

## EL "ESPIRITU DE LAS LEYES" Y LA SEPARACIÓN DE PODERES \*

### I

1. Separación de poderes y "Espíritu de las leyes" constituyen para la mayoría, si no es que para la unanimidad de los constitucionalistas, dos términos indisolublemente vinculados, e indefectiblemente evocados el uno y el otro: la división de poderes es la doctrina constitucional del *espíritu de las leyes*; el *espíritu de las leyes*, es la primera teoría de la separación de poderes.

Confiar las tres funciones estatales a autoridades o grupos de autoridades absolutamente distintos e independientes; instituir, en otros términos, tres autoridades o grupos de autoridades perfectamente separados desde todo punto de vista, funcionalmente, en razón de que cada una de ellas ejercería con plena independencia, de una manera íntegra a la vez que exclusiva, una función estatal; personalmente, ya que no podrían revocarse unas a otras; materialmente en fin, por el hecho de prohibírseles tener algún contacto, relación o comunicación; en una palabra, separar totalmente el parlamento, el gobierno y los tribunales; tal habría sido, conforme a una doctrina que puede denominarse clásica,<sup>1</sup> el diseño de Montesquieu, cuyo sistema se referiría en última instancia, a un principio único: la idea o el principio de separación.<sup>2</sup>

\* Artículo de Charles Eisenmann publicado en *Mélanges de R. Carré de Malberg*.

<sup>1</sup> Esta interpretación se presta sin embargo a numerosas variantes: mencionaremos algunas en notas; pero nos referiremos en principio, a aquella que nos parece principal por su rigor y consecuencia —la exposición de M. Carré de Malberg, quien ha, en efecto, desprendido y fundamentado las premisas necesarias. Se podrá igualmente consultar dentro de la reciente literatura, la *Verfassungslehre* de M. Carl Schmitt, en donde se encontrará una especie de esquema.

Ver por ejemplo: Carré de Malberg, II, 110 y 131 para la división funcional; II, 8 para la división personal, y II, 5, 35, 36 y 43 para la división material.

<sup>2</sup> Se advertirá que este último punto de vista supone que se toma la palabra "poderes", en la expresión "separación de poderes", en el sentido de órganos. Si en efecto, se le entendía como sinónimo de funciones, las tres separaciones no estarían sobre el mismo plano: no se podría considerar la separación personal y la separación material más que como complemento de la separación funcional, que sería el principio primero de la doctrina.

Muchos de entre los partidarios de la interpretación clásica, parecen, sin embargo, inclinarse hacia la segunda interpretación; cf. por ejemplo: Carré de Malberg, II, 20: "El rasgo esencial de la doctrina (de Montesquieu), etcétera", 28, 29 y 142: la separación de funciones sería "el fin mismo de la separación de poderes".

2. Por difundida que esté hoy en día esta forma de comprender y presentar las ideas constitucionales del *Espiritu de las leyes*, es, sin embargo, errónea.

Si se analiza el esquema de Constitución del capítulo VI del libro XI, no se encontrará ni separación funcional, ni separación material de las autoridades estatales.

Por principio de cuentas, es inexacto afirmar que el ejercicio incontrolado, soberano, de la integración de cada una de las funciones estatales sea atribuida a una autoridad o a un grupo de autoridades absolutamente distinto: El poder legislativo —el poder de expedir las reglas legislativas—<sup>3</sup> está confiado

<sup>3</sup> Ésta nos parece la definición correcta del poder legislativo, y por consiguiente el criterio de la calidad de órgano legislativo o de miembro de este órgano: el poder legislativo es el poder de expedir reglas legislativas y, por consiguiente, detentar el poder legislativo es tener competencia para expedir esas reglas. No hay ninguna dificultad para determinar el detentador del poder legislativo, si dicha competencia pertenece a un sólo individuo o a un sólo cuerpo. Si, por el contrario, la expedición de reglas legislativas supone su adopción por varios individuos o varios cuerpos, el órgano legislativo estará formado por la reunión de los mismos.

Participan así del poder legislativo, son, pues, miembros del órgano legislativo los individuos o cuerpos de quienes la Constitución exige el consentimiento, y sólo de ellos, para la expedición, es decir, la entrada en vigor de las reglas legislativas. Sólo el consentimiento a la regla legislativa constituye un elemento del acto legislativo, una atribución legislativa. Toda otra intervención dentro del procedimiento que tienda y desemboque en la expedición de reglas legislativas, acto jurídico o acto material, no tiene esos caracteres, no confiere al órgano que es autor una participación en el poder legislativo —por ejemplo, la iniciativa de leyes, cuando no es exclusiva— (el derecho de enmienda siendo, evidentemente, una iniciativa concurrente), o también el derecho de participar en la discusión de los proyectos de ley. Esta distinción entre la participación en el procedimiento de legislación, y la participación en el poder legislativo aparece en ciertos pasajes producto de la pluma de M. Carré de Malberg (II, 32): "...el poder legislativo pertenece concurrentemente al cuerpo legislativo y al gobierno, o al menos éste concurre en la obra de legislación". Cf. sin embargo II, 31: la iniciativa de leyes es un acto de poder legislativo, "porque constituye parte esencial de las operaciones que concurren en la confección de las leyes". ¿Que acaso no es ésta la diferencia que se expresa en la diferencia entre la fórmula de las cartas francesas, por ejemplo —"El poder legislativo se ejerce colectivamente por el Rey, la Cámara de Pares y la Cámara de Diputados (de departamentos)"— y aquella que contiene la ley constitucional del 25 de febrero de 1875: "El poder legislativo se ejerce por dos Asambleas: la Cámara de Diputados y el Senado"?

Este análisis conduciría a decir que el órgano que no tiene más que un veto suspensivo cesa de tener parte en el poder legislativo, en el momento en que ha agotado su facultad de oposición a los proyectos de ley adoptados por una o las otras ramas del órgano legislativo, ya que en ese caso las reglas legislativas podrán ser expedidas sin su consentimiento, por la sola voluntad de aquella o aquellas cámaras; esta situación se presentaría para el presidente de la República francesa, si éste ejerciera el derecho de solicitar a las cámaras una segunda deliberación: y en esta medida, la fórmula de la ley constitucional del 25 de febrero de 1875 sería jurídicamente inexacta. El presidente de los Estados Unidos, al mismo tiempo que opone su veto a la ley votada por el Congreso pierde su participación en el poder legislativo, en aquello que concierne a la ley en cuestión; pero, al mismo tiempo que se excluye del órgano legislativo, provoca otra modificación; si sólo el Congreso permanece como órgano legislativo, el poder legislativo pasa de mayoría simple a mayoría de dos terceras partes; tal es la expresión rigurosa de la realidad jurídica.

no únicamente al parlamento, sino conjuntamente al parlamento y al gobierno; <sup>4</sup> el monarca recibe, en efecto, un veto absoluto contra los proyectos de ley adoptados por las dos cámaras que no llegarán a ser leyes más que por su consentimiento. <sup>5</sup>

<sup>4</sup> Reuniendo bajo este término al monarca y sus ministros.

<sup>5</sup> Admitimos pues que el veto legislativo es una atribución legislativa, que asocia aquel —individuo o cuerpo— que está investido del poder legislativo y hace de él un elemento del órgano legislativo: esto se desprende de lo que se dijo en la nota 2 de la página 166.

Si esta tesis es admitida por la inmensa mayoría de los autores, la tesis contraria ha encontrado, sin embargo, algunos defensores, entre los cuales se encuentra en primer rango M. Carré de Malberg: el veto, dice Carré de Malberg, el poder de decir no, no puede ser considerado como un acto de confección de la ley; en efecto, él mismo supone la ley ya constituida, perfecta; él no es más que un impedimento a la ejecución de una ley ya adoptada. En esto, añade, el veto difiere esencialmente de la sanción: ésta implica un acto positivo de participación en la configuración de la ley; ella hace una ley de algo que no lo era todavía; la misma es, pues, un acto de procedimiento legislativo; y, así, el jefe de Estado que la posee es ciertamente parte integrante del órgano legislativo. Este doble análisis y esta oposición no serían, por tanto, solamente la verdad jurídica; expresarían, asimismo, el pensamiento de Montesquieu: es precisamente en razón de lo consciente que estaba de este problema, que reconocería al monarca, y que no intentaba él, en virtud del principio de la separación de funciones, asociar a la legislación un simple derecho de veto en contra de las leyes, y no su sanción; y es únicamente para establecerlo que Montesquieu habría formulado la famosa oposición entre la facultad de estatuir y la facultad de impedir (Cf. II, 18, texto y nota, y 43), esta argumentación no nos parece probatoria. Por lo pronto, esta tesis no ha sido la de Montesquieu, sea o no exacta. Montesquieu consideraba perfectamente la facultad de impedir como un modo de participación en una función, al igual que la facultad de estatuir: habla, por ejemplo, de tomar parte en la legislación por una o por la otra de esas facultades (si el monarca tomaba parte en la legislación por la facultad de estatuir... Es necesario que él tome parte por la facultad de impedir). Se requiere que (el cuerpo de los nobles) no tenga parte en la legislación más que por su facultad de impedir, y no por su facultad de estatuir. Él consideraba por consiguiente investido al monarca con el derecho de veto como parte integrante del órgano legislativo (El poder de ejecución no sería parte de la actividad legislativa que por su facultad de impedimento...).

Por otra parte, no es a propósito del veto real que Montesquieu formuló la distinción de las dos facultades, sino a propósito de los poderes legislativos de la cámara alta, del cuerpo de los nobles, al cual no quería reconocerles para ciertas materias más que un simple poder de veto con las resoluciones legislativas de la cámara popular. No es, pues, exacto que él la hubiese formulado para justificar la oposición entre sanción y veto; es, además, de suyo imposible: lejos de establecer entre ellos ninguna oposición, considera en efecto a la sanción —que él denomina derecho de aprobar— como una facultad de impedir, o mejor dicho, como un puro y simple derecho de veto: Aunque, escribe, aquel que tiene la facultad de impedir puede también tener el derecho de aprobar, por lo que esta aprobación no es otra cosa que una declaración, que de ninguna manera hace uso de su facultad de impedir y deriva de esta misma facultad. De hecho, la sanción en forma alguna responde a la definición que da Montesquieu de la facultad de estatuir: el derecho de ordenar por sí mismo o de enmendar aquello que ha sido ordenado por otro; de acuerdo con esta definición, sólo estatuye aquel que determina o contribuye a determinar el contenido de las reglas legislativas, pero no aquel que únicamente otorga su consentimiento para su entrada en vigor, lo que es precisamente la situación del monarca que es llamado a otorgar —o a rehusar— su sanción a los proyectos de ley votados por el parlamento.

Identificando así sanción y veto, Montesquieu ha tenido una correcta visión del pro-

Si el poder ejecutivo está encomendado en su totalidad solamente al gobierno, éste no lo ejerce, sin embargo, en forma soberana; Montesquieu le reconoce al parlamento el derecho de controlar su actividad ejecutiva: dentro de un Estado libre, el poder legislativo (entiéndase: el parlamento)

blema. El efecto útil, el valor del derecho de aprobar se reduce al derecho de no aprobar que él mismo implica; derecho de no aprobar, es decir, en verdad, del derecho de improbar: ¿cuál es la diferencia de fondo que existe entre no otorgar su sanción y oponer su veto? Con toda seguridad, ninguna. Además, tampoco existe tal diferencia entre otorgar su sanción y no oponer su veto. Por consiguiente, sanción y veto son dos prerrogativas absolutamente equivalentes, dos modos de ejercicio de un solo y mismo poder, el derecho de contener (*droit d'arrêter*) el poder, no de impedir la ejecución, sino de anular, o, según la definición dada por Montesquieu de la facultad de impedir, de formar nulas las resoluciones tomadas por algún otro.

Este poder no se manifiesta, sin duda, de la misma manera en uno y otro caso; en aquél, es el asentimiento que se expresa por un acto formal, el disentimiento por una abstención; aquí, inversamente. ¿Pero qué importa si la situación del titular de ese poder es idéntico? Siendo así que es precisamente éste el caso por lo que al monarca atañe. Que él posea la sanción o el veto, su situación es idéntica: él no concurre al establecimiento del texto de la ley, no puede ni proponerla ni enmendarla; pero ninguna regla legislativa puede originarse —si por lo menos el veto es, como lo contemplaba Montesquieu, absoluto, o el derecho de denegar su sanción, ilimitado—, es decir, ninguna ley puede entrar en vigor sin su consentimiento, esto es, contra su voluntad.

[Evidentemente no hay que comparar la sanción que podría llamarse absoluta, es decir, el derecho del monarca de denegar su sanción en forma indefinida, y el veto suspensivo o relativo, no siendo tampoco legítima la comparación de un derecho limitado de denegar su sanción y el veto absoluto; y por ello no se puede, con Carré de Malberg (II, 18 nota y 67, nota) invocar, contra la idea que el veto sea una participación en la legislación, su ausencia de efecto perentorio; en todo caso, el argumento no puede tener validez más que contra el veto relativo, y de igual forma también en contra de la sanción limitada, pero no en contra del veto absoluto ni en contra del derecho de sanción ilimitado. Sobre la exactitud del argumento, véase la nota precedente]. Así pues, de admitirse que la sanción hace partícipe al jefe del Estado en el poder legislativo, constituyéndolo parte integrante del órgano legislativo, se debe entonces acordar el mismo razonamiento por lo que al veto se refiere.

Tal fue el punto de vista de los hombres del Constituyente; particularmente es esta la forma en que los verdaderos herederos de Montesquieu interpretaron su pensamiento. Identificaban sin reserva sanción y veto, considerando a ambos conceptos como asociando al monarca a la legislación (cfr. Duguit, en *Revue d'économie politique*, 1893, p. 107, 351, 352). Los resultados del análisis jurídico no difieren, además, de aquellos del análisis político. Una ley no es jurídicamente perfecta, es decir, en realidad no hay ley más que cuando las reglas que están contenidas en el acto así denominado, entran en vigor; por consiguiente, en tanto que un obstáculo legal pueda oponerse a esta entrada en vigor, particularmente mientras que la resolución del parlamento que las aprueba está expuesta a una anulación por el rechazo de la aprobación o por la oposición formal del jefe del Estado, aquélla no constituye una ley, guardando simplemente la categoría de un proyecto de ley; las disposiciones que contiene no son todavía reglas legislativas. ¿Qué importa que la anulación tenga su origen en la falta de realización de un acto formal (la no-aplicación de la sanción) o, por el contrario, de la realización de un acto semejante (oposición del veto)? En el fondo, la situación es exactamente la misma: no llega a configurarse la ley más que en razón del otorgamiento de la sanción por el jefe de Estado, o bien, por no ser ya posible la oposición de su veto.

Jellinek, al admitir que el veto es en verdad una participación en el procedimiento

tiene el derecho y debe tener la facultad de examinar la forma en que son ejecutadas las leyes que él mismo ha expedido.

La función jurisdiccional, en fin, sería sin duda ejercitada en principio por los tribunales; Montesquieu no vacila empero, cuando estima que el

legislativo, declara, no obstante, que no constituye una participación positiva en la legislación. (*Allgemeine Staatslehre*, 2a edición, p. 589; Cfr. 682, 683; Montesquieu atribuye al monarca únicamente la potestad ejecutiva.) Asimismo, Carré de Malberg, moderando o precisando su tesis primera, asevera que aun cuando en razón del veto el jefe de Estado concurre en la obra de legislación, su intervención no es, con todo, una participación directa en la potestad legislativa (II, 32 y 43). Una y otra fórmula se prestan a crítica. La de Jellinek es ciertamente desafortunada: toda participación en una función es, por definición, positiva, como todo poder; la significación de una participación negativa no podría ser otra que la de una no-participación, como igualmente un poder negativo denota una ausencia de poder. Es evidentemente el poder de decir no, que Jellinek califica de participación negativa; pero, en verdad, este poder es también positivo, y constituye por ello una participación positiva en una función, como el poder de decir sí. Además, como lo hemos visto, el segundo implica al primero, y en el fondo se reduce a aquél. Pero al esquema de Carré de Malberg se le puede también objetar que, desde un punto de vista jurídico, no se percibe con claridad la posibilidad de distinguir entre participación directa y participación indirecta en una determinada función: o se participa en una función o bien no se participa en ella. Pero, más allá de las fórmulas, es la idea que ellas expresan o suponen lo que interesa examinar. Ahora bien, esta idea implica, evidentemente, la participación en el poder legislativo de todos los individuos, o del cuerpo, que tienen intervención en la redacción del texto de la ley, y solamente ellos; y no importando el carácter con el cual ellos intervengan, incluso si su participación se reduce a realizar propuestas a otro órgano jerárquicamente superior, es decir, sobre la adopción y su transformación en reglas legislativas, sin tener, por el contrario, el poder de oponerse, aunque sea un tiempo, a la entrada en vigor de las resoluciones de aquel órgano al cual desaprueban. Y, en efecto, Carré de Malberg presenta la denegación de la iniciativa legislativa como la exclusión de toda participación, cuando menos directa, en la función legislativa (41); de lo cual se puede inferir que la iniciativa representa, para él, la participación por excelencia en dicha función (de hecho, es la exclusión de la iniciativa legislativa del gobierno lo que la mayor parte de los autores incluyen en el primer rango de los corolarios de la separación de funciones). Al contrario, el monarca de Montesquieu, sin el consentimiento o en contra de la oposición de quien ninguna regla legislativa podrá entrar en vigor, no participaría del poder legislativo porque no tendría ingerencia alguna en la propuesta ni en la discusión de la ley.

De esta doble posición se necesitaría concluir que el poder legislativo debería definirse no en base al poder de decidir el contenido de las leyes del fondo de las reglas legislativas, sino lo cual la iniciativa no podría considerarse como parte que posibilite la participación, sino simplemente la confección de la ley, la elaboración de su texto. Ciertamente, ningún autor acepta esta conclusión; si aquellos juristas que hemos mencionado están dispuestos a aceptar que el poder de veto, aun siendo absoluto, es independiente del poder legislativo, —y además, parece, aun cuando esta restricción o esta solidarización sea injustificable, si no se encuentra en vinculación con el derecho de iniciativa y de discusión—, por el contrario, no lo hacen en absoluto por lo que a la sanción se refiere: Jellinek, de acuerdo con la doctrina monárquica alemana, lo presenta como el acto de voluntad legislativa, y lo concibe, en consecuencia, como el acto de voluntad exclusivo del monarca, al cual el parlamento ha otorgado simplemente su consentimiento. Siendo que no solamente no existe diferencia de fondo entre sanción y veto absoluto, como ya ha quedado comprobado; sino que además, por la sanción, el monarca no participa en la redacción del texto: él no puede más que rechazar o aprobar el proyecto de ley que le ha sido sometido, pero no tiene posibilidad de modificarlo. Sin duda él posee en general, de acuerdo al derecho positivo, al

interés de la justicia lo exige, que la actuación y el conocimiento de ciertos procedimientos criminales pertenecerán a las cámaras del parlamento (XI, 6, 158<sup>6</sup> y 159<sup>1-3</sup>). (Las referencias al *Espíritu de las Leyes* están tomadas de la edición de los Clásicos Garnier; la cifra indica la página y el exponente el párrafo.)

Así, ninguna de las tres autoridades es la titular de la totalidad de una función, dueña de esa función y especializada en esa sola función; el parlamento tiene simplemente participación en el poder legislativo; controla, por el contrario, la ejecución de las leyes<sup>6</sup> y tiene, además un cierto papel jurisdiccional; el gobierno tiene ciertamente el ejercicio íntegro de la función ejecutiva, pero no el ejercicio soberano; no está, por otra parte, acantonado, sino que participa en el poder legislativo por su derecho de veto;<sup>7</sup> los tribunales, en fin, pueden estar ciertamente especializados en la función jurisdiccional, pero la misma no se les atribuye íntegramente, ya que el parlamento la ejercerá en ciertos casos. De las tres autoridades estatales, dos —el parlamento y el gobierno— no son, pues, dueñas de una función ni especializadas en una sola función; la tercera —los tribunales— si no interviene más que en el ejercicio de una sola función, no la ejerce exclusivamente, sino en participación.

Los órganos estatales no están, pues, en absoluto separados funcionalmente en el sistema de Montesquieu.<sup>8</sup> Es igualmente inexacto afirmar que

mismo tiempo que la sanción, la iniciativa y el derecho de participar por la intermediación de sus ministros en la discusión de los proyectos de ley; pero es necesario repetir, que el hecho de que una competencia esté asociada a otras prerrogativas no por ello significaría la modificación de su naturaleza: la misma permanencia, asociada a otras, lo que es ella misma en su individualidad.

<sup>6</sup> La facultad de controlar la ejecución de las leyes, si ésta comprende simplemente el derecho de examinar los actos de las autoridades ejecutivas, de apreciarlos aun en cuanto a su legalidad, sin el poder de anularlos o de reformarlos, es decir, un poder de decisión, no constituye una atribución ejecutiva; esta facultad no tiene naturaleza jurídica, porque la constitución de sus actos relativos no se configuran con significado jurídico, son simples actos materiales. La mencionada facultad no sería, por consiguiente, contraria a la especialización funcional de los órganos, si ésta debería establecerse con base jurídica. En todo caso, no excede el marco de la función legislativa.

<sup>7</sup> De este modo, Montesquieu cometió un error al denominar en general al parlamento el poder legislativo y al gobierno el poder ejecutor. Estas denominaciones no corresponden de ninguna manera a la competencia que se les atribuye: no es solamente el parlamento poder legislativo; no es el gobierno únicamente, ni de manera esencial, poder ejecutor (aun cuando pueda hacerse notar, sin duda, que el parlamento ha sido instituido para participar en el poder legislativo y que si existe un gobierno es porque se quiere un órgano ejecutivo distinto del parlamento); y, por otra parte, es una terminología equívoca, del hecho de que se emplean alternativamente esas mismas expresiones para designar ya sean las funciones, ya sean los órganos que están investidos de dichas funciones. Lo anterior ha contribuido fuertemente a confirmar los errores sobre las verdaderas ideas de Montesquieu, y, en consecuencia, a oscurecer la teoría de la separación de poderes y asimismo la teoría del derecho constitucional en general.

<sup>8</sup> Por lo demás, aun cuando los partidarios de la interpretación clásica asimilan en

las autoridades no reciben ningún medio de actuar las unas sobre las otras. Montesquieu quiere ver reconocido en el gobierno el derecho de convocar al parlamento como también aquel de prorrogarlo (*prorogare*).<sup>9</sup>

De igual manera, no es correcto afirmar que Montesquieu haya querido la separación material de todos los órganos estatales.<sup>10</sup> Preveía, al contrario (la cuestión no se presenta prácticamente más que entre parlamento y gobierno), que los ministros "deberán dar cuenta de su administración", "justificar su conducta" frente al parlamento (XIX, 27).<sup>11</sup>

3. Luego entonces el régimen constitucional descrito en el *Espíritu de las leyes* no es, por cierto, un régimen de separación de las autoridades estatales.

El antagonismo entre las soluciones que son preconizadas y los corolarios de esta idea de separación tiene un alcance tal, es tan flagrante, que bien podría parecer asombroso el hecho de que la creencia haya podido alguna vez postularse y, lo que es más sostener, que esta idea esté en la base de la doctrina constitucional de Montesquieu. Pero precisamente esta creencia no está vinculada a un examen directo de las soluciones tomadas aisladamente, de las cuales se inferiría a continuación el o los principios; proviene de que se ha creído que Montesquieu había proclamado él mismo, su pensamiento, que había entregado así la idea de su sistema, en proposiciones demasiado categóricas y bastante claras, para que fuera posible dejar lugar para ninguna discusión, y que tal pensamiento, o principio declarado, era el de separar los órganos estatales: ¿cómo podría entonces haberse dudado que él hubiese consagrado, así fuera de una manera general, las consecuencias?<sup>12</sup>

general —tácita, pero evidentemente— las dos cuestiones, emplean indiferentemente las dos expresiones; especialización funcional y separación funcional no son de ninguna manera, sinónimos: la especialización daría origen a una separación sólo si las funciones estuvieran ellas mismas separadas, si constituyeran actividades, no simplemente distintas, sino independientes las unas de las otras, en forma paralela. Dado que esto no sucede así en lo relativo a la función legislativa y tampoco por lo que se refiere a la función ejecutiva y jurisdiccional, ni los órganos ejecutivos, ni los órganos jurisdiccionales están, en manera alguna separados del órgano legislativo, sino que le están subordinados. Que no se haga objeción en el sentido de que precisamente Montesquieu se equivocó en este punto, que creyendo las funciones independientes pensó por ello separar los órganos al especializarlos: no son las intenciones de Montesquieu las que en este momento están en tela de juicio, sino la realidad de su sistema.

<sup>9</sup> Es necesario... que sea el poder ejecutor quien regule el tiempo y la duración (de las asambleas (del cuerpo legislativo) ... Sobre los motivos de esta solución, ver la nota 1 de la p. 186.

<sup>10</sup> Esta idea, es por demás, racionalmente solidaria de aquella consistente en haberlos separado funcionalmente o al menos especializado: la separación material entre los órganos no tendría sentido más que en caso de ejercicio de las funciones en forma separada, o al menos, de manera diferenciada.

<sup>11</sup> Cfr., además, XI, 6: si el cuerpo legislativo estuviera siempre en asamblea, esto ocuparía demasiado al poder ejecutor, quien no pensaría en ejecutar sino en defender sus prerrogativas y el derecho que tiene de ejecutar, evidentemente, frente a él.

<sup>12</sup> Se advertirá que, en realidad, el pasaje invocado plantea con todo el principio de

Y he aquí lo que explica el hecho de que la mayor parte de los autores no hayan percibido toda la extensión de este particular divorcio y no hayan visto más que simples desviaciones excepcionales, ahí en donde en realidad existe una completa oposición, o bien, que habiendo advertido esta oposición, no le hayan prestado particular importancia. El abismo, una vez descubierto, entre su sistema y un régimen de separación, debe evidentemente ponerse en duda el que Montesquieu haya formulado y expuesto el pensamiento de separar los órganos estatales, porque en realidad se estaría entonces atribuyendo a Montesquieu una particular falta de perspicacia o de consecuencia.

Por lo demás, otra serie de razones podrían haber originado que se planteara la duda respectiva.

En primer lugar, la manera en la cual Montesquieu ha sintetizado el aspecto general de la Constitución que consideraba como deseable, o bien la relación en la que colocaba parlamento y gobierno. En esta Constitución, dice, los poderes están "fundidos"; el parlamento y el gobierno estarán ligados el uno por el otro.<sup>13</sup> ¡Qué prodigio que una separación desembocara en una fusión o ligazón, o que una fusión o ligazón se realizara por medio de una separación!

¿Montesquieu habría comprendido en forma totalmente errónea y al creer él que ligaba los órganos, los estaría en realidad separando? ¿O bien no se habría dado cuenta que si él hubiera querido separarlos, revelaba de esta manera el fracaso de sus esfuerzos y confesaba que su sistema era exactamente lo contrario de aquello que había pensado construir?

Hay algo más: si verdaderamente Montesquieu hubiera creído en la necesidad de separar funcionalmente las diferentes autoridades estatales, y si se hubiera propuesto hacerlo en la Constitución que proyectaba, se habría torpemente equivocado sobre las soluciones jurídicas que eran pertinentes para los fines políticos que perseguía, se habría directamente contradicho, de tal suerte que se tendría el derecho y aun la obligación, de considerar el conjunto de su pensamiento constitucional como un prodigioso monumento al absurdo.

Todo el mundo conviene en reconocer que la idea política, o al menos una de las ideas políticas, de Montesquieu era —tal como lo expresó en una célebre frase— disponer las cosas de suerte tal que el poder limite al poder, es decir, que todo órgano político encuentre otro órgano que pueda oponerse a su

separación funcional de las autoridades. Pero se consideran la separación material y la separación personal como complementos naturales.

<sup>13</sup> XI, 6: Ambas (las dos partes del cuerpo legislativo) estarán *ligadas* por el poder ejecutivo, quien lo estará a su vez por el legislativo. Relaciona la frase anterior, que hace alusión al efecto de la misma facultad: El cuerpo legislativo estando constituido por dos partes, una *se eslabonará* a la otra por su mutua facultad de impedir XI, 7: Los tres poderes no están en absoluto (en las monarquías que conocemos) *distribuidos y fundidos* sobre el modelo de la Constitución de la cual hemos hablado.

voluntad, impidiéndole de imponerla. ¿Es acaso una verdad evidente el hecho de que dos órganos no puedan limitarse el uno al otro en este sentido —entiende, regularmente— más que en la medida en que ambos asientan, en cualquier forma, respecto a una misma decisión, es decir, en donde ejerzan conjuntamente la misma función para reglamentar la misma materia y entendiéndose que acaece dentro de la misma colectividad?

Si se atribuye a dos órganos funciones diferentes, es decir, si son facultados a tomar únicamente, y en forma exclusiva, válida y definitivamente —con la condición de su regularidad— decisiones jurídicamente diferentes, no podrían, por hipótesis, limitarse mutuamente; no encontrándose dentro de un mismo plano, ¿cómo podrían manifestar expresiones de voluntad equivalentes —e igualmente válidas— en sentido opuesto?<sup>14</sup> Luego entonces, entre la idea de especialización funcional, *a fortiori* de separación funcional, y la idea de limitación mutua, existe una incompatibilidad lógica absoluta.<sup>15</sup> Sería esto entonces lo que Montesquieu no habría comprendido si hubiera pensado en deber separar, o bien simplemente especializar, los órganos estatales; habría al contrario concebido la idea absurda de pensar que el mejor medio de impedir a dos órganos de limitarse mutuamente sería el de acantonarlos en actividades independientes (si se tratara de una verdadera separación) o cuando menos distintas (si se tratara de una simple especialización), las que ejercerían libre y soberanamente al amparo de toda influencia y de todo control el uno del otro. Por consiguiente, la vía en la cual se había comprometido sería, por cierto, diametralmente opuesta a aquella que debería haber seguido para

<sup>14</sup> Lo mismo acontecería si dos órganos ejercieran la misma función, pero dentro de dos ámbitos distintos: no estando llamados a tomar conjuntamente las decisiones, ninguno de los dos podría intervenir impidiendo la acción del otro. Ej.: el legislador federal y los legisladores de los estados miembros, en el caso en que la Constitución federal asegure la igualdad de las dos legislaciones; los legisladores de dos estados.

<sup>15</sup> Existiría otra forma, más específicamente jurídica, de establecer esta antinomia, observando que la actividad jurídica de dos órganos no da lugar a dos funciones jurídicamente distintas más que en caso de que exista entre las dos actividades una relación jerárquica, sea (exponemos las dos tesis porque es inútil tomar aquí partido por alguna de ellas) en razón de su contenido respectivo —una determinando el contenido de la otra—, sea en razón del valor respectivo de las decisiones a las cuales da lugar el ejercicio. Si, en efecto, la competencia de dos órganos no se distingue ni por el fondo, ni por el valor de los actos jurídicos que la misma permite realizar, de las decisiones que permite tomar, sino simplemente por su ámbito —sea por la colectividad para la cual se ejerce, sea por las materias a las cuales se refiere—, esos dos órganos no ejercitan más que una sola y la misma función, pero dentro de dos ámbitos diferentes: así, los dos legisladores del Estado federal, o también los tribunales judiciales y los agentes administrativos (con la salvedad, no obstante, de la distinción kelseniana entre administración directa y administración indirecta: Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 238-240). Por consiguiente, especializar los dos órganos dentro de dos funciones diferentes es confiarles dos funciones desiguales y, por tanto, jerarquizarlos. Siendo que, por definición, dos órganos en situación jerárquica no pueden —regularmente— entrar en conflicto el uno con el otro: sólo el órgano superior puede impedir la acción del órgano inferior.

realizar sus intenciones; habría intentado crear para los órganos una situación exactamente contraria, a la que lógicamente debería haberles estructurado; no habría comprendido lo que él tenía intención de realizar; los partidarios de sus ideas políticas deberían rechazar en forma total su sistema constitucional, y tomar la opinión contraria; lo anterior no violentaría, sin embargo, la concepción de los adversarios de estas ideas.

¿No demostrarían acaso las conclusiones la invalidez de las premisas? En efecto, jamás expresó Montesquieu que él creyera necesario especializar funcionalmente los órganos estatales o que hubiera tenido intención de realizarlo.<sup>16</sup>

Las proposiciones en donde se ha creído ver este principio de "separación", y que por esta razón se le considera como la llave de todo el capítulo VI, el cual no haría más que desarrollar y completar este principio, esas proposiciones —que son los famosos párrafos que se encuentran a continuación del enunciado de la distinción de los tres poderes— no tienen en forma alguna el sentido que se les atribuye.

De ninguna manera significan que una misma autoridad —individuo o cuerpo— no deba participar más que de una función, tener atribuciones de una sola especie, no ser miembro de dos órganos u órgano de dos funciones, y, por consiguiente, que los órganos de dos de las funciones o de las tres no

<sup>16</sup> Carré de Malberg piensa poder explicar este antagonismo del medio al fin —sobre el terreno de la desigualdad de funciones por el error teórico inicial que habría cometido Montesquieu, precisamente, sobre este punto de la relación de esas funciones: habría concebido las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional iguales, independientes las unas de las otras y en forma absoluta, o, en otros términos, igualmente soberanas (II, 18, 20, 121) (Cfr., sin embargo, II, 28: Según Montesquieu, etc.), y por ello le habría parecido muy natural que especializando cada una de las tres autoridades instituya tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales, tres autoridades primordiales e independientes dentro del Estado, en una palabra, tres órganos supremos y separados (II, 20, Cfr. II, 110). Haciendo abstracción del hecho de que esto también supondría en Montesquieu ideas de técnica constitucional absurdas (¿la idea de un órgano soberano que pudiera ser limitado no sería en sí lógicamente contradictoria? ¿Sería posible concebir, por lo menos, que dentro de una misma colectividad coexisten varias autoridades igualmente soberanas, anulándose necesariamente la una a la otra? ¿Existiría, finalmente, algún otro medio de establecer dos autoridades soberanas por algún procedimiento diferente, que no fuera el de otorgarles una competencia totalmente idéntica?), esta explicación no estaría fundamentada: sería suficiente con referirse al texto —terminología, soluciones verdaderas y explicaciones— para mostrar múltiples pruebas que demuestran que, por el contrario, Montesquieu ha comprendido perfectamente la superioridad de la función legislativa respecto de las otras dos funciones, y su corolario, la jerarquía de los titulares de esas funciones. Constatación en extremo importante: resulta que Montesquieu se dio perfectamente cuenta de que al especializar al gobierno dentro de la función ejecutiva y los tribunales dentro de la función jurisdiccional, los subordinaría al parlamento. Ahora bien, los partidarios de la interpretación clásica expresan que, al separar los órganos, quiso Montesquieu hacerlos independientes. De acuerdo a su propia interpretación, la constatación de que Montesquieu haya comprendido exactamente la relación de las funciones debe, pues, ser factor para negar todo fundamento a la afirmación, consistente en decir que él haya querido especializarlas.

deban tener ningún elemento en común, sino, en forma sencilla y mucho más modestamente, que no es necesario que dos, cualesquiera que sean, de las tres funciones estén reunidas íntegramente en las mismas manos; fórmula de no-acumulación bastante más limitada, como se ve, que la primera; no postula la especialización o separación funcional de las diversas autoridades, sino simplemente la no-identidad del órgano de las tres, o de dos de las tres funciones.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Los padres de la Constitución de los Estados Unidos lo han comprendido admirablemente: Diciendo que no existe libertad cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura, la facultad legislativa está reunida en la facultad ejecutiva, o cuando la facultad de juzgar no está separada de la facultad legislativa y ejecutiva. (Montesquieu, escribía Madison (*Le Fédéraliste*, trad. Boucard y Jüze, pp. 397-401), quiso decir, como lo demuestran sus propias expresiones y, con más evidencia todavía, los ejemplos que tenía presentes..., que, cuando la totalidad del poder de un departamento se ejerce por los mismos que poseen la totalidad del poder de otro departamento, los principios fundamentales de una Constitución libre llegan a invertirse). Cfr. *ibidem*, p. 403: La doctrina de Montesquieu... no hace más que prohibir a uno de los departamentos de ejercer en su totalidad el poder de otro departamento.

Podría uno preguntarse, cuando se examina atentamente el texto, si no está haciendo alusión, en forma más restringida todavía, a la sola acumulación de la integridad de dos poderes por un mismo órgano simple, individuo o asamblea única: Montesquieu hace mención, en efecto, de su reunión en la misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura, en el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales o de los nobles o del pueblo.

Por otra parte, no descarta *a priori* la idea de que el parlamento y el gobierno podrían ejercer conjuntamente el poder ejecutivo como ejercen el poder legislativo; y, en efecto, esta identidad de los dos órganos, legislativo y ejecutivo, no ofrecería peligro para la libertad, más precisamente para la legalidad, desde el momento de que se trata de un órgano compuesto de varios elementos susceptibles de hacerse oposición. Sin embargo, algunas de sus expresiones son más generales: Aunque, en general, la facultad de juzgar no debe estar unida a ninguna parte de la legislativa...; pero, en general, la facultad legislativa no puede juzgar... En la incertidumbre, nos atenemos a la más amplia interpretación.

Es en la frase final —todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales o los nobles, o del pueblo, ejercieran esos tres poderes...— que hace aparecer de la manera más clara el sentido verdadero del pasaje. Por lo demás, sólo esta interpretación es acorde con la reglamentación de la competencia desarrollada en el capítulo, y esto sería suficiente para imponerla.

Por otra parte, no es inútil hacer notar que en todo caso se trataría, si acaso, de una especialización dentro de una función política o social —que no haría intervenir cada uno de los órganos estatales más que dentro de las operaciones que tiendan a cierto fin político o social— (17) y no dentro de una función jurídica, que no permitiría a cada uno de ellos de realizar más que una sola clase de actos jurídicos. Pues las definiciones de los poderes dadas por Montesquieu no se fundamentan sobre ningún criterio jurídico —sobre un carácter formal o material, para emplear la terminología consciente de los actos consumados (su época ignoraba este género de análisis y no tenía preocupación o inquietud por ellos), pero sobre el fin o el contenido político o social de esos actos: hacer, enmendar, o ahogar las leyes (aquí, es verdad que la definición coincide con ciertas definiciones jurídicas de la legislación; pero se considera también la expedición de las reglas de derecho como una función social); —hacer la paz, o la guerra, enviar o recibir embajadores, establecer la seguridad, prevenir las invasiones—; castigar los crímenes, o juzgar las controversias entre particulares. Se comprende, entonces, que los órganos investidos de esas diferentes misiones tendrían competencia para ejecutar todos los actos jurídicos necesarios para realizarlas,

## II

4. Así pues, la idea de separar las autoridades estatales está completamente ausente del *Espíritu de las leyes*, no encontrándose la ni siquiera articulada o esquematizada.<sup>18-19</sup>

De esta conclusión no debe deducirse, sin embargo, que sea posible y deba negarse sin reservas el vínculo tradicionalmente admitido entre separación de poderes y *Espíritu de las leyes*. No se ha dicho, en efecto, que esta expresión no pueda ser legítimamente entendida en forma diferente a como la ha interpretado la doctrina que anteriormente se ha discutido, y que en este otro sentido no pueda corresponder a una parte, por lo menos, de la doctrina constitucional de Montesquieu.

Efectivamente, el principio de acuerdo al cual las diferentes funciones estatales deben ejercerse por órganos distintos, o en otros términos, que deben existir, de acuerdo a dicho principio, igual número de órganos que de funciones, merece perfectamente el nombre de principio de separación de

aun cuando dieran lugar a categorías jurídicas diferentes. Carré de Malberg tiene toda la razón de hacer notar (II, 30, 31, 109) que sería imposible no autorizar cada autoridad o grupo de autoridades a realizar únicamente una sola clase de actos jurídicos; por el contrario, no parece exacto que Montesquieu haya podido pensar en una especialización funcional de esta naturaleza. Es verdad que Carré de Malberg parece ciertamente admitir que el sistema de Montesquieu está ordenado de acuerdo a lo que hoy en día podría denominarse una clasificación material de las funciones del Estado y con fundamento en ella (II, 28, 29, 112); lo que hay de cierto en esta idea, que está por lo demás estrechamente vinculada a aquella otra consistente en afirmar que Montesquieu quiso separar funcionalmente los órganos, es que parece ser que Montesquieu admite que legislación y reglas generales, por una parte, y administración, justicia y decisiones particulares, por otra parte, llegan a coincidir; desde su punto de vista de político, es exacto: el parlamento está instituido para expedir, o colaborar en la expedición de reglas generales; las leyes son creadas, esencialmente, para establecer reglas generales. Y, además, no hay que olvidar que Montesquieu fue consciente de la jerarquía de tales funciones.

<sup>18</sup> Resulta de esto que toda una serie de apreciaciones que se atribuye al sistema constitucional expuesto en el *Espíritu de las leyes*, críticas en contra del mismo y deducciones que se pretenden al amparo de su autoridad, estarían fundadas, o, al menos, serían admisibles, si Montesquieu hubiera proyectado el separar las autoridades estatales. Es, por ejemplo, inexacto que Montesquieu haya interpretado erróneamente la Constitución inglesa, o, en todo caso, que haya realizado una interpretación exagerada de la misma en el sentido de la separación (Carré de Malberg, II, 4; Esmein, I, 82); —igualmente es inexacto aseverar que él se habla imaginado poder reglamentar el juego de los poderes públicos por medio de una separación mecánica o geométrica (Carré de Malberg, II, 35).

<sup>19</sup> Se habría podido advertir —el hecho es bastante característico y significativo— que no es esta idea, el dogma de la separación de funciones, la que cita Montesquieu para justificar las soluciones mismas que coinciden con aquellas a las que igualmente habría conducido, pero siempre y únicamente consideraciones concretas, prácticas y especiales. Cfr. XI, 6, 160<sup>5</sup> (iniciativa y discusión de leyes), 156,<sup>7</sup> 158<sup>2</sup> (función ejecutiva); VI, 5 y 6 (función jurisdiccional).

poderes, ya que no es necesario, para que los poderes —entendiendo por ellos correctamente las funciones— estén separados, que los órganos de las diferentes funciones no tengan ningún elemento o miembro común; es suficiente que no sean idénticos; los poderes pueden considerarse separados, desde el momento en que no están confundidos, es decir, desde que el ejercicio no está atribuido al mismo órgano. En este sentido, se puede entonces perfectamente decir que Montesquieu planteó y aplicó el principio de la separación de poderes y que preconiza un régimen de separación de poderes.

5. Pero aquello que constituiría un error sería creer que esta calificación pueda caracterizar su sistema, que tal principio expresa el todo, o la originalidad del mismo.

Así entendido, el principio de la separación de poderes es, en efecto, una característica común a tipos de organización constitucional sumamente diversos: igualmente se le encuentra en Constituciones de las cuales se predica que no se deben "separar" las autoridades, que en Constituciones de las cuales se dice que se les deben "separar", de hecho en todas las Constituciones no-absolutistas;<sup>20</sup> no es suficiente, por ello, para caracterizar completamente a ninguna, ya que si por virtud del mismo se establece, principio previo y negativo, que los órganos de las tres funciones no deberán ser idénticos, no se está determinando cómo deberán estar compuestos; por consiguiente, tampoco cuál será la competencia respectiva de las autoridades estatales, sus relaciones funcionales, *a fortiori*, los otros elementos de su condición.

No afirma, por ende, cuál será la relación entre parlamento y gobierno. Ahora bien, era éste para Montesquieu, como lo es en forma idéntica para todos los autores de Constituciones ideales o positivas, el punto esencial; incluso era el único que él juzgaba que tuviera una importancia política, que fuera relevante para el equilibrio constitucional. No ponía en tela de juicio que los tribunales —tribunales *fixes* o jurados, esto es irrelevante— estuvieran acantonados dentro de la sola función jurisdiccional, la que a su parecer no estaba solamente subordinada, sino que además se reducía a una aplicación cuasi-mecánica de la ley, sin posibilidad de juicio personal, ni de libertad, carente de facultad discrecional para aquel que la ejerce,<sup>21</sup> y por tanto, políticamente nula, no confiriéndole ningún papel político;<sup>22</sup> que-

<sup>20</sup> Tal y como es aceptado por publicistas de las más variadas tendencias, por Rousseau por ejemplo, como por Montesquieu, porque son tanto uno como otro partidarios del gobierno legal. ¿La distinción, extraña en un principio, del pueblo-soberano y del pueblo-magistrado en democracia pura, no lleva en el fondo la tendencia de mantener la distinción de los dos órganos, el pueblo-magistrado estando ligado a las leyes, por tanto subordinado al pueblo soberano o legislador?

<sup>21</sup> XI, 6, 154<sup>3</sup> y 159.<sup>2</sup>

<sup>22</sup> (El poder) de juzgar es de cierta manera nulo. No quedan más que dos, los cuales, por el contrario, no se ejercen sobre ningún particular.

daba, pues, solamente por resolver el problema, el verdadero y único problema político: la situación respectiva del parlamento y del gobierno, los cuales deberían hacer repartición de las dos funciones políticas, la legislativa y la ejecutiva<sup>23</sup> y es por lo tanto la solución de este problema, o más precisamente, el principio que la resume, el único que definirá el sistema de Montesquieu, tal y como define, por lo demás, a los diferentes sistemas de relaciones entre órganos estatales, porque expresa, en efecto, la idea política suprema. Este principio —que él no formuló, y que es preciso inducirlo de las soluciones a las que llegó— es, en Montesquieu, la independencia recíproca, desde un punto de vista jurídico, de los dos órganos. Investir del poder supremo a dos órganos conjuntamente dentro del Estado, el parlamento y el gobierno —tres, si se cuentan separadamente las dos cámaras del cuerpo legislativo,— postulando el acuerdo de los mismos como necesario y libre, tal es la idea que Montesquieu quiso realizar.

Ahora bien, este fin suponía que Montesquieu —o debía conducirlo a concebir— al parlamento y al gobierno como jurídicamente independientes el uno del otro.<sup>24</sup>

Primeramente, desde un punto de vista funcional, ejerciendo conjuntamente la función suprema, siendo el consentimiento de ambos necesario para los actos de esta función, serán jurídicamente iguales; ninguno de los dos podrá —jurídicamente— imponer su voluntad al otro, obligarlo; ninguno de los dos estará, así, subordinado al otro, ni aparecerá como el simple ejecutor de sus voluntades soberanas.<sup>25</sup> Es por esto por lo que, negando igualmente

<sup>23</sup> Es un error de la interpretación separatista creer que Montesquieu quiso reglamentar en un momento determinado, a través de una fórmula única, las relaciones, en particular las relaciones funcionales de las autoridades. La idea, impuesta por la forma en que explica los párrafos relativos a la separación de los poderes, en donde, en efecto, las fórmulas son análogas para las tres funciones, deja de ser una opinión defendible, desde que se reconoce que Montesquieu comprendió la jerarquía de las funciones estatales, y no pudo por lo tanto querer una situación igual por lo que se refiere a las autoridades jurisdiccionales, que él especializaba dentro de una función inferior, respecto de los órganos a los que asociaba a la función suprema.

<sup>24</sup> Es aquí donde hay que tener especial cuidado y abstenerse de emplear las palabras poder legislativo y poder ejecutivo, en lugar de las palabras parlamento y gobierno. Al decir que Montesquieu quiso concebir iguales e independientes los poderes legislativo y ejecutivo —se añade: y judicial— (Carré de Malberg, II, 50), se le atribuye una actitud que es, en todo caso, absurda. En efecto, o bien se esté por una, o bien por otra, de las dos siguientes opciones: o las funciones de que se trata son iguales, y no hay entonces por qué convertir sus órganos en iguales; o las mismas no son iguales, y entonces no depende de la voluntad humana el hacer iguales a sus órganos. La segunda hipótesis, siendo la verdadera, conduce lógicamente a sostener, para explicar el por qué Montesquieu haya podido emprender semejante tarea, que Montesquieu partió de la hipótesis falsa; ya se ha visto lo que conviene decir acerca de esta tesis.

<sup>25</sup> Se trata evidentemente de independencia, no solamente en la función, sino más bien por la función. La simple independencia en su función no permitiría a un órgano limitar a otro cuya función fuera superior a la suya. Esto equivale a decir que la especialización

al monarca y al parlamento la facultad de expedir ellos solos las reglas legislativas —lo que ocasionaría que el uno o el otro fuera "tiránico", "despótico", virtualmente todo poderoso—, <sup>26</sup> otorga a éste la elaboración y el voto de los textos de ley y a aquél el derecho de impedir que esos proyectos de ley lleguen a convertirse en leyes, exigiendo así el consentimiento de los dos órganos, y las reglas legislativas representarán, entonces, la voluntad común. <sup>27</sup> Luego entonces es ya poco importante cómo estará atribuido el poder ejecutivo; la no-subordinación, la igualdad de los dos órganos no está ya en juego, no es, en todo caso, una voluntad extraña que el titular de ese poder ejecutará; ya no son decisiones impuestas, reglas heterónomas a las que él se someterá, sino a reglas a las cuales él habrá otorgado libremente su consentimiento; <sup>28</sup> y, por otra parte, la naturaleza de ese poder, su carácter subordinado, hacen que no sea necesario —ni suficiente— para asegurar su independencia, de hacer participar ningún órgano, ni confiarlo a un órgano compuesto. <sup>29</sup>

Son pues otros tipos de consideraciones las que decidirán sobre esta atribu-

funcional de dos órganos no asegura como tal su independencia jurídica; ésta supone, además, que las funciones en donde se opera la especialización son ellas mismas independientes jurídicamente la una de la otra. (Cfr. sin embargo Carré de Malberg, II, 110. Es verdad que Carré Malberg admite que Montesquieu concebía las funciones estatales como iguales).

<sup>26</sup> XI, 6, 157, 2 158, 1 159 5-6 (que prevé solamente un poder de legislación autónomo).

<sup>27</sup> Hace, pues, ramas iguales de la legislatura. Por consiguiente, no hay ninguna oposición sobre este punto entre Montesquieu, por una parte, y Locke o Blackstone, por la otra (contra Carré de Malberg, II, 37). Si la independencia jurídica de los dos órganos exige que sean llamados el uno y el otro a dar su consentimiento a las reglas legislativas, no exige esta independencia, pero —es de suma importancia advertirlo— no excluye tampoco otros modos de participación del gobierno en el ejercicio de la función legislativa.

<sup>28</sup> Locke había ya expresado admirablemente esta idea: "*The supreme executive Power being vested in one who, having a share in the Legislative, has no distinct superior Legislative to be subordinate and accountable to.*" (II, 148; Cfr. 124 y 151).

<sup>29</sup> XI, 6, 156 7 y 158. 2-3 A lo que Montesquieu hace alusión en este último pasaje, es a un veto ejecutivo, y no a la facultad de dimisión o revocación de los ministros (contra Carré de Malberg, II, 8, nota). Se ve hasta qué grado Montesquieu, lejos de partir, como pretenden sus destructores, de una fórmula abstracta y uniforme, procediendo mecánicamente, resolvió separada y sucesivamente la cuestión de la atribución de cada una de las funciones, teniendo en cuenta consideraciones concretas, con elementos especiales para cada una de ellas, en particular, su carácter jurídico y su importancia política, naturalmente tal y como él las concebía. Especialmente, es necesario advertir que Montesquieu no aplicó la fórmula "es preciso que el poder limite al poder" (ver, en relación al sentido exacto de esta expresión, la nota 1 de la página 189) más que en relación con el poder legislativo, poder supremo dentro de su sistema. Evidentemente, es posible pensar que ciertos constituyentes que se inspiraron sobre sus ideas, se mostraron fieles a su espíritu, a la vez que se separaban de las soluciones a las que Montesquieu había llegado, exigiendo el doble consentimiento del parlamento o de una de sus ramas, y del gobierno para ciertos actos gubernamentales, que es excesivo considerarlos como actos que puedan quedar encuadrados dentro de la ejecución, tomando en cuenta la parte de poder discrecional que implican y su importancia política; Montesquieu se había apegado a la teoría inglesa de la prerrogativa.

ción: Montesquieu estima que la independencia del gobierno —y, por ello mismo, la libertad del Estado— exige sin duda, como también la preocupación por la correcta ejecución de las leyes, que sólo él ejerza el poder ejecutivo, sin participación del parlamento.<sup>30</sup> Es suficiente con reconocer al parlamento el derecho de controlar su actividad.

Personalmente, en seguida,<sup>31</sup> si pudieran revocarse el uno al otro, parlamento y gobierno podrían escapar, al menos momentáneamente, a la necesidad de avenirse. Es para descartar esta eventualidad que el monarca debe ser absolutamente irresponsable,<sup>32</sup> que sus ministros deben ser al menos políticamente irresponsables frente a las cámaras,<sup>33</sup> y que, en sentido inverso, el

<sup>30</sup> Luego entonces, Montesquieu regula las relaciones funcionales de los dos órganos en base al modelo de la Constitución inglesa, de la forma en que la había analizado en sus *Apuntes sobre Inglaterra*: Actualmente, el poder ilimitado se encuentra en el Parlamento y en el rey, y el poder ejecutivo en el rey cuyo poder está limitado, limitado por un acto (es decir, las leyes). ¿No es, acaso, la definición de la igualdad de los dos órganos? El monarca ha sido situado en el rango del Parlamento; al Parlamento no se le ha colocado por encima del monarca. Son jurídicamente independientes el uno del otro. Esta breve y esclarecedora síntesis es la prueba directa y decisiva de que Montesquieu comprendió perfectamente el estado constitucional de la Inglaterra de su tiempo; se destruye entonces, en forma definitiva, la idea consistente en afirmar que su sistema descansa sobre un desconocimiento histórico o jurídico, idea ésta que es uno de los pilares necesarios de la interpretación separatista de su doctrina; pero esto ha sido ignorado.

<sup>31</sup> La sola independencia personal no podría asegurar la igualdad jurídica y, por consiguiente, la facultad de impedir, de limitar: si un órgano ejerce una función subordinada a aquella que ejerce otro órgano, no por el hecho de que éste no podrá revocarlo se torna jurídicamente independiente de él; no le estará menos subordinado y no será posible entonces que lo limite. Es la relación funcional de los órganos la que decide su igualdad o desigualdad jurídica. Carré de Malberg parece adoptar, o al menos atribuir a Montesquieu, la opinión contraria (II, 8: Es indispensable, etc., e igualmente, II, 35-36 y 49, en donde expresa la idea de una inclinación particular por parte de la autoridad jurisdiccional hacia una independencia absoluta.) Pero aquí también es preciso recordar que él admite que Montesquieu concibió los tres poderes iguales y que, por consiguiente, la especialización de las diferentes autoridades asegurarían su independencia funcional.

<sup>32</sup> XI, 6, 158. <sup>4</sup>

<sup>33</sup> Sobre la responsabilidad penal y su organización: XI, 6, 158 <sup>5</sup> y 159. <sup>8</sup> Se ha sostenido que Montesquieu, dentro de su esquema de Constitución, quería que los ministros fueran también responsables políticamente frente a las cámaras, es decir, otorgar a éstas el derecho de provocar su dimisión o su revocación discrecionalmente, por simple motivo político. Duguit, *loc. cit.*, quien, sin embargo, admite que el *Espíritu de las leyes* plantea el principio de la separación de poderes —de las autoridades—, y por otra parte, que la responsabilidad política de los ministros es una violación profunda de (ese) principio (108, 350 y 357), se expresa en este sentido fundándose en la íntima solidaridad que Montesquieu habría querido establecer entre los dos órganos. Esta afirmación es desmentida, tanto por el texto como por la historia. Los términos de los que se sirve Montesquieu —investigar, acusar, juzgar, castigar—, los sujetos de responsabilidad que él indica, no dejan duda alguna que Montesquieu pensaba únicamente en una responsabilidad penal. Y, además, no hay que olvidar que el estudio realizado por Montesquieu de las instituciones inglesas, en el lugar mismo de su origen, se remonta a los años de 1729-1731, y que el *Espíritu de las Leyes* apareció en 1748; ahora bien, en esta época, los historiadores de derecho constitucional concuerdan en reconocerlo, la regla de la responsabilidad política de los ministros frente a la cámara popular no había sido todavía admitida en Inglaterra. (Cfr. Esmein,

gobierno no tendrá el derecho de disolver ninguna de ellas.<sup>84</sup> Como efecto

I, 182 y ss.; Hauriou, 372). Sería entonces preciso admitir que Montesquieu imaginó esta regla con todos sus elementos, y, por tanto, el régimen parlamentario que constituye el criterio jurídico de la regla, en un tiempo en que todo ello era desconocido en el mundo político; que Montesquieu previó —casi con un siglo de adelanto— el advenimiento como el término necesario de la evolución constitucional de Inglaterra, siendo, no obstante, que los resultados de la primera fase de esta evolución no estaban, en la época en que Montesquieu observaba y escribía, consolidados hasta el punto de excluir cualquier movimiento en retroceso. Nada autoriza a pensarlo. Lo que, sin embargo, es exacto, es que tomando las enseñanzas de la práctica constitucional inglesa de su tiempo, que parece haberla perfectamente comprendido (*contra* Carré de Malberg, II, 37-38, y Esmein, I, 82), Montesquieu se percató de la dependencia de hecho que se establecía cuando el monarca formaba parte del parlamento, a la vez que el parlamento formaba parte de aquél, a consecuencia de su mutua independencia jurídica, debía llevarlo —obviamente siempre, y cuando escogiese sus ministros dentro del parlamento— a gobernar normalmente de acuerdo con la mayoría de las cámaras, y, por lo tanto, a escoger ministros que posean, de una manera general, el beneplácito de aquéllas y puedan obtener su ayuda: En contra de las máximas ordinarias (el monarca) se vería frecuentemente obligado, en un sistema constitucional tal y como Montesquieu lo preconizó, a otorgar su confianza a aquellos que le hubiesen desagradado fuertemente y desfavorecer a aquellos que le hubiesen servido mejor, realizando por necesidad lo que los otros príncipes realizan por elección (XIX, 27). Sin duda, esto prueba que entre la posición que Montesquieu preveía para su jefe de Estado y aquella de un jefe de Estado parlamentario, no existe un abismo entre ellas. El ejemplo de la Inglaterra del siglo XVIII y la del primer tercio XIX y aquel de la Restauración francesa demuestran ampliamente, sin embargo, que esos dos regímenes no desembocan de hecho, en su aplicación, en resultados absolutamente idénticos. Es un régimen como el que funcionó en esos dos países, en las dos épocas citadas, el que previó Montesquieu —el gobierno de gabinete. No se deben identificar, en efecto, gobierno de gabinete y régimen parlamentario. A lo único que se opone un gobierno de gabinete es a un gobierno personal del jefe de Estado.

Así pues, si el régimen parlamentario supone el gobierno de gabinete, por lo menos dentro de los Estados en donde existe un jefe de Estado distinto del ministerio, añade además dicho régimen un elemento esencial, la responsabilidad política del gabinete frente al parlamento. Constituyen entonces dos tipos constitucionales, claramente distintos, aun cuando seguramente el gobierno de gabinete no esté casi en posibilidad de mantenerse en forma estable y deba desaparecer para dar lugar al regreso del gobierno personal del monarca, o bien esparcirse, si la evolución se continúa en el mismo sentido, en gobierno parlamentario. Por el hecho de no haberlos distinguido suficientemente, las mejores exposiciones de esas diferentes transiciones constitucionales se han presentado con alguna obscuridad o incertidumbre. La posición de Montesquieu, quien ignorando la responsabilidad política del gabinete frente a las cámaras, reconoce en éstas, sin embargo, el derecho de controlar su gestión, demuestra de manera patente —el ejemplo americano también así lo demuestra— que ese derecho no es un rasgo específico de gobierno parlamentario, y no sería ayuda el intentar *a fortiori* su definición. Montesquieu con toda claridad ha visto un corolario normal de la doble calidad de coautor de la ley y de acusador-juez de los ministros, que es la relativa al parlamento, como también de su competencia presupuestaria, y más generalmente de su derecho de ejercer una influencia sobre la marcha general de los asuntos del Estado, que incluye el de expresar una opinión sobre la conducta de los ministros que los dirigen, y por consiguiente el inquirir sobre la misma. Esta postura no es, en absoluto, contraria al principio de la independencia jurídica del parlamento y del gobierno: sería contraria en el caso de que la investigación provocara una decisión que implicara la dimisión de los ministros. Pero, precisamente, quien se refiere a un control no hace referencia por ello, ni necesariamente, a una responsabilidad política.

<sup>84</sup> Montesquieu se aparta en este punto de la solución de derecho constitucional inglés,

de esta regulación, los dos órganos podrían limitarse el uno al otro verdaderamente, es decir, definitivamente.

Como Montesquieu lo habría previsto, por lo tanto, deseado, —estos órganos estarían en última instancia eslabonados el uno al otro por medio de un encadenamiento que no podrían por ningún motivo deshacer, en la más absoluta dependencia de hecho, ya que toda decisión o acción estatal ulterior descansando sobre las mismas reglas legislativas, inmediata o mediatamente, no podrían, a final de cuentas, realizar nada que no fuera de común acuerdo, y que, personalmente independientes, no tendrían ningún medio de constreñirse para otorgar su consentimiento a las proposiciones del uno y del otro; en una palabra, pues, que no existiría posibilidad de realizar ninguna acción el uno contra el otro, ni el uno sin el otro,<sup>35-36</sup> y por esto mismo estaría ase-

la cual había sido mencionada por Locke, su antecesor (II, 218), en tanto que Montesquieu se refiere a otros medios de acción del gobierno sobre el parlamento, que le parecieron indispensables para asegurar efectivamente la libertad necesaria del gobierno en el ejercicio de su función ejecutiva y no amenazar, por otra parte, las prerrogativas del parlamento, garantizadas por las autorizaciones que el gobierno deba obtener de él: XI, 6, 157<sup>b</sup> y 1607. (Probablemente debe verse en la frase: Si el cuerpo legislativo permaneciera un tiempo considerable sin llegar a integrarse en asamblea, no habría ya libertad, una alusión a un derecho del Parlamento de reunirse de oficio en ciertas fechas, o en ciertos periodos.) Aun no siendo partícipe de esta opinión y si se cree que Montesquieu ha omitido simplemente mencionar el derecho de disolución, el hecho de que lo hubiera reconocido para el monarca no habría sido de una extrema gravedad; sin duda, consistiría en una derogación de la aplicación rigurosa del principio de la independencia personal del parlamento y del gobierno; pero ciertamente con la condición de que este derecho estuviese limitado, no alteraría profundamente su equilibrio constitucional porque dicha derogación no habría más que posponer para ellos la necesidad de entenderse, sin hacerla desaparecer. No obstante, la opinión contraria nos parece más conforme con la idea general de la doctrina: obligar los dos órganos a avenirse cada uno con un órgano que escapa a su influencia, que no puedan, por lo tanto, limitarlo, —idea ésta que se expresa en la conocida frase: Estos tres poderes deberían formar un apaciguamiento, o una inacción.

<sup>35</sup> Se sabe que si Montesquieu no temió llegar hasta esta solución extrema, es porque contaba con la necesidad de actuar sobre la imposibilidad de limitar la maquinaria política para constreñir a los órganos a un avenimiento indispensable, y evitar las oposiciones insalvables que habrían paralizado la vida del Estado: Ya que por razón del movimiento necesario de las cosas (los tres poderes) están compelidos a actuar, estarán constreñidos a actuar de común acuerdo.

<sup>36</sup> Es el gran error de la interpretación clásica, consistente en no haber distinguido independencia de derecho e independencia de hecho. Los partidarios de esta interpretación, por lo menos aquellos que la expusieron hasta sus últimas consecuencias, de alguna forma concebían que solamente siendo dos órganos independientes existía la posibilidad de limitarse el uno al otro. Pero, prisioneros de la idea de que Montesquieu quería especializar funcionalmente las diferentes autoridades estatales, no comprendieron que la independencia necesaria era una independencia simplemente jurídica, negativa y relativa, y antes que nada una igualdad, es decir, una no-subordinación funcional, y de ninguna manera una independencia de hecho al mismo tiempo que de derecho, una independencia positiva y absoluta, la libertad de decisión y de acción, la cual es, en efecto, como se ha visto, la negación de la facultad de limitación (la separación, la ruptura de todo vínculo o contacto, no es otra cosa que el medio de realizar esta independencia de hecho). Error tanto más grave que la independencia jurídica del parlamento y del gobierno que se debe asegurar mutua-

gurado el gobierno moderado, el ejercicio atemperado del poder político, en el cual Montesquieu veía la condición primera y esencial de la libertad política y, por lo mismo, el objeto necesario de toda Constitución. El gobierno moderado era para él un gobierno en donde la elaboración del orden social y, más generalmente, la dirección de la colectividad, el gobierno de la sociedad no pertenecería, en última instancia, a un órgano simple —cuerpo o individuo—, sino a un órgano compuesto, formado de los diferentes factores sociales a los cuales él pretendía otorgar el medio de hacer valer sus concepciones e intereses, o de sus representaciones, y cuyas decisiones expresarían, por consiguiente, la voluntad común y concordante; serían el fruto del acuerdo de estos diferentes elementos, y podrían hacerse así una mutua oposición, limitarse, es decir, compelerse los unos a los otros sobre una línea media igualmente aceptable por todos los ciudadanos, igualmente respetuosa de sus intereses.<sup>37</sup>

mente la posibilidad de limitarse, supone que se encuentren en una completa dependencia de hecho, el uno del otro: la libertad de hecho de que disfrutaban los dos órganos dentro del sistema de Montesquieu no consiste en absoluto para ellos en realizar su voluntad, es decir, en expedir y hacer ejecutar las normas jurídicas que les plazca, sino únicamente en proponer, otorgar o rechazar su adhesión a las decisiones que le son propuestas.

La confusión se manifiesta, por ejemplo, en la afirmación de que las relaciones entre los órganos serían contrarias a su independencia (Carré de Malberg, II, 35). Pero la manifestación más típica se encuentra seguramente en Rehm, quien llegó a sostener (*Allgemeine Staatslehre*, 236) que a diferencia de Locke y de Blackstone y a semejanza de Rousseau, Montesquieu se había propuesto establecer la dominación (*Herrschaft*) de la representación nacional sobre el príncipio, de situar al monarca (lo denomina: órgano ejecutivo) bajo la dependencia jurídica y política del parlamento (lo denomina: órgano legislativo). En apoyo de esta opinión, que revela un desconocimiento total de la ideología política del *Espíritu de las Leyes*, cita el pasaje en donde Montesquieu expresa que, si el poder legislativo establece, no de año en año, sino para siempre, la competencia del mismo para la recaudación de impuestos... la facultad ejecutiva *no dependerá más del mismo*: ¿no prueba acaso este texto, que el fin de Montesquieu era el de asegurar esta dependencia? Es exacto, pero se asegura de hecho y no de derecho. Rehm parte, es verdad, de la idea de que en el sistema de Montesquieu, el monarca no forma parte del órgano legislativo y declara que por el hecho de que no tiene una simple facultad de limitación en materia legislativa, constituye esto la expresión de su dependencia, de su inferioridad, después de haber escrito, que (229) cuando ninguna ley puede ser establecida sin el consentimiento del príncipe, el cuerpo legislativo no le es superior, que no existe entonces, ni separación, ni subordinación, sino por el contrario, vinculación e igualdad (Cfr. 236: las dos Cámaras son iguales, porque Montesquieu habla de su facultad de recíproca limitación) ¿Cuál es entonces el efecto del veto absoluto?

<sup>37</sup> Tal es, en efecto, el sentido del enunciado "es necesario que... el poder limite al poder". La facultad de oposición a la que apunta no es simplemente, como en ocasiones parece admitirse, la facultad de impedir decisiones irregulares; no debe únicamente permitir a los órganos que serán investidos con tal facultad, el defender sus prerrogativas contra los abusos que los otros pudieran realizar en violación de dichas prerrogativas y de prevenir de esta manera la infracción del derecho; no es un arma creada para la defensa de la legalidad, ni aún de la constitucionalidad. Mucho más ampliamente, esta facultad debe permitir un veto puramente político en sus motivos, jurídicamente discrecional, fundado sobre el simple disentimiento, sobre la sencilla hostilidad a la decisión deseada por

¿Cómo podría entonces ser motivo de duda que este principio de la independencia jurídica recíproca,<sup>38</sup> fuese el principio original y esencial, el principio supremo y característico del sistema constitucional de Montesquieu<sup>39</sup> En tanto que lo que se puede denominar como principio de la separación de poderes, responde simplemente a la preocupación de asegurar la legalidad de la ejecución, mientras que al atribuírsele a órganos distintos, es decir, no —idénticos, Montesquieu pensaba únicamente en asegurar el imperio de la ley, de una ley general,<sup>40</sup> al realizar la independencia jurídica recíproca del

el otro órgano, evitar medidas políticas erróneas, es decir, que ante todo, en el sentido de Montesquieu, responderían a los intereses de un solo grupo o de un individuo. Se observará que Montesquieu afirma con toda exactitud que la mencionada facultad debe impedir a un individuo o a una asamblea de abusar del poder, y que no exceda o sobrepase sus poderes. No es, pues, una simple facultad de impugnación, sino, como lo dice Montesquieu tomando la palabra en su sentido práctico, una facultad de anulación.

No es, por lo tanto, muy exacto, o por lo menos es equívoco, afirmar que esta facultad de obstaculizar (*d'empêcher*) debe asegurar la limitación de los poderes. (Carré de Malberg, II, 8), la cual es, ciertamente, un estado y no un acto, o una posibilidad de acción.

<sup>38</sup> Principio que, como se ve, no conviene desde ningún punto de vista a los órganos jurisdiccionales. Aun siendo personalmente independientes del órgano legislativo, o incluso, siendo también independientes de él en el ejercicio de sus funciones, le están subordinados por el solo hecho de su función; no es posible que lleguen a constituir una autoridad jurídicamente igual al parlamento y al gobierno. El principio "el poder limita al poder" no se aplica a ellos, poder nulo; Montesquieu no pensó utilizar a los tribunales para limitar al parlamento y al gobierno. Poco importa que posean o no el derecho de controlar la constitucionalidad de las leyes; no es su posición en relación con el legislador lo que llega a afectarse, sino la del legislador en relación con el constituyente; el juez permanece en los dos casos sometido a la ley; pero, en el primer caso, el acto del legislador no es ley, no llegó a producir reglas legislativas salvo que acto y reglas estén conformes a la Constitución. (*Contra*, implícitamente, Carré de Malberg, II, 35-36 y 49).

<sup>39</sup> De la misma forma que el principio jurídico característico de la Constitución de Rousseau será la soberanía del pueblo, es decir, de un órgano simple, porque él no reconoce otro principio político que el principio democrático, y que, si deben existir otros órganos además del pueblo, deberán naturalmente estarles en perfecta subordinación, ningún órgano debiendo limitar en algún sentido el pueblo soberano.

<sup>40</sup> Montesquieu estimaba que la seguridad del ciudadano estaría amenazada si un mismo cuerpo, o un mismo individuo pudiera establecer por sí sólo las bases, ya sea (acumulación de la función legislativa y de cualquier otra de las funciones ejecutivas) de sus decisiones particulares, o bien (la acumulación de las dos funciones ejecutivas) de su acción material, es decir, aplicar él mismo sus propias decisiones particulares; esto le permitiría, violar la ley o legislar e imponer sus decisiones ilegales, bajo apariencias de imparcialidad y de impersonalidad en favor o en perjuicio de un individuo, o de un grupo numeroso de individuos.

Es una confirmación de la idea de que la separación de poderes, en el sentido que hemos precisado, no podría ser el único principio, ni el principio fundamental de la doctrina constitucional de Montesquieu; la idea de legalidad a la cual responde, no puede por definición ser fundamento más que de la organización de las funciones subordinadas y más ligadas que libres (lo que no quiere decir que otras ideas no convergerán con la misma), pero no aquella de la función suprema; la idea en cuestión no podría, pues, ser presentada, como lo hace Carré de Malberg (II, 5), como si fuese el único principio político de la doctrina, ni tampoco ninguna otra doctrina o Constitución.

En cuanto a la "libertad de las autoridades públicas en sus recíprocas relaciones", en

parlamento y del gobierno, era la bondad de la ley y más ampliamente del gobierno de la sociedad entera, que descansa sobre ella, lo que Montesquieu deseaba obtener.<sup>41</sup>

Ahora bien, es evidentemente éste el elemento decisivo de la benignidad de la organización constitucional; el gobierno no será un buen gobierno, salvo que las leyes que se lleven a ejecución sean ellas también leyes justas. Así, es ciertamente este segundo principio que traduce prácticamente, sobre el plano del derecho, la idea que Montesquieu se hacía de la buena legislación, y, por lo mismo, su idea de la organización social.<sup>42</sup>

### III

6. Es preciso entonces renunciar, si se tiene la preocupación por una terminología exacta, a designar el sistema de Montesquieu con el nombre del sistema de la separación de poderes.

Sin duda, entre los dos términos no existe un divorcio absoluto; no obstante, estos términos no llegan a coincidir. Si existe una separación de poderes

donde Carré de Malberg ve un principio accesorio y como impuesto además por la fuerza de las cosas del sistema de Montesquieu, tal libertad no puede ser un fin político, sino solamente el medio jurídico de dicho fin, medio que es, además, de una primordial importancia, ya que tiende a realizar, aplicado naturalmente sólo al parlamento y al gobierno, el gobierno moderado.

<sup>41</sup> Legalidad y moderación, son los dos elementos de la libertad política, según el criterio de Montesquieu. Dentro de una equívoca terminología (en la cual incurrió el mismo Montesquieu), la distinción de las dos clases de libertad política del ciudadano no queda asegurada, salvo que las funciones ejecutivas se ejerciten legalmente a la vez que el poder gubernamental se ejerza con moderación. Se puede observar que esta distinción surge, por decirlo así, de la disposición misma del capítulo VI, Montesquieu comienza por hablar exclusivamente de la seguridad, particularmente para desaprobare en su nombre la acumulación de dos de los poderes por un mismo órgano simple; es únicamente después de haber agotado casi completamente la cuestión de la jurisdicción, que Montesquieu emprende el examen del problema de las relaciones entre parlamento y gobierno.

<sup>42</sup> Si Montesquieu quiere un gobierno moderado y, por lo tanto, mixto, es decir, que combina los diferentes principios —el monárquico, el aristocrático y el democrático— y los limita entonces el uno por el otro, es evidentemente porque Montesquieu se adhiere a la idea de una sociedad desigual, jerarquizada, dividida en clases, y que comprendió perfectamente que existiendo la antinomia natural entre la democracia política y la desigualdad social, la sociedad aristocrática no podría mantenerse, salvo que se otorgara a los privilegiados, monarcas y nobles los poderes políticos necesarios para la defensa de sus privilegios contra el asalto constante que el pueblo llevaría a efecto en contra de ellos en forma inevitable, es decir, si se les integrara dentro del órgano supremo en el mismo nivel —en principio— que la representación del pueblo, la cámara democrática; tal y como lo hacían notar con toda precisión los republicanos de 1848, el pluralismo social implica al pluralismo político.

Así mismo, si Rousseau no concibe otra legislación que aquella elaborada por el pueblo, únicamente es porque desprende las consecuencias políticas extremas de su concepción de una sociedad perfectamente igualitaria, sin clases ni privilegios.

dentro de este sistema, es en un sentido en el cual no puede llegar a caracterizar al mismo, es decir, si la expresión designa la atribución de las tres funciones estatales a tres órganos no-idénticos. En el único sentido en el que podría hacerlo —(significando) una separación tanto funcional, personal, como material de los órganos estatales y, a decir verdad, sobre todo de los dos órganos políticos—, Montesquieu no lo preconiza, ni llega a realizarlo; no separa parlamento y gobierno, la independencia que les confiere es una independencia no de hecho, sino exclusivamente jurídica.

CHARLES EISENMANN

## ADVERTENCIA

En esta sección de *Clásicos del Derecho* se publican dos estudios de juristas mexicanos que pueden calificarse con este carácter y que consideramos deben divulgarse entre los estudiosos de nuestra época, pues no obstante que aparecieron hace bastante tiempo, pueden todavía ser útiles para el análisis de algunas instituciones actuales, especialmente el juicio de amparo.

El primero de estos trabajos con el título de *Estudio sobre el artículo 14 de la Constitución* se publicó en la "Revista de Legislación y Jurisprudencia", correspondiente a los meses de enero a junio de 1889, páginas 296-315, y fue elaborado por el distinguido jurisconsulto y político mexicano León Guzmán, quien, además de su destacada actuación en la vida pública de nuestro país, contribuyó con su gran penetración jurídica al examen de nuestro juicio de amparo, del cual se le considera inclusive como su "salvador", si se toma en cuenta que en su calidad de miembro de la Comisión de Estilo del Congreso Constituyente, por razones que todavía no han esclarecido, suprimió del texto aprobado del artículo 102 de la Constitución de 5 de febrero de 1857, la parte relativa al "jurado popular" que debía calificar el acto reclamado, que de subsistir seguramente hubiese determinado el fracaso de nuestra máxima institución procesal.

Es bien sabido que en la época en que se redactó este excelente trabajo, se debatía en forma acalorada acerca del alcance del artículo 14 de la referida Constitución Federal de 1957, respecto a la procedencia del juicio de amparo contra sentencias judiciales, pues en tanto que un sector de la doctrina encabezada por Alfonso Lancaster Jones y Miguel Mejía luchaban por la admisión indiscriminada del amparo en toda clase de asuntos judiciales; los ilustres tratadistas Ignacio Luis Vallarta y Antonio Martínez de Castro, estimaban que la procedencia del mismo amparo debía limitarse exclusivamente a la materia penal, y por su parte, en el estudio que ahora se vuelve a publicar se adopta una postura intermedia, en el sentido de que el juicio de amparo debía admitirse también contra sentencias de carácter civil, pero sólo respecto de obligaciones personales y no por lo que se refiere a derechos reales.

Aun cuando la situación que se aborda en el estudio de León Guzmán ha quedado superada, puesto que finalmente triunfó la tesis de la procedencia del amparo respecto de todo tipo de sentencias judiciales, ocasionando la centralización judicial criticada posteriormente por Emilio Rabasa, sin embargo, el trabajo de León Guzmán nos permite compenetrarnos del apasionado

debate que provocó el amparo judicial durante la segunda mitad del siglo XIX y primeros años del presente.

El segundo trabajo que incluimos en esta sección fue redactado por el entonces muy conocido abogado Agustín Rodríguez, sobre la *Casación Civil*, calificado por su autor como "breves apuntes", no obstante que se trata de un análisis cuidadoso y documentado, que apareció originalmente en el volumen relativo a julio-diciembre de 1903, de la misma "Revista de Legislación y Jurisprudencia", páginas 180-230.

También este estudio está relacionado con nuestro juicio de amparo, como se advierte en su última parte, en la cual se hace referencia a las relaciones entre ambas instituciones, que a nuestro modo de ver se han fundido en la actualidad, a través del artículo 107 de nuestra Constitución vigente.

Debe destacarse que existen varios estudios recientes sobre las relaciones entre el amparo judicial y el recurso de casación, entre las cuales debe mencionarse el redactado por el joven jurista mexicano, prematuramente desaparecido, Alejandro Ríos Espinoza con el título de *Amparo y Casación* (México, 1960), pero también se han reproducido otros sobre este tema, entre ellos el elaborado por Fernando Vega sobre *El juicio de amparo y el recurso de casación francés*, aparecido originalmente en la misma "Revista de Legislación y Jurisprudencia" en el año de 1899, y reimpresso en la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, julio-septiembre de 1946, pp. 231-248.

El dominio de Agustín Rodríguez sobre el recurso de casación extremadamente formalista que se practicaba en la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, fue destacado en Querétaro por el constituyente Alberto M. González en la sesión del 22 de enero de 1917, en cuanto afirmó que sólo dos abogados en México conocían bien el referido recurso de casación, el mismo Agustín Rodríguez y Sabás Silva, ya que era tan complicado que fracasaban la mayoría de las impugnaciones de este género.

A través del minucioso examen que realizó Agustín Rodríguez sobre el recurso de casación, que inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 fue regulado en el citado Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 15 de mayo de 1884 y por la mayoría de los códigos de las entidades federativas que tomaron al segundo como modelo, podemos percatarnos de las grandes dificultades técnicas de este instrumento procesal, que provocaron una reacción desfavorable en el foro de la época y que marcaron su declinación, como lo señala desalentado el propio autor, en las últimas páginas de su estudio.

Sin embargo, el examen de la casación de tipo español que se practicó a fines del siglo anterior y principios del presente nos es muy útil para compararla con el amparo judicial de nuestros días.

Se ha presentado la curiosa situación de que mientras las causas por las cuales puede solicitarse el amparo contra sentencias judiciales, tanto en cuanto al fondo como respecto de las violaciones procesales —actualmente reguladas por los artículos 158 y 159 de nuestra Ley de Amparo— se tomaron del citado Código de 1884; al reenvío de la sentencia que concede el amparo en cuanto al fondo, tiene similitud con la sentencia de casación, según el modelo francés.

Todavía existe hasta la fecha una confusión entre los diversos tipos de recurso de casación, ya que si bien todos tuvieron su origen en la institución creada en 1790 por la Asamblea Nacional francesa, se han manifestado modalidades, especialmente en cuanto al llamado “reenvío”, es decir, respecto a la situación de la sentencia judicial que es anulada en cuanto al fondo por el fallo de casación, ya que en el modelo francés implica siempre su revisión a un tribunal de la misma jerarquía de la causa para que dicte una nueva resolución, mientras que de acuerdo con el sistema establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, el tribunal de casación, una vez anulada la sentencia de fondo, dicta a continuación un nuevo fallo para evitar el reenvío; y en un tercer plano, los ordenamientos procesales de Italia y los de Alemania y Austria, adoptan un criterio intermedio.

La reimpresión del minucioso trabajo de Agustín Rodríguez permitirá aclarar esta confusión, para deslindar campos que todavía se encuentran imprecisos, no obstante su trascendencia actual en relación con nuestro juicio de amparo.