos a la protección y satisfacción de los derechos fundamentales de todos.

Es lo que ha sucedido y todavía está sucediendo en Italia, y, más en general, en Europa, gracias también a la asimetría entre el carácter global de los mercados y el carácter todavía prevalentemente local de la política y del derecho, y, por ello, a la falta de una esfera pública a la altura de los poderes económicos y financieros. En primer lugar, se ha subvertido la relación entre política y economía, entre poderes públicos y poderes privados. Ya no es la política la que gobierna la economía, no son las instituciones políticas representativas las que dictan las reglas a los mercados, sino exactamente lo contrario, es el sector financiero global el que gobierna la política al dictar a las instituciones democráticas políticas antisociales. Así se han subvertido la jerarquía de las fuentes y la separación de poderes, con la consiguiente regresión premoderna a las formas del estado patrimonial: son los poderes económicos y financieros los que hoy están en los hechos supraordenados a los poderes políticos de gobierno, los que dictan políticas antisociales en su beneficio exclusivo. Y demasiado frecuentemente, ante la falta de garantías rígidas de separación, las dos figuras de poder se confunden entre ellas, a causa de los tantos conflictos de intereses y de las tantas formas de corrupción que contaminan actualmente a las instituciones democráticas.

En segundo lugar, a la subordinación de la política a la economía y a la finanza y a su impotencia frente a los poderes financieros del mercado, corresponde una renovada omnipotencia y prepotencia de su parte tanto respecto de las funciones y de las instituciones de garantía, como de los partidos, reducidos a máquinas electorales, y de su base social. En efecto, la política puede ignorar los límites y vínculos constitucionales en obsequio a los dictados del mercado, en tanto y en cuanto adquiera, mediante adecuadas reformas institucionales que neutralicen los partidos y verticalicen y personalicen el poder político, la máxima omnipotencia en el gobierno de la sociedad. Esta omnipotencia política se manifiesta respecto de las

funciones administrativas de garantía primaria, gracias a la dependencia de éstas de los poderes de gobierno, y en la agresión y el tendencial desmantelamiento del estado social, esto es, en los recortes del gasto público en materia de salud y educación, en la disminución de la calidad de las prestaciones sociales, en la introducción de formas leves de monetarización de las prestaciones públicas, en contradicción con el carácter igualitario y, entonces, gratuito requerido por el carácter universal de los derechos sociales fundamentales, en la destrucción, por último, del viejo derecho laboral y de los derechos de los trabajadores.

El resultado de esta crisis de la política y, como reflejo, de la legalidad, son dos regresiones premodernas. En primer lugar, la regresión del estado de derecho, que como se ha dicho nació como esfera pública separada y supraordenada respecto de las esferas económicas privadas, a formas de confusión entre soberanía y propiedad, entre política y economía, entre público y privado, que recuerdan al viejo estado patrimonial y a los viejos regímenes feudales premodernos. En segundo lugar, la regresión del estado de derecho al estado jurisdiccional y al modelo de derecho jurisprudencial, gracias a un activismo judicial posibilitado por la crisis de la legalidad y secundado, como he recordado, por las concepciones contemporáneas poskelsenianas, principialistas, realistas o neopandectistas, de la jurisdicción como fuente creadora de derecho incluso *extra legem*.

Si todo eso es verdad, la superación de la crisis en curso debe partir del reconocimiento de que la legalidad es el único límite al ejercicio arbitrario de cualquier poder; que las separaciones entre funciones de aplicación y funciones de producción del derecho y, por otro lado, entre poderes políticos y poderes y fuerzas sociales representados por ellos, así como entre poderes económicos y poderes públicos, son las únicas garantías de la no opresión de unos por parte de los otros; que, en fin, la refundación de la legalidad como límite, y de la separación como freno al ejercicio de otro modo salvaje de los poderes, requiere la rehabilitación de un fuerte rol de gobierno de la política, de la cual la legislación es siempre un producto.

Una refundación de la legalidad se requiere, en primer lugar, en garantía de la sujeción de los jueces a la ley. Es claro que esta refundación es una tarea que compete únicamente a la política. Pero todavía no se ha entendido que la política tiene un solo modo de reducir el arbitrio judicial y someter a los jueces a la ley, y por eso a la política misma de la cual las leyes son un producto, esto es, que el legislador haga bien su trabajo, es decir, sepa escribir las leyes de modo claro y lo más inequívocamente posible y limite al máximo la producción legislativa. En esta perspectiva, una garantía contra la inflación legislativa sería, al menos en materia penal, una reforma banal que propongo desde hace años: el refuerzo y la transformación de la vieja reserva de ley, concebida por la tradición iluminista contra la incerteza y la contradictoriedad del derecho jurisprudencial, en una reserva de código –todas las normas referidas a los delitos y las penas en el código, ninguna fuera del código– capaz de poner un límite a la incerteza y la contradictoriedad del derecho legislativo, provocadas por la deriva inflacionista de la legislación ordinaria.

Por otro lado, la rehabilitación del rol de gobierno de la política y la función de la legislación como sistema de límites y vínculos se requiere, todavía más evidentemente, para poner un freno a los poderes salvajes del mercado: en primer lugar, para subordinar a la ley y a la salvaguarda de los derechos fundamentales y de los intereses públicos a todos los poderes económicos y financieros; en segundo lugar, para sustraer al mercado y a la apropiación privada una larga serie de bienes vita-

les, cuyo acceso debe ser garantizado a todos en cuanto bienes comunes, objeto de derechos fundamentales. A este fin se requiere el desarrollo de una esfera pública supranacional a la altura de los poderes globales, sean estos políticos, económicos o financieros, y, por otro lado, la garantía de la separación entre los poderes públicos y privados, mediante rígidas formas de incompatibilidades idóneas para impedir conflictos de intereses y, más en general, condicionamientos de los primeros por parte de los segundos.

Es difícil decir si esta doble refundación de la legalidad y la política se producirá antes de los desastres económicos y sociales, y de las catástrofes ambientales y humanitarias causadas por la crisis de una y otra, y por el espacio abierto a la proliferación de poderes salvajes. Lamentablemente, nada nos permite ser optimistas. Sabemos sólo que tal refundación requiere, después de los fracasos de la anomia actual y ante los terribles desafíos globales, la reafirmación de la razón junto al desarrollo de una pasión renovada por la política como cuidado de los intereses vitales de todos.