

DIRECCIÓN POLÍTICA Y FUNCIÓN DE GOBIERNO EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Ignacio Fernández Sarasola

I. LAS MONARQUÍAS MEDIEVALES Y EL ABSOLUTISMO DE LA EDAD MODERNA: DE LA ORIENTACIÓN TEOLÓGICA A LA SECULARIZACIÓN DE LOS FINES PÚBLICOS.- II. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA Y LOS NUEVOS FINES DEL ESTADO.- III. LA ADSCRIPCIÓN A LA TEORÍA DE LA DIVISIÓN TRIPARTITA DE PODERES Y EL RECHAZO DE LAS FUNCIONES ESTATALES LIBRES.- IV. LA REVISIÓN POSREVOLUCIONARIA DE LAS TEORÍAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES.- V. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS Y LA ACTIVIDAD DE GOBIERNO.- 5.1. Las teorías de los actos políticos en la iuspublicística europea.- 5.1.1. Teorías del control político.- 5.1.2. Teorías del objeto del acto.- 5.1.3. Teorías de la aplicación normativa.- 5.2. Las “political questions” en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas.- 5.3. De los actos políticos a la actividad de gobierno.- 5.4. La negación jurídica de la actividad de gobierno: el normativismo.- VI. LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE INDIRIZZO POLITICO EN EL FASCISMO.- VII. LA FUNCIÓN DE GOBIERNO EN EL DEBATE DEMOCRÁTICO.- 7.1. La reformulación democrática de la función de gobierno.- 7.1.1. Las nuevas formulaciones de la función de gobierno.- 7.1.1.1. La función de gobierno como ejecución de la Constitución Material.- 7.1.1.2. La función de gobierno como función “praeter constitutionem”.- 7.1.2. La idea del “indirizzo” como función vertical (el legado de la Constitución Material).- 7.1.3. La idea del “indirizzo” como función horizontal (hacia una nueva división de poderes).- 7.2. Deudas pendientes y aspectos no resueltos de las teorías democráticas de la función de gobierno

I. LAS MONARQUÍAS MEDIEVALES Y EL ABSOLUTISMO DE LA EDAD MODERNA: DE LA ORIENTACIÓN TEOLÓGICA A LA SECULARIZACIÓN DE LOS FINES PÚBLICOS

1. El concepto de función de gobierno es muy reciente, formulándose por vez primera en el siglo XX de manos de la doctrina italiana que venía, así, a añadir una más a las tres clásicas funciones estatales. Sin embargo, como gran parte de los conceptos constitucionales, hunde sus raíces en precedentes más o menos directos que, en este caso, pueden retrotraerse hasta el medioevo.
2. Durante la Alta Edad Media, la configuración socio-política impedía que se llegara a percibir el ejercicio de una actividad libre de gobierno. La sociedad estaba caracterizada por su naturaleza estática, conforme a la cual los sujetos se integraban en distintos grupos o estamentos predefinidos. Cada grupo social se relacionaba con los restantes a través de un principio de distribución de cometidos (relación horizontal) y, a la vez, se estructuraba internamente en unidades jerarquizadas

(relación vertical). Ambas relaciones estaban predeterminadas de forma exógena, a través de prescripciones divinas o históricas que imponían a cada grupo los fines que debían perseguir¹, suprimiéndose en consecuencia la libertad individual de elección o, lo que es lo mismo, esferas de autonomía decisoria.

3. La falta de dinamismo social se reproducía también en el ámbito del ejercicio del poder público. El Monarca altomedieval, limitado *ad extra* por las pretensiones de Iglesia e Imperio, y *ad intra* por la dispersión feudal, carecía realmente de un poder político y normativo propio y definido². Su cometido se reducía a actuar como *Rex Iudex*, como alta instancia de justicia o supremo tribunal de apelación, al que le correspondía no ya innovar el ordenamiento (*Legis Datio*), sino aplicar el *usus terrae* existente (*Iuris Dictio*), conforme a la idea de que la justicia y la antigüedad constituían los criterios de validez³.

4. Durante la Baja Edad Media se asistió a un proceso gradual de concentración de poder público en manos de los Reyes nacionales en detrimento tanto de los localismos⁴ como de las pretensiones universalizantes de Iglesia e Imperio, y que culminó en la Edad Moderna con el absolutismo monárquico. El titular de la Corona fue paulatinamente desprendiéndose de su carácter exclusivo de *Iudex* para concebirse como instancia creadora de Derecho en torno a la cual se configuró el concepto de soberanía como *suprema potestas normandi*. Pero, además, el mayor dinamismo social, reflejo de la nueva mentalidad mercantil⁵, fue concediendo un mayor relieve al Derecho decidido (*Rex facit legem; quod princeps placuit legis habet vigorem*), superando la petrificación del ordenamiento jurídico. El Monarca, por tanto, no era sólo un juez que aplicaba un Derecho preexistente en la conciencia de la comunidad, sino que decidía, creando nuevas normas. En este sentido, Bracton, en su *De Legibus Et Consuetudinibus Angliæ* atribuyó al Rey dos potestades distintas: no sólo poseía la *iurisdictio*, sino también el *gubernaculum*⁶. Bracton identificó esta última potestad

¹ Cfr. Otto Von GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 74 y ss.

² Vid. por todos R. H. S. CROSSMAN, *Biografía del Estado Moderno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, págs. 23 y ss.

³ Cfr. Manuel GARCÍA PELAYO, *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág. 86; Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 144 y ss.

⁴ Sobre este punto *vid.* las observaciones de R. BENDIX, *Estado nacional y ciudadanía*, Amorrutu, Buenos Aires, 1974, págs. 41-46.

⁵ Cfr. P. H. SWEEZY / M. DOBB / K. TAKAHASHI / R. M. HILTON / C. HILL / G. LEFEBVRE, *La transición del Feudalismo al Capitalismo*, Editorial Ayuso, Madrid, 1975.

⁶ "Habet enim omnia iura in manu sua quæ ad coronam et laicalem pertinent potestatem et materialem gladium qui pertinet ad regni gubernaculum. Habet etiam iustitiam et iudicium quæ sunt iurisdictionis, ut ex iurisdictione sua sicut dei minister et vicarius tribuat unicuique quod suum fuerit". Henry BRACON, *De Legibus Et Consuetudinibus Angliæ*, Volume 2, *Of Acquiring The Dominion Of Things, Of liberties and who may grant liberties and which belong to the king*,

como un poder discrecional⁷, y por tanto no circunscrito a la aplicación automática del *usus terrae*.

5. En el proceso de concentración de poder en torno a las instancias seculares intervino además un cambio de legitimación del poder público. Aun cuando algunos teóricos del absolutismo regio postularon teorías teocráticas –que se extendieron hasta Jacobo I, Robert Filmer y Bossuet–, lo cierto es que prevaleció la legitimación “ascendente” del poder secular⁸, es decir, la apoyatura en la comunidad o Reino. Tal concepción, que permitía al poder secular desvincularse de las teorías hierocráticas⁹, partía de la idea de que la comunidad (soberana *in radice*) transfería al Rey el poder soberano (*translatio imperii*) a través de un pacto (*pactum subjectionis*), que convertía al Monarca en soberano *in actu*. La transferencia del poder estaba cargada de un componente teleológico determinado por la Ley natural y divina: el Rey recibía el poder con el objeto de guiar la comunidad al mayor bienestar (en sentido teológico)¹⁰. De este modo, el Rey se convertía en un *officium publicum*, en un “administrador para la utilidad de la República”, según palabras de Nicolás de Cusa¹¹. En esta tarea de guía terrenal, el Monarca decidía con libertad los fines colaterales que debían conducir al fin trascendente, definido en términos muy generales (*pax publica, publica utilitas...*) y ni la costumbre ni la ley positiva (en cuya elaboración podía participar la comunidad, según las teorías de la Monarquía dualista) podían circunscribir totalmente esta libertad. Así, Marsilio de Padua, quien postulaba que la ley era fruto de la comunidad o de la *valentior pars* de ésta¹², entendía que esta fuente normativa no podía

en <http://supct.law.cornell.edu/bracton/Unframed/English/v2/166.htm#TITLE129>, párrafos núms. 21-25.

⁷ Sobre la distinción de Bracton, *vid.* por todos: Charles Howard McILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, C.E.C., Madrid, 1991, págs. 101 y ss.; Brian TIERNEY, “Bracton on Government”, en: Brian TIERNEY, *Church Law and Constitutional Thought in the Middle Ages*, Variorum Reprints, London, 1979, págs. 295 y ss; Nicola MATEUCCI, *Organizzazione del Potere e Libertà*, UTET, Torino, 1988, págs. 16-17.

⁸ *Vid.* Walter ULLMANN, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Alianza, Madrid, 1985, págs. 23 y ss. Ullmann utiliza este término para referirse al poder conferido por la comunidad, frente a las teorías descendentes, en las que el poder derivaba de Dios.

⁹ Sobre la hierocracia, o gobierno del Papa, *Vid.* Walter ULLMANN, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1992, págs. 97 y ss. Klaus SCHATZ, *El primado del Papa. Su historia desde los orígenes hasta nuestros días*, Sal Terrae, Santander, 1996, pág. 126. El término no es utilizado de forma común por todos los investigadores. Así, Prélot habla de “Sacerdotalismo medieval”, *Cfr.* Marcel PRELOT, *Historia de las ideas políticas*, La Ley, Buenos Aires, 1971, pág. 207. Sabine utiliza en alguna ocasión la expresión “petrinismo”. *Vid.* George SABINE, *Historia de la teoría política*, F. C. E., México, 1983, pág. 177. Incluso Ullmann usa en ocasiones un término bastante similar: “petrinología”. *Vid.* Walter ULLMANN, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, *op. cit.*, pág. 96.

¹⁰ *Cfr.* Walter ULLMANN, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, *op. cit.*, pág. 133.

¹¹ Nicolas de CUSA, *De concordantia catholica o Sobre la Unión de los Católicos (1433)*, Libro III, Capítulo XXX, C. E. C., Madrid, 1987, pág. 345.

eliminar totalmente un necesario margen de libertad que permanecía siempre en el Rey, y que quedaba sujeto sólo a la “prudencia política”¹³.

6. La percepción de ámbitos donde sólo actuaba la “prudencia política” sirvió para definir y limitar a la vez un campo de poder regio autónomo y libre. Sin perjuicio de que el Rey debía actuar *sub lege* (entendiendo por esta última ya la costumbre, ya las propias normas del Rey dictadas por sí solo o con el acuerdo de los Estados Generales, según distinguió Fortescue¹⁴), existían determinados ámbitos de actividad que estaban sujetos sólo a su propia prudencia. Así, el Monarca gozaba de un margen de libertad que le permitía interpretar qué caminos resultaban más adecuados para conducir la comunidad hacia el fin universal del bien común.
7. La importancia de la “prudencia política” en el ejercicio del poder ya la había señalado Cicerón, quien consideraba que la prudencia y la justicia eran en todo caso cualidades imprescindibles para el buen gobernante¹⁵. A lo largo de los siglos XIII-XVI, los teóricos políticos insistieron en la importancia que tenía la *prudencia* para el gobernante, habida cuenta que las leyes no podían limitar toda la extensión del poder público: “*aunque el príncipe deba dominar según las leyes –exponía el conciliarista Nicolás de Cusa–, sin embargo, porque también es señor de muchas cosas de las que nada se dice con certeza de las leyes (...) debe ser prudente*”¹⁶. Algo parecido sostenía el monarcómaco Althusio al afirmar que el Rey debía administrar el Reino según la prudencia política o “entendimiento político”, seleccionando aquello que debía hacerse u omitirse para la recta administración del Reino¹⁷.
8. La relevancia de la prudencia política justificaba que ésta debiera constar entre el acervo de conocimientos que debía dispensarse a los Príncipes. Así, no es de extrañar que en los *Specula Principum*¹⁸

¹² Cfr. Marsilio de PADUA, *El defensor de la paz (Defensor Pacis, 1324)*, Tecnos, Madrid, 1989, Parte I, Capítulo XII, pág. 54. Sobre la importancia del pensamiento de Marsilio, especialmente en su distinción entre facultad legislativa y ejecutiva, *vid.* por todos: Felice BATTAGLIA, *Marsilio da Padova e la filosofia politica del Medio Evo*, CLUEB, Bologna, 1987, especialmente págs. 99-105; Emilio CROSA, “*Marsilio da Padova e il principio della separazione dei poteri*”, en Aldo CHECCINI/Norberto BOBBIO, *Marsilio da Padova. Studi raccolti nel VI centenario della morte*, CEDAM, Padova, 1942, págs. 82-94.

¹³ Cfr. Marsilio de PADUA, *El defensor de la paz (Defensor Pacis, 1324)*, *op. cit.*, Parte I, Capítulo XIV, pág. 69.

¹⁴ Sir John FORTESCUE, *On the Laws and Governance of England*, edición a cargo de Shelley Lockwood, Cambridge University Press, 1997, Chapitre I, págs. 83 y 85, Chapitre II, pág. 85.

¹⁵ Cfr. Marco Tulio CICERÓN, *Sobre los deberes*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 100.

¹⁶ Nicolás de CUSA, *De Concordatia Catholica o Sobre la Unión de los Católicos (1433)*, Libro III, Proemio, *op. cit.*, pág. 239.

¹⁷ Cfr. Juan ALTHUSIO, *Política (1603)*, Capítulo XXI, C.E.C., Madrid, 1990, pág. 272.

¹⁸ Sobre los “*Specula Principum*” *vid.* Diego QUAGLIONI, “*Il modello del Principe Cristiano. Gli «Specula Principum» fra Medio Evo e Prima Età Moderna*”, en V. I. COMPARATO, *Modelli nella storia del pensiero politico*, Leo S. Olschki, Firenze, 1987, págs. 103-122.

dirigidos a los Príncipes, la formación de una alta prudencia política constase entre las principales aspiraciones. En su *De regimine principum* (1285), escrito por Egidio Romano para Felipe el Hermoso, el autor afirmaba que la prudencia era una virtud intelectual esencial entre los reyes, comparándola con un ojo con el que se oteaba más allá que el resto de los mortales, permitiéndole guiar correctamente la comunidad¹⁹. Por su parte, Erasmo de Rotterdam citaba entre las cualidades del Príncipe la perspicacia y la sabiduría²⁰. Finalmente, la prudencia ocupaba un lugar preeminente para la formación de la Monarquía Universal que pretendía Tomasso Campanella. Para Campanella, el Imperio debía apoyarse en tres causas: Dios, la oportunidad y la prudencia. Mediante esta última, el Monarca podría anticiparse a los efectos que derivasen del desarrollo de los acontecimientos. Este ojo (metáfora ya utilizada por Egidio Romano) permitía, pues, al Rey ver más allá de la ignorancia²¹. La prudencia era, entonces, “la más rica joya” que adornaba al Príncipe, puesto que le permitía prever el futuro y corregir el rumbo para encaminar la comunidad hacia el fin universal determinado de forma trascendente.

9. Entre la neoescolástica española también Alonso de Castro mencionó la prudencia política. Para esta corriente de pensamiento, la soberanía se plasmaba en el ejercicio del poder legislativo, de modo que el Soberano-legislador debía estar dotado de prudencia política para ejercer correctamente su función²². La prudencia aparecía, entonces, no ya como un ámbito discrecional que operaba *praeter legem*, sino también *ante legem*. La ley, por tanto, era el producto de una decisión en la que había intervenido la prudencia política.
10. Inicialmente, el concepto de prudencia política estaba impregnado de los valores de la moral cristiana, puesto que el fin último de la comunidad se hallaba determinado por la instancia divina. Esta situación se alteró con las teorías de Maquiavelo, quien escindió la moral del político de la moral cristiana, algo que en sustancia reflejaba un cambio en la finalidad del poder público. Con el célebre político, este poder se desligó de su componente trascendente y dejó de ser un instrumento secular al servicio de fines teológicos, lo que permitió una secularización de los

¹⁹ “Qui ergo hoc oculo caret, non sufficienter videre potest ipsum bonum, nec ipsum debitum finem, in quem est populus dirigendus”. Aegidius ROMANUS, *De Regimine Principum Libri III* (1285), Edición facsimilar de la edición de Roma de 1607, Scientia Verlag Aalen, 1967, Parte II, Libro I, Capítulo VI, pág. 64. En el capítulo siguiente indicaba las virtudes que conformaban la prudencia del Príncipe: “Quare si Rex, aut Princeps debeat esse prudens, oportet ipsum esse memorem, providum, intelligentem, rationabilem, solertem, docilem, expertum, et cautum”. *Ibidem*, Parte II, Libro I, Capítulo VII, pág. 66.

²⁰ Erasmo de ROTTERDAM, *Educación del Príncipe Cristiano (Institutio Principis Christiani, 1516)*, Tecnos, Madrid, 1996, Capítulo I, pág. 75.

²¹ Cfr. Tommaso CAMPANELLA, *Monarquía de España (¿1598-1599?)*, en *La Política*, Alianza, Madrid, 1991, pág. 74. Vid. también *Aforismos políticos (1601)*, en *ibidem*, núm. 75, pág. 191 y núm. 96, pág. 200.

²² Alonso de CASTRO, *La fuerza de la ley penal (De potestate legis poenalis, 1551)*, Libro I, Edición de Sucesores de Nogués, Murcia, 1931, pág. 16.

propios fines. El poder público se desprendió de su componente de moral cristiana y mantuvo sólo su carácter de dominación: no era ya coacción física para el logro de fines divinos predeterminados (por ejemplo la represión del pecado, en la patrística, y muy en especial en San Agustín²³), sino represión para el logro de los objetivos políticos terrenales. En consecuencia, el gobernante poseía su propio código moral, que podía ser incluso antagónico a la moral cristiana²⁴. Con ello, la “prudencia política” se convirtió en un criterio de dominación carente de contenido moral. El gobernante, dotado de amplias facultades libres, había de ser “prudente”, o lo que es lo mismo, sagaz, para poder conservar e incrementar el poder público a fin de satisfacer sus propios objetivos.

II. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA Y LOS NUEVOS FINES DEL ESTADO

11. En los siglos XVII y XVIII se produjo un cambio sustancial en las bases mismas del iusnaturalismo escolástico, que se fue desprendiendo paulatinamente de sus connotaciones teológicas para convertirse en un iusnaturalismo de nuevo cuño, de base racionalista. A pesar de que la vigencia teórica del Derecho Natural impedía una plena positividad –en el sentido de autonomía del sistema jurídico para regular su propio cambio–, lo cierto es que la nueva impronta de que se revistió al Derecho Natural –su carácter “racional”– dotó al sistema jurídico-político de un mayor dinamismo.
12. Este período coincidió, de hecho, con una superación de las teorías predeterministas, y con una nueva idea de la libertad como autodeterminación subjetiva que sólo podía predicarse de los seres racionales. La libertad consistía en un *agere licere* de que disponían los hombres para perseguir sus propios fines en cuanto seres racionales²⁵; unos fines, por tanto, que dejaban de estar predeterminados de forma trascendente.
13. Esta nueva idea de la libertad y del Derecho Natural se trasladó al ámbito del poder público, que dejó de estar circunscrito por los

²³ Cfr. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, en *Obras de San Agustín* (edición de José Morán), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1965, vol. XVII, págs. 58, 115 y 124.

²⁴ Cfr. Nicolás MAQUIAVELO, *El Príncipe* (1513), Tecnos, Madrid, 1988, especialmente págs. 62, 63, 66, 70-75.

²⁵ Cfr. Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, *Conversación acerca de la libertad y el destino* (1699-1703), en *Escritos en torno a la libertad, el azar y el destino*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 28-29; *Del libre albedrío* (1678-1682), en *ibidem*, pág. 111, donde afirmaba que el libre albedrío era contrario tanto a la coacción como a la ignorancia. Puesto que la razón constituía el impulso de la acción, Leibniz afirmaba que nada se hacía sin que interviniese la razón (*Conversación con el Obispo Stenon acerca de la libertad* (27 de noviembre de 1677), en *ibidem*, pág. 177), y que existían inclinaciones que nos permitirían optar racionalmente por una posibilidad, por lo que sería imposible la indiferencia del equilibrio. Cfr. *Conversación acerca de la libertad y el destino* (1699-1703), en *ibidem*, pág. 25.

cometidos divinos. El propio fundamento del gobierno le permitió desprenderse del “lastre” teocrático: el iusnaturalismo racionalista partía de premisas contractualistas que, aun cuando no siempre habían eliminado las connotaciones escolásticas (así, por ejemplo, en Grocio y Puffendorf), concebían el poder público como resultado de una necesidad (Burlamaqui) o de una conveniencia (Hobbes) natural. Bien es cierto que el Estado seguía sometido a la finalidad de perseguir el bien común, pero éste se desacralizó, sustituyéndose el propio término –de impronta escolástica– por otros tales como felicidad y prosperidad pública²⁶. Términos que en buena medida acogen un contenido económico, acorde con una nueva sociedad burguesa que abandona la idea de que el lucro es pecaminoso. La diferencia entre la “felicidad pública” y el “bien común” tiene también por ello un contenido más profundo: en tanto el bien común más alto era algo estático (la consecución de los planes divinos), la felicidad pública se hallaba en función de la idea (dinámica) de progreso, de perfectibilidad del género humano y, con él, de la propia sociedad.

14. El Estado, por tanto, adquirió una orientación teleológica más dinámica: se trataba de lograr la mayor felicidad posible, el más alto grado de progreso, y no la realización de metas estáticas determinadas por una instancia divina. Para el logro de ese progreso, la Ilustración continental optó inicialmente por la Monarquía Absoluta bajo la forma racionalista del Despotismo Ilustrado que alcanzó sus más altas cotas con el cameralismo germánico. En tanto que en Gran Bretaña el principio de división de poderes se había implantado definitivamente tras la *Glorious Revolution* de 1688, en el continente se entendió que el poder público debía quedar reunido en la única figura del Monarca²⁷, puesto que sólo la unidad podía garantizar una marcha uniforme del Estado hacia el progreso²⁸.

²⁶ Vid. por todos, Philippe ROGER, Voz “Felicidad”, en Vincenzo FERRONE / Daniel ROCHE (edits.), *Diccionario histórico de la Ilustración*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 48-55.

²⁷ En el continente y en Gran Bretaña existía una idea muy distinta de equilibrio político. En Gran Bretaña éste suponía necesariamente la división de poderes, en tanto que en el pensamiento del Despotismo Ilustrado continental, el equilibrio era posible en cualquier régimen (incluido el absolutista) que estuviera en condiciones de garantizar un desarrollo ordenado de la sociedad en su conjunto. Cfr. Maurizio BAZZOLI, *Il pensiero politico dell'Assolutismo Illuminato*, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1986.

²⁸ “Que la autoridad sea única, por encima de todos los individuos de la sociedad y de todas las acciones injustas de los intereses particulares (...) El sistema de tensiones internas en el seno de un gobierno es una opinión funesta que sólo engendra la discordia entre los grandes y la postración de los pequeños. La división de la sociedad en diferentes categorías de ciudadanos, que permite a unos ejercer la autoridad soberana sobre los otros, destruye el interés común de la nación e introduce la disensión de los intereses particulares entre las diferentes clases de ciudadanos”. François QUESNAY, *Maximes générales du gouvernement économique d'un royaume agricole, et notes sur ces maximes*, en M. Eugène DAIRE (edit.), *Physiocrates. Quesnay, Dupont de Nemours, Mercier de la Rivière, L'Abbé Baudeau, Le Trosne, avec une Introduction sur la doctrine des Physiocrates, des commentaires et des notices historiques*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1846, Première Partie, pág. 81.

15. En su cometido de guía de la sociedad hacia la “felicidad pública”, el *Déspota Ilustrado* se hallaba investido tanto del poder legislativo como del poder ejecutivo. Ahora bien, ambos conceptos distaban de entenderse en el sentido que les otorgaría Montesquieu en su célebre *De l'esprit des lois* (1748). Por una parte, el poder legislativo no era una actividad verdaderamente creativa, puesto que a través de las leyes el Monarca no hacía sino positivizar el orden natural preexistente²⁹. La función legislativa se convertía, pues, en un cometido epistemológico: el Rey debía indagar en las leyes de la naturaleza que establecían el modelo “natural” de sociedad, y, una vez aprehendido, tenía que limitarse a plasmarlo en normas positivas³⁰. La percepción del “orden natural” se lograba por dos vías: la formación ilustrada adecuada del gobernante y su apoyo en Consejos integrados por ilustrados³¹.
16. Debido a ese carácter cognoscitivo de la Legislación, la función estatal más relevante era la ejecutiva, que el Despotismo Ilustrado, especialmente los *fisiócratas*, denominaba con otros términos –como función administrativa o tutelar³²– que expresaban un contenido que excedía la mera ejecución. Mediante este poder ejecutivo-administrativo-tutelar, el Monarca debía remover los obstáculos que impidiesen a la sociedad acercarse al “orden natural”, fomentando la industria y labor privadas para incrementar la riqueza y progreso del país.
17. Las concepciones del Despotismo Ilustrado individualizaron un poder –el ejecutivo o administrativo– que no se limitaba a ejecutar leyes, sino que consistía en la adopción de todas las medidas necesarias para dirigir la comunidad, según el buen entender del Monarca acerca de lo más conveniente para la felicidad pública y el progreso. Este poder, localizado en el Rey asesorado por consejos, se convertía por su funcionalidad en el más relevante cometido estatal. Así, la actividad libre y más relevante del Estado se empezó a construir en torno a la figura del Monarca. En este sentido, gran parte de los pensadores ilustrados identificaron la soberanía con el ejercicio del poder ejecutivo o poder “directivo” de la comunidad y no en la facultad legiferante. Así se observa en Burlamaqui, entre los iusracionalistas menores³³, y en Adam Smith, entre los pensadores que inauguraron la nueva escuela de la

²⁹ Cfr. Mercier de la RIVIERE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, en *ibidem*, Deuxième Partie, págs. 527, 607 y ss.

³⁰ Cfr. Claudio NAPOLEONI, *Fisiocracia, Smith, Ricardo, Marx*, Oikos-Tau, Barcelona, 1974, pág. 17.

³¹ Cfr. Dino FIOROT, *La filosofía política dei fisiocrati*, CEDAM, Padova, 1954, págs. 47 y 66

³² Así en Mirabeau. Cfr. Victor de Riqueti, Marquis de MIRABEAU, *La Science ou les Droits et les Devoirs de l'Homme* (1774), Quatrième Partie, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1970, pág. 125: la soberanía “*est puissance tutélaire & conservatrice des propriétés*”. Vid. también *ibidem*, pág. 127.

³³ Jean-Jacques BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel* (1747), Chez Barrillot, Genève et fils, 1748, Première Partie, Chapitre VIII, pág. 120 y Seconde Partie, Chapitre VI, pág. 110.

“economía política”³⁴. En España esta idea alcanzó su mayor perfección teórica con Jovellanos, quien afirmaba que la soberanía residía precisamente en el poder ejecutivo, al que definía como un poder “gubernativo”, de dirección de la comunidad³⁵.

18. Aunque en Gran Bretaña no se siguieron los postulados del Despotismo Ilustrado, sino la idea de la división de poderes, lo cierto es que también se percibió que el Monarca disponía de facultades libres. John Locke atribuyó al Rey un poder ejecutivo que comprendía el ejercicio del poder federativo y de la prerrogativa regia. El poder federativo suponía el ejercicio *ad extra* de las funciones ejecutivas, y no era susceptible de reglamentarse previamente mediante leyes. Antes bien, debía dejarse en manos (una vez más) de la prudencia del gobernante: “es preciso –afirmaba Locke– *dejar una gran amplitud a la iniciativa prudente de las personas a quienes está encomendado este poder, para que ellas lo ejerciten en interés de la comunidad pública con la máxima habilidad posible*”³⁶. El fundamento de esta libertad de hallaba en última instancia en el pacto social: puesto que éste sólo vinculaba a los asociados, es decir a los ciudadanos, las leyes los tenían a ellos por exclusivos destinatarios. Sin embargo, las relaciones exteriores estaban en función del comportamiento de sujetos no ciudadanos, a los que no alcanzaban las leyes, de manera que sus conductas no se hallaban predeterminadas. De este modo, el Monarca no podía conocer *ex ante* la conducta de los súbditos extranjeros, lo que justificaba que gozase de un amplio margen de decisión libre.

19. Otro de los poderes del Monarca, la prerrogativa, presentaba esta misma característica de libertad decisoria. La prerrogativa, decía Locke, era un poder construido y limitado por el *common law* que se caracterizaba por ser una facultad para proveer libremente en beneficio de la comunidad, ante la imposibilidad de que todo estuviera previsto por la ley: “Hay muchas cosas –decía Locke– *que la ley no puede prever y que han de dejarse necesariamente a la discreción (discretion) de quien tenga el poder ejecutivo en sus manos*”³⁷. La prerrogativa concebida por Locke suponía un poder que actuaba *praeter legem* e incluso *contra legem*. En su primera vertiente, la prerrogativa suponía adoptar decisiones para el bien común en ausencia de leyes. Desde este punto

³⁴ Cfr. Adam SMITH, *Jurisprudencia o Apuntes de lecciones sobre justicia, policía, ingresos públicos y armas (1763-1764)*, en *Lecciones de Jurisprudencia*, C.E.C., Madrid, 1996, Primera Parte, Capítulo I, pág. 18.

³⁵ Cfr. Gaspar Melchor de JOVELLANOS, *Nota primera a los apéndices (1811)*, en *Memoria en defensa de la Junta Central*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1992, pág. 222; *Carta a Alonso Cañedo Vigil (Gijón, agosto de 1811)*, en *Obras completas*, Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII, Oviedo, 1990, vol. V, pág. 484. Un estudio más detallado sobre este aspecto en Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, “Estado, Constitución y forma de gobierno en Jovellanos”, *Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII*, núms. 6-7, 1996-1997, págs. 102-103.

³⁶ John LOCKE, *Two Treatises of Government (1690)*, Chaptre XII, Everyman's Library, London, 1986, pág. 190, parágrafo 147.

³⁷ *Ibidem*, Chapter XIV, *op. cit.*, págs. 199 y ss; parágrafos 159-166.

de vista, la relación prerrogativa-ley era de proporcionalidad inversa: a mayor número de leyes, menor margen de actuación de la prerrogativa, de modo que la prerrogativa aparecía más intensa en los primeros estadios sociales, para ir decreciendo a medida que la producción legislativa relevaba al ámbito de libre actuación del Rey. Desde una segunda perspectiva, Locke afirmaba que la prerrogativa podía atenuar la rigidez de la ley, exceptuando su aplicación (estados de necesidad, derecho de gracia...). En este último caso, el poder del Rey significaba relegar la generalidad de la ley cuando existían circunstancias que lo hacían aconsejable.

20. Este importantísimo poder regio, en tensión constante con la ley (cubriendo sus lagunas y atenuando sus efectos), debía ejercerse con la máxima cautela. Pero la ponderación de su correcto uso no podía sujetarse a parámetros normativos –ya que obraba en ausencia o contra ellos– sino al canon más lábil del beneficio social logrado. Locke, sin embargo, no iba más allá a la hora de determinar quién debía juzgar esta idoneidad: en caso de conflicto entre el Rey y el Parlamento sobre el adecuado ejercicio de la prerrogativa se producía una situación irresoluble por juez terrenal alguno, de modo que sólo cabía “*apelar a los cielos*”³⁸. Es decir, el incorrecto uso de la prerrogativa suponía una subversión del fin del pacto social, lo que determinaba el ejercicio del derecho de resistencia. Así pues, la disolución del gobierno no sólo tenía lugar cuando se ejercían incorrectamente los poderes legislativo y ejecutivo, sino también cuando sucedía lo propio con la prerrogativa regia. Sin duda, con Locke la actividad *extra iuris ordinem* había cobrado una relevancia hasta entonces desconocida.

III. LA ADSCRIPCIÓN A LA TEORÍA DE LA DIVISIÓN TRIPARTITA DE PODERES Y EL RECHAZO DE LAS FUNCIONES ESTATALES LIBRES

21. La percepción de que existían facultades libres de gobierno localizadas esencialmente en el Ejecutivo sufrió un retroceso como consecuencia del triunfo de la teoría de la división de poderes formulada por Montesquieu en *De l'esprit des lois* (1748). Los primeros experimentos constitucionales surgidos en ambas partes del Atlántico –el norteamericano y el francés– se adscribieron incondicionalmente a las teorías del Barón de la Brède y redujeron las funciones estatales a las tres que describía en su célebre obra. Ello no obstante, las teorías del Presidente del Parlamento de Burdeos, y con él las de Blackstone, De Lolme, Bolingbroke o Paley, podían someterse a una doble lectura: como una estricta separación de poderes entre diversas instancias aisladas entre sí, o bien admitiendo la coparticipación limitada de cada órgano en las funciones de los restantes a efectos de lograr un sistema equilibrado (*balanced constitution*) basado en controles defensivos recíprocos (*checks and balances*). La opción por una u otra forma de concebir la separación de poderes –que se plasmó con especial claridad

³⁸ *Ibidem*, pág. 203, parágrafo 168.

en los debates entre Federalistas y Antifederalistas norteamericanos– no alteraba el desconocimiento común de una cuarta función, negada por cualquiera de las dos lecturas mencionadas. En ambos casos, los órganos del Estado se limitaban a hacer leyes, ejecutarlas estrictamente o aplicarlas en casos concretos, y la injerencia limitada en funciones ajenas (veto, disolución, exigencia de responsabilidad...) no se identificaba como una función específica y autónoma, sino como una coparticipación de esas mismas funciones predefinidas.

22. Así pues, los primeros experimentos constitucionales se diseñaron al margen de la teorización sobre los actos libres de gobierno. El desconocimiento de una cuarta función autónoma se debía también a la dificultad de identificar actos jurídicos específicos de ésta. Así como las funciones legislativa, ejecutiva y judicial se expresan a través de actos propios (leyes, reglamentos ejecutivos y sentencias), la función de gobierno se manifiesta en muchas ocasiones a través de actos pertenecientes a otras funciones, lo que dificultó su identificación.

23. Precisamente por este motivo en los primeros estadios del constitucionalismo surgieron muchas dudas acerca de dónde situar determinados actos que no parecían encajar plenamente ni en la facultad legislativa ni en la ejecutiva. Tal es el caso de la declaración de guerra, sobre la que se fraguaron importantes debates que trataban de elucidar si se trataba de una función ejecutiva o legislativa. Así, en la Asamblea Constituyente francesa del 89, por más que se reconociera la libertad decisoria que encerraba la declaración de guerra³⁹, se trató de forma infructuosa de encajarla ya en la función legislativa, ya en la ejecutiva. Un grupo de representantes entendió que se trataba de una expresión de la potestad legislativa, puesto que era manifestación de la voluntad nacional. *“Querer que el Rey tenga el derecho de hacer la paz y la guerra es querer reunir la voluntad y la ejecución, es confundir todos los poderes”*, protestaba Rewbell⁴⁰. Más preciso, Menou afirmaba que cuando el Parlamento declaraba la guerra *“hacía una ley”*⁴¹. Estos representantes entendían, en consonancia, que la titularidad debía corresponder a la Asamblea Nacional como órgano legislativo. Frente a

³⁹ Así, Gaultier de Biauzat precisaba que la declaración debía de guerra debía depender de una ley fija, pero reconocía la dificultad existente para realizar una ley así, puesto que la declaración dependía de las circunstancias. *Archives Parlementaires*, vol. XV, 21 de mayo de 1790, pág. 639 (Se ha utilizado la edición *Archives Parlementaires de 1787-1869. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, CNRS, Paris, 1867-1972. Legislaturas 1789-1791).

⁴⁰ *Archives Parlementaires*, 18 de mayo de 1790, vol. XV, pág. 564. Regnaud afirmaba que la voluntad de un solo hombre (el Rey) no podía hacer una ley, de forma que la declaración de guerra le correspondía a los representantes de la Nación. *Archives Parlementaires*, 20 de mayo de 1790, vol. XV, pág. 610. En idéntic sentido: CHARLES DE LAMETH, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 16 de mayo de 1790, pág. 530.

⁴¹ *Archives Parlementaires*, 20 de mayo de 1790, vol. XV, pág. 611. *Vid.*, en idéntica línea: Duque d'AIGUILLON, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 16 de mayo de 1790, pág. 528; Marqués de BRÛLART DE GENLIS DE SILLERY, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 17 de mayo de 1790, pág. 532.

esta postura, los representantes partidarios de la titularidad regia de esta prerrogativa esgrimieron que se trataba del ejercicio de potestad ejecutiva, entendida ésta en un sentido amplio: no sólo como realización exacta de las leyes, sino como adopción de las medidas necesarias para la conservación de la patria⁴². En este sentido, negaban que la declaración de la voluntad nacional fuese exclusiva de la Asamblea: también el Rey, cuando ejecutaba declaraba esa voluntad y, por tanto “una declaración de guerra no es, en este sentido, sino un acto ejecutivo”⁴³. Finalmente, un tercer sector se decantó por la titularidad compartida entre Rey y Parlamento, partiendo, según Mirabeau, de la naturaleza híbrida de la declaración de guerra, que “no es simplemente una acción ni un acto de pura voluntad, sino que presenta estos dos principios [y] exige el concurso de los dos poderes”⁴⁴.

24. Ahora bien, aun cuando la función de gobierno no podía percibirse merced al desconocimiento de actos característicos, ¿no podía reconducirse a alguna de las funciones estatales? En concreto, ¿no podía apreciarse la libertad decisoria en la función ejecutiva o en la legislativa? Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que el pensamiento revolucionario asentó su idea de división de poderes en los presupuestos rosseauianos –de base antropológica y psicológica– que distinguían entre *voluntad* y *acción*. Así como el hombre tenía su propia voluntad, y la llevaba a efecto, del mismo modo la Nación estaba dotada de una voluntad propia (voluntad general, recogida en la forma jurídica “ley”) y una acción para hacerla efectiva (“ejecución”, plasmada en los reglamentos y actos administrativos). El poder ejecutivo, símbolo de la acción, no podía estar dotado de libertad, puesto que nada decidía. Su misión se limitaba a llevar a efecto automáticamente las leyes y por tanto no era posible identificar en esta función ámbitos de libertad decisoria.

25. El Estado se estructuraba, pues, en torno al monismo parlamentario, que suponía una forma de gobierno cuasi-asamblearia, y una ordenación de

⁴² MARQUIS D'ESTOURMEL, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 22 de mayo de 1790, pág. 651.

⁴³ Abate MAURY, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 18 de mayo de 1790, pág. 567. *Vid.* también BENGY DE PUYVALLÉE, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 20 de mayo de 1790, pág. 613; CAZALÈS, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 21 de mayo de 1790, pág. 639; CONDE DE SÉRENT, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 16 de mayo de 1790, pág. 527.

⁴⁴ *Archives Parlementaires*, vol. XV, 20 de mayo de 1790, pág. 620. También Mirabeau trató de convencer mediante el argumento de que el Rey expresaba la voluntad nacional. De hecho, como exponía el célebre orador, Rey y Asamblea concurrían a la formación de la ley. *Archives Parlementaires*, vol. XV, 22 de mayo de 1790, págs. 656 y 658. Como expuso Duquesnoy con claridad, la postura de Mirabeau era ambigua hasta el punto de ser mal interpretada por Cazalès (que la criticó como si sólo otorgase poder al Parlamento) y por Barnave (que la rechazó entendiendo que concedía todo el poder al Rey). *Archives Parlementaires*, vol. XV, 22 de mayo de 1790, pág. 652. Este diputado se sumó, sin embargo, a la postura de Mirabeau. Otro tanto hizo Le Chapelier, *Archives Parlementaires*, vol. XV, 22 de mayo de 1790, pág. 654. No obstante, la postura de Mirabeau ya la había sostenido previamente Malouet: “El derecho de guerra y paz se encuentra íntimamente ligado al poder legislativo y al poder ejecutivo”. *Archives Parlementaires*, vol. XV, 17 de mayo de 1790, pág. 534.

las fuentes caracterizada por la posición suprema de la ley (*legicentrismo*). Sin embargo, la propia idea de la ley como expresión de la voluntad general impedía percibir en ésta una auténtica decisión. En efecto, el pensamiento revolucionario retomó las teorías fisiocráticas que otorgaban a la facultad legiferante un carácter cognoscitivo del orden natural, y las reformuló: la ley contenía una voluntad racional, la voluntad de la Nación que el Parlamento, en cuanto representante suyo, se encargaba de averiguar. La “generalidad” a la que se referían las leyes no sólo venía determinada por sus destinatarios (contenido cuantitativo) sino también por su objeto: era general en la medida que servía para superar los intereses parciales y privados, trascendiendo hacia lo mejor para la comunidad (contenido cualitativo). Esta idea, posteriormente seguida por Kant y Fichte, suponía que cada individuo, en sí mismo, encerraba una voluntad general que podía identificarse con el imperativo categórico kantiano. El Parlamento, a través de un proceso de discusión estructurado a fin de otorgarle la mayor racionalidad posible, no debía *crear* una voluntad, sino *descubrir* la voluntad racional de la Nación⁴⁵. La *ratio* sustituía así a la *voluntas*. Por consiguiente, el Parlamento realizaba en realidad un cometido de carácter epistemológico, lo que impedía percibir en el plano teórico la idea de libertad decisoria.

IV. LA REVISIÓN POSREVOLUCIONARIA DE LAS TEORÍAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES

26. Las teorías revolucionarias expuestas no hallaron respaldo en dos frentes: por una parte, en la dogmática alemana basada en el dualismo monárquico y, por otra, en el pensamiento contrarrevolucionario, que sometió a una revisión muy severa los postulados del monismo parlamentario.

27. Por lo que respecta a la concepción germana, hay que tener en cuenta que en los Estados alemanes se impuso un Estado de Derecho de cuño muy distinto al francés. Las Constituciones, lejos de nacer como fruto del *pouvoir constituant* sobre el que había teorizado Sieyès, eran producto del Monarca o pacto entre éste y la comunidad⁴⁶. En ambos casos, el Rey, hasta entonces titular de todo el poder público, se *autolimitaba*, al someter las decisiones relativas a la libertad y propiedad a la aquiescencia de la representación nacional. A diferencia de lo que sucedía en Francia, el Monarca contaba entonces con ámbitos propios de actuación, no sometidos al principio de legalidad, y que constituían el remanente de su antiguo poder público absoluto. En este sentido, aunque la regulación sobre libertad y propiedad quedase sujeta a la

⁴⁵ Sobre estos aspectos *vid.* Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, “Representación, mandato y racionalidad en el pensamiento liberal”, Debates Constitucionales, núm. 1, 1999, <http://constitucion.rediris.es/revista/dc/uno/Sarasola.html>.

⁴⁶ Sobre este punto nos remitimos a la brillante síntesis de Dieter WYDUCKEL, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, Fundamentos, núm. 1 (Monográfico sobre “Soberanía y Constitución”), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998, pág. 240-246.

normativa de rango legal, el Rey disponía de un extenso campo decisorio (especialmente en el ámbito de auto-organización) donde eran posibles los reglamentos independientes y las facultades discrecionales.

28. La doctrina contrarrevolucionaria (y posrevolucionaria) francesa también defendió ámbitos de libertad para el Ejecutivo, rechazando así tanto el *legicentrismo* como el sistema de gobierno de predominio parlamentario. Estas ideas se anticiparon en el pensamiento contrarrevolucionario del siglo XVIII. Ya Edmund Burke había expuesto que el Ejecutivo no era un órgano autómatas encargado de ejecutar fielmente la voluntad del legislador, sino que contaba con una voluntad libre, ante la imposibilidad de que las leyes regulasen toda la vida pública⁴⁷. Sin embargo, la superación de la idea tripartita de poderes se gestó en los años posteriores a la Revolución Francesa. El pensamiento posrevolucionario añadió nuevas funciones a las ya clásicas definidas por Montesquieu, desdiciendo así la construcción político-constitucional más exitosa de la Ilustración. El objetivo de las nuevas teorías era modificar la división de poderes a fin de negar el predominio de la Asamblea que había cuajado en el período revolucionario. Para tal menester utilizaron dos vías: una de *reformulación* del poder ejecutivo, y otra, de *adición* de una nueva función estatal.

29. En efecto, en primer lugar se impugnó la idea de que el Gobierno se limitaba a ejecutar las leyes. Antes al contrario, el Ejecutivo contaba con indiscutibles márgenes de libertad decisoria. Así lo expuso claramente el Sieyès de la etapa napoleónica, quien consideraba que la “voluntad” no era algo exclusivo del Parlamento, sino que dentro del Ejecutivo, en sentido amplio, existía una esfera de “gobierno” y otra de “ejecución” estricta. La primera esfera era “*pensamiento*”, de modo que deliberaba y tomaba decisiones que luego llevaba a efecto la segunda⁴⁸. En definitiva, Sieyès formulaba por vez primera una relación decisoria en términos de programación-subprogramación: el Legislador realizaba a través de las leyes la programación general del Estado (“voluntad” en sentido amplio), pero dentro de estos márgenes, el Ejecutivo podía realizar selecciones o subprogramas (“voluntad” en sentido más estricto) que luego llevaba a efecto (“acción” o “ejecución estricta”). Constant, por su parte, asumió que los ministros no se limitaban a ejecutar. La virtualidad del pensamiento del publicista suizo residió en vincular esta libertad decisoria de los ministros con la responsabilidad parlamentaria: la responsabilidad no podía recogerse en todos sus extremos en la

⁴⁷ “Las leyes no llegan muy lejos –decía Burke–. Constituid el gobierno que os plazca; la parte infinitamente mayor de él tiene que depender necesariamente del ejercicio de los poderes que se dejan confiados a la prudencia y rectitud de los ministros del Estado. Incluso toda la utilidad y eficacia de las leyes depende de ellos”. Edmund BURKE, *Thoughts on the Present Discontents* (1770), edición de Paul Langford, *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, vol. II: *Party, Parliament, and the American Crisis (1766-1774)*, Clarendon Press, Oxford, 1981, pág. 277.

⁴⁸ Cfr. Enmanuel J. SIEYÈS, “Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, en *Escritos políticos de Sieyès*, compilación de David Pantoja Morán, F.C.E., México, 1993, pág. 248.

legislación penal, puesto que existían actividades libres (tales como la declaración de guerra, que Constant ponía como ejemplo, enlazando así con las dudas de los constituyentes de 1789 sobre la naturaleza de esta actividad) cuyo enjuiciamiento sólo era posible mediante parámetros de oportunidad⁴⁹.

30. Aparte de reforzar el poder ejecutivo, otorgándole márgenes de libertad, el pensamiento posrevolucionario añadió nuevos poderes a la ya clásica tripartición del Barón de la Brède. A fin de paliar el dominio parlamentario, no sólo amplió la esfera del Gobierno, dotándolo de libertad de actuación, sino que formuló nuevas funciones orientadas a la estabilización del sistema, es decir, dirigidas a impulsar las funciones Ejecutiva y Legislativa, y a evitar los conflictos entre ambos. Generalmente este poder se dejó en manos de una instancia unipersonal, que asumía el papel de Jefe de Estado, y que se desligaba de la función ejecutiva para asumir su carácter de “moderador”. Tal era el poder del Gran Elector, que diseñó Sieyès en su etapa del Directorio⁵⁰, y del *pouvoir neutre* que Constant atribuía al Rey, diferenciando así entre el poder del Rey y el de los ministros⁵¹. En otros casos –como en Destutt de Tracy– se teorizó sobre un “poder conservador” que debía situarse no ya en manos de un órgano unipersonal, sino en una Asamblea⁵².

31. Las teorías mencionadas suponían en parte una abstracción de los *checks and balances* que proponía Montesquieu: los controles defensivos (injerencias de cada órgano en funciones ajenas, que evitaban la parálisis del sistema) adquirieron en las teorías posrevolucionarias el grado de función propia. De esta forma, el veto no era ya una participación en el poder legislativo, sino el ejercicio de una función autónoma orientada a equilibrar y activar el sistema. Esta nueva función equilibradora se investía de claras notas de libertad, puesto que su titular debía ponderar en cada momento las circunstancias que hacían pertinente su ejercicio. El *pouvoir neutre* de Constant y el poder conservador de Destutt de Tracy eran, por consiguiente, funciones activas⁵³ que dotaban al Estado de dinamismo a través de actividades

⁴⁹ Cfr. Benjamin CONSTANT, *Principes de politique (1815)*, Chapitre IX: *De la responsabilité des ministres*, en *Oeuvres*, Gallimard, Paris, 1979, págs. 1129-1130.

⁵⁰ Cfr. Emmanuel J. SIEYÈS, “Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV y V del Proyecto de Constitución”, *op. cit.*, pág. 248.

⁵¹ Cfr. Benjamin CONSTANT, *Principes de politique (1815)*, Chapitre II: *De la nature du pouvoir royal dans une monarchie constitutionnelle*, *op. cit.*, págs. 1069-1078. Téngase presente que las teorías de Constant estaban en este punto influidas por las anteriores de Sieyès sobre el “Gran Elector”, como ha señalado Paul BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine*, Librairie Armand Colin, Paris, 1966, vol. II, pág. 918.

⁵² Del poder conservador decía Destutt de Tracy que era “la clave de la bóveda sin la cual ninguna solidez tiene el edificio ni puede subsistir”. Antoine Louis Claude, Comte DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu*, Slatkine Reprints, Genève, 1970, Livre XI, Chapitre II, págs. 206-207.

⁵³ Sobre el “poder neutro” del Rey como poder de reserva y, por tanto, como poder de decisión política, *vid.* Joaquín VARELA SUANZES, “La Monarquía en el pensamiento de

de *impulso* (nombramiento de ministros...) y de *compensación de fuerzas* (nombramiento de senadores para frenar el peso de la Cámara Baja, disolución parlamentaria...).

32. También en Inglaterra la doctrina de la separación de poderes se sometió a una severa revisión por parte de uno de los más brillantes – aunque desconocidos– teóricos de la primera mitad del XIX: John James Park⁵⁴. La doctrina británica más cualificada (Locke, Paley, Blackstone, Hume, Bolingbroke...) había interpretado el gobierno británico resultante de la *Glorious Revolution* como un sistema de *checks and balances*, conforme al cual el Parlamento ejercía en exclusividad el poder legislativo, en tanto que el Monarca asumía en monopolio la función ejecutiva. Esta separación estricta se mitigaba a través de una coparticipación limitada de cada uno de estos órganos en las funciones ajenas, con una finalidad exclusivamente defensiva. En 1832, en plena discusión de la *Reform Act*, Park percibió con claridad la falacia de esta artificial distribución de poderes que en nada coincidía con la verdadera forma de gobierno existente en Gran Bretaña. El sistema de *checks and balances* que describían los principales teóricos británicos formaría el contenido de la “Constitución teórica”, pero no de la “Constitución práctica”, es decir, la verdaderamente imperante en Gran Bretaña, nacida de las convenciones constitucionales y las prácticas parlamentarias⁵⁵.

33. En la descripción de esa “Constitución práctica” o real, Park sometía a crítica la definición misma de los poderes legislativo y ejecutivo, desvinculándolos del órgano productor y tratando de caracterizarlos con autonomía. Así, anticipándose a Paul Laban⁵⁶, Park definía la legislación como cualquier acto de regulación jurídica, por lo que también el Gobierno, en ocasiones, “legislaba”. Y, lo que es más relevante a nuestros efectos, la “ejecución” –o “gobierno administrativo”, como él designaba– no consistía sólo en llevar a efecto las leyes, sino también en la “*gestión, control y dirección de la totalidad de la legislación*”

Benjamin Constant (Inglaterra como modelo)”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 10, 1991, págs. 136-138.

⁵⁴ Uno de los pocos autores que se han ocupado del pensamiento de Park, señalando su importancia y el injusto desconocimiento de su ideario, ha sido M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967, págs. 218-220, 221 y 226 (existe una nueva edición de esta espléndida obra de Liberty Fund. Classics, Indianápolis, 1998). El profesor Joaquín Varela ha tenido el acierto de rescatar en España a esta figura publicando su única obra política: John James PARK, *Los dogmas de la Constitución*, edición y Estudio Preliminar de Joaquín Varela Suanzes, traducción de Ignacio Fernández Sarasola, Istmo, Madrid, 1999.

⁵⁵ Cfr. John James PARK, *The dogmas of the Constitution. Four lectures being the first, eleventh and thirteenth of a course on the Theory and Practice of the Constitution, delivered at King's College, London, in the commencement term of that instituton*, B. Fellowes, Bookseller and Publisher to the College, London, 1832, págs. 6-8, 30-33, 38-39.

⁵⁶ Cfr. Joaquín VARELA SUANZES, *Estudio Preliminar a John James PARK, Los dogmas de la Constitución, op. cit.*, pág. 39.

*política*⁵⁷. El gobierno constituía, pues, una actividad libre, al margen de la ley y, precisamente, destinado a orientarla. Una actividad cuya titularidad correspondía al Gobierno de acuerdo con la mayoría parlamentaria, según el *cabinet system* que Park –aun sin emplear esta terminología– ya percibía en la “Constitución práctica” de Inglaterra⁵⁸. Así pues, también en Inglaterra el apunte hacia la función de gobierno se lograba merced a la crítica y retroceso de la clásica división de poderes.

V. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS Y LA ACTIVIDAD DE GOBIERNO

5.1. Las teorías de los actos políticos en la iuspublicística europea

34. La superación definitiva de las teorías de Montesquieu llegó a través de una doble vía: por una parte, mediante las teorías *jurídicas* de las funciones estatales y, por otra, en virtud de la formulación de la teoría del *acto político*. Ambas contribuyeron a dar un paso crucial para la formación del concepto de “función de gobierno”.

35. Durante el siglo XVIII y los dos primeros tercios del siglo XIX, las teorías de la división de funciones estatales habían tenido un cariz político. Lo relevante no era tanto individualizar la función, como distribuirla entre los diversos órganos. Desde esta perspectiva, la definición de las funciones estatales estaba condicionada (y vinculada) al órgano titular. A finales del siglo XIX, sin embargo, comenzaron a esbozarse las primeras teorías que trataban de definir las funciones en términos jurídicos, determinando sus características propias, con autonomía de los órganos que las ejerciesen. En esta línea, las teorías de Paul Laband supusieron un cambio sustancial. Como es bien sabido, Laband definió las funciones legislativa y ejecutiva en sentido formal (criterio orgánico-procedimental) y material (criterio de contenido). En sentido material, toda aquella actividad que supusiese normar, es decir crear una auténtica regla de Derecho imperativa, suponía legislar, con independencia de que fuese el Parlamento o la Administración quien llevase a cabo tal actividad⁵⁹. Esta teoría –a la que luego se sumarían autores de la talla de Duguit⁶⁰– suponía ver en el Gobierno algo más que un mero ejecutor. La ley dejaba de ser facultad propia del Parlamento (o de éste con el Jefe del Estado) para convertirse en un acto jurídico también propio del Gobierno, lo que determinaba que éste no sólo ejecutaba, sino que tenía su ámbito autónomo de decisión y voluntad. Pero, al mismo tiempo, la teoría de Laband supuso un paso

⁵⁷ John James PARK, *The dogmas of the Constitution*, *op. cit.*, pág. 39.

⁵⁸ *Cfr. Ibídem*, págs. 38-41.

⁵⁹ *Cfr. Paul LABAND, Le Droit Public de l'Empire Allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1901, vol. II, págs. 260 y ss.

⁶⁰ *Cfr. Leon DUGUIT, Traité de Droit Constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing & Compagnie Éditeurs, Paris, 1928, vol. II, págs. 160 y ss.

relevante para la función de gobierno ya que, al definir las funciones materialmente, con independencia de la forma jurídica a través de la cual se manifestasen, resultaba posible superar la identificación función-acto típico que había obstaculizado la percepción de la función de gobierno.

36. Sin embargo, lo cierto es que también por estas fechas comenzó a asentarse la teoría del *acto político*, que formuló un nuevo tipo de acto de poder hasta entonces no identificado como tal. La primera exposición del acto político correspondió al Consejo de Estado francés durante la Restauración borbónica. En el *arrêt* Laffitte (1 de mayo de 1822) este órgano contencioso –auténtico superviviente del constitucionalismo napoleónico– inició una política de autocontención, negándose a enjuiciar situaciones derivadas de actos dictados durante el ya derrocado régimen de Bonaparte⁶¹. Para ello utilizó el argumento de que no se podían fiscalizar actos surgidos de decisiones políticas, acudiendo por tanto a la intencionalidad del acto para su calificación jurídica (“teoría del móvil”). A partir de aquí, los actos de la Administración que respondían a móviles políticos fueron individualizados con el nombre de “actos políticos” y su característica más determinante residió en la imposibilidad de que los Tribunales controlasen su legalidad.
37. Es evidente que la “teoría del móvil” incrementaba sobremanera el campo de actuación del Gobierno. De hecho, suponía trasladar a éste parte de la *vis expansiva* de que había disfrutado hasta entonces el Parlamento. La ley había logrado sustraerse en Europa del control jurisdiccional, al ser expresión de una voluntad soberana; ahora, la actividad administrativa se alejaba también de la fiscalización judicial a través de la teoría del móvil. En realidad, tanto la ausencia de control jurisdiccional de las leyes como la de los actos políticos respondía a una idéntica circunstancia: situar en planos distintos –jurídico y político– las normas paramétricas y las enjuiciables. Así, la ley no podía ser enjuiciada porque durante gran parte del siglo XIX la norma paramétrica –la Constitución– tuvo un carácter político; por su parte, los actos políticos no podían sujetarse a control de legalidad precisamente porque eran normas políticas, frente a la juridicidad de la ley.
38. La teoría del acto político venía así a completar la progresiva lucha por hallar espacios autónomos para el Gobierno que se había entablado desde el pensamiento postrevolucionario: primero, se trataron de identificar actividades ajenas al poder legislativo, para orillar el asambleísmo revolucionario; ahora se afirmaban actuaciones que se sustraían del control jurisdiccional. Con los actos políticos se lograba al fin identificar unos actos diferentes de aquellos que eran expresión de otras funciones estatales (leyes, reglamentos y sentencias), lo que debía conducir irremisiblemente a apreciar una nueva función. El problema estribaba en que esta nueva función estaba condenada a moverse en la esfera política en tanto se siguiera utilizando la teoría del móvil. Si ley,

⁶¹ Cfr. Paul DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Recueil Sirey, Paris, 1935, págs. 31 y ss.

reglamento y sentencias eran actos de contenido jurídico, los actos políticos, por el contrario, se caracterizaban precisamente por su naturaleza política.

39. Ahora bien, la consolidación del concepto de “acto político” suscitó una viva polémica en la iuspublicística europea de finales del XIX y comienzos del XX. En una época en la que incluso el concepto decimonónico de ley como expresión de la voluntad general se sometía a revisión, la formulación de un nuevo tipo de acto exigía determinar con claridad sus elementos definidores. En este punto, sin embargo, se sustentaron diversas posturas, que podrían sintetizarse en tres: la del *control político*, la del *objeto del acto* y las de la *aplicación normativa*.

5.1.1. Teorías del control político

40. Un primer intento de calificar y definir el acto político se centró en su forma de control. Los actos políticos –a diferencia de los actos administrativos– se caracterizaban por no ser susceptibles de fiscalización judicial, de modo que se sujetaban exclusivamente al control político procedente del Parlamento⁶². Dicho en otros términos, lo exclusivo del acto político era que generaba una esfera de inmunidad de la Administración respecto del Poder Judicial.

41. Esta teoría partía, por tanto, de premisas bien distintas a las que había sustentado el Monismo Parlamentario. Este último, al reducir toda a actividad del Gobierno y la Administración a la mera ejecución de la ley, había tratado de judicializar siempre la responsabilidad de estos órganos. A tales efectos, había intensificado la responsabilidad jurídica del Gobierno, sujetando su actividad administrativa y reglamentaria no sólo a los jueces y magistrados, sino al propio Parlamento. Tal es la explicación del éxito de los procedimientos de *impeachment* y del *juicio de acusación parlamentaria*⁶³, pero también de una concepción estrictamente *disciplinaria* de la responsabilidad, conforme a la cual, el Gobierno se concebía como un mero subalterno del Parlamento que, en caso de incumplimiento de la voluntad nacional, era removido como un mero subordinado. Esta perspectiva se basaba, como es bien sabido, en la identificación del Parlamento con el sujeto soberano y, por tanto, no sólo con la supremacía de su voluntad, sino también con la expansividad ilimitada de ésta, que no dejaba espacio de decisión para el Ejecutivo.

⁶² Según Duez, la diferencia entre un acto discrecional y otro político residiría en que el primero escaparía finalmente al control, una vez que el juez ha comprobado que cumple todos los requisitos formales, en tanto que el segundo supone una inhibición *a priori*. Cfr. Paul DUEZ, *Les Actes de Gouvernement, op. cit.*, pág. 22.

⁶³ El *impeachment* supone una acusación del Ejecutivo realizada por la Cámara Baja, actuando la Cámara Alta como Tribunal. El *juicio de acusación parlamentaria*, por el contrario, conlleva la acusación de la Cámara Baja y el enjuiciamiento de un tribunal, generalmente cualificado (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional o Tribunales especiales). Sobre todos estos aspectos *vid.* por todos, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

La ley precedía y habilitaba siempre la actuación ejecutiva, que se traducía, por tanto, en reglamentos ejecutivos y actos administrativos sujetos positivamente al principio de legalidad.

42. La conciencia, cada vez más clara, de que el Gobierno no se limitaba a ejecutar, supuso potenciar nuevos instrumentos de vigilancia. Inicialmente, debido a la radical disociación liberal entre Estado y Sociedad, se consideró que era posible acudir a un control social sobre el Gobierno (identificado con la coacción y, por tanto, con el Estado) mediante una “responsabilidad moral” de éste. Una responsabilidad que respondía al creciente papel de la prensa y a la formación de una opinión pública libre. Ahora bien, el Parlamento, en cuanto representante de esta misma Sociedad, no tardó en hacerse también con ese control político, creando instrumentos específicos para llevarlo a cabo. El Monismo Parlamentario trató, entonces, de volver a garantizar la supremacía de la Asamblea por una vía distinta: no ya a través del monopolio de decisión en el Parlamento (puesto que era inevitable concebir que el Gobierno también decidía), sino sujetando la acción libre del Gabinete al control parlamentario. Un control que, utilizando parámetros de oportunidad, permitía a la Asamblea un margen de decisión mayor, a la par de permitirle derrocar al Ejecutivo sin necesidad de contar con un proceso judicial (y, por tanto, con los jueces).

43. La teoría del acto político como acto sujeto al control no jurídico responde a estos esquemas. Sin embargo, es preciso mencionar que es la teoría más genérica de todas cuantas se sustentaron, debido a que trató de identificar el acto político por lo que para el resto de teorías no era sino una consecuencia: el control político.

5.1.2. *Teorías del objeto del acto*

44. En efecto, como acaba de señalarse, la teoría del control político resultó excesivamente ambigua, puesto que en realidad acudía a lo que en otras teorías no era sino la consecuencia. Es decir, la imposibilidad de control jurídico era la consecuencia a que conducía el que un acto fuese político, pero no servía, por tanto, para explicar su naturaleza. Se necesitaban, pues, otros criterios diferenciadores. Las *teorías del objeto del acto* fueron las más plurales en este sentido. Todas ellas partían de considerar que lo que caracterizaba a los actos políticos era el objeto a que se referían. Dentro de esta postura podrían encuadrarse las siguientes subteorías:

- *Teoría del móvil político.* Tal y como se ha analizado, la primera teoría del acto político fue la del móvil político, esgrimida por el Consejo de Estado francés ya en el caso Laffitte, en 1822, con la clara intención de inhibirse del asunto⁶⁴. El elemento

⁶⁴ Órgano nacido en el contexto del constitucionalismo napoleónico, durante la Monarquía de Julio, el Consejo de Estado fue objeto de rechazo, tanto por los liberales como por los ultra-realistas. Ante tal situación, este órgano autolimitó sus funciones, para lo cual utilizó precisamente la noción de acto político, rechazando demandas –como la propia del caso

argumentativo residía en considerar que no tenían carácter de administrativos aquellos actos procedentes de la Administración que se dictaban con intencionalidad política⁶⁵. El objeto –la finalidad política que se perseguía– era el elemento calificador, si bien sumamente lábil, ya que adolecía de dos graves defectos que afectaban claramente a la seguridad jurídica: por una parte, era el propio productor del acto el que determinaba si existía o no móvil político en el acto y el que, por tanto, decidía sobre su naturaleza jurídica⁶⁶; por otra, no existía una forma típica de estos actos: cualquier acto “típicamente” administrativo se convertía en político sólo merced al criterio teleológico político⁶⁷.

- *Teoría empírica*. La superación de estas deficiencias llevó a la construcción de la teoría de la *naturaleza intrínseca de los actos políticos*, dentro de la cual se incardinó la teoría empírica. La pretensión de la teoría de la naturaleza intrínseca residía en individualizar los actos políticos respecto de los administrativos, eliminando la ambivalencia propia de la teoría del móvil: un acto del Gobierno habría de ser siempre o político o administrativo, pero nunca podía ser intercambiable a tenor del lábil criterio de la finalidad que persiguiese⁶⁸. Ahora bien, su teoría principal, la teoría empírica, deriva precisamente su nombre de la incapacidad para determinar el elemento objetivo que permitía calificar a los actos políticos, optando por una simple enumeración⁶⁹ obtenida a partir de la reflexión teórica⁷⁰ y del análisis jurisprudencial⁷¹.

Laffitte, de 1 de mayo de 1822– alegando que traían causa en actuaciones de la Administración que no podían ser enjuicadas por tener un móvil político y, por tanto, no ser actos realmente administrativos. *Vid. ibídem*, págs. 30-31.

⁶⁵ *Vid.* G. DUFOUR, *Traité general de Droit Administratif appliqué con exposé de la doctrine et la jurisprudence*, De la Motte, Paris, 1854-1857, vol. V, pág. 128.

⁶⁶ Creemos que en este sentido ha de entenderse la idea de Duez de que una de las características de los “actos de gobierno” reside en que el juez no puede interpretarlo, sino que debe acudir a su autor para determinar su contenido. *Cfr.* Paul DUEZ, *Les Actes de Gouvernement*, *op. cit.*, pág. 17. En efecto, siendo el propio autor quien determina si un acto es administrativo o político, la interpretación auténtica cobra un sentido capital para el juez, ya que es la que determina su propia competencia.

⁶⁷ Puede considerarse que esta es la postura de Duguit al señalar que los actos políticos son los que proceden del Gobierno en su cualidad de órgano político. *Cfr.* Leon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, vol. II, pág. 308.

⁶⁸ *Cfr.* E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, L.G.D.J., Paris, 1989, vol. II, pág. 33.

⁶⁹ *Vid.* Maurice HAURIOU, *Précis de droit administrative et de droit public general*, Paris, 1911, págs. 77-78; *íd.*, *Precis de Droit administratif*, Paris, 1933, pág. 418.

⁷⁰ Esta postura sigue teniendo numerosos seguidores, en especial en Francia, donde resulta frecuente que el tratamiento de los actos políticos se limite a indicar que no pueden ser objeto de control judicial para, a continuación, enumerar sin más los actos considerados de tal naturaleza. Así, pueden verse a modo de ejemplo, Charles DEBBASCH, *Institutions et Droit Administratifs*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978, vol. II, págs. 221-226. También dentro de esta postura podría incluirse el análisis efectuado por René CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Paris, 1992, vol. I, págs. 693-705, quien engloba dentro de los actos políticos tres categorías: actos de gobierno (en el orden interno y en el orden

- *Teoría de la causa objetiva.* La iuspublicística italiana trató de hallar el objeto propio de los actos políticos, superando la simple enumeración, a través de la teoría de la causa objetiva. La característica propia de los actos políticos residiría en que suponían la suprema consideración del interés general del Estado en su unidad⁷². Esta idea, que abriría el camino a la concepción italiana del *indirizzo politico*, optaba por un centralismo de los actos políticos, al excluir la posibilidad de que éstos pudiesen proceder de órganos que no perteneciesen al Estado Central⁷³.
- *Teoría de la excepcionalidad.* A diferencia de las anteriores teorías, la de la excepcionalidad trató de reconducir la categoría del acto político al principio de legalidad. Se trataría de actos sometidos a la ley, puesto que sería ésta la que los previera para circunstancias excepcionales⁷⁴. El acto político se caracterizaría, pues, por tener por objeto una regulación en situaciones de anormalidad político-constitucional, tales como los estados de crisis. La teoría de la excepcionalidad era la más precisa de las teorías objetivas, y la que permitía identificar con mayor objetividad los actos políticos; pero, también por esa razón, circunscribió la categoría recién creada, otorgándole un campo de acción –las situaciones excepcionales– sumamente limitado.

5.1.3. Teorías de la aplicación normativa

45. Las *Teorías de la aplicación normativa* trataron en cierta medida de juridificar el acto político o, al menos, dar un fundamento jurídico a su existencia. Para ello, pusieron al acto político en relación con la función de aplicación de Derecho. Se trataría, pues, de una concepción relativa,

internacional), escrutinios políticos (elecciones) y actos parlamentarios (resoluciones, decisiones, delegaciones...). Esta clasificación en realidad no deja de ser una mera enumeración de actos, sin establecer un criterio objetivo para su calificación. Otro ejemplo en André de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1967 (4ª ed.), págs. 237-238.

⁷¹ Desde esta perspectiva no deja de haber una cierta similitud con el realismo jurídico. Si éste utiliza la jurisprudencia para determinar qué es Derecho, considerando como tal aquellas reglas jurídicas que previsiblemente va a aplicar el juez para resolver un conflicto, la teoría empírica examina qué actos no fiscalizan los jueces para calificarlos de “políticos”. En ambos casos, “ser” y “deber ser” se confunden, optando por una concepción sociológica más que jurídica.

⁷² Cfr. Oreste RANELLETTI, *Principii di Diritto Amministrativo*, op. cit., vol. I, pág. 341; Vezio CRISAFULLI, “*Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*”, op. cit., págs. 71-73; Alfonso TESAURO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Utet, Torino, 1961, vol. II, pág. 471; Giuseppe di GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull’atto politico. L’esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 166. Vid., como adscritos a esta postura, por ejemplo: Guido LANDI / Giuseppe POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 8.

⁷³ Oreste RANELLETTI, *Principii di Diritto Amministrativo*, op. cit., vol. I, pág. 343.

⁷⁴ Cfr. Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, op. cit., pág. 420.

en la que un acto no se definía de forma autónoma, sino que se calificaba o no de político según llevase a cabo o no una tarea de aplicación jurídica. Dentro de esta corriente podrían diferenciarse las siguientes posturas:

- *Teoría de los actos “extra iuris ordinem”*. Conforme a esta teoría, los actos políticos se caracterizarían precisamente por “ausencia de aplicación”. Un acto sería político cuando no aplicase ninguna norma, entendiendo que tal circunstancia tendría lugar cuando ese acto ni tan siquiera estuviese normativamente previsto⁷⁵. Los actos políticos serían, pues, “no Derecho”. Esta perspectiva suponía un nuevo cambio en la mentalidad jurídica liberal. En efecto, la idea liberal de separación entre un Estado identificado con la coacción física, y una Sociedad autorregulada había conducido en estadios anteriores a postular la limitación de la actividad estatal, que sólo debía acudir allí donde la Sociedad no pudiese autorregularse y fuese preciso garantizar la paz social. Una idea que alcanzó su máxima expresión con el principio de intervención mínima del Derecho Penal. La teoría de los actos “extra iuris ordinem”, sin embargo, alteraban esta imagen, al dar relieve jurídico a actos no jurídicos, no previstos en normas. Dicho en otros términos: la “ausencia de Derecho” dejaba de identificarse automáticamente con la existencia de ámbitos de autodeterminación social, porque había un “no-Derecho” procedente del Estado.
- *Teoría gradualista o de la máxima libertad*. Esta teoría propondría que la diferencia entre los actos administrativos y los políticos era exclusivamente una cuestión de grado, consistente en que los primeros suponían una aplicación más estricta de una norma, en tanto que los segundos implicaban una aplicación más laxa y, por consiguiente, más libre. De esta forma, sería posible llevar a cabo una graduación en la vinculación de los actos del Ejecutivo con la ley: máxima vinculación –actos administrativos reglados–, vinculación intermedia –actos administrativos discrecionales–, y mínima vinculación –actos políticos⁷⁶.
- *Teoría de la aplicación de reglas disyuntivas*. Entre las construcciones más interesantes del acto político se halla, sin duda, la teoría de la “aplicación de reglas disyuntivas”, por su intento de juridificar el acto político a partir de la distinción entre reglas categóricas y reglas disyuntivas. Según esta teoría, en tanto los actos administrativos suponían aplicación de reglas categóricas, los actos políticos implicarían la aplicación de reglas disyuntivas⁷⁷. Las reglas categóricas impedirían cualquier tipo de

⁷⁵ Cfr. Oreste RANELLETTI, *Principi di Diritto Amministrativo*, op. cit., págs. 297 y 300.

⁷⁶ Cfr. Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, op. cit., vol. I, págs. 4-5.

⁷⁷ Cfr. R. LAUN, *Les actes de gouvernement*, Presses Universitaires de France, Paris, 1931, págs. 70-78. La estructura de una regla categórica sería: Sujeto es Atributo. La estructura de

decisión, por más que permitieran una mínima libertad interpretativa cuando contuviesen categorías generales o conceptos jurídicos indeterminados. Por el contrario, las reglas disyuntivas permitirían un margen de apreciación al que respondería la categoría de acto político. En realidad, la diferencia entre “regla categórica” y “regla disyuntiva” no es sino la que existe entre “regla” y “principio”, de modo que esta postura consideraría que sólo son posibles los actos políticos allí donde se aplican principios jurídicos y, por tanto, se deja a la libertad del aplicador la decisión del grado de optimización que desea realizar.

- *Teoría de la aplicación constitucional.* Una última postura, ligó directamente los actos políticos a la Constitución, considerando que se trataba de aplicación directa de dicha norma. En tanto que los actos administrativos supondrían una aplicación de la ley (más vinculada, en el caso de los actos reglados, y más laxa, en el supuesto de los actos discrecionales), los actos políticos aplican directamente la Constitución⁷⁸. Si ésta se concibe como norma política, es evidente que el acto aplicador posee esta misma naturaleza, circunscribiéndose al sistema político. Si, por el contrario, la Constitución se considera ya como norma jurídica, el acto político tendría una naturaleza jurídica, residiendo su característica en sustraerse del principio de legalidad para aplicar directamente la Constitución. Una norma, no se olvide, cuyo contenido suele ser mucho más abstracto y genérico que el de las leyes, dejando, pues, un mayor margen de libertad decisora.

5.2. Las “political questions” en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas

46. La doctrina de los actos políticos no tuvo, sin embargo, un carácter exclusivamente europeo, puesto que también en Estados Unidos surgió una sólida doctrina al respecto que se ha desarrollado hasta la actualidad. A igual que en Europa, en Estados Unidos la idea de los actos políticos surgió como delimitación de la actividad judicial. A pesar de que allí se había consolidado un sistema de *judicial review*, con unas connotaciones desconocidas en Europa –ya que permitía el control de constitucionalidad de las leyes–, también los órganos jurisdiccionales norteamericanos sufrieron una merma de su objeto de enjuiciamiento a partir de la denominada teoría de las *political questions*⁷⁹.

una regla disyuntiva sería: Sujeto es o bien Atributo₁, o Atributo₂, o Atributo₃ (...), siendo el aplicador de la norma el que decide de entre las diversas posibilidades.

⁷⁸ Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, Recueil Sirey, Paris, 1920, vol. I, pág. 525. Una teoría hoy seguida en Francia, por ejemplo, por T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Fontemoing, Paris, 1987, vol. I, pág. 88.

⁷⁹ Actualmente un sector doctrinal propone que esta denominación se sustituya por la de *nonjusticiability*. Vid. John E. NOWAK / Ronald D. ROTUNDA / J. Nelson YOUNG, *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1986 (3ª ed.), pág. 101.

47. En efecto, ya desde fechas muy tempranas⁸⁰, la propia Corte Suprema empezó a apuntar la idea de que determinados actos resultaban ajenos a su control. El motivo de este *self restrain* residía en considerar que estos actos tenían básicamente una naturaleza política, que hacía más conveniente su resolución en instancias políticas –Jefe del Estado y Congreso– y no en los tribunales⁸¹. La teoría sobre la que se sustentaron las *political questions* en Estados Unidos fue, pues, básicamente la de la “naturaleza del acto”: existían actos que *objetivamente* poseían una naturaleza política, que excluía su enjuiciamiento⁸².

48. Esta teoría trató de revestirse de fundamentación jurídica y de conciliarse con la supremacía constitucional. Para ello, acudió a la idea de separación de poderes prescrita en la norma fundamental norteamericana: existiría una *political question* allí donde la propia Constitución reservase una decisión a un órgano político del Estado⁸³. A partir de ese momento, la jurisprudencia empezó a acotar los actos que se consideraban típicas *political questions*, en una línea muy aproximada a lo que en Europa vendía a definirse como “teoría empírica” de los actos políticos⁸⁴. Así, serían *political questions* aquellas referidas a

⁸⁰ De hecho, suele indicarse que esta teoría surge conjuntamente con la Sentencia *Marbury v. Madison*. Cfr. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988 (2ª ed.), pág. 96; Philippa STRUM, “*Political Question*”, en Leonard W. LEVY / Kenneth L. KARST / Dennis J. MAHONEY, *Encyclopedia of the American Constitution*, MacMillan Publishing, New York, 1990, vol. III, pág. 1420. Para Tribe, la emblemática Sentencia se encuadraría en una interpretación restringida de las “political questions”, conforme a la cual habría siempre una presunción de justiciabilidad de los casos *sub iudice* salvo que existiese expresa atribución constitucional del asunto a otro órgano del Estado.

⁸¹ Cfr. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, págs. 96-97. “But, fortunately for our freedom from political excitements in judicial duties, this court can never with propriety be called on officially to be the umpire in questions merely political. The adjustment of these questions belongs to the people and their political representatives, either in the State or general government”. *Luther v. Borden* (48 US. 1, enero de 1849).

⁸² Vid. Jesse H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1980, quien propone métodos alternativos al control judicial de relaciones interorgánicas, recurriendo en ocasiones a criterios tan manidos como el sistema de “controles recíprocos”, o a ideas políticas como la presencia de grupos de presión.

⁸³ Vid. *State of Georgia v. Stanton* (73 US 50, diciembre de 1867): “it means a question which the Constitution, or some valid law, intrusts exclusively to the one or both of the departments, commonly styled political”; *Oetjen v. Central Leather Co.* (38 S. Ct. 309, 11 de marzo de 1918); *Coleman v. Miller* (59 S.Ct. 972, 5 de junio de 1939); *Baker v. Carr* (82 S.Ct. 691, 26 marzo 1962); *Powell v. Mc Cormack* (89 S. Ct. 1944, 16 de junio de 1969). Las Sentencias citadas se han consultado en el *Supreme Court Reporter*, editado por West Group Co., St. Paul, actualizado a 2001.

⁸⁴ No debe desconocerse, sin embargo, que en Europa la teoría empírica fue de construcción básicamente doctrinal, en tanto que la teoría norteamericana de las *political questions* es de construcción jurisprudencial y se basa en su sistema de *stare decisis* característico. El intento de establecer unos “standars” conforme a los cuales apreciar la existencia de “political questions” se debe principalmente a la ya clásica sentencia *Baker v. Carr*. En ella se trató al menos de determinar algunos elementos comunes a los actos

cuestiones fronterizas⁸⁵; a la interpretación de la forma republicana de gobierno que la Constitución impone a los Estados federados⁸⁶ y cuestiones bélicas o asuntos exteriores⁸⁷.

49. Así visto, es fácil observar cómo gran parte de las *political questions* se refieren a conflictos derivados de la forma territorial del Estado y a la política militar y relaciones exteriores. O, dicho en otros, términos, cuestiones que afectan directa o indirectamente a la soberanía y forma de Estado de los Estados Unidos. Espacial relevancia presenta la consideración de que las decisiones bélicas y las relaciones exteriores integran esta categoría; y ello porque dichas competencias se han ido ligando estrechamente a la figura del Jefe del Estado a través de la doctrina jurisprudencial de los “poderes implícitos”. En efecto, como es de sobra conocido, las facultades del Presidente norteamericano se han ido incrementando a partir de una construcción jurisprudencial que ha otorgado al Jefe del Estado competencias más allá de las literalmente tasadas en la Constitución. La norma suprema concedería al Presidente una serie de poderes que, aun cuando no halla expresamente relatada en la Constitución, puede deducirse de su articulado⁸⁸. Tal circunstancia

considerados como “políticos” a efectos de facilitar su reconocimiento por el Juez: “It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question”. *Baker v. Carr* (82 S. Ct. 691, 26 de marzo de 1962).

⁸⁵ Sólo a modo de ejemplo, pueden consultarse las Sentencias: *Foster v. Neilson* (27 US. 253, enero de 1829); *Pollard’s Heris v. Kibbe* (39 US. 353, enero de 1840); *Doe v. Braden* (57 US. 635, diciembre 1853); *Dred Scott v. Sanford* (60 US. 393, diciembre de 1856); *State of Virginia v. State of West Virginia* (78 US. 39, diciembre de 1870).

⁸⁶ Por ejemplo, en *Luther v. Border* (48 US. 1, enero de 1849); *Mountain Timber Co. v. State of Washington* (37 S. Ct. 260, 6 de marzo de 1917): “It is urged that the law violates § 4 of article 4 of the Constitution of the United States, guarantying to every state in the Union a republican form of government. As has been decided repeatedly, the question whether this guaranty has been violated is not a judicial but a political question, committed to Congress, and not to the courts”.

⁸⁷ *Vid. Neely v. Henkel* (21 S. Ct. 308, 14 de enero de 1901); *Chicago v. Southern Chicago & Southern Air Lines, Inc., v. Waterman s.s. Corporation. Civil Aeronautics Board v. Same* (68 S. Ct. 431, 13 de abril de 1948); *Cincinnati Soap Co. v. U.S.* (68 S. Ct. 431, 13 de abril de 1948); *Clark v. Allen* (67 S. Ct. 1431, 9 de junio de 1947). En contra: *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (84 S. Ct. 923, 23 de marzo de 1964): “But this is far from saying that the Constitution vests in the executive exclusive absolute control of foreign affairs or that the validity of a foreign act of state is necessarily a political question”.

⁸⁸ *Vid. C. Perry PATTERSON, Presidential Government in the United States. The unwritten Constitution*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1947, en especial págs. 76 y ss.; Richard M. PIOUS, *The American Presidency*, Basic Books, New York, 1979 (primera edición de 1944), en especial págs. 41 y ss. En este último texto se describen las distintas vías interpretativas utilizadas por la Corte Suprema para incrementar los poderes presidenciales.

muestra cómo la Corte Suprema norteamericana ha ido adaptando la forma de gobierno a las situaciones políticas cambiantes, modulando la Constitución que, más que un texto formal y rígidamente concebido, pasa a concebirse como una *living Constitution*. Es curioso señalar cómo la Corte Suprema, por tanto, ha ido concediendo poderes militares y exteriores al Presidente a través de la mencionada doctrina jurisprudencial de los poderes implícitos, para, al mismo tiempo, negar su capacidad de fiscalizar esos mismos poderes, utilizando, para tal conclusión, la teoría de las *political questions*.

5.3. De los actos políticos a la actividad de gobierno

50. La primera abstracción de los actos políticos tuvo lugar al reunir éstos bajo lo que se denominó “actividad de gobierno”: identificados unos actos nuevos, no era de extrañar que se diera un paso más, tratando de subsumir una actividad que los englobara. Con la expresión “actividad de gobierno” se trataba de distinguir en el Gobierno la esfera meramente administrativa (de ejecución estricta) de las actuaciones libres y políticas. En este sentido, se revestía con una construcción más depurada la idea –primero ilustrada y después posrevolucionaria– de que la Administración no sólo ejecutaba, sino que también dirigía la política estatal.

51. Esta nueva construcción supuso un cambio muy apreciable en la forma de concebir orgánica y funcionalmente al Ejecutivo. Así, empezó a diferenciarse entre “Gobierno” y “Administración”⁸⁹, según las supremas instancias ejecutivas actuaran políticamente o lo hiciesen como órganos administrativos. La actuación era la que identificaba, calificaba o nominaba al órgano. Alejándose del Monismo Parlamentario, la función Ejecutiva dejaba de ser una tarea automática dirigida a llevar a efecto las leyes, para dividirse en diversas actividades caracterizadas por un mayor o menor margen de decisión. De este modo, dentro de la “Ejecución”, *lato sensu*, se podía diferenciar entre una actividad política o de gobierno, y una actividad administrativa⁹⁰. Incluso dentro de esta última, algunos autores llegarán a discernir entre la “alta administración” y la “administración estricta”⁹¹. En esta línea, Hauriou mencionaba que dentro de la ejecución cabía individualizar tres fases: preparación de las decisiones ejecutivas, adopción de las decisiones y ejecución estricta de ellas⁹².

⁸⁹ Vid. por todos A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, Recueil Sirey, Paris, 1927 (8ª ed.), págs. 38-39, donde define al Gobierno como el motor, y a la Administración como la maquinaria.

⁹⁰ En otras ocasiones variaba la terminología, hablándose de “actividad administrativa”, como función *lato sensu*, y distinguiendo, dentro de ella, una “actividad ejecutiva” y una “actividad política o de gobierno”. Cfr. Vezio CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, *op. cit.*, págs. 74-76.

⁹¹ Teoría seguida por Aldo M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, p. 16.

⁹² Cfr. Maurice HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, ¿1930?, pág. 431.

52. Existiendo una pluralidad de criterios para definir los actos políticos – según hemos visto– no es de extrañar que también fuesen varias las propuestas para definir la “actividad política o de gobierno”. En todo caso, estas definiciones optaron mayoritariamente por una “teoría objetiva”, dirigida a buscar elementos intrínsecos de dicha actividad, alejándose, pues, de concepciones subjetivas, que dejarían en manos del propio Ejecutivo la calificación de su actividad (teoría del móvil). Entre las posturas más significativas para definir la “actividad política o de gobierno” se hallan aquellas que la concebían como una dirección de los asuntos nacionales dirigida a la realización de los intereses generales⁹³. Una segunda definición utilizaría el criterio de la “excepcionalidad”, al considerar que la actividad política era aquella que desarrollaba el Gobierno en situaciones críticas o anormales⁹⁴. Resulta innegable la conexión de esta idea con la “prerrogativa” que había descrito Locke, e incluso con el *pouvoir neutre* de Constant. En ambos casos se trataba de hacer frente a conflictos institucionales o situaciones de excepción que no podían resolverse a través de la facultad legislativa. Finalmente, también se definió la actividad política como una ejecución directa de la Constitución⁹⁵, dentro de la cual habría que encajar, por ejemplo, los actos de relación fiduciaria entre los órganos constitucionales⁹⁶ (disolución parlamentaria, cuestión de confianza...).

53. Habiendo individualizado conforme a estos criterios la actividad de gobierno, estas teorías, sin embargo, siguieron considerando que ésta formaba parte de la función ejecutiva. Dicho en otros términos: se había identificado un nuevo conjunto de competencias del Gobierno y la

⁹³ Cfr. Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, op. cit., págs. 512 y 515. En la definición subjetiva de la Administración que brindaba Laband entendía que ésta estaba encargada de realizar el fin estatal de protección de los individuos y bienestar moral y material del pueblo, a través de acciones no determinadas por reglas jurídicas. Laferrière afirmaba que la actividad gubernamental se definía por su naturaleza intrínseca, consistente en tomar las medidas necesarias para gestionar los asuntos nacionales importantes. Cfr. Julien LAFERRIÈRE, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Éditions Domat, Montchrestien, 1947 (2ª ed.), págs. 1032-1033. Otto Mayer diferenciaba entre “administración” y “gobierno”, entendiendo por este último la “alta dirección, el impulso que parte del centro para hacer marchar los asuntos en el sentido de una buena política y del interés general”. Una actividad, además, que quedaba al margen del Derecho. Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1949, vol. I, págs. 5, 12 y 92. Una idea idéntica la reproduce Aldo M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., pág. 12.

⁹⁴ Según la profesora Garrido, ésta fue la primera concepción de Hauriou sobre la actividad gubernativa. Cfr. Nuria GARRIDO CUENCA, *El Acto de Gobierno*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, págs. 88-89. También parece ser ésta la opinión de Cammeo, que limita la actividad política a la solución de estas situaciones de necesidad. Cfr. Federico CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, edición manuscrita de La Litotipo, Dott. A. Milani, Padova, 1914, vol. I, págs. 58 y ss.

⁹⁵ Cfr. Cfr. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, op. cit., vol. I, pág. 525; Alfonso TESAURO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, op. cit., vol. II, pág. 10.

⁹⁶ Cfr. Vittorio Emanuele ORLANDO, “La giustizia amministrativa”, en V. E. ORLANDO (edit.), *Primo trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1932, vol. III, g pág. 909

Administración, pero no se encuadraron dentro de una nueva función autónoma de las restantes sino que se consideraron como una mera actividad incluida en la función ejecutiva. La teoría tripartita popularizada por Montesquieu seguía vigente. La argumentación para considerar que, a pesar de las notas específicas de la actividad política ésta seguía siendo función ejecutiva, se basaba bien en el órgano –procedencia del Gobierno, titular del poder ejecutivo–, bien en la forma jurídica que revestían muchos de los actos a través de los que se manifestaba –actos administrativos–⁹⁷.

54. Con ello, estas teorías llegaban a una antinomia: habían individualizado una serie de cometidos caracterizados por notas tales como la dirección e impulso, pero luego la acababan reconduciendo a la función ejecutiva, manteniendo, pues, la superioridad de la ley. Por este motivo, se movían en el difícil equilibrio de buscar un ámbito de actuación autónomo del Gobierno, y seguir manteniendo la vigencia del principio de legalidad. Para lograrlo, en vez de crear una nueva función estatal, redimensionaron las funciones ejecutiva y legislativa, ampliando la primera (otorgándole ámbitos de actuación autónomos) y reduciendo la segunda (ciñendo su objeto). Así, no toda la función ejecutiva supondría llevar a efecto la ley; sólo la “actividad administrativa” *stricto sensu* tendría este cometido, pero, por encima de ella, el Gobierno dispondría de una actividad al margen de la ley. Y es que, en efecto, la actividad de gobierno aparece desvinculada de la ley⁹⁸: así sucede cuando se concibe la actividad política como “ejecución directa de la Constitución”, pero también en las otras definiciones de la “actividad política” (como actividad excepcional o como dirección de los asuntos de interés general). Estas últimas consideraban la actividad política como una actividad “extra iuris ordinem”. En realidad, sustraerse de la ley equivalía, en efecto, a considerar esta actividad como “no Derecho”, en un momento en que la ley era la norma jurídica por excelencia, como consecuencia del primado del Monismo Parlamentario. Al reconocer, por tanto, que el Ejecutivo contaba con un ámbito de actuación más allá del Derecho, la ley tenía necesariamente que redimensionarse, y lo hacía suprimiéndose su “expansividad ilimitada”, esto es, su capacidad irresistible para regular cualquier materia. La actividad política presumía la existencia de ámbitos de decisión a los que la ley no alcanzaba; de este modo la ley perdía su reserva material general, y tendría que conformarse con las reservas particulares que le reconociera la Constitución. Sin embargo, es preciso señalar que este redimensionamiento de la ley no suponía destruir el principio de legalidad ni, con él, el Estado de Derecho. Y es que la actividad política

⁹⁷ Cfr. Enzo CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 46.

⁹⁸ Teorías más recientes tratan, ello no obstante, de someter también a la ley la actividad política, con lo cual la diferencia entre ésta y la actividad administrativa se diluye. *Vid.*, por ejemplo, Tullio ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 85, donde afirma que la política legislativa elabora los fines y medios de partida, en tanto que la “política administrativa” (donde se incluye la actividad política) elaboraría medios y fines sucesivos, secundarios o derivados.

era “*praeter legem*”, pero no “*contra legem*”, ni tan siquiera “*ante legem*”; la ley seguía siendo la norma superior en su ámbito material.

55. A pesar de que la teoría de la “actividad de gobierno” no llegó a formular la idea de una nueva función estatal, lo cierto es que supuso un paso más hacia la superación definitiva de la tripartita división de poderes trazada por Montesquieu y de la posterior identificación revolucionaria de “un órgano/una función”: si bien los jueces seguían ciñéndose a la función judicial, no podía afirmarse lo mismo del Parlamento y del Gobierno. El Parlamento no sólo legislaba, sino que aprobaba los Presupuestos –una actividad que, sobre todo desde Paul Laband adquirió una sustantividad propia–, en tanto que el Gobierno no se dedicaba sólo a ejecutar, sino que su función ejecutiva se escindía entre una actividad meramente administrativa y otra de gobierno. El paso definitivo para romper con la teoría popularizada por Montesquieu vendrá cuando la actividad de gobierno deje de ser una mera actividad y pase a ser una función más, como veremos en breve.

5.4. La negación jurídica de la actividad de gobierno: el normativismo

56. Las teorías de la “actividad de gobierno” aparecían contagiadas por un matiz claramente político que justificó su rechazo por el normativismo, en su búsqueda por una “Ciencia Pura del Derecho”. Las premisas sobre las que cimentó Hans Kelsen su Teoría del Estado explica tal rechazo. Para Kelsen, un Estado no sería más que la personificación de un ordenamiento jurídico soberano, es decir, autorreferencial, en el sentido de que no deriva su validez de ningún otro sistema normativo⁹⁹. Al ser el Estado un conjunto de normas, las funciones estatales sólo tendría sentido como actividades normativas. En este sentido, las tres funciones estatales tradicionales –legislación, ejecución y jurisdicción– podrían reducirse tan sólo a dos, puesto que el Derecho o bien se *creaba* (función de creación normativa) o bien se *aplicaba* (función de aplicación normativa)¹⁰⁰. La distinción, pues, entre jurisdicción y ejecución no sería más que orgánica¹⁰¹.

57. El positivismo normativista no sólo negaba la tripartición funcional trazada desde Montesquieu, sino que, además, rechazaba la separación de funciones, ya que esta disociación, que había respondido a causas políticas (garantía de la libertad), no podría sostenerse desde una perspectiva jurídica. Las funciones de creación y aplicación normativa se hallaban lógicamente unidas como consecuencia de la estructura jerárquica que presenta todo ordenamiento jurídico. Ello no significaba

⁹⁹ Cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, págs. 291 y ss.

¹⁰⁰ Esta conocida postura de Kelsen es tributaria de las teorías que había expuesto años antes el jurista alemán Hänel. Cfr. Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 368 y ss.

¹⁰¹ Cfr. Hans KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, págs. 303, 319, 323 y 325.

que todas las funciones estatales se reuniesen en un órgano (despotismo), ni que todos los órganos participasen limitadamente en funciones ajenas (teoría de los *checks and balances*). Antes bien, esa unión significaba que, en sentido lógico-jurídico, no era posible hallar aisladas entre sí las funciones de creación y aplicación normativa. Todo acto de poder público tendría un carácter bifronte, puesto que sería a la vez aplicación de Derecho, en cuanto su actuación estaba prevista normativamente, y creación normativa, en la medida que generaba una nueva norma¹⁰².

58. El hecho de que todo acto estatal supusiese a un tiempo aplicación y creación del Derecho fundamentaba la negación de la actividad de gobierno, por cuanto rechazaba dos de las premisas en las que tradicionalmente se había asentado su formulación. Si todo acto de poder público era aplicación de una norma previa, no tenía sentido hablar de actividades *extra iuris ordinem*: toda actuación de los órganos del Estado-aparato se fundamentaban jurídicamente. Pero, al mismo tiempo, en su faceta de creación jurídica, todas las actividades estatales, sin excepción, serían en algún aspecto libres, si por libertad se entiende el ámbito de decisión discrecional que admiten las normas que regulan la actuación de los poderes públicos. En efecto, no sólo el Gobierno actuaría con libertad –como pretendía gran parte de la doctrina francesa y alemana– sino que esta característica era igualmente apreciable en la actividad jurisdiccional que, lejos de estar perfectamente predeterminada, contaría con un haz de posibilidades decisorias¹⁰³. No había elementos, pues, para afirmar la existencia de la función de gobierno.

59. La diferencia, por tanto, entre la actuación de un juez y la de órganos que adoptan decisiones “políticas” (Gobierno y Parlamento) sería meramente cuantitativa¹⁰⁴, en la medida que la conducta del primero suele hallarse más predefinida en normas que de la de los segundos.

VI. LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE *INDIRIZZO POLITICO* EN EL FASCISMO

60. Con la doctrina de la “actividad de gobierno” se superó definitivamente la idea de que el poder ejecutivo se limitaba a llevar a efecto la voluntad legislativa. Los binomios que había sustentado el pensamiento liberal (legislación como “voluntad”, frente a la ejecución como “acción”) perdieron consistencia a favor de un nuevo dualismo *dentro del poder*

¹⁰² Cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, op. cit., págs. 244 y ss.

¹⁰³ Cfr. Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional, México, 1980, pág. 65; Hans KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, Blume, Barcelona, 1979, pág. 203; *Íd.*, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, Madrid, 1979 (15ª ed.), págs. 317-318; *Íd.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pág. 303; *Íd.*, *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Porrúa, México, 1987, págs. 435-443.

¹⁰⁴ Cfr. *ibídem*, pág. 442. *Íd.*, *Il primato del Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982, pág. 103.

ejecutivo: “gobierno” y “administración”. Sin embargo, la actividad libre del Gobierno siguió siendo parte de la función ejecutiva, no constituyendo, pues, una función autónoma. Habría que esperar al fascismo para que tuviera lugar el tránsito de la “actividad de gobierno” a la “función de gobierno”.

61. La iuspublicística fascista italiana acuñó por vez primera el concepto de *indirizzo politico* para referirse a una nueva función que, además, no se situaba en el mismo plano que las restantes, sino que actuaba como *prius*. Realmente la jerarquización de las funciones estatales no era ninguna novedad; de hecho, el pensamiento revolucionario francés había atribuido a la función legislativa una superioridad “natural” sobre la ejecutiva, ya que ésta no era posible sin aquélla. Incluso el positivismo normativista, con su distinción entre “creación” y “aplicación” del Derecho, asumiría después esta superioridad “lógica” del momento creativo. Gran parte de la teoría de la “actividad de gobierno” había tratado, sin embargo, de equilibrar estas funciones, al reconocerle un margen de libertad *extra iuris ordinem* al Ejecutivo. De este modo, había tratado de situar las funciones estatales una relación horizontal, como había propuesto Montesquieu. Con el nacimiento de la “función de gobierno” esta última postura vuelve a retroceder, de modo que puede afirmarse que la teoría de la “actividad de gobierno”, nacida para equilibrar las fuerzas Parlamento-Gobierno, acabó sirviendo a los teóricos del fascismo de plataforma para afirmar la superioridad de una nueva función.
62. En efecto, las teorías fascistas asumieron la idea de que el Gobierno contaba con un ámbito político de actuación propia, al margen de la ley, pero desprendieron este ámbito de la función ejecutiva y le asignaron el rango de función autónoma. La función de *indirizzo politico* consistiría en la libre determinación de los fines estatales, impulsando y coordinando el resto de funciones, lo que justificaba su superioridad. El *indirizzo politico* era, pues, una función activa, de hecho la más activa de las funciones, pero, además, era una función *ordinaria*, ya que ninguna de las restantes funciones del Estado podía desarrollarse si le faltaba este impulso primario. De esta forma, el *indirizzo politico* nada tenía que ver con el *pouvoir neutre* que Schmitt trató de rescatar como función de “desbloqueo” y de defensa de la Constitución¹⁰⁵.
63. El concepto de *indirizzo politico* servía perfectamente al fascismo porque los elementos de “unidad” y “coordinación” intrínsecos a su definición respondían a la identidad del Estado fascista: un Estado *unitario y total* (“Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”¹⁰⁶) y a la vez *orgánico o corporativo*, y, en este sentido, necesitado de coordinación y unificación. Para la teoría jurídico-política del fascismo el

¹⁰⁵ Cfr. Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 213 y ss.

¹⁰⁶ Benito MUSSOLINI, “III aniversario de la Marcha sobre Roma” (28 de octubre de 1925), en Benito MUSSOLINI, *El espíritu de la Revolución Fascista*, Edición Informes, Mar del Plata, 1976, pág. 217; *Íd.*, “El discurso de la Ascensión” (26 de mayo de 1927), en *ibidem*, pág. 219.

Estado tenía una voluntad propia, era *pensamiento*, antes de ser función ejecutiva, legislativa o judicial¹⁰⁷ y precisamente la función de gobierno expresaba este pensamiento. Las clásicas funciones estatales no eran, por tanto, más que manifestaciones “secundarias” de la auténtica voluntad estatal que materializaba la “verdadera” función del Estado: la función de *indirizzo*.

64. Esta relación directa de la función de gobierno con el “pensamiento” del Estado determinaba la mencionada estructuración vertical de las funciones estatales que, a su vez, se plasmaba en la correspondiente jerarquía de los órganos constitucionales. Si no era posible hablar de equilibrio funcional, tampoco había lugar a equiparar a los órganos constitucionales. Antes bien, aquel que fuese titular de la función de *indirizzo* asumiría una posición de supremacía sobre los restantes. A la hora de determinar el titular de esta función, el pensamiento fascista partió de la crítica a la posición dominante del Parlamento que habían sustentado los liberales; una crítica ya avanzada en Alemania por Carl Schmitt en términos absolutos¹⁰⁸. Basándose en un joven Mortati, Sergio Panunzio anunciaba categóricamente que “*si hay un órgano incapaz de realizar la coordinación, la unidad de todas las fuerzas de la Nación, de interpretar las necesidades generales, de instaurar la dirección política nacional desde una perspectiva sintética, superior e ideal, y no aritmética y proporcional, este órgano es, precisamente, el Parlamento*”¹⁰⁹. La discusión, auténtica piedra basilar del régimen representativo liberal, no sólo no beneficiaba, sino que obstaculizaba la unidad, de modo que el concepto mismo de oposición resultaba pernicioso¹¹⁰. No hace falta precisar que el fascismo propuso en lugar del Parlamento y su discusión pública un “régimen de Jefe del Gobierno”¹¹¹ en el que éste asumía la función de dirección política estatal.

¹⁰⁷ Cfr. Sergio PANUNZIO, “*Leggi costituzionali del regime*”, en *Íd.*, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Bonacci Editore, Roma, 1987, pág. 239.

¹⁰⁸ Cfr. Carl SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 29-65.

¹⁰⁹ Sergio PANUNZIO, “*Leggi costituzionali del regime*”, *op. cit.*, págs. 250-251.

¹¹⁰ “*Tenemos el mérito de haber hecho del Gobierno una cosa viva, palpitante, operante en el seno de la sociedad nacional; no el Gobierno abúlico y amorfo que se deja calumniar e insultar en una especie de duelo ridículo, en el que la oposición, sagrada e intangible, posee todos los derechos, mientras el Gobierno tendría el único deber de construir un cómodo e indulgente tiro al blanco*”. Benito MUSSOLINI, “*Año nuevo*” (3 de enero de 1924), en *Íd.*, *El espíritu de la Revolución Fascista*, *op. cit.*, pág. 216. El Gobierno, insistía el Dictador italiano, había dejado de ser un “*mero instrumento ejecutivo de la Asamblea*”, para estar dotado de “*toda la dignidad que compete a quien representa la personalidad del Estado, y la plenitud de su potestad de imperio*”. *Íd.*, “*Una consigna*” (22 de diciembre de 1928), en *ibídem*, pág. 220.

¹¹¹ La expresión es del propio Sergio PANUNZIO, “*Leggi costituzionali del regime*”, *op. cit.*, pág. 249. Como afirma Donati, esta concentración de poder en el Ejecutivo, que aparecía como coordinador y unificador de toda la acción estatal, se apoyaba en el carácter representativo del Estado que se atribuía al Jefe del Ejecutivo. Cfr. Donato DONATI, “*Divisione e coordinamento dei poteri nello Stato Fascista*”, en *Scritti di Diritto Pubblico*, vol. II, CEDAM, Padova, 1966, págs. 377 y ss.

65. Sin embargo, el Jefe del Gobierno ejercía la dirección política estatal no sólo en su cualidad de presidente del Ejecutivo, sino también por su carácter de dirigente del Partido. El fascismo estableció un sistema monopartidista al que subyacía una concepción institucional del ejercicio del derecho de asociación, que quedaba circunscrito a la realización de los fines estatales. Estos fines venían a coincidir con los fines del Partido, en atención a la Teoría del Estado fascista. En efecto, la relación Partido-Estado se asimila a la relación liberal-democrática Pueblo-Estado. Para esta última, el Pueblo –dotado de existencia real en cuanto suma de individuos– *preexiste* al Estado, y es en realidad quien le da origen¹¹². Pero, una vez creado el Estado, el pueblo se sujeta a éste, es decir, pasa de ser sujeto constituyente a ser sujeto constituido, de ser fuente del ordenamiento, a ser sujeto gobernado¹¹³. En realidad, el pueblo soberano “dentro del ordenamiento”¹¹⁴ adopta sus decisiones como un órgano –el Cuerpo Electoral–, que no es más que un órgano constitucional. Una relación muy pareja se entablaba entre Partido y Estado según el pensamiento fascista: el Partido precedía y creaba al Estado, pero, una vez formado éste, se convertía en un órgano estatal¹¹⁵. La determinación del *indirizzo politico* le correspondía entonces a este órgano que, ejerciendo la más relevante función estatal, ostentaba una supremacía sobre el resto. En realidad, el propio Estado estaba impregnado del *indirizzo* que inicialmente le hubiera impreso el Partido en su formación; pero, además, el Partido era el que mantenía la unidad del Estado y establecía su rumbo político¹¹⁶.

66. Con esta concepción, las teorías políticas fascistas habían construido una nueva función estatal, a la que habían colocado por encima de las restantes, precediéndolas, dándoles impulso y coordinándolas. La más

¹¹² Cfr. Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, *op. cit.*, vol. I, págs. 11 y ss.

¹¹³ Esta idea viene a reproducirla en términos generales Joaquín VARELA SUANZES, “*Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española*”, en V.V.A.A., *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, págs. 54 y ss.

¹¹⁴ Cfr. Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, “*Elecciones y Estado democrático de Derecho*”, en *ibidem*, págs. 83 y ss.

¹¹⁵ Cfr. Sergio PANUNZIO, “*Il concetto dello Stato-Partito*”, en *id.*, *Il fondamento giuridico del fascismo*, *op. cit.*, págs. 268-269. Costantino MORTATI, “*Il partito nello Stato*”, en *Raccolta di Scritti*, vol. IV: *Problemi di Politica Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 509. El mismo artículo en: Vezio CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 236-238. Contra la calificación del Partido como un órgano del Estado se pueden hallar algunos textos doctrinales de la época. Así, Garófalo, que mantenía una concepción todavía próxima a los esquemas liberales, no mencionaba al Partido. Cfr. Pietro GARÓFALO, *Principios del Derecho Constitucional y organización política del Estado Fascista Italiano*, Góngora, Madrid, 1934. Por su parte, Feroci rechazaba expresamente que el Partido Fascista fuese un órgano del Estado. Se trataría, por el contrario, de un órgano del régimen, con una personalidad jurídica propia y una función subsidiaria a la estatal, consistente en difundir y promover los valores políticos fascistas. Cfr. Virgilio FEROCI, *Istituzioni di Diritto Pubblico secondo la vigente legislazione fascista*, Ulrico Hoepli, Milano, 1936, págs. 157-159.

¹¹⁶ Cfr. Sergio PANUNZIO, “*Leggi costituzionali del regime*”, *op. cit.*, págs. 252 y 258; *id.*, “*Il concetto dello Stato-Partito*”, *op. cit.*, págs. 263, 264 y 272.

relevante de las funciones, porque sólo a través de ella se expresaba y mantenía la unidad del Estado.

67. A pesar de que las doctrinas totalitarias socialistas llegasen a la misma preeminencia del Partido, en ellas está ausente la función de *indirizzo* en los términos descritos. A diferencia del Fascismo, para los sistemas puramente socialistas el Partido único no es un órgano del Estado, sino un órgano político. El Estado es un mero instrumento del Partido que se encarga de juridificar las decisiones que éste haya adoptado previamente. Algo, por otra parte, plenamente congruente con la idea marxista de que el Estado es sólo una situación transitoria: el Partido, pues, no es un órgano estatal, porque aquél es imprescindible, y éste constituye una situación superable. El resultado es evidente: en el Fascismo la función de gobierno sería una función *jurídica*, porque procedía de un órgano del Estado (el Partido), en tanto que en los regímenes socialistas no puede tener este carácter porque es *previa* a la juridificación, es decir, es una decisión política, adoptada por un órgano político, que posteriormente se juridifica a través de los órganos estatales.

VII. LA FUNCIÓN DE GOBIERNO EN EL DEBATE DEMOCRÁTICO

7.1. La reformulación democrática de la función de gobierno¹¹⁷

7.1.1. Las nuevas formulaciones de la función de gobierno

68. A pesar de que el concepto de *indirizzo politico* surgió ligado al pensamiento fascista italiano, las posibilidades del concepto, y la propia raigambre que había alcanzado, supuso un acicate para tratar de adaptarlo a las democracias del siglo XX. Básicamente sería la doctrina italiana la encargada de ese cometido –aunque, como veremos enseguida, Rudolf Smend en Alemania llegó a concepciones bastante similares–. Sin embargo, dos eran los problemas básicos para retomar el concepto de *indirizzo politico*: por una parte, desviarlo de los postulados fascistas, buscando su democratización; por otra, enfrentarse a las críticas del positivismo, defendiendo su juridificación. El primer problema se solventó, básicamente, cambiando la titularidad del *indirizzo politico*, que pasó a quedar en las manos de la mayoría democráticamente elegida; la segunda cuestión, por su parte, trató de superarse relacionando el objeto del *indirizzo politico* directamente con la Constitución: la función de *indirizzo* supondría, o bien la *ejecución de la Constitución material* (rechazo del formalismo), o bien la adopción de decisiones en *ausencia de previsiones constitucionales (praeter constitutionem)*¹¹⁸. Para la Teoría de la Constitución, una y otra manera

¹¹⁷ Para un análisis más detenido de las cuestiones que se abordan en este punto, *vid.* Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2003.

¹¹⁸ Ambas teorías tenían precedentes no sólo en las concepciones de Mortati, sino en las propias teorías del acto político. Así, tal y como se ha visto, entre las teorías de la “aplicación

de entender el *indirizzo politico* traía consecuencias bien distintas, puesto que la primera suponía incrementar la juridicidad de la Constitución (Material) en tanto que la segunda implicaba reducir su eficacia vinculante.

7.1.1.1. La función de gobierno como ejecución de la Constitución Material

69. De ambas teorías, cobra especial importancia aquella que ve en la función de gobierno una ejecución de la Constitución Material, ya que ha adquirido un protagonismo de primer orden en la posterior iuspublicística italiana. Esta Constitución Material presupone que el sistema jurídico resulta condicionado por elementos procedentes de su entorno social y político, que acaban por determinar la validez misma del Derecho positivo¹¹⁹. Y esta forma de concebir la norma fundamental condiciona el significado de la función de gobierno.

70. Una primera concepción de “función de gobierno” adscrita a esta postura permitiría nominarlo como *indirizzo de integración*, habida cuenta de las finalidades que persigue. Para esta dogmática, la Constitución no es sólo un grupo de normas escritas y, por tanto, estáticas, sino un conjunto normativo que cumple el objeto de integrar los valores y la vida espiritual de un Estado dinámico, en continuo proceso de formación y definición¹²⁰. La eficacia integradora de la Constitución no reside en su carácter de documento estático, sino en la “dinámica constitucional” a la que precisamente se “abren” las prescripciones constitucionales abstractas¹²¹. La Constitución se limita, entonces, a regular aquellos mecanismos a través de los cuales se realizará la función integradora: los órganos (integración subjetiva), las funciones estatales (integración funcional) y las cuestiones materiales de diversa índole (integración objetiva)¹²². La función de gobierno forma parte de esa “dinámica constitucional”, cumpliendo el cometido de “integración funcional” o

normativa” un sector pretendía que los actos políticos eran ejecución directa de la Constitución. La teoría italiana del *indirizzo* como ejecución constitucional parte de esta misma hipótesis, si bien lo que se ejecuta es la Constitución material, y no la formal. En segundo lugar, también hemos señalado en su momento que determinadas teorías del acto político lo justificaban como acto “en ausencia de norma”, a igual que parte de la doctrina italiana consideró la función de gobierno como “ausencia de Constitución”.

¹¹⁹ Sobre los distintos significados que se da al concepto “Constitución Material”, *vid.* Sergio BARTOLE, “*Costituzione Materiale e Ragionamento Giuridico*”, en V.V. A.A., *Scritti su: Le fonti normative e altri temi di vario Diritto*, in *Onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, vol. II, pág. 53, donde menciona tres posturas sobre la Constitución material: equivalente a “Constitución viviente”, esto es, al estado presente de las instituciones en un ordenamiento dado; como decisión política fundamental; o, en fin, como valores y selecciones políticas adoptadas por las fuerzas políticas preponderantes.

¹²⁰ *Cfr.* Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, C. E. C., Madrid, 1985, págs. 57-66, y 134. La crítica del positivismo normativista a esta forma de concebir el Estado puede verse en Hans Kelsen, *El Estado como integración*, Tecnos, Madrid, 1997, especialmente págs. 74 y ss.

¹²¹ *Cfr.* Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, *op. cit.*, págs. 135-136.

¹²² *Cfr. ibídem*, págs. 70 y ss., y pág. 144.

actualización de la “sustancia espiritual” de la comunidad¹²³. En este sentido, la función de gobierno también es “ejecución constitucional”, aunque entendiendo el término “ejecución” en un sentido amplio: no supone una mera realización automática de las prescripciones constitucionales, puesto que éstas se remiten a la dinámica constitucional. “Ejecutar” significa aquí llevar a efecto la dinámica constitucional prevista en las disposiciones de la norma magna, integrando el entramado axiológico social a fin de que la Constitución logre cumplir su función integradora del Estado.

71. El cometido “ejecutor” de la Constitución material también ha hallado una amplia repercusión en la doctrina italiana a partir del concepto de *Costituzione in senso materiale* acuñado por Costantino Mortati. Para esta doctrina, la Constitución material posee una dimensión objetiva y otra subjetiva¹²⁴. La primera comprendería el fin o conjunto de fines que constituyen la unidad y permanencia del ordenamiento jurídico, unificando las conciencias de los miembros de la sociedad, en tanto que la segunda haría referencia al conjunto de fuerzas sociales y políticas dominantes que expresan esos valores, aseguran su realización y promueven su estabilidad¹²⁵. De hecho, la Constitución formal no sería más que un instrumento a través del cual esas fuerzas procurarían la estabilidad de la Constitución material¹²⁶.

72. La dimensión objetiva de la Constitución material consiste, por tanto, en una norma finalista, una “decisión política fundamental”¹²⁷ sobre la

¹²³ Cfr. *ibídem*, págs. 80 y 161.

¹²⁴ Cfr. José Joaquim GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*, op. cit., pág. 1014.

¹²⁵ Cfr. Costantino MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998, págs. 67 y ss.; *íd.*, “La Costituente. La Teoria. La Storia. Il Problema Italiano”, en *id.*, *Raccolta di Scritti*, vol. I: *Studi sul potere costituente dello Stato*, op. cit., pág. 26. Vid. también Franco MODUGNO, “Il concetto di Costituzione”, en V.V.A.A., *Scritti in onore id Costantino Mortati. Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. I, págs. 205 y 224-225. En la misma línea: Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale*, vol. I (*Il sistema delle fonti del Diritto*), UTET, Torino, 1987, pág. 25.

¹²⁶ Cfr. *ibídem*, pág. 27; Costantino MORTATI, “Concetto, limite, procedimento della revisione costituzionale”, en *id.*, *Raccolta di Scritti*, vol. II: *Scritti sulle fonti del Diritto e sull'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 15; *íd.*, “Dottrine generali sulla Costituzione”, en *ibídem*, págs. 130, 132 y 142. La preocupación por la estabilidad del sistema jurídico-político en Mortati se plasmó en diferentes aspectos de su teoría constitucional; así, son evidentes en los límites a la reforma de la Constitución (cfr. *infra*), pero también en su opción por el parlamentarismo racionalizado, una vez superado el Estado fascista. Cfr. Augusto BARBERA / Stefano CECCANTI, “La lenta conversione maggioritaria di Costantino Mortati”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1995, págs. 72-73.

¹²⁷ En este punto, la influencia de Carl Schmitt sobre el concepto de “Constitución Material” de Mortati es evidente. No puede olvidarse que para Schmitt la “Constitución en sentido positivo” contenía una “decisión total” sobre la unidad política. Cfr. Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 45-50. Sobre la influencia de Schmitt en Mortati vid. Fulco LANCHESTER, *Momenti e figure nel Diritto Costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 1994, págs. 73-75; Sergio STAMATTI, “La riflessione sulla Costituzione in senso materiale: l'opera di Costantino Mortati nel periodo dello Stato Autoritario”, *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 9-10, 1990, pág. 2949.

unidad del Estado que, una vez adoptada, se convierte en intangible¹²⁸. Ahora bien, tal prescripción finalista está formulada en términos generales y abstractos¹²⁹ que necesitan concretarse en cada momento por las fuerzas políticas dominantes. Tal menester corresponde a la función de *indirizzo politico*, que no es sino la actuación progresiva y contingente del fin fundamental del Estado, concretándolo, adaptándolo y completándolo¹³⁰. En definitiva, la función de gobierno se convierte en una actividad de ejecución de la Constitución material¹³¹, llevada a cabo a través de directivas que concretan los fines constitucionales y que están dotadas de auténtica fuerza normativa¹³².

73. Este carácter de ejecución constitucional de la función de gobierno explica que asuma caracteres propios de la misma Constitución que lleva a efecto, a saber, la *unidad* y la *superioridad*. Así, el *indirizzo politico*, en cuanto ejecuta el fin unitario estatal, sirve a esa misma unidad y es, por tanto, una función *unificadora*, algo que la diferencia del resto de funciones estatales, que se caracterizarían por su autonomía recíproca¹³³. La función de *indirizzo* realiza este cometido “unificador” a través de un impulso primario y una coordinación del resto de funciones estatales¹³⁴, reconduciendo la diversidad a unidad. Al mismo tiempo, la función de gobierno, en cuanto ejecutora de la Constitución, es previa y

¹²⁸ Sobre la normatividad e intangibilidad del fin general establecido en la Constitución Material, *vid.* Costantino MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, *op. cit.*, págs. 85 y ss.; *íd.*, “*La Costituente. La Teoria. La Storia. Il Problema Italiano*”, *op. cit.*, pág. 22; *íd.*, “*Dottrine generali sulla Costituzione*”, *op. cit.*, págs. 92, 191-195 y 221 y ss.**

¹²⁹ *Cfr.* Costantino MORTATI, “*Interventi alla Costituente*”, en *id.*, *Raccolta di Scritti*, vol. I: *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, *op.cit.*, pág. 682; *íd.*, “*Dottrine generali sulla Costituzione*”, *op. cit.*, pág. 151.

¹³⁰ *Cfr.* Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1975, vol. I, págs. 332-333; *ibídem*, vol. II, págs. 642-643; *íd.*, *La Costituzione in senso materiale*, *op. cit.*, pág. 145.

¹³¹ En esta misma línea interpreta Dogliani el pensamiento de Mortati. *Cfr.* Mario DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel Diritto Costituzionale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1985, págs. 224 y ss. La idea de “ejecución constitucional” bajo una dogmática de Constitución material también la asumió Loewenstein. Para el autor alemán, la Constitución contendría una “decisión política fundamental”, que a continuación sería llevada a efecto a través de un cometido de “ejecución de la decisión política fundamental”, que comprendería las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Aunque no se refiere expresamente a la función de gobierno, es fácil deducir que esta “ejecución de la decisión política fundamental” que reúne las tres clásicas funciones estatales puede reconducirse a aquel concepto. *Cfr.* Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 62, 66-68.

¹³² *Cfr.* Costantino MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, *op. cit.*, pág. 147; *íd.*, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, *op.cit.*, vol. I, pág. 332; *íd.*, *L'ordinamento del Governo nel nuovo Diritto Pubblico Italiano*, Giuffrè, Milano, 2000, págs. 9 y ss.

¹³³ *Cfr.* sobre este punto las acertadas apreciaciones de Maurizio FIORAVANTI, “*Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione – Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*”, *Quaderni Fiorentini Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 33 (“*Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*”), Giuffrè, Milano, 1990, págs. 123, 124, 133-137.

¹³⁴ *Cfr.* Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, *op. cit.*, vol. I, pág. 332.

superior al resto de funciones estatales, que reciben su impulso primario a través del *indirizzo politico*¹³⁵.

74. En definitiva, para las concepciones de Constitución material aquí referidas la función de gobierno adquiere una relevancia de primer orden, ya que cumple precisamente la tarea de ejecutar el contenido de esa Constitución que, a su vez, es garantía de la unidad nacional subyacente al Estado. No es de extrañar que, partiendo de un concepto de Constitución que da acogida a elementos axiológicos, políticos y fácticos, se considere que la función estatal más relevante es precisamente la de dirección política, esto es, una función dotada de un claro contenido político. De hecho, igual que la Constitución formal se sujeta a la Constitución material, las “clásicas” funciones estatales dotadas de innegable juridicidad –legislación, ejecución y jurisdicción– se someten a la función de gobierno. Pero ello no debe llevar a equívocos: la Constitución material posee verdadero valor normativo¹³⁶, y del mismo modo la función de gobierno se entiende como función jurídica. Por otra parte, estas teorías quiebran con la paridad de las funciones estatales y vuelven, en cierta medida, a las concepciones monistas de preeminencia de una función (legislativa, en el caso del monismo parlamentario, administrativa en el supuesto de las teorías fisiocráticas y cameralistas)¹³⁷, como consecuencia de que a su través se simboliza y reconduce la unidad del Estado o de la Nación.

7.1.1.2. La función de gobierno como función “*praeter constitutionem*”

75. Si para la teoría que acaba de señalarse la función de gobierno se caracteriza por su cariz “ejecutor” (de la Constitución material), otro sector la define precisamente como “no ejecución”: el *indirizzo politico* presupone ausencia de norma, de modo que podría definirse en términos negativos¹³⁸. La función de gobierno sería, pues, una función *praeter constitutionem*.

76. No es difícil concluir que esta teoría se relaciona directamente con la antigua idea de la actividad política concebida como actividad “*extra iuris ordinem*”. A igual que ésta, en ambos casos se trata de concebir una

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*, págs. 332-333 y 335.

¹³⁶ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale*, op. cit., vol. I, pág. 26.

¹³⁷ Así, el *monismo parlamentario* entendía que la función preeminente era la legislativa porque la ley expresaba la voluntad unitaria de toda la Nación. El *Despotismo Ilustrado* veía en la función administrativa el más relevante cometido estatal porque servía para dirigir al Estado conforme al interés común.

¹³⁸ Cfr. Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pág. 230, donde califica de “poder político” del Estado en términos de exclusión, esto es, como aquel que no ejecuta. Cfr. también Georges BURDEAU / Francis HAMON / Michel TROPER, *Droit Constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1997 (25ª edición), pág. 144. En un sentido parecido parece pronunciarse Ranelletti al hablar de la actividad administrativa como actividad libre de normas. Para Ranelletti, la Administración cuenta con un ámbito propio de libertad aun cuando no esté reconocido en normas. Cfr. Oreste RANELLETTI, *Principi di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1915, vol. I, págs. 295, 297, 300 y 302.

manifestación de poder público (actividad en el primer caso, función en el segundo) ajena a las normas. Si la idea de actividad política “*extra iuris ordinem*” suponía desvincular la actuación del Ejecutivo de la ley, la idea de función de gobierno “*praeter constitutionem*” implica desvincularla de la misma Constitución. Dicho en otros términos, la primera teoría supondría una excepción al principio de legalidad, en tanto que la segunda implica una excepción al principio de juridicidad. La distinta fuente normativa de la que se desvinculan respectivamente la actividad política –la ley– y la función de gobierno –la Constitución– es consecuencia de la progresiva juridificación de la política. En efecto, en el siglo XIX europeo la ley seguía siendo la norma jurídica por excelencia, como herencia del liberalismo, de modo que una actividad sería “política” al desvincularse de dicha fuente; cuando, en el siglo XX, la Constitución formal alcanza juridicidad y, aún más, supremacía jurídica, la desvinculación del Derecho sólo es posible desligándose de la propia Constitución.

77. Ahora bien, la “ausencia” de norma constitucional utilizada por la teoría de la función de gobierno “*praeter constitutionem*” no supone, sin embargo, un vacío jurídico absoluto: la Constitución regularía al menos los aspectos procedimentales, aunque no los fines políticos, que quedarían en manos de los poderes constituidos¹³⁹. A diferencia de lo que ocurriría con el positivismo normativista, para esta concepción el ejercicio de los procedimientos constitucionales no supone auténtica “ejecución” constitucional, ya que ésta sólo puede afirmarse de la realización de los contenidos materiales de la norma magna. Dicho en otros términos, sólo podría denominarse “ejecutar” a la aplicación de la parte dogmática de la Constitución, no de la parte orgánica.

78. A pesar de esta desconexión del *indirizzo politico* con las normas jurídicas, aquel todavía preserva en esta teoría una cierta vinculación a fines predefinidos y una connotación unitaria, como sucedía en las teorías que lo concebían como ejecución constitucional. En efecto, la función de gobierno no se hallaría sujeta a ningún fin jurídicamente predeterminado, pero sí estaría al menos dirigido a la consecución del interés general del Estado¹⁴⁰, lo cual ya supone una orientación teleológica, aunque en este caso metapositiva. Por esta misma razón, al referirse al conjunto de la entidad estatal, el *indirizzo politico* se mantenía como un concepto unitario. Lógicamente, la vinculación del *indirizzo politico* a un concepto no jurídico, como es el interés general, incrementa su margen de libertad decisoria.

¹³⁹ Cfr. Carlo LAVAGNA, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, UTET, Torino, 1979 (4ª edición), págs. 516 y 761;

¹⁴⁰ Cfr. Maurice HAURIU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid, ¿1930?, pág. 373; Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, pág. 467. Las palabras de Jellinek son sumamente claras: “Sobre la dirección de la actividad que da al Estado el Gobierno, jamás puede decidir una regla de Derecho”.

7.1.2. La idea del “indirizzo” como función vertical (el legado de la Constitución Material)

79. Como se ha mencionado, la idea mortatiana de que el *indirizzo politico* actuaba como ejecución directa de la Constitución Material tuvo un extraordinario éxito, sobre todo (aunque no exclusivamente) en la doctrina italiana. La supremacía de esta Constitución impregnaba la propia función de *indirizzo*, de modo que ésta acababa por convertirse en un cometido superior a las restantes funciones estatales, lo que condujo a una idea “vertical” del *indirizzo*: éste no se hallaría al mismo nivel que las demás funciones, sino que las precedería, hasta el punto de que entre aquélla y éstas se entablaría una relación prácticamente causal. La “precedencia” del *indirizzo politico* cabe entenderla, sin embargo, desde distintos puntos de vista que pueden ser complementarios entre sí: puede tratarse de una precedencia *temporal*, *jerárquica* o *metapositiva*. En efecto, una primera posibilidad supondría considerar que el *indirizzo politico* precede en el tiempo a las demás funciones estatales¹⁴¹, del mismo modo que la ley ha de preceder en el tiempo a su ejecución. Sin una decisión política, ninguna de las restantes funciones estatales podrían actuarse; sólo cuando se toma la decisión (función de gobierno) se puede crear una norma que la contenga (legislación), ejecutar dicha norma (ejecución) o aplicarla a través de resoluciones potencialmente irrevocables (jurisdicción). La precedencia puede ser también *jerárquica*, lo que supone considerar que no sólo es anterior a las funciones estatales (jerarquía lógica), sino que éstas quedan vinculadas al contenido de la decisión que se adopte (jerarquía formal)¹⁴². En definitiva, la función de gobierno no sólo sería previa, sino también “superior” a las demás. Finalmente la precedencia puede ser *metapositiva* si se entiende que la función de gobierno hace referencia al entramado de operaciones psicológicas y reflexiones políticas, de índole no jurídicas, que son anteriores a la producción normativa¹⁴³. Esta verticalidad metapositiva no tiene por qué estar unida a las otras dos formas de concebir la verticalidad: si tal unión existe, la función de gobierno será una función meramente política, aunque previa a las jurídicas y superior jerárquicamente; si no se produce dicha unión, puede considerarse que la función de gobierno es una verdadera función jurídica que precede a las restantes temporal y jerárquicamente.

80. Habida cuenta de la posición prevalente que se otorga a la función de gobierno, las teorías del *indirizzo vertical* suelen concluir que se trata de una función *unitaria*, de *titularidad individual* y que se expresa a través de *actos característicos*. En efecto, si la función de gobierno precede a las restantes, ello es consecuencia de que aparece como un impulso primario que trata de unificar y sujetar a una idéntica dirección al resto

¹⁴¹ Vid. por todos Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, op. cit., vol. I, pág. 332; Vezio CRISAFULLI, “Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico”, op. cit., págs. 73 y 79.

¹⁴² Cfr. Costantino MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, op. cit., vol. I, pág. 332-333.

¹⁴³ Cfr. Karl W. DEUTSCH, *Política y Gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, págs. 193 y ss.

de funciones del Estado, a fin de que marchen de forma uniforme. Esta misma idea de unidad suele determinar que la titularidad de la función se atribuya a un solo órgano, que simbolizaría la unidad del Estado frente a la división de funciones entre los demás órganos estatales¹⁴⁴. En otros casos, la titularidad individual se logra no ya acudiendo a un órgano, sino a una fuerza política: la mayoría¹⁴⁵. Esta perspectiva supone un intento democrático de combinar las teorías de la Constitución Material con un nuevo enfoque de la teoría fascista del *indirizzo politico*. Bajo este prisma democrático, el *indirizzo politico* no correspondería a un partido único –portador exclusivo del fin de la Constitución material– sino a las fuerzas mayoritarias derivadas del proceso electoral.

81. Finalmente, en las concepciones verticales la función de gobierno contaría con actos propios y exclusivos en forma ya sea de directivas o decisiones¹⁴⁶, de actos políticos previos al resto de funciones estatales¹⁴⁷ o de actos parlamentarios que impulsan la actividad del Estado¹⁴⁸. Lógicamente, si la función de gobierno *precede* a las demás, no puede manifestarse a través de actos propios de las restantes funciones estatales sino que, por el contrario, se expresaría mediante esos actos exclusivos que preceden temporal, jerárquica o metapositivamente a todos los demás actos del Estado.

7.1.3. La idea del “indirizzo” como función horizontal (hacia una nueva división de poderes)

82. El *indirizzo* se ha concebido, también, desde una segunda perspectiva, que podría denominarse como “horizontal”. El aspecto clave de esta vertiente consiste en considerar que la función de gobierno no es, en realidad, superior a las restantes, sino que coexiste con ellas en un régimen de igualdad. Por tanto, estas teorías se han ido desprendiendo de esa nota de “superioridad del *indirizzo*” que se había preconizado desde sus orígenes, en el fascismo italiano, con una clara

¹⁴⁴ Este último argumento lo utiliza Crisafulli para negar que la función de gobierno sea realmente una función estatal: “función es, indudablemente, expresión del principio de división de la actividad estatal, en tanto que el *indirizzo politico* es, por el contrario, expresión directa del principio de unidad”. Vezio CRISAFULLI, “Per una teoria giuridica dell’*indirizzo politico*”, Studi Urbinati, Serie A, núms. 1-4, 1939, pág. 171.

¹⁴⁵ Cfr. Enzo CHELI, *Atto politico e funzione d’indirizzo politico*, op. cit., págs. 137 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. Silvio LESSONA, *Introduzione al Diritto Amministrativo e suoi principi*, Editrice Universitaria, Firenze, 1952, págs. 70-72.

¹⁴⁷ Cfr. Pietro VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, pág. 80; Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, op. cit., vol. I, págs. 65-66; Andrea MANZELLA, *Le funzioni del Parlamento in Italia*, op. cit., págs. 376 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. Armando MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1973, págs. 191 y ss.; Alessandro PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del Diritto Pubblico italiano*, Jovene editore, Napoli, 1988 (2ª ed.), págs. 181 y 219; *id.*, *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997, págs. 387 y ss.; Mario GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 186 y ss.; Manlio Mazzotti di CELSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 153.

intencionalidad política. La concepción “horizontal” de la función de gobierno trata, por tanto, de formular una nueva división de funciones estatales, conservando la idea de Montesquieu de paridad entre todas ellas.

83. Aunque el punto de partida de la concepción *horizontal* sea entender que la función de gobierno se sitúa en el mismo plano que el resto de funciones estatales, es posible apreciar dos formas de entender esa *horizontalidad*: como *horizontalidad autónoma* o como *horizontalidad heterónoma*. La primera supone que se trata de una función estatal más, que se alinea con las restantes y que, como ellas, cuenta con sus actos característicos: mociones, proposiciones no de ley, directivas y todo un elenco de actos no normativos¹⁴⁹. La *horizontalidad heterónoma*, sin embargo, entiende que la función de gobierno no cuenta con actos propios, sino que se expresa a través de los actos de otras funciones estatales, en especial mediante actos normativos (leyes, reglamentos independientes, normas con rango de ley y otras disposiciones normativas), de donde algunos autores deducen que se trata más bien de una actividad que de una función¹⁵⁰. La creación de Derecho tendría, entonces, un carácter bifronte, ya que sería a un tiempo función normativa y función de gobierno. Toda norma jurídica presentaría, por consiguiente, una doble dimensión: de norma jurídica (es decir, de regulación de la sanción jurídica) y de decisión política subyacente. La función de gobierno, en definitiva, se extraería *a posteriori* a través de un proceso inductivo de cada una de las funciones estatales que supongan creación de Derecho y, por tanto, poder decisorio¹⁵¹.

84. Estas teorías del *indirizzo horizontal* tienden a considerar que el principio que preside la función de gobierno es el de *coordinación*, ya que no se trata de una función precedente, sino coexistente con las restantes y que trata de vincularlas para evitar su disgregación. Por otra parte, suelen entender que la titularidad es colectiva: en la *horizontalidad autónoma*, no tiene por qué ser un solo órgano el que dicte los actos que son típicos a la función, de modo que unos corresponderán al Parlamento (mociones, proposiciones no de ley...) y otros al Gobierno (directivas, exposiciones de programas, nombramientos...); en la *horizontalidad heterónoma*, puesto que la función de gobierno se desprende de las diferentes funciones estatales, resulta evidente que los distintos órganos titulares de estas funciones participan en el *indirizzo político*.

¹⁴⁹ Cfr. Livio PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, págs. 363 y ss.; Armando MANNINO, *Indirizzo político e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, op. cit., págs. 191 y ss.

¹⁵⁰ Cfr. Temistocle MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1997, pág. 377; Gaetano SILVESTRI, *Voz “Poteri dello Stato”*, Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 696.

¹⁵¹ Esta parece ser la postura de Carlo Lavagna, según observa el profesor Ciarlo. Cfr. Pietro CIARLO, “*L’indirizzo politico*”, en Maurizio FIORAVANTI / Sandro GUERRIERI (edits.), *La Costituzione Italiana*, Carocci Editore, Roma, 1996, pág. 86.

7.2. Deudas pendientes y aspectos no resueltos de las teorías democráticas de la función de gobierno

85. El problema de la función de gobierno escenifica, como ningún otro, el conflicto entre Política y Derecho, y las muy difusas fronteras que los separan. El ámbito de lo jurídico reclama, para sí, sectores de la esfera política, y lo hace no sólo como una exigencia de la seguridad jurídica, sino también para reforzar su autonomía como sistema social. La progresiva juridificación de la política se ha producido en los sectores más relevantes del constitucionalismo. Así, en primer lugar, en la idea misma de Constitución; inicialmente ésta se consideró bien como un documento político, bien como un texto jurídico pero identificado por su contenido político (idea de Constitución en sentido político-material). Sin embargo, la juridificación y formalización de la norma magna ha acabado por identificarla por su posición dentro del sistema jurídico. También se ha producido la juridificación de los derechos subjetivos: si en un primer momento su “fundamentalidad” se afirmaba en términos políticos, hoy puede decirse que un derecho es fundamental por su inclusión en normas constitucionales, dotadas de supremacía jurídica e indisponibles por el legislador. Finalmente, las relaciones interorgánicas entre Parlamento y Gobierno, propias del sistema parlamentario, han dejado de regularse por meras convenciones constitucionales, y se han positivado a partir del parlamentarismo racionalizado de Entreguerras.
86. Las funciones estatales –igualmente medulares para el constitucionalismo– no están exentas de ese conflicto entre Política y Derecho, como muestra la función de gobierno, a medio camino entre ambas esferas. No es de extrañar, por tanto, que la función de gobierno se conecte con teorías en las que los lindes entre lo político y lo jurídico no son estrictos: así sucede con las teorías italianas que conectan el *indirizzio politico* con la Constitución Material –una Constitución que dota de normatividad a factores políticos– o las doctrinas que parten de considerar a la función de gobierno como función “extra iuris ordinem”.
87. Este problema de la función de gobierno se intensifica con la propia complejidad orgánica del Estado moderno. En el Monismo Parlamentario del siglo XIX el Parlamento era el único órgano político, porque se hallaba a medio camino entre el Estado (en cuanto órgano constituido) y la Sociedad (en su consideración de institución social). En aquel entonces la actuación de jueces y Gobierno era estrictamente jurídica, al ceñirse a llevar a efecto automáticamente la ley. Ahora, sin embargo, el Gobierno se sitúa en un plano de igualdad –e incluso en superioridad, debido al sistema de partidos– con el Parlamento y, por tanto, asume un cometido político que le garantiza su legitimación democrática, el sistema parlamentario –basado en la coparticipación de Parlamento y Gobierno en la dirección política– y el Estado Social –que supone un refuerzo del Ejecutivo por su mayor capacidad para satisfacer expectativas sociales–. Habiendo adquirido el Gobierno también un papel de órgano político, reclama para sí esferas de actuación al margen

de las normas, como había sido común para el Parlamento desde el siglo XVIII.

88. A la mayor complejidad resultante del papel político que hoy asume el Gobierno, hay que añadir la presencia de nuevos órganos cuyo cometido también puede considerarse fronterizo entre Política y Derecho. El más claro ejemplo es el Tribunal Constitucional, al que en ocasiones se considera casi como un órgano político más, por su tarea de legislador negativo y de intérprete supremo de la Constitución.
89. La descentralización –*ad intra*, en regiones y territorios autónomos, y *ad extra*, en el caso de integración estatal en organizaciones supranacionales, como la Unión Europea– también suponen nuevos problemas a los que el concepto de función de gobierno –nacido al margen de estas formas de organización territorial del poder– ha de enfrentarse. La idea de “unidad” que acompañó al concepto originario de *indirizzo politico* se adapta con dificultad a Estados dotados de una descentralización territorial política; al mismo tiempo, la presencia de organizaciones supraestatales pone en entredicho esa imagen del *indirizzo* como realización de los fines superiores del Estado.
90. Es evidente, pues, que la vieja teoría de la función de gobierno se enfrenta a nuevos retos que sólo podrá superar si, desligándose de sus últimos resquicios politológicos, logra integrarse en el mundo jurídico con plena autonomía.