

# LA INDEPENDENCIA DE LA FUNCION JUDICIAL Y LA PRETENDIDA SEPARACION DE PODERES

FOR

JUAN VALLET DE GOYTISOLO (\*)

## INTRODUCCIÓN

1. Estamos en una conyuntura en la que se percibe una crisis en la administración de la justicia.

Los asuntos se amontonan en juzgados y Tribunales. Jueces y magistrados no dan abasto, les falta tiempo para estudiar a fondo los asuntos y para reflexionar. Se proveen las nuevas plazas con aspirantes que no todos tienen la suficiente preparación. Detrás de esto se halla la crisis de la Universidad. Los ingresados, en un corto período de tiempo, ascienden a plazas y puestos más complejos sin haber madurado aún suficientemente.

De nada de esto tienen la culpa jueces ni magistrados.

Hace unos años el legislativo, con la supresión de los consejos de familia, les encomendó quehaceres que antes no tenían. Anticipando la jubilación, mutiló el cuerpo judicial por arriba, y —menos mal— que la figura de los jubilados contratados ha sido un subsidio, aunque insuficiente.

El ejecutivo no les ha dotado de medios suficientes y, a menudo, ha creado desasosiego en quienes han de resolver con serenidad y reflexión. La prensa le acecha y no se preocupa sino de

---

(\*) Reproducimos la lección inaugural que, en el curso sobre «La independencia de la función judicial», por él dirigido, impartió Juan Vallet de Goytisolo en la Universidad de Verano de la Complutense (El Escorial, julio de 1991).

difundir escándalos, a veces «fabricados», que, con su eco, parecen multiplicarse. Juzga de todo, como si ella fuese un tribunal supremo, pero sin conocer sino verdades a medias, con puntos de vista ideológicos, parciales, contando las cosas a su modo. A veces, detrás de ella existen oscuros intereses que la utilizan como medio de presión.

2. Por todo esto, y por mucho más, pienso que más allá de esta crisis de la administración de la justicia estamos ante una crisis social, unida a la de la ley positiva y del mismo concepto moderno de Estado. Cuando éste se halla en el culmen del poder y sus leyes tratan de abarcarlo todo, en un panlegalismo que nada quiere dejar sin regular, aparece pujante la economía sumergida, el terrorismo es amenazador, se extiende más y más el pasotismo, y los objetores de conciencia de ayer son sobrepasados por los insumisos de hoy.

Esa crisis del Estado ha culminado al otro lado del telón de acero con el hundimiento de los totalitarismos comunistas, dejando, tras la destrucción de sus estructuras que lo abarcaban todo con aparatos ortopédicos y prótesis, una sociedad civil anémica y, por ello, con muy dificultosa recuperación de las capacidades vitales de las que se hallaba naturalmente dotada antes de ser masificada y estructurada artificialmente.

Pero tampoco en el mundo occidental falta la sensación de crisis. La sociedad civil está atravesada cada día por más hilos conductores, tendidos por las multinacionales capitalistas, por las tecnocracias de unos Estados-providencia organizados partitocráticamente, por las organizaciones sindicales de masa que ahogan la espontaneidad de la sindicación en empresas y sectores industriales, y por una propaganda atronadora provista de las técnicas más sofisticadas.

Se ha señalado que el neocontractualismo anglo-americano, con BUCHANAN, NOZICK y RAWLS es una muestra patente de la inquietud que todo esto produce y que pugna por hallar aire y luz.

En los Estados con predominio del positivismo-legalista, en

especial del kelseniano, se percibe que el imperativo legal nada es sin la obediencia, y se va advirtiendo, cada día con mayor claridad, que si ésta sólo se basa en la coactividad o en el pasotismo, el poder queda sin legitimación y va perdiendo la imprescindible colaboración del pueblo al que ha socavado toda su organización natural. Se va abriendo, paso a paso, camino a la desobediencia pasiva, la insumisión, la desobediencia civil, la rebeldía y la sed de revolución. ¡Cuanta más sumisión *coercitiva*, menos solidaridad vital! Lo vienen mostrando los recientes estudios de KRILE y KLIEMT, RAWLS y DWORKIN, LUCIO LEVI, PASSERIN D'ENTREVES y SILVANA CASTIGNONE y, recientemente entre nosotros, la profesora CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA, con el fino análisis que hace en su libro *Legalidad y legitimidad, la teoría del poder*.

I. LA CUESTIÓN SEMÁNTICA, PROBLEMA PREVIO: SEPARACIÓN, DIVISIÓN, DISTRIBUCIÓN, NO CONFUSIÓN, EQUILIBRIO O CONTRAPESO DE PODERES. SU PROYECCIÓN SEA EN CASO DE SOBERANÍA DE UN REY ABSOLUTO O DE LA «VOLONTÉ GÉNÉRALE»

3. Para resolver cualquier cuestión lo primero que debemos precisar es el sentido de las palabras que utilizamos; y, una vez determinado éste, es preciso emplear las más adecuadas a lo que se trata de aclarar.

En el tema que abordamos debemos comenzar por una aclaración. MONTESQUIEU, a quien se considera el formulador, —en su *De l'Esprit des lois*— de la doctrina de la separación de poderes, no emplea a lo largo de todo su texto las expresiones *división* ni *separación* de poderes (1). Únicamente en el párrafo 5 del capítulo VI, libro XI utiliza el verbo «separar» en forma negativa: «Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger

(1) Cfr. SIMONÉ GOYARD FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, V, II, París, Kienksieck, 1979, pág. 322, quien indica que ya lo había observado DUGUIT en su *Droit constitutionnel*. Véase también mi libro *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, XI, 4, e, Madrid, Civitas, 1986, pag. 369.

*n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive*. Nótese que —como ha escrito POSTIGLIOLA (2)— «es importante poner de relieve que un verbo tan sugestivo como *séparer* es empleado aquí exclusivamente para el poder de juzgar en relación con los otros dos». Es decir, no para estos entre sí. Quien tan íntimamente conoció el pensamiento de MONTESQUIEU, a través de los papeles de su archivo de La Brède, HENRI BARCKHAUSEN (3), juzgó que la expresión «admitida y brutal de separación de poderes exagera, traiciona su pensamiento. Sería mejor y más exacto decir *no confusión*; pues ésta era la que verdaderamente le preocupaba». MONTESQUIEU no tuvo acerca de ella una imagen rígida, «ni estableció entre los poderes barreras infranqueables, sino mamparas ampliamente abiertas durante el día». JOSEPH DEDIEU (4), después de haber analizado tanto la exposición de LOCKE como la de MONTESQUIEU, mostraría que, tanto el uno como el otro, con referencia a los poderes legislativo y ejecutivo, «advierten que mantienen relaciones constantes».

Sin embargo, en este siglo ha predominado una «interpretación separatista» de la tesis de MONTESQUIEU, según la cual las funciones legislativa, ejecutiva y judicial corresponden a los tres poderes estatales, absolutamente distintos, plenamente independientes y perfectamente aislados, y el ejercicio de cada uno de los cuales compete a un órgano distinto. De ese modo —según dice EISENMANN (5), criticando esta interpretación—, serían:

(2) ALBERTO POSTIGLIOLA, *En relisant le chapitre sur la constitution d'Angleterre*, en «Cahiers de philosophie politique et juridique» de la Universidad de Caen, 7, 1985, págs. 17 y sigs.

(3) HENRI BARCKHAUSEN, *Montesquieu. Ses idées et ses oeuvres d'après les papiers de la Brède*, I, VIII, París, 1907; cfr. su reimpresión Ginebra, Slatkine Reprints, 1970, pág. 95.

(4) JOSEPH DEDIEU, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, VI, III, París, 1909; cfr. su reimpresión Ginebra, Slatkine Reprints, 1971, págs. 181 y sigs.

(5) CHARLES EISENMANN, *L'esprit des lois et la separation de pouvoirs*, en «Mélanges Carré de Malberg», 1933, pág. 190, reproducido en «Cahiers de philosophie politique», del Centre de Philosophie politique de l'Univer-

1) en número de tres órganos o grupos de órganos; 2) absolutamente distintos; 3) que ejercerían cada cual uno de los tres poderes en su totalidad, es decir, tendría su monopolio, su señorío y posesión sin reservas; 4) cada uno de los cuales ejercería su función con plena independencia, al abrigo de toda influencia de cualquiera de los otros dos —éstas cuatro primeras proposiciones «determinan completamente los principios de la estructura del aparato estatal»—; 5) la función de cada órgano no será revocable por ninguno de los otros dos; 6) tampoco ninguno tendrá derecho ni medio para impedir a los otros el ejercicio de su actividad, ni para obligarle a ejercerla; 7) y no habrá relación alguna directa entre los titulares o participantes de un poder con los otros, sólo podrán comunicarse por escrito (6).

EISENMANN, que ya en 1930, negó toda realidad a esa interpretación separatista, rechazó en 1952 que esta síntesis corresponda a la doctrina constitucional de MONTESQUIEU, y concretó su interpretación en las dos siguientes proposiciones (7):

1.º Tan sólo es rechazada la confusión total de todos o de dos de los tres órganos en el sentido de que no deben estar formados exacta y únicamente por los mismos elementos, lo que no impide que un mismo individuo o cuerpo forme parte simultáneamente de dos órganos titulares de poderes diferentes, con tal de que ello no ocurra con todos los elementos integrantes. Se trata, simplemente, de que no haya confusión.

2.º Del poder político supremo, se hallan excluidos los titulares de la función judicial y son sólo ejercientes los órganos políticos —legislativo y ejecutivo— que no se trata de separar sino de contrapesar, balancear y contrabalancear, con la finalidad de que les resulte necesario ponerse de acuerdo, a fin de que el veto de uno a otro no inmovilice al otro.

---

sité de Reims (a donde referimos las citas), Bruselas, Ousia, 1985, págs. 4 y sigs.

(6) CHARLES EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, en «Bicentenaire de l'Esprit des lois», París, Sirey, 1952, reproducido en «Cahiers de philosophie politique», cit., págs. 39 y sigs.

(7) *Ibid.*, págs. 50 y sigs.

EISENMANN lo ha comprobado y reconfirmado en los textos de MONTESQUIEU, como también en los de LOCKE, donde apreció esos contrapesos, balanceos y contrabalanceos entre el rey, la cámara alta y la popular (8). El propio EISENMANN (9) invoca, como ejemplo, para demostrar la visión de conjunto del BARÓN DE LA BRÉDE, el capítulo VII del mismo libro XI *De l'Esprit des lois*, donde el bordelés dice de las monarquías que conoce: «Los tres poderes están *distribuidos* y *fundidos* [la cursiva es de EISENMANN] conforme al modelo de la constitución de que hemos hablado» —es decir, la de Inglaterra. De lo cual, deduce: «Para él, pues, esa constitución, en la que se inspira, los poderes están distribuidos, sin duda, pero de una manera que lejos de separarlos los funde». Esto, en síntesis, está, en lo fundamental, expresado por el mismo MONTESQUIEU en XI, VI, 55: «He aquí la constitución fundamental del gobierno de que hablamos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, una encadenada a la otra por la facultad de impedir [*d'empêcher*]. Las dos quedan *vinculadas* [*liés*] por el poder ejecutivo, que lo está, a su vez, por el legislativo» [la cursiva es también de EISENMANN]. Hasta tal punto, que «están forzadas a ir de concierto», tal como, en el párrafo siguiente, añade el bordelés.

4. Ahora bien, los nombres sustantivos que aparecen en el subtítulo de este epígrafe, y que acabamos de ver distinguidos, se hallan, por otra parte —y esto es esencial—, en relación con cuál sea el significado de otra palabra, «soberanía», que etimológicamente deriva de «soberano». Pero, en la concepción jurídica que predominaba en Europa antes de BODINO, en especial a partir del segundo período del *ius commune* —con su pluralismo de fuentes del derecho (10)— el soberano no estaba dotado de la «soberanía» en el sentido bodiniano de esta palabra.

(8) Montesquieu: *Leyes, gobiernos y poderes*, XI, 4, b, c, f, págs. 365 y 369 y sigs. y 9, págs. 393 y sigs.

(9) EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de...*, en «Cahiers...», Univ. de Reims, págs. 44 y sigs.

(10) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, I, II (en elaboración).

En 1576, BODINO (11) definió la soberanía como «el poder absoluto y perpetuo de una república»; y la calificó de «no limitada ni en poder, ni en responsabilidad ni en el tiempo»; pues, no tenía límites hacia abajo —ya que «la soberanía en nada se altera ni disminuye por la presencia de los estados», y, tanto menos, por la de cualquier otro cuerpo social intermedio entre soberano y los individuos—; ni tampoco, de un modo jurídicamente efectivo, hacia arriba, ya que si bien el príncipe se halla obligado a las leyes de Dios y de la naturaleza, «no es lícito que el súbdito contravenga las leyes de su príncipe so pretexto de honestidad y justicia».

HOBBS, partiendo de su nominalismo que suplió con su mítico contrato social, confirió soberanía plena a Leviathan —sea ésta una persona física o una asamblea— surgido del pacto; pues, en virtud de éste, «todo lo que hará o juzgará que debe hacerse quien ya es soberano se reputará como si [los súbditos] fueran sus autores» (12); y toda la autoridad del soberano es «indivisible e inseparable de la soberanía» (13).

Con Leviathan es cancelado el estado de naturaleza y nace el estado civil; para el cual legisla, gobierna y juzga con plena soberanía. No existe otro derecho que el legislado por él mismo; que gobierna de un modo absoluto, mediante sus propios órganos.

La imagen gráfica más expresiva de la obra jurídica de Leviathan es la pirámide de KELSEN, en la que —tal como en una concepción panteísta Dios y el mundo son la misma cosa (14)— el Estado y el derecho se identifican, ya que el Estado es una «organización política», en cuanto éste es el «orden que regula,

(11) BODINO, *Los seis libros de la República*, I, VIII; cfr. en castellano, Madrid, Aguilar, 1973, págs. 46 y sigs.

(12) HOBBS, *Leviathan*, XVIII, cfr. ed. en francés, París, Sirey, 1971, pág. 180.

(13) *Ibid.*, pág. 189.

(14) KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.ª vers., Viena, 1960, V, 34, a; cfr. ed. en castellano; México; UNAM, 1983, págs. 201 y sigs.

monopolizándolo, el uso de la fuerza» (15); siendo así que ese «orden coactivo es el derecho» (16).

La pirámide se cimienta metafísicamente en una norma «presupuesta» que determina que «uno debe comportarse como la constitución prescribe» (17). Claro que así incurre —como escribió FEDERICO DE CASTRO (18)— en la contradicción de relegar la causa de la vigencia de su positivismo «a la esfera de lo *meta-jurídico*», y —como ha dicho ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (19)— «implica una desviación del postulado positivista, para desembocar en un idealismo lógico trascendental».

Presupuesta esa norma, KELSEN (20), apoyándose en ella, pone como fundamento efectivo de su pirámide jurídica, Estado-derecho, la constitución vigente, a la cual, a su vez, apoya en otra, «hasta llegar, por fin, a una primera constitución histórica del Estado», ya hubiera sido ésta «instaurada donde antes no había ninguna constitución estatal ni un orden jurídico estatal que le sustentara» o bien hubiera sido «implantada revolucionariamente», rompiéndose con ella la cadena de las anteriores», para comenzar una nueva serie en la que empalma la vigente. Así, puede decirse —como ironizó KULISCHER (21) y recordaría ROUBIER (22)— que «el Estado es la última revolución que ha triunfado» y que, por haber triunfado, «se ha convertido en derecho».

(15) *Ibid.*, 41, e, pág. 320.

(16) KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, II, I, A, e, cfr. ed. en castellano, México, UNAM, 1979, págs. 226 y sigs.

(17) KELSEN, *Teoría pura*, V, 34, a, págs. 207 y sigs.

(18) FEDERICO DE CASTRO BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, I, II, 5; cfr. ed. Madrid, I.E.P., 1955, pág. 34.

(19) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Discurso inaugural del Curso 1982-1983), págs. 74 y sigs.

(20) KELSEN *Teoría pura*, *loc. ult. cit.*

(21) KULISCHER, *Les sources de le droit positif*, *Annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934, pág. 165.

(22) PAUL ROUBIER, *Theorie générale du droit*, París, Sirey, 1951, cap. I, 8, pág. 72, de quien ha tomado la cita anterior.



De modo tal, en su origen, «el derecho es fundamentado por la fuerza». Y sigue estándolo, en cuanto —como hemos releído a Kelsen (23)— el Estado monopoliza «el uso de la fuerza» y su «orden coactivo» es el derecho. En él se convierte todo lo que ordena, así como el rey Midas convertía en oro cuanto tocaba —según una imagen empleada por MARTYNIAK (24). Pero, de ese modo —conforme ha escrito ANDRÉ VINCENT (25)— el derecho «se convierte en una construcción que recibe toda su coherencia interna [en ese panormativismo inmanente al Estado] de la jerarquización de las normas que lo constituyen. La jerarquía de las normas es una pirámide sin fisura. Desde la norma fundamental de la constitución, hasta el atestado de la policía o la sentencia del juez, se pasa de lo abstracto a lo concreto por rigurosa deducción [diríase mejor por *imputación* a los correspondientes *niveles de competencias*], sin el menor intersticio en la pirámide de normas».

Por eso —prosigue el mismo autor—, esa pirámide es una tumba, una tumba destinada a la jurisprudencia —conforme la definió ULPIANO (26)— y lo es hoy también «de la ciencia del derecho que pretendía tener un rigor matemático. Nadie cree ya en ese normativismo rígido».

Resuena sin cesar la increpación de Antígona a su tío Creón. Y, de otra parte, en general, la falta de fisuras sólo es verdad en la teoría del positivismo formalista. En la realidad viva, la pirámide tiene aberturas, por donde entra la luz exterior, a través los principios generales del derecho, de los derechos humanos, de los conceptos válvula, los módulos de valor e incluso de

(23) Cfr. *supra*, nota 7 y su texto correspondiente.

(24) CZ. MARTYNIAK, *Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen*, en Arch. Ph. du dr. et de soc. jur., 1937, 1-2, pág. 174, cita recordada por P. ROUBIER, *loc cit.*, pág. 64.

(25) PH. I. ANDRÉ VINCENT, *La distinction reale du droit et de la loi selon Saint Thomas d'Aquin*, en «La pensée catholique», 191, marzo 1981, págs. 80 y sigs.

(26) ULPIANO, *Dig.*, I, 1, 10, 2, «*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*».

la irreductible naturaleza de las cosas. De ahí que la independencia de la función de juzgar responda a esa necesidad de luz y aire puro.

Ahora bien, esa pirámide kelseniana es la imagen en piedra acabada de la idea, en que la Revolución francesa creía —como, después de ella, lo han creído tantos jefes carismáticos, tantos parlamentos y tantos partidos políticos mayoritarios—, que encarnaba la *voluntad general*, definida por ROUSSEAU. Pero, con esa creencia, falseaba el pensamiento del ginebrino, porque éste quería que fuera una voluntad *pura* (27) y no lo es, y porque sustituye el concepto genuino de *participación* por el manipulado de *representación* (28). De una representación que resulta monopolizadora de la soberanía, según ésta había sido concebida por BODINO.

Del mismo modo que la monarquía absoluta —apoyada con ese concepto—, la República surgida de la Revolución rechazaba toda separación de poderes y se circunscribía a imponer la separación de las *autoridades administrativas y judiciales* y, por ende, de sus respectivas *funciones* (29). La separación de poderes enunciada en el artículo 1 del capítulo V del título III de la Constitución de 1791, no variaba esa concepción en lo sustancial, aunque la elevara a rango constitucional y literalmente hablara de *separación de poderes*.

Por esto, donde MONTESQUIEU —como hemos visto— procuraba situar el *contrapeso* y trataba con él de lograr un *equilibrio* de poderes, la Revolución, que impuso su *separación*, no empleaba la palabra «poder» en el mismo significado. Utilizaba este nombre en el sentido funcional que imponía a los agentes

(27) ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, VI y IV, I, cfr. ed. París, Unión Générale d'Éditions, 1063, págs. 61 y sigs., y 149.

(28) Cfr. JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La división de poderes en la Revolución francesa*, II, 2, A, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 20, 1989, págs. 264 y sigs.

(29) *Ibíd.*, I, 1, pág. 251 donde se basa en el estudio fundamental de THIERRY RENOUX, *Le Conseil Constitutionnel et l'Autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Paris-Aix, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

encargados por ella de las tres abstractas emanaciones de su soberanía, única e ilimitada. En cambio, el BARÓN DE LA BRÈDE pensaba en poderes distintos que debían contraponerse y ser equilibrados para no caer en el despotismo de uno, de varios o de los más.

Lo demuestra así la interpretación dada en tiempos de la Revolución a la teoría de MONTESQUIEU que, a mi juicio, prueba algo más de lo que EISENMANN (30), al recordarla, trataba de mostrar. La invocada separación de poderes impuesta por la Constitución de 1791 sólo separaba los órganos que debían desempeñar los poderes del Estado, que quedaban sometidos los tres a la soberanía que se encarnaba en la Asamblea legislativa. VOLTAIRE, según explica EISENMANN, ya había ironizado acerca de «*ce mélange et ce concert que font l'étonnement des étrangers*», del que seguía mofándose al decir: «*tres pouvoirs, étonnés des noeuds qui les rassambent...* [las cursivas están puestas por EISENMANN]. Y, ya en el período constituyente, SIEYÈS, distinguía el sistema del «equilibrio» o de «los contrapesos», del cual decía que participan en la misma obra diferentes equipos de obreros, pudiendo eventualmente uno deshacer lo hecho por el otro, que atribuía a MONTESQUIEU, y el sistema que él propugnaba, apartándose del bordelés, del «concurso» o «unidad organizada», en el que cada equipo tiene una función propia diferenciada.

MONTESQUIEU no pensaba en equipos de obreros, sino en contrapoderes que debían equilibrarse; mientras SIEYÈS se refería a equipos de funcionarios que desempeñaban las funciones; en que se traducían los poderes ejecutivo y judicial que, a fin de cuentas, dimanaban del poder soberano monopolizado por la asamblea de representantes detentadora del legislativo.

5. Para entender la diferencia, sustancial que la distinción entre esa separación de funciones y el equilibrio de contrapesos explicado por MONTESQUIEU es preciso confrontar el concepto

---

(30) CHARLES EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de Montesquieu*, locs. cit., págs. 63 y sigs.

bodiniano de soberanía con el anterior a él expresivo de *suprema auctoritas*.

En su obra *El Franco-Condado hispánico*, FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA (31) lo hizo: «Cuando el aragonés GASPARD DE AÑASTRO E ISUNZA vierte al castellano *Las Repúblicas* de BODINO, "católicamente enmiendadas" (Turín, Gio, Vicenzo del Pernetto, 1591), pone entre sus correcciones la de que los hispánicos no pueden aceptar la noción de soberanía, debiendo sustituirla por la de *suprema auctoritas*; dado que la soberanía es poder ilimitado por encima de los cuerpos sociales, mientras que la *suprema auctoritas* implica que cada cuerpo político, incluidas las potestades del monarca, está encerrado dentro de unos límites».

Pueden ponerse múltiples ejemplos de esta limitación. Aquí sólo recordaré dos, porque tienen relación precisamente con la independencia de la función judicial.

La Partida 3, 18, 29: «*Contra el derecho natural non deve dar privilejo nin carta Emperador, Rey, nin otro señor, e si la diere, non deve valer*»; y el rey, en las Cortes de Valladolid de 1420, remacharía «*las tales cartas sean obedecidas e non cumplidas*» ... «*aunque por mi sea mandado una e dos e tres veces o mas*».

Y, un siglo después, la ley 3, título 36 del Fuero de Vizcaya de 1527, dispuso, la prioridad de las costumbres, recogidas en él, respecto las leyes y pragmáticas del reino y al derecho común del mismo; y previno que lo provisto y mandado contra aquél, aunque fuere «de su alteza por cédula y provisión real, primera, segunda y tercera iusión et más, sea obedecida, y no cumplida como cosa desaforada a la tierra».

Sin el desenfado e, incluso, el descaro ibéricos que traslucen estos textos, pero con la misma perspectiva, en la Francia de *l'Ancien régime* la soberanía de los reyes absolutos tampoco abarcaba lo que, después de la Revolución francesa, se atribuyó a la soberanía ejercida en el Parlamento por los representantes de

(31) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El Franco-Condado hispánico*, Apéndice 4, de la 2.ª ed., Sevilla, Jurra, 1975, págs. 227 y sigs.; y su traducción francesa, Dole du Jura, Presses Jurassiennes, 1977, págs. 227 y sigs.

la voluntad general. GEORGES RIPERT (32) nos lo recordaría; «Jatún poder alguno se ejerció más soberanamente [refiriéndose al de los modernos Parlamentos desde la introducción del sufragio universal]. ¡En verdad Luis XIV en toda su gloria no estuvo jamás investido de tal poder! Por primera vez la autoridad pública impone la ley siguiendo sólo su voluntad» ... «Decir con GUY COQUILLE, "el primer movimiento, el primer nacimiento a la vida civil es una voluntad de los Estados [en que se dividió Francia], de las provincias", era una manera de decirle al rey lo que no podía tocar. Los reyes de Francia, además, no se atrevieron apenas a modificar las costumbres por ordenanzas. Esta intervención habría sido considerada en muchos casos, como un desconocimiento de las libertades prometidas a las provincias. El rey apenas disponía, sino en materia de policía y de justicia [penal]. En todo caso ninguna de las grandes ordenanzas de Luis XIV toca directamente al derecho civil».

Por otra parte —explicó el mismo RIPERT—, el rey debía contar con los poderes rivales: con la Iglesia —en materia matrimonial—; con los Parlamentos [que venían a corresponder algo así como a las actuales Audiencias territoriales] que debían dictar los «*arrets de réglemeut*» si consideraban que no se podía registrar alguna ordenanza [eran «*les parlements nantis du droit de remonstrance*», que añoraba MONTESQUIEU (33)], con las corporaciones —que determinaban las condiciones de la fabricación y venta de los productos, clasificaban los maestros, artesanos y aprendices, y reglamentaban las actividades de cada clase—.

No podemos olvidar esta situación y sus temores de que la monarquía absoluta derivara en despotismo si queremos comprender la posición de MONTESQUIEU. Este, por una parte, distinguía nítidamente (34) el gobierno *monárquico* —«aquél donde uno solo gobierna pero con leyes fijas y establecidas»— y el *des-*

(32) GEORGES RIPERT, *La régime démocratique et le droit civil moderne*, 12, cfr. 2.ª ed., París, Libr. Gralle de Dr. et Jur., 1948, págs. 20 y sigs.

(33) MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, XCII, 4 y 5, y *De l'Esprit des lois*, II, IV, penúlt., ap. 2.ª.

(34) *Ibid.*, E. L., II, I, 1 y 2.

pótico —en el cual, «uno solo gobierna sin ley ni regla, ocasiona todo por su voluntad y por sus caprichos»—. Pero la palabra ley —significativa de esa diferencia— no equivalía exactamente a lo que hoy designamos con esta denominación, es decir, no encerraba sólo la ley positiva. CHARLES DE SECONDAT diferenciaba diversas clases de leyes: las leyes según las cuales Dios ha creado y conserva el mundo (35), la *loi de la nature*, le *loi de la lumiere naturelle*; las leyes naturales que informan las sociedades políticas, la ley deducida de la cosa misma (36), las leyes de la religión, las leyes humanas, políticas y civiles (37), que no deben responder al capricho sino corresponder a las relaciones expresadas en la *nature des choses*.

JEAN DOMAT (38) había reseñado las leyes que en su tiempo regían en Francia, distinguiendo: en primer lugar, las «*innuables*», que denominaba así porque «son naturales y, de tal modo, siempre justas», y, tras de ellas, las «*arbitraires*» en las que incluía las Ordenanzas de los reyes, las costumbres, el *droit écrit*, refiriéndose al romano en cuanto fuera recogido en los usos o en tanto a las reglas de justicia y de equidad que contuviera.

Pero vayamos al temor de MONTESQUIEU de que la monarquía francesa se hiciera absoluta y pudiera derivar políticamente hacia el despotismo. Observaba que, en su tiempo, «la mayor parte de los pueblos de la tierra son despóticos» (39). Temía que el despotismo se extendiese a Europa (40). Y exclamó «¡Que no se miren como quiméricos los cambios de esta especie!» (41). Pero, además —a su juicio—, el despotismo no era un riesgo que únicamente corrieran las monarquías: «La monarquía degenera ordinariamente en el despotismo de uno solo; la aristocracia en el

(35) *Ibid.*, I, 4.

(36) *Ibid.*, X, III, 2.

(37) *Ibid.*, I, final.

(38) JEAN DOMAT, *Traité des lois*, cap. XI, 1; cfr. en «*Oeuvres complètes*», París, Alex-Gobelet, Libr., 1835, pág. 38.

(39) MONTESQUIEU, *M. P. Traité de lois...*, 1793 (831) y 1794 (892).

(40) *Ibid.*, E. L., VIII, VIII, 2.

(41) *Ibid.*, *Doss. E. L.*, VIII, VIII, inc. 1.

despotismo de varios: la democracia en el despotismo del pueblo» (42). Aunque el de ésta cae al final en manos de una oligarquía, o en especial, de uno solo, que la ejercen (43).

El riesgo es favorecido por una constante que observaba en el poder: «quien tiene poder, tiene la tendencia a abusar de él hasta que halla límites». Por ello, propuso esta regla práctica a fin de contrarrestar la tendencia y preservar la libertad: «es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder» ... «*que le pouvoir arrete le pouvoir*» (44).

Si la pirámide de Kelsen identifica derecho y fuerza, para MONTESQUIEU se preciso detener ésta para que pueda existir la libertad e impere el derecho, que no confundía con aquélla; pues, en caso de confundirse, se está ya en el despotismo.

#### 6. ¿Cómo debía conseguirse este objeto según el BARÓN DE LA BRÈDE?

Aunque amante de los fórmulas generales —sus «principios»— MONTESQUIEU no era un dogmático sino un empírico. Pensaba que el mejor medio de lograrlo dependía del tiempo histórico, del país y de una serie de circunstancias concurrentes. Sin salir del libro XI, capítulo VI, *De l'Esprit des lois*, el profesor napolitano ALBERTO POSTIGLIOLA (45) ha encontrado cinco diversas distinciones de poderes de cada uno de los cuales analiza sus respectivos sistemas de contrapesos.

La primera, la ve en el primer párrafo del capítulo. Corresponde a la establecida por LOCKE, en el capítulo XII del *Segundo tratado sobre el gobierno de los pueblos*, que distingue potestad legislativa, facultad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes y potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho civil.

La segunda formulación, que examina a partir del párrafo

(42) *Ibíd.*, M. P., 235.

(43) *Ibíd.*, E. L., VIII, II, 7, inc. final.

(44) *Ibíd.*, XI-IV.

(45) ALBERTO POSTIGLIOLA, *op. y loc. cit.*, págs. 14 y sigs.

cuarto, corresponde a la distinción de ARISTÓTELES entre potestades legislativa, ejecutiva y judicial.

La tercera, de la que se ocupa hacia la mitad del capítulo y señala como la propia de los gobiernos mixtos, resultantes de una mezcla de monarquía, aristocracia y democracia, estima preciso que la función de juzgar sea autónoma —aludiendo al depósito de las leyes en los parlamentos provinciales de la Francia de su tiempo (que carecían de toda facultad legislativa)—, que la legislativa corresponda conjuntamente al cuerpo de nobles y a los representantes del pueblo, con recíproco derecho de veto; y el poder ejecutivo sea exclusivamente del monarca, con potestad, además, de conocer y disolver las asambleas legislativas.

La cuarta formulación, la presentó como el modelo inglés de su tiempo, al que después volveremos.

Y la quinta y última, la refiere, al final del capítulo, como nacida en los bosques germánicos, según narra TÁCITO, de la cual surgirían tanto el sistema inglés como el denominado, por él, *gobierno gótico*, y al cual —al final del capítulo 8 del mismo libro— califica de la «mejor especie de gobierno que los hombres han podido imaginar».

Según POSTIGLIOLA esas cinco formulaciones son complementarias y la teoría de la libertad política y de la contención del poder, según MONTESQUIEU, es producto de la armonía orgánica de estos tres factores (46):

1.º El Estado mixto.

2.º «La distinción o no confusión de los tres poderes (sean "aristotélicos" o "lockianos"), compartidos y distribuidos entre las fuerzas sociales de modo tal que constituye un sistema muy sofisticado de contrapeso y controles recíprocos».

3.º «El principio medieval tardío de la autonomía de la justicia».

A la segunda de estas conclusiones había llegado ya, en 1952, CHARLES EISENMANN (47) quien enuncia que la quintaesencia de

(46) *Ibíd.*, pág. 28.

(47) CHARLES EISENMANN, *op. y locs. cit.*, pág. 57.



la doctrina del bordelés «no está ligada a la constitución concretamente compuesta de un monarca, una cámara de nobles y una cámara popular», sino que, perfectamente, «sus principios pueden transportarse también a una constitución republicana y a una sociedad democrática. Los resortes serán otros pero el mecanismo de relojería será el mismo».

MONTESQUIEU buscó contrapesos de poderes. NORBERTO BOBBIO (48) ha escrito que el bordelés es uno de los máximos teóricos tanto de los *poderes divididos* como de los *contrapoderes*, constituidos por los cuerpos intermedios. Es decir, de la contención del poder: sea mediante una «división *horizontal del poder*», o bien en base de las tres funciones del Estado, mediante una «división *vertical del poder*».

La enunciación es gráfica; pero la palabra «división», puede confundir. Más claramente resulta iluminada la finalidad de la contención del poder por el poder por lo que EISENMANN añade, a continuación de las últimas frases que le hemos transcrito. MONTESQUIEU, pretende que su formulación sea empleada «para una política, para unas medidas, que tengan en cuenta la multiplicidad y la diversidad de los intereses y de las concepciones que se reúnen en la sociedad». Se trata de que el poder político sea moderado y que nadie pueda abusar del poder. Es decir, de que no sea ejercido de modo demasiado unilateral, sirviendo sólo a los intereses o realizando las ideas de una determinada facción de la sociedad, aunque esta tenga la mayoría, advierto yo.

Como ha comentado TROPER (49), mientras ROUSSEAU con su doctrina, aseguraba la primacía del poder legislativo —expresión de la *volonté générale*—, MONTESQUIEU trató de crear un «equilibrio constitucional que fuera, a la vez, un "equilibrio social" de modo tal que "cada clase", estando representada en el

(48) NORBERTO BOBBIO, voz «Pluralismo», II, *La doctrina de los cuerpos intermedios*, en «Diccionario de Política»; cfr. cd. Madrid, Siglo XXI, 2.ª ed., 1983, vol. II, págs. 1.212 y *La teorie della forme di governo nelle storia del pensiero politico*, Turin, Grappichelli Ed., 1976, págs. 147 y sigs.

(49) MICHEL TROPER, *Charles Eisenmann contre le mite de la separation de pouvoirs*, en «Cahiers...», Univ. de Reims, 7, cit., págs. 70 y sigs.

seno del poder legislativo, puede impedir toda tentativa de perjudicar sus intereses por medio de reformas legislativas. El equilibrio intangible de la constitución se convierte así en el mismo equilibrio social».

Como en este mismo sentido había explicado VLACHOS (50), la teoría de CHARLES DE SECONDAT «tiene por consecuencia aproximar unos a otros los factores socio-políticos que integran la vida de cada nación». No supone —escribe también (51)— una «sociedad política artificial, compuesta de tres entidades distintas (legislativa, ejecutiva, judicial), sino diversos elementos o fuerzas reales, sociológica e históricamente imbricadas en el seno de un todo unitario —Estado o nación—, que regulan sus intereses, comunes o separados, conforme a un postulado de derecho».

## II. EL ESTADO, LA FUNCIÓN DE LEGISLAR Y LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

7. Hemos visto (52) que la única vez que MONTESQUIEU emplea el verbo «separar», en el tema de los poderes, se refiere a la «*puissance de juger*». En efecto, dice: (53) «No hay tampoco libertad si la potestad (*la puissance*) de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese junto a la potestad legislativa el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: pues el juez sería legislador. Si estuviera junto a la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor».

Esta afirmación general de la «separación» de la potestad de juzgar —que confirma en el repaso histórico-crítico que efectúa con las diferentes formas de gobierno (54)— se distancia y diver-

(50) GEORGES C. VLACHOS, *La politique de Montesquieu. Notion et méthode*, París, Ed. Montchrestien, 1974, Conclusión, pág. 176.

(51) *Ibid.*, V, pág. 143.

(52) Cfr., *supra*, el texto correspondiente a la nota 2.

(53) MONTESQUIEU, E. L., XI-VI, 5.

(54) *Ibid.*, XI, XI, 4, aps. 2 y 3; VI-V, 3; XI, XVIII, 2, 4, 17 y 18. Cfr. mi libro *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, XII, 1, pág. 416.

sifica de su defensa que hace de la no confusión y el equilibrio, contrapesado y balanceado, que propugnaba en los poderes legislativo y ejecutivo y de ambos entre sí.

«MONTESQUIEU —explica VLACHOS (55)—, cuando estudia los diferentes regímenes políticos históricamente conocidos no solamente no descuida el papel de la justicia, sino que, por el contrario, hace de ella un elemento primordial del gobierno legítimo en general. Observa que, a este efecto, el "poder judicial", no como una rama del "ejecutivo" (56), sino como una función muy distante del Estado, cuya atribución debe ser hecha a personas y a cuerpos sociológica y jurídicamente independientes respecto de los detentadores del poder legislativo y del poder ejecutivo».

Antes de agotar este aspecto político y de penetrar en el examen de lo rigurosamente jurídico en este tema, conviene reflexionar un instante proyectando al momento político actual la doctrina de CHARLES DE SECONDAT. Si se trata de que un mismo grupo de hombres no dominen los tres poderes, ni siquiera dos de ellos, esto debería hoy traducirse por el no dominio de ellos por una misma clase social ni por un mismo partido político, y más aún tratándose de un régimen parlamentario partitocrático. Si un partido o un consenso de partidos del mismo signo —derecha, izquierda o centro— domina el legislativo y el ejecutivo hay confusión de poderes, según la tesis del *bordelés*. Si ese partido a

(55) VLACHOS, *op. cit.*, IV, págs. 125 y sigs.

(56) Permíteseme hacer notar que a esa confusión contribuyeron la tripartición de JOHN LOCKE, *Dos tratados sobre el gobierno de los pueblos*, XII, 143; cfr. en castellano, ed. Madrid, Aguilar, 1969, págs. 110 y sigs., que distinguió estos tres poderes: el *legislativo*, el *ejecutivo* y el *federativo* o *confederativo*, que Montesquieu recogió en la primera de sus cinco formulaciones que se han distinguido (cfr., *supra*, texto correspondiente a la nota 45) en su capítulo sobre la constitución de Inglaterra, donde enumera (XI, VI, 1) distingue tres poderes: el *legislativo*, el *ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes* y el *ejecutivo desde las cosas que dependen del derecho civil*. En esta confusión incurrió D'ALEMBERT, *Analyse de l'Esprit des lois*; cfr. en «Oeuvres complètes de Montesquieu». París, Nagel, 1950, vol. I, pág. XII, al interpretar: «Hay en la constitución de cada Estado dos especies de poder, la potestad legislativa y la ejecutiva, y esta tiene dos objetos: el interior del Estado y el exterior».

través de su mayoría parlamentaria designa la mayor parte de los miembros del Consejo del Poder Judicial, no hay independencia del cuerpo de magistrados y jueces, en cuanto este consejo designa los magistrados de los Tribunales superiores, los presidentes de las Audiencias y de las Salas del Tribunal Supremo, y los miembros de ese Consejo, en su mayoría, pues, de ese modo resultan designados por el partido político o agrupación que domina el legislativo y, a través de él, el ejecutivo. Lo mismo ocurre respecto del Tribunal constitucional.

8. Pero el tema crucial de la independencia de la función de juzgar, que contempla este curso, está íntima y esencialmente relacionado con la trascendencia del derecho con respecto al Estado, dimanante de la paralela confusión del derecho con la ley emanada del propio Estado. Es decir, el debate se centra contraponiendo la inmanencia de la pirámide kelseniana con la integración del ordenamiento jurídico positivo en un orden natural que le sobrepasa y del cual debe formar parte armónica.

Este segundo sistema fue el romano antiguo y clásico —por eso IHERING (57) habló del principio de la *espontaneidad* y SCHULZ (58) de su *aislamiento*—. Fue un derecho de juristas desarrollado en la *interpretatio* —expresada en sus *responsae* (59)— como también lo fue después en el *ius commune* a partir de los *comentaristas* y *conciliadores* (60). Es el sistema traducido en Inglaterra en un derecho de jueces y que en la Francia de *l'Ancien régime* resultaba expresado en la enumeración de las leyes hecha por DOMAT, referida antes (61).

Sin embargo, también aquí, con olvido de lo que acabamos

(57) RUDOLF VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, II-1.º, I, 28, cfr. ed. Madrid, Libr. Graf. Victoriano Suárez, 1912, vol., II, págs. 23 y sigs.

(58) FRITZ SCHULZ, *Principien des römischen Rechts*, cfr. vers. en italiano, Florencia, Sensori, 1946, pág. 74 y sigs.

(59) Cfr. URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1966.

(60) Cfr. PAUL KOSCHACKER, *Europa y el derecho romano*.

(61) *Supra*, 4, texto correspondiente a la nota 38.

de recordar, se han sufrido graves confusiones al leer a LOCKE y a MONTESQUIEU entendiéndolos las palabras de otro modo distinto de aquel en que ellos las expresaron, y extendiéndolas fuera de su contexto circunscrito al derecho penal y a los conflictos constitucionales acerca de las libertades políticas.

LOCKE señaló, con precisión, que se debe juzgar «de acuerdo con leyes establecidas el grado de castigo que ha de aplicarse a los culpables» (62) —lo cual se refiere solamente al derecho penal y está conforme al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*—; que «quien tiene en su manos el poder legislativo y supremo del Estado hállase en la obligación de gobernar mediante leyes fijas y establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo», y es preciso «que establezca jueces rectos e imparciales encargados de resolver los litigios conforme aquellas leyes» (63); que «la autoridad suprema o poder legislativo» está obligada a dispensar justicia y señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos» (64).

Esta dependencia debemos circunscribirla al radio de acción contemplado por LOCKE, sin sacarlo fuera de él. El régimen del *common law* no es, y menos aún lo era entonces, un derecho escrito, sino predominantemente, como hemos dicho, un derecho de jueces. Las leyes positivas tenían, en general, carácter político —en defensa de las libertades, como lo sería la instauradora del *habeas corpus* en 1679— o penal, al que se refiere específicamente el primero de los textos de LOCKE que hemos recordado. Por otra parte, LOCKE no admite que el pacto social hubiera engendrado un Leviathan tal que —según HOBBS— no pudiese cometer injusticia aunque incidiera en iniquidad (65), sino que entendía sometido el poder legislativo a la «ley fundamental sagrada e inviolable» que «impulsó a entrar en sociedad» (66). Por lo

(62) LOCKE, *op. cit.*, VII, 88, pág. 65.

(63) *Ibid.*, IX, 131, págs. 96 y sigs.

(64) *Ibid.*, XI, 136, págs. 103 y sigs.

(65) Cfr. *supra*, texto correspondiente a la nota 12.

(66) LOCKE, *op. cit.*, XIII, 149 y pág. 114.

cual, este poder debe respetar los derechos que trataron de salvaguardarse con ella; y el poder legislativo actual no tiene el mismo grado de poder que la comunidad que constituyó el pacto, y, por ello, queda ligada aquél por esa «ley fundamental sagrada e inviolable».

Por lo que se refiere a MONTESQUIEU traté ya, en otro lugar (67), la cuestión acerca del sentido que él daba a la sumisión de los jueces a la ley, pero ese no es aquí nuestro tema.

Sí, repito, que la necesidad del concierto, del equilibrio y del contrapeso de fuerzas sociales y políticas —pienso— que está concretada por MONTESQUIEU a solo cada uno de los poderes legislativo y ejecutivo y de ambos entre sí, mientras que la potestad de juzgar, eliminada como poder político, es más esencial, para él, que sea independiente de los dos reales poderes políticos y de las fuerzas que lo integran.

Los jueces y magistrados, su designación, ascensos y la determinación de los cargos que deban desempeñar, no puede depender —para que mantengan la debida independencia— de ninguno de los poderes políticos —legislativo y ejecutivo— ni de los partidos que dominen uno u otro y, menos aún, los dos. Ese dominio sólo sería justificable en el caso de no ser el derecho, sino dimanación del Estado, inmanente al mismo. Esta dimanación la pretendieron la Revolución y Napoleón Bonaparte, tal como la estimaron teóricamente KANT, KELSEN y todos los positivistas, ya sean normativistas o formalistas.

No así MONTESQUIEU quien, a ese efecto, escribió:

— «Decir que nada hay justo ni injusto sino lo que ordenan las leyes positivas, equivale a decir que antes de trazarse el círculo no eran iguales todos los radios» (68).

— «La justicia es eterna y no depende de las convenciones humanas. Si de ellas dependiera, sería una verdad terrible, haría falta que se hurtara a sí misma» (69).

(67) *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, cap. XII, 3, págs. 427 y sigs.

(68) MONTESQUIEU, *E. L.*, I, I, 8.

(69) *Ibid.*, *L. P.*, LXXXIII, 7.

— «Una cosa no es justa porque sea ley; sino que debe ser ley porque es justa» (70).

— Es posible que tanto el monarca como el senado hagan «leyes tiránicas» (71).

— También, que la potestad legislativa llegue a estar «más corrompida que la ejecutiva» (72).

— Y, «no existe más cruel tiranía que la ejercida a la sombra de las leyes y con los colores de la justicia» (73).

No sería esta la perspectiva iluminista, la del despotismo ilustrado, ni tampoco la impuesta en la Revolución francesa.

Así, en 1774, en la minoría de Fernando IV de Borbón como rey de Nápoles —más tarde lo sería de las Dos Sicilias, con la numeración de Fernando II—, su primer ministro TANUCCI —quién por muchos años detentó el poder absoluto de aquel reino, cuando Carlos III al venir a España se lo dejó encomendándose así como el cuidado de su hijo niño—, dictó una Real Cédula que pretendió acabar con el casuismo y la autoridad de los Doctores. Se trataba de reducir la función judicial a la resolución de un silogismo —anticipándose a lo que en el siglo siguiente pretendería la escuela de la exégesis—; y, para ello, dispuso que los pleitos debían decidirse argumentando conforme premisas «fundadas en leyes expresas» y, si no fuese posible, por resultar dudosas o equívocas, los jueces debían pedir «explicación o suplemento» al «oráculo de la ley viva»; es decir, al Soberano, por quién entonces hablaba TANUCCI.

El, a la sazón, joven de veintidós años, CAYETANO FILANGIERI apoyó vehemente esta disposición (74) y, más tarde, escribiría su *Ciencia de la legislación* (75), tratando de contrarrestar el realis-

(70) *Ibíd.*, M. P., 1960 (460, I).

(71) *Ibíd.*, E. L., XI, VI, 4.

(72) *Ibíd.*, 67, ap. 2.

(73) *Ibíd.*, C. R., XIV, 3.

(74) CAYETANO FILANGIERI, *Reflexiones políticas sobre la última ley del soberano, relativa a la administración de la justicia*. Nápoles, Casa Miguel Marelli, 1774.

(75) CAYETANO FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, libros I y II,

mo empírico del *Espíritu de las leyes* de MONTESQUIEU, con la pretensión de que todo fuera regulado por leyes dictadas desde el poder para, con ellas, cambiar todas las cosas.

Este, con la misma generalidad y plenitud, sería el punto de vista de los hombres de la Revolución (76). ROBESPIERRE proclamaría: «El término jurisprudencia de los Tribunales debe ser borrado de nuestra lengua». La doctrina de la separación de poderes, según la entendió la Revolución (77), se aplicaría para proteger la ley frente al arbitrio de los jueces, y no para asegurar a éstos su debida independencia. Tanto se pretendería el imperio de la ley positiva que Napoleón estimaba todo intento de interpretar su *Code*, «*suspect d'ideologie subversive et principe d'anarchie*».

Sin embargo, no había sido éste el criterio de la comisión que el 20 de enero de 1801 presentó a la Asamblea el Proyecto de *Code civil des français*, formada por TRONCHET, BIGOT-PRÉAUME-NEU, MALEVILLE y PORTALIS, que fue quien redactó el discurso que lo presentaba a la Asamblea nacional, y en el que se hallan estos párrafos:

«Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal cual han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás, viven en constante actividad, y ese movimiento, que nunca se detiene y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo.

»Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar al im-

---

Nápoles, 1780, III, IV y parte del IV, 1788 (la obra debía tener VII, según su *Plan razonado*). Fue traducido al castellano por Jaime Rubio y editado en 1887. La 2.ª ed. en castellano traducida por Juan Rivera, fue impresa en Burdeos, Pedro Baume, 1823.

(76) Cfr. mi estudio *Los juristas ante las fuentes y fines del derecho*, 6, «Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico», Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 577 y sigs.

(77) Cfr. *supra*, 4 *in fine*, párrafo correspondiente a la nota 21.



perio de los usos; a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio de los jueces.

»La misión de las leyes es fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencias y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia.

«Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrado del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación.

»De ahí que, en todas las naciones civilizadas, se ve formarse siempre, junto al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrina que diariamente se depura por la práctica y al choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos y que, en todo momento, ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación» (78).

«... A falta de ley, hay que recurrir a la costumbre y a la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, ante el silencio, la contradicción o la oscuridad de las leyes positivas.

»Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo entre nosotros la desastrosa regulación de los rescriptos; pues, cuando interviene el legislador para pronunciarse en asuntos nacidos y vivientes, agitados entre particulares, no está más al abrigo de arrebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje regulado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado, a la actuación de la prevaricación en el arbitrio absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie» (79).

Por eso, distingue: «Hay una ciencia para los legisladores como hay otra para los magistrados y la una no se parece a la otra...» (80).

---

(78) PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er. pluviöse an IX, par la Commission nommé par le gouvernement consulaire*, párrafos 34-38.

(79) *Ibid.*, 61 y 62.

(80) *Ibid.*, 66.

La doctrina de MONTESQUIEU estuvo, sin duda, en línea con lo expuesto por PORTALIS —que definía lo vívido antes de la Revolución—, no con la de los revolucionarios ni con la de Napoleón. JEAN CARBONNIER (81) ha escrito: «Afortunadamente PORTALIS es un poco el desquite de MONTESQUIEU». No es esta la cuestión que aquí me preocupa y de la que ya me he ocupado en otro lugar (82). Pero si concuerda con la concepción del ámbito de la ley, según CHARLES DE SECONDAT.

9. Por encima de todo, y entrando en el fondo del tema de la ley y del lugar que corresponde a la ley positiva en el gobierno de los pueblos, debemos comenzar por la definición que da MONTESQUIEU de las leyes: «Las leyes en su significado más amplio son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas» (83).

Además, según el BARÓN DE LA BRÈDE, las leyes positivas no gobiernan totalmente a los pueblos; tan sólo son una de las diversas cosas que, entre otras, gobiernan a los hombres y a los pueblos; y ni siquiera son la más importante de las varias que constituyen el espíritu general. Su acción debe ser subsidiaria de las demás, a fin de adecuar ese espíritu a «las órdenes de la razón que rige al mundo» (84).

Al efecto explicó MONTESQUIEU: «Diversas cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las máximas del gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos, de donde se forma el espíritu general —a medida que una de esas causas actúa con más fuerza las otras ceden otro tanto...» (85). En su tiempo, la mayor parte de los pueblos

(81) JEAN CARBONNIER, *Prefacio* al citado libro de Simone Goyard-Fabre, págs. 10 y sigs.

(82) *De Montesquieu a Portalis*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 67, 1990, págs. 159-173.

(83) MONTESQUIEU, *E. L.*, I, I, I, inc. 1.

(84) Cfr. mi libro *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, cap. IV, a 1, págs. 143 y sigs., 6, 7 y 8, págs. 163 y sigs., y cap. VI, 3 y sigs., páginas 200 y sigs.

(85) MONTESQUIEU, *E. L.*, XIV-IV, 1 y 2, inc. 1.

de Europa —dijo— «están aún gobernados por las costumbres» (86). Lo cual le parecía un reducto esencial para su libertad (87), por estimar que las costumbres «se atienden más que las leyes de la nación al espíritu general» (88).

De ello y porque, a juicio de MONTESQUIEU, la finalidad de los legisladores es recordar a los hombres, con las leyes, sus deberes para con los demás (89), esta función de legislar resulta subsidiaria, en tanto su necesidad dimana del olvido de esos deberes. Es decir, sólo se justifica en tanto no sean cumplidos en virtud de las normas de la religión, de los ejemplos de las cosas pasadas, de los hábitos, de las costumbre, o del derecho hallado por los jurisconsultos y aplicado por jueces y magistrados.

Por otra parte, el mismo *President a mortier* bordelés, en diversos epígrafes, enuncia:

— «Es preciso no separar las leyes del objeto para el que han sido hechas» (90).

— «No se pueden seguir las disposiciones generales del derecho civil cuando se trata de cosas que deben ser sometidas a reglas particulares resultantes de su propia naturaleza» (91).

¿Acaso no han de ser, estas materias, objeto de la apreciación de los jueces que, para ello, han de ser bastante más que la boca por la que hablan las leyes positivas? En su tiempo, las leyes positivas —como hemos recordado (92)— ocupaban un escaso espacio en el campo del derecho privado entre las costumbres, el derecho romano y, sobre todo, entre las que DOMAT denominaba *lois inmuables*, o naturales, de cuyo espíritu también debía hablar, sin duda, la boca del juez, desvelando las «relaciones de equidad» (93) no establecidas por las leyes positivas.

(86) *Ibid.*, VIII, VIII, 2.

(87) *Ibid.*, XIX, XII, 2.

(88) *Ibid.*, I, I, final.

(89) *Ibid.*, XXIX, XIII.

(90) *Ibid.*, XXIX, XIV.

(91) *Ibid.*, XXVI, XXV.

(92) *Supra*, 5, textos correspondientes a las notas 32 a 38.

(93) MONTESQUIEU, I, I, 9.

Creo que esta visión no está sobrepasada ni ha sido dejada atrás por la historia, sino que es siempre actual. Y lo es hoy después de que STAMMLER propugnara por el derecho justo; el neohegeliano por la *Idea* del derecho y por sus «concretizaciones»; WILHELM SAUER por las mónadas de valor y la ley fundamental de la justicia; la *Wertungjurisprudenz* por los valores y la naturaleza de las cosas; de que CASTÁN TOBEÑAS, a través de la equidad, comunicara la luz del derecho natural a las leyes positivas, y de que FEDERICO DE CASTRO BRAVO admitiera la incidencia interpretativa de los principios generales de derecho; de que RAWLS y DWORKIN acercaran al juez la luz de los principios morales; de que FRIEDRICK HAYECK haya hecho ver la importancia esencial —ayer, hoy y siempre— de los ordenamientos espontáneos, en los cuales —más allá y más acá del *Dike*, de las leyes positivas del Estado— los hombres se guían por el *Nomos* y por el *Kosmos*.