

Bandieri, Luis María

El entierro de Montesquieu

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 2, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Bandieri, L. M. (2014). El entierro de Montesquieu [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 2.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/entierro-montesquieu-bandieri.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EL ENTIERRO DE MONTESQUIEU

LUIS MARÍA BANDIERI¹

En 1985, Alfonso Guerra, entonces vicepresidente del gobierno español encabezado por Felipe González, pronunció una frase destinada a hacerse famosa: “Montesquieu ha muerto”. Fue vertida cuando el partido socialista (PSOE) aprovechó la mayoría parlamentaria recién alcanzada para reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial. De acuerdo con esa reforma, los vocales del Consejo General del Poder Judicial (equivalente a nuestro Consejo de la Magistratura) debían en adelante ser elegidos por el parlamento y no, como hasta entonces, mayoritariamente por los mismos jueces, fórmula a la que se tachaba de “corporativista”². Los críticos advirtieron allí un intento de manejar los tres órganos clásicos del Estado para un proyecto de gobierno a largo plazo. Nada mejor, para eso, que enterrar de una buena vez por todas al viejo y quizás molesto señor de la Brède y barón de Montesquieu. Como buen político, Guerra, en sus memorias³, negó haber pronunciado literalmente aquella fórmula, aduciendo haber sido sus declaraciones tomadas fuera de contexto, etc. Como otras tantas frases de notoriedad en cada época, si no la dijo, bien pudo haberla pensado

1. Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario –Facultad de Derecho (UCA).

2. Más tarde, llegado al poder el PP (Partido Popular), se llegó a un “pacto por la justicia”, a través de una fórmula de elección mixta, que según muchos críticos tampoco resulta satisfactoria para mantener la independencia de la judicatura.

3. GUERRA, Alfonso, *Dejando atrás los vientos. Memorias 1982-1991*, Madrid, Espasa Calpe, 2006.

porque se actuó en consecuencia. Sea como fuere la historia, aquella frase de Guerra nos ha de servir de disparador para unas reflexiones sobre lo que queda aquí y ahora de la llamada “división” o “separación de poderes”, cuya paternidad el constitucionalismo clásico atribuía a Montesquieu. Nos enseñaron, y algunas veces hemos repetido, que aquella prescripción era el remedio infalible y obligado, la “tríaca máxima”, para mantener la libertad e impedir las demasías del poder. Pero desde la “verdad efectiva” de la experiencia política se advierte que la cura prometida no tiene generalmente ocurrencia. Y desde el examen de las fuentes, se concluye que entre las formulaciones originales y la vulgata constitucionalista sobre ella sucesivamente acumulada ocurre lo que a los viejos frescos de algunos templos, en los que sobre la obra inicial se han ido colocando nuevas capas de pintura y variado los motivos primigenios, hasta no poder reconocerla sino luego de un paciente trabajo de restauración. Olarieta Alberdi señala, con mucha propiedad, que “hoy, la separación de poderes ha dejado de ser un principio jurídico-constitucional preciso para convertirse en una leyenda que circula con vida y virtualidad suficiente para explicar el surgimiento de cualquier clase de institución o principio al que se necesite justificar y dotar de un determinado contenido”⁴.

LEGALIDAD POR LEGITIMIDAD

La separación de poderes y el reconocimiento de un catálogo de derechos fueron los pilares del Estado de Derecho liberal. El Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señalaba que toda sociedad donde no estuviesen garantizados los derechos y no resultase determinada la separación de poderes no tiene una Constitución –“*n’a point de Constitution*”. Tal afirmación se corresponde con el concepto, lanzado al mismo tiempo por Sieyès, de poder constituyente originario, que a manera de Dios creaba ori-

4. OLARIETA ALBERDI, Juan Manuel, “La separación de poderes en el constitucionalismo burgués”, *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, N° 32 (2011, 4), en http://dx.doi.org/10.5209/rev_NOMA.2011.v32.n4.38083.

ginariamente de la nada un texto constitucional, sin atadura previa alguna, ya que antes de él ninguna constitución existía. Se pone en pie así, como señala Schmitt, un “concepto ideal”⁵ de Constitución, que se convierte también en el único concebible: la sola y exclusiva Constitución “constitucional”. La separación de poderes, según el mismo autor, entendida como encierro y división del poder público en un sistema de competencias circunscriptas se traduce como “principio de organización” del Estado de Derecho, que asegura el “principio de distribución”, sobre el que reposa en la libertad, en principio ilimitada, del individuo portador de derechos fundamentales, reconocida como dato previo a la organización estatal. El “principio de organización” garantiza que aquellos derechos de la libertad solo limitadamente podrán ser afectados por el Estado. Para tal finalidad, la división permite establecer frenos y controles recíprocos entre los “poderes”. Aquella libertad, en el Estado de Derecho clásico –el mismo sobre el que la vasta corriente neoconstitucionalista actual entona un lapidario réquiem–, reside y se expresa en la legalidad, como “regularidad externa para la elaboración de las leyes y en la formación de las demás decisiones del Estado”⁶. La legalidad, en suma una técnica, toma el lugar, en dicho Estado de Derecho, de la legitimidad. La precisión técnica, como adecuación al procedimiento formalmente correcto, que la “división de poderes” garantiza, se convierte así en fuente de legitimidad y justificación, a mayor gloria de la libertad. Pero ya en 1925, Hans Kelsen advertía que el dogma de la separación de poderes nació “como postulado político para lograr una estructura más conveniente de la organización estatal”, por lo que “apenas cabe esperar que la separación de la legislación y de la ejecución (en sentido amplio) garantice en firme la ‘libertad’ de los súbditos”⁷. Por su lado, Hermann Heller señalaba que “la división de poderes, de carácter organizatorio, tiene solo como fin garantizar la seguridad jurídica y es, por ello, un

5. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 58.

6. SAMPAY, Arturo E., *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2008, pág. 80.

7. KELSEN, Hans, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, México DF, Editora Nacional, 1972, págs. 333 y 335.

medio técnico [...] la legalidad del Estado de Derecho no puede sustituir a la legitimidad". Más aún, advertía que allí había no solamente una inexactitud, "sino también la involuntaria comprobación de una degeneración de la conciencia jurídica"⁸. Invocando la división de poderes como broquel de la libertad, se intentaba un pase de ilusionista que permitiera resolver el problema nodal de la legitimidad, sustituyéndolo por la cuestión técnica de legalidad. Por medio de la técnica legal se procuraba enjaular lo que llama Sampay "el *perpetuum mobile* de la política"⁹, pero sin hallar así una respuesta a los enigmas que ella constantemente plantea. Ahí estaba el vientre blando del Estado de Derecho clásico, objeto en su tiempo de la crítica, por ejemplo, de Schmitt, Heller o Sampay. Ese flanco, nunca bien cubierto, es el que hoy el neoconstitucionalismo, dejando a un lado el dogma de la división de poderes, intenta acorazar por medio de una manufacturación incesante de principios y valores, referidos a derechos humanos, que tienen como principal actor, ahora, al juez activista. Sobre este aspecto nos remitimos a otros trabajos anteriores¹⁰, porque lo que aquí importa es resaltar que la "triacia máxima" de la "división de poderes" quedó reducida a la técnica de elaboración formalmente correcta del derecho positivo, comprendiéndose entonces que, incumplidas sus promesas, no haya resultado efectivamente protectora ni de las libertades ciudadanas ni haya servido de valladar infranqueable a las demasías de poder.

8. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tosío, México, FCE, 1968, pág. 239.

9. SAMPAY, Arturo E., *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, ob. cit., pág. 81.

10. Ver BANDIERI, Luis María, "Notas al margen del neoconstitucionalismo", *EDCO* (El Derecho Constitucional, serie especial), Buenos Aires, 2009, pág. 343; "En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI", en *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*", Eugenio Luis Palazzo (Director), Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 33/51; "Justicia constitucional y democracia: ¿un mal casamiento?", en *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coordinadores), Bahía, ed. Jus Podium, 2012, págs. 333/363; "Ojeada a los problemas (y algunas paradojas) del 'Estado Constitucional' y de la 'Democracia Constitucional'", en *Constituição, política e cidadania*, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coordinadores), João Pessoa, GIW, 2013, págs. 311/334.

Pero no culpemos a Montesquieu de esta desoladora conclusión. Tratemos de entender su propuesta sin ceñirnos al breve fragmento de su obra privilegiado por el constitucionalismo clásico.

UNA AUSENTE “DIVISIÓN DE PODERES”

Cabe señalar, ante todo, que el clásico barón, pese a tener bien leído a John Locke y su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, no echa mano de inicio a noción alguna de contrato que señale el paso del estado de naturaleza a sociedad política¹¹ ni postula la existencia de un catálogo de derechos individuales anteriores, independientes y superiores a aquélla. Más bien correspondería rastrear sus fuentes en Nicolás Maquiavelo y en Juan Bautista Vico. Es en el ajuste de la organización política a la naturaleza de las cosas donde puede desarrollarse la libertad política, con mayor plenitud si se siguen las orientaciones que desparrama en su extensa obra. La libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera, sino en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer; en otras palabras, es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten lo que tiene como efecto la tranquilidad de espíritu del ciudadano, que es otro nombre de la seguridad de no temer nada del otro. Nuestro barón entiende que las libertades concretas se expanden allí donde se despliega la libertad política, con la forma de privilegios, franquicias, derechos y estatutos particulares invocados y sostenidos por los cuerpos intermedios. “Poderes intermediarios, subordinados y dependientes”, dice nuestro autor, que operan “como ciertos conductos intermedios por donde fluye el poder, pues si en el Estado no hubiera más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno solo, nada podría tener fijeza

11. “Nunca oí hablar de derecho público sin que se comenzase investigando con mucho cuidado cuál es el origen de las sociedades, lo que me parece ridículo. Si los hombres no se asociasen, si se abandonasen y se rehuyeran los unos a los otros, habría que preguntarse la razón, y examinar por qué se mantienen separados; pero todos nacen vinculados unos con otros, un hijo nace junto a su padre y permanece con él; tal es la sociedad y el origen de ella”, *Cartas Persas*, carta XCV, en <http://www.bacdefrancais.net/persanes-integrale.htm>.

y, por consiguiente, no habría ninguna ley fundamental”¹². Aquí está hablando de “poderes”, o más bien potestades, como se aclara más abajo, sociales y verticales, y no de una “división de poderes” horizontal y meramente “geográfica”. En puridad, Montesquieu no propicia esta última “división” de los “poderes” y ni siquiera habla de ella. Se refiere una sola vez a la separación¹³, con referencia a la organización judicial. No deben estar reunidos los tres poderes en la misma persona o en el mismo cuerpo¹⁴. Más bien habla de distribución y hasta de fusión en el caso del modelo británico, un Estado –dice– que, además de la finalidad común a todas las formas estatales, que es la de mantenerse, apunta directamente a la libertad política. Pero “las monarquías que conocemos¹⁵, tales como la monarquía francesa, cuya finalidad apunta a la gloria del príncipe, de los ciudadanos y del Estado, también tienen su particular distribución de los ‘poderes’, ‘según la cual se acercan más o menos a la libertad política’¹⁶, ya que de otro modo degenerarían en despotismo. Pero allí, en las monarquías conocidas, “los tres poderes no están distribuidos ni fundidos, según el modelo de la Constitución que hemos hablado (es decir, la británica), sino que cada una tiene una distribución particular”¹⁷. Entonces, ni “división”, ni “separación”, que se dice al pasar, sino “distribución” y hasta “fusión” de los poderes, expresiones que, curiosamente, se acercan más a las características del modelo que visitó durante su estadía inglesa, donde no había una separación entre el Ejecutivo y el Legislativo, donde el Lord Canciller podía ser también instancia de apelación,

12. Libro II, cap. IV, págs. 56/57.

13. Libro XI, cap. VI, pág. 207: “[...] tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo y el Ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.

14. *Ibíd*em, 207: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres Poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.

15. Libro XI, pág. 217.

16. Libro XI, pág. 218.

17. *Ídem*.

en nombre de la *equity*, de sentencias de los jueces del *common law*, y donde la Cámara de los Loes reivindicaba, también, un rol judicial anterior al Legislativo¹⁸.

Para comprender mejor a nuestro barón, vayamos a una prueba numérica sobre el núcleo que el constitucionalismo clásico extrajo de su obra. Tomemos una edición en nuestra lengua de la obra *Del espíritu de las leyes*¹⁹, la que aquí estamos utilizando. Tiene, deducida la introducción, 811 páginas, divididas en 31 libros y 605 capítulos. Vayamos ahora a la Parte 2, Libro XI, capítulo 6, que comienza con las palabras: “[...] hay en cada Estado tres clases de poderes”, sobre el que se ha enfocado primordial y casi exclusivamente la reflexión del constitucionalismo clásico y contaremos once páginas. ¿Habrá puesto en esas apretadas hojas Montesquieu su mensaje nuclear y divagado en la extensa tipografía restante? ¿O más bien habremos creado los constitucionalistas una leyenda sobre once páginas, considerando cantidad despreciable las ochocientas restantes? En fin, si nos atenemos a esta prueba física y palpable, tendremos que concluir que la “división de poderes”, su aislamiento “geográfico”, no es un tema importante en *El espíritu de las leyes*.

HACIA UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Es cierto que todos los biógrafos e intérpretes del célebre barón coinciden en que su principal libro resulta, metodológicamente, algo caótico. Un mismo tema puede reaparecer en diversos sitios, y otros se encuentran desperdigados en distintos lugares. Si un tal Charles de Secondat llegase hoy a una universidad para proponer su texto como tesis a defender ante un tribunal académico, su petición sería de plano

18. Los *law lords* como tribunal de apelación fueron establecidos en 1876. En 2009 se apartó a estos “lores de la ley” de la Cámara Alta y se los estableció como Corte Suprema del Reino Unido, al mismo tiempo que se derogó la atribución judicial del Lord Canciller.

19. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega. Introducción de Enrique Tierno Galván, Alianza Editorial, 2003, utilizada para las citas del texto, con algunas variantes.

rechazada y se lo invitaría cortésmente a seguir un curso previo de metodología. El propio Montesquieu, en su posterior *Defensa del espíritu de las leyes* (1750), advirtió que su obra tenía “por objeto las leyes, las costumbres y los diversos usos de todos los pueblos de la tierra. Puede decirse que su tema es inmenso [...]”. Lo salva su maestría en el uso de la lengua, elevándolo a los primeros lugares en la literatura francesa. Además, la profusión de *El espíritu...* (1748) fue antecedida por la fina síntesis de las *Consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y de su decadencia* (1734), a la que ningún metodólogo encontraría reproche. Más bien la clave del aparente desorden de *El espíritu...* podría encontrarse en el epígrafe latino de la primera edición: “*prolem sine matre creatam*”, “prole venida al mundo sin madre”, esto es, obra gestada a lo largo de buena parte de la vida de su autor (veinte años, confiesa), sin modelos antecedentes.

Desde el punto de vista del rigor terminológico, la clásica obra de nuestro barón no sobresale –disculpemos a Montesquieu recordando que está haciendo los pininos de una construcción teórica y ensayando una terminología adecuada–; observemos que utiliza, y no como sinónimos exactos, la expresión *pouvoir*, por un lado, y el vocablo *puissance*, por otro. En nuestra lengua, suele traducirse a ambos, indistintamente, como “poder”²⁰. Sin embargo, un matiz puede establecerse. Porque la *puissance*, que traducimos “potestad” y literalmente corresponde a “potencia”, es la capacidad o posibilidad de hacer algo. La potestad, para Montesquieu, alude a las fuerzas sociales –la nobleza y la burguesía– que deben manifestarse en las instituciones políticas para impedir la concentración despótica del poder en el monarca absoluto. La condición de la libertad política reside en un equilibrio de las fuerzas o potestades sociales. El *pouvoir* pareciera ser, para nuestro barón, más bien el órgano por donde aquella *potestas* se actualiza. Esta asimilación de “poder” y “órgano” es propia del lenguaje jurídico: “Poder Legislativo”, “Poder Ejecutivo”, “Poder Judicial”, sin que importe si este órgano puede, en ocasiones, cumplir otras funciones propias de otro “poder”, esto es, puede actualizar una potencialidad

20. Así, por ejemplo, en la versión citada en la nota anterior, en donde también se identifican ambos términos franceses vertiéndolos indistintamente como “poder”.

de juzgar en un órgano legislativo, de legislar en un órgano ejecutivo o judicial, etcétera²¹.

“DIVISIÓN DE PODERES” Y GOBIERNO MIXTO

El principio de este balance de intereses fue fijado por Montesquieu en una fórmula famosa: “[...] es necesario que, por una disposición de las cosas, el poder frene al poder”²². Ante todo, observemos que nuestro barón posee una concepción de la unidad muy próxima a la que Descartes sostuvo para pensar la unidad de los organismos vivientes: la unidad del todo se entiende como el resultado de un equilibrio dinámico entre partes no espontáneamente armónicas que logran contrapesarse. A continuación, registremos que lo que puede contrapesar a un poder, al grado de poder de una parte, es un poder de signo contrario, un poder de otra de las partes. Montesquieu, hombre de toga, presidente de Parlamento de Burdeos, no dice que la “ley” es freno o contrapeso. Plantea un mecanismo hecho de oposiciones directas entre partes o piezas que disponen de una cierta cuota de poder político. Pero mejor transcribamos:

“La democracia y la aristocracia no son de ningún modo Estados libres por naturaleza. La libertad política se encuentra tan solo en los gobiernos moderados. Pero tampoco se la encuentra siempre en los Estados moderados, sino tan solo cuando no se abusa del poder. Aunque resulta una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él, yendo hasta donde encuentre límites”²³.

Quien tiene poder querrá más poder –esto está en la naturaleza de las cosas políticas. Irá hasta donde encuentre un límite. La cuestión,

21. *Puissance*, potestad, debe entenderse como una facultad potencial y cualitativa del agente político para poseer y dominar (de transformar o someter cosas). *Pouvoir*, poder, como un ejercicio activo y cuantitativo de dicha facultad potencial.

22. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., Parte II, Libro XI, cap. 5.

23. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., L° XI, cap. IV.

entonces, es el freno al poderoso expansivo. Lo único que frena al poder es un contrapoder. El juego de poderes y contrapoderes permite la libertad, definida por nuestro barón con los términos que recoge el Artículo 19, *in fine*, de nuestra CN. Aquí Montesquieu –como, por otra parte, se observa a lo largo de toda su obra clásica– juega simultáneamente sobre dos tableros: el de lo que asumimos como “división del poder”, para lo que propone el modelo británico, y el del gobierno mixto, de antigua prosapia en el pensamiento político, cuya fuente encuentra en la república romana y en su lectura del *Discurso sobre la primera década de Tito Livio*. En ambos tableros rige el mismo principio –el poder frena al poder– pero, en el primer caso, se trata de un mecanismo impeditivo de irregularidades y violaciones a la ley, y en el segundo, de un mecanismo activo de intervención en el conflicto de intereses sociales. En la práctica posterior, el primero se ha conducido preponderantemente por los carriles jurídicos y el segundo, por los más notoriamente políticos. Para nuestro barón, es fundamentalmente este último plano, y no el jurídico, el que más cuenta a los efectos de superar el despotismo.

Montesquieu, un noble, quería detener la deriva hacia el absolutismo del antiguo régimen mediante la introducción del modelo británico en el juego de los tres estamentos sociales que formaban la base de la constitución prerrevolucionaria: nobleza, clero y Tercer Estado. Los tres “poderes” (funciones y órganos) estarían distribuidos entre estos tres estamentos. Lo que llamamos “división del poder”, a su juicio, expresaba el gobierno mixto, con contrapoderes como freno. A ese efecto, se manejaba con tres partes morfológicamente delimitadas de un mecanismo en donde las oposiciones conducirían a un equilibrio dinámico: el elemento monárquico, el componente aristocrático y el conjunto republicano (“el pueblo”).

En la *civitas* romana, los “poderes”, en el sentido de competencias y funciones atribuidas a órganos, estaban confundidos y no separados, en indiferenciación e interferencia continua. Los cónsules, por ejemplo, a la par de sus atribuciones ejecutivas, administraban justicia y proponían las leyes a las asambleas. El pretor dirigía el procedimiento judicial y, en ausencia de los cónsules, presidía las asambleas, proponía leyes y ejercitaba funciones militares. El Senado, formado por miembros vitalicios, respecto del *populus*, tuvo la función de control

de las decisiones comiciales (*auctoritas patrum*); respecto de los magistrados mantenía el *consilium* y proponía las listas de candidatos para las magistraturas; en otro orden, nombraba los comandantes, otorgaba triunfos, ordenaba sobre los impuestos y el culto e intervenía en el manejo de las relaciones exteriores. Las Asambleas votaban las leyes, elegían los magistrados y, a veces, actuaban como tribunal de apelación, como en la *provocatio ad populum*, cuando se trataba de la imposición de la pena capital. Estas competencias y funciones no estaban estrictamente delimitadas y los órganos de gobierno se configuraban a la medida de la personalidad y autoridad de quien lo ejercía. De Maistre señalaba esa falta de límites precisos entre las competencias, y agregaba que si hubiesen estado circunscriptos por escrito de antemano, los casos inesperados y las excepciones forzosas habrían hecho que tales límites previos “no hubieran durado seis meses o bien hubieran destruido la república”²⁴. Ihering sintetiza esta particularidad constitucional de la *res publica* afirmando que, contrariamente al dicho “el cargo hace al hombre”, en la Roma republicana era el hombre quien hacía al cargo²⁵. Y, en otra parte, agrega que las garantías no consistían tan solo en la responsabilidad a la terminación del cargo, en la intervención tribunicia u otros modos de control, sino en lo que llama “el espíritu de la época”, que conformaba la *civitas*, en cuya virtud el magistrado se encontraba siempre expuesto a la luz pública, a las miradas de todos, sujeto a la controversia y a la crítica y bajo el peso constante de la tradición²⁶.

Confusión, indeterminación e interferencia de “poderes” no deben interpretarse como caminos al despotismo, porque los mecanismos de equilibrio, el balance de intereses, como vimos, provenían del juego conflictual de aquellos mismos entrelazamientos y de los controles mutuamente establecidos. Montesquieu, que conocía muy bien el asunto, escribió: “[...] el gobierno de Roma fue admirable desde su nacimiento, porque su Constitución funcionó de tal modo, sea por

24. DE MAISTRE, Joseph, *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*, Buenos Aires, Ediciones Dictio, 1980, págs. 217/218.

25. IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, T. II, pág. 318.

26. *Ibidem*, n. 46, pág. 299.

el espíritu del pueblo, la fuerza del Senado o la autoridad de algunos magistrados, que todo abuso de poder pudo ser corregido”²⁷. Allí nuestro barón –en 1734, catorce años antes de *De l’esprit des lois*– está hablando del balance de los poderes sociales, no de la “división del poder”. Y poco más adelante agrega: “El gobierno de Inglaterra es uno de los más sabios de Europa, porque hay un cuerpo que lo examina continuamente y se examina continuamente a sí mismo; sus errores suceden de tal modo que jamás se prolongan y con el espíritu de apreciación que dan a la nación, resultan a menudo útiles”²⁸. El “cuerpo” es, obviamente, el Parlamento, donde también interviene el monarca, y lo que se exalta es su función de control, no la propiamente legislativa.

En *De l’esprit des lois*, Montesquieu efectúa numerosas referencias a la Constitución romana, tanto a la de la época de los reyes como a la republicana. Es muy interesante su examen de la *civitas* republicana, ya que aplica la grilla tripartita de “poderes” (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) al intrincado juego institucional del que venimos hablando²⁹. Tomemos un párrafo esclarecedor, donde otra vez habla de “distribución” de los poderes:

“Debe advertirse que los tres poderes pueden estar bien distribuidos con relación a la libertad de la Constitución, aunque no lo esté tan bien con relación a la libertad del ciudadano. En Roma el pueblo tenía la mayor parte de la potestad legislativa, parte de la potestad ejecutiva y parte de la potestad judicial; era un gran poder que había que equilibrar con otro. El Senado tenía, por cierto, una parte de la potestad ejecutiva y alguna rama de la potestad legislativa, pero no era suficiente para contrabalancear al pueblo. Era necesario que participase en la potestad de juzgar y lo hizo mientras los jueces se elegían entre los senadores. Cuando los Gracos privaron a los senadores de la potestad de juzgar, el Senado ya no pudo frente al pueblo. De este

27. MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur de romains et de leur décadence*, Paris, Classiques Garnier, 1954, pág. 46.

28. Ídem.

29. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, ob. cit., Parte 2ª., Libro XI, caps. 14 a 20.

modo, dañaron la libertad de la Constitución para favorecer la libertad del ciudadano; pero ésta se perdió con aquélla”³⁰.

Aquí el balance de fuerzas sociales aparece claro, analizado a partir de la tríada de la “división del poder” (en este caso aplicada preferentemente al “Poder Judicial” y al “Poder Legislativo”). Cuando el *populus*, según nuestro autor, predominó en los tres “poderes”, el desbalance, originado en la búsqueda de garantizar la libertad del ciudadano, dañó la libertad constitucional, esto es, el freno del despotismo.

EL MODELO BRITÁNICO: WALPOLE Y BOLINGBROKE

Montesquieu estuvo en Inglaterra de 1729 a 1731. Reinaba Jorge II, un Hannover. A partir de la *Glorious Revolution*, de 1688, se instauró en la isla británica lo que en los libros se llama un parlamentarismo dualista, donde, en teoría, hay un reparto equilibrado del poder entre el monarca y el Parlamento. La decisión política se comparte entre el monarca, soberano en su esfera de competencia, y el Parlamento, soberano en la suya: la función ejecutiva corresponde al monarca y la legislativa, al Parlamento. Sobre la base de esta teoría, los norteamericanos inventarían años más tarde el régimen presidencial. La función ejecutiva, volviendo al caso británico, se delega en un primer ministro, responsable –a la vez– ante la corona y ante el Parlamento o, más propiamente hablando, ante la *House of Commons*, que posee el arma poderosa del *impeachment*. Lo importante aquí es la capacidad del primer ministro para obtener la cooperación de los Comunes en materia financiera y legislativa. Este equilibrio se obtuvo con los Hannover y, en especial, a partir del fracaso, en 1716, del intento de Jacobo III Estuardo de recuperar por las armas el trono que consideraba, no sin razón, usurpado, a través de una alianza entre el primer ministro gobernante y la oligarquía comercial y financiera que se había impuesto a la vieja Inglaterra rural.

El primer ministro emblemático de esta alianza inescindible entre la clase política (especialmente los *whigs*), de origen terrateniente, la

30. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., L° XI, cap. XVIII.

oligocracia especulativa y la corona silente –que al exterior se mostraba como equilibrio de tres “poderes”: la monarquía, los Comunes y los Lores– tiene una figura emblemática en el primer ministro, Roberto Walpole (1676-1745). Veamos un retrato que de él traza Hilaire Belloc:

“Su nombre es de suma importancia histórica, no porque poseyera un talento notable, ni siquiera un carácter digno de estimación, menos aún por sus realizaciones, puesto que no realizó nada, salvo la realización negativa de la inmovilidad. Ocupa una posición importante en la historia inglesa porque era un símbolo exacto de la época, que parece resumir en su persona. Era un caballero en un gobierno oligárquico de terratenientes: típico, aficionado al deporte y con el temperamento promedio de su clase. Comprendía con claridad una sola cosa: la importancia de la sucesión hannoveriana para esa clase. Espiritualmente nulo, salvo en lo referente al patriotismo (que era en él razonablemente fuerte, aunque no una pasión), poseía una sola habilidad, y muy rara: el arte de manejar una asamblea. Fue el primero en una larga línea de primeros ministros ingleses: caballeros por nacimiento o por educación, que gobernaron por intermedio de la Cámara de los Comunes en reemplazo de la monarquía, línea que no concluyó hasta después de iniciada la Gran Guerra Europea”³¹.

Agreguemos que fue, también, un notable representante de la honda corrupción que la alianza arriba referida produjo en la clase dirigente británica. A ese respecto, cabe recordar su intervención en el escándalo financiero que se conoce como la “burbuja de los Mares del Sur” –semejante, en su modalidad, a muchos *affaires* contemporáneos. Se trataba de una compañía que, a cambio de monopolios comerciales en los mares del Sur, se hacía cargo de la deuda consolidada nacional. La promesa de un gran reparto de beneficios hizo que el público adquiriese masivamente las acciones. Walpole, valido de su información privilegiada, fue titular de un grueso paquete, que vendió al tope de su cotización, inmediatamente antes de la estrepitosa caída de los títu-

31. BELLOC, Hilaire, *Historia de Inglaterra desde los orígenes hasta el siglo XX*, Buenos Aires, CS Ediciones, 2005, págs. 476/77.

los al estallar *The South Sea Bubble* (1720)³². Pese a que la opinión pública lo fulminó como timador, pudo hacer que otros pagasen por él con cárcel y ruina, y posteriormente se recicló a la *espectabilidad* política.

Otro de los personajes políticos británicos de ese tiempo, opuesto a Walpole, fue Enrique, conde de Bolingbroke (1672-1751). Perteneció a los *tories* y fue fiel a los Estuardos, lo que le valió una condena a muerte del primer Hannover, Jorge I, y el destierro a Francia, de donde volvería años después, para dirigir desde el Parlamento la oposición a Walpole. Bolingbroke quería un rey fuerte, el “rey patriota”, como se titula una de sus obras, capaz de contrapesar efectivamente el poder de los Comunes y de la oligarquía financiera que allí se enseñoreaba. “Este hombre fue el mayor genio político y el mejor orador que Inglaterra produjo en el siglo XVIII”³³. Bolingbroke, según Carl Schmitt, es el primero que formula la interpenetración entre la doctrina clásica de la constitución de gobierno mixto (*mixed government*, que se transformará en el *gouvernement modéré*, de Montesquieu) y la división del poder. Será la fuente directa de nuestro barón, que acepta estas ideas y las “modifica a su manera discreta”³⁴. Prepondera allí la idea de un balance o equilibrio entre el “rey patriota”, cabeza de un Ejecutivo fundado en la confianza del pueblo, la *House of Lords* como presencia del elemento aristocrático y la *House of Commons* como presencia popular.

Téngase en cuenta que estas ideas de Bolingbroke (no bien advertidas por el constitucionalismo posterior, ya que desparramadas en escritos polémicos y de ocasión, pero no en obra sistemática) planteaban la distinción, pendulación y balance de poderes y contrapode-

32. La cotización bajó de £ 1000 a £ 159 por acción. El dinero en giro en la burbuja –para que se aprecien los alcances de este *crash*– era superior a todo el circulante europeo de la época. Téngase en cuenta que los monopolios concedidos en los “Mares del Sur” –esto es, nuestra Suramérica– lo eran en territorios con el dominio de la corona española. Por cierto, luego del Tratado de Utrecht, en 1713, había relaciones comerciales entre ambas monarquías, pero ello no quita que el monopolio se concedía sobre el dominio de otro...

33. BELLOC, Hilaire, *Historia de Inglaterra desde los orígenes hasta el siglo XX*, ob. cit., pág. 472.

34. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., págs. 187/88 y 204/205.

res contra la constitución británica real de su tiempo, donde la mayor suma de poder residía de la alianza oligocrática, ya señalada, entre los *whigs* y las altas finanzas. Montesquieu mantuvo amistad con lord Stanhope, conde de Chesterfield, hombre del círculo de Walpole, por medio de quien éste último logró introducir el régimen del gabinete, esto es, una mayor concentración de poder en el primer ministro, a la cabeza de un conjunto ministerial unido, reduciéndose el Parlamento a un instrumento de ratificación y caja de resonancia de las políticas gubernamentales. Hay una vieja discusión acerca de si Montesquieu, en el Libro XI, cap. VI de su obra, varias veces citada en este trabajo, aplicó simplemente un espejo a la Constitución material británica de su tiempo o si, en cambio, se sirvió de la práctica inglesa para elaborar a su sombra un modelo particular destinado a atemperar el absolutismo francés. Madison decía que “la Constitución británica fue para Montesquieu lo que Homero para los estudiosos de la poesía épica”³⁵. El mismo Montesquieu dice, aunque el párrafo ha sido objeto de encontradas interpretaciones: “[...] hay también una nación en el mundo que tiene por directa finalidad de su Constitución la libertad política. Vamos a examinar los principios sobre los cuales ella se funda. Si son buenos, la libertad se reflejará allí como en un espejo. Para descubrir la libertad política en la Constitución no hace falta tanto trabajo. Si se la ha hallado, si se la puede ver donde está, ¿por qué buscarla?”³⁶.

Otros autores, como Carré de Malberg, por ejemplo, se esforzaron en demostrar que nuestro barón habría hecho una adaptación particular y original de las instituciones británicas³⁷. Si examinamos la cuestión desde los datos históricos y echando una mirada a la Constitución real de la Gran Bretaña en el primer cuarto del siglo XVIII, veremos que Montesquieu, más que en la práctica walpoliana, que vio de primera mano, se funda en la crítica bolingbrokiana, a la que también tuvo acceso directo. El equilibrio y balance de “poderes”, según una

35. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, N° XLVII, México, FCE, 1998, pág. 210 y sigs.

36. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., L° XI, cap. V.

37. Cit. en TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944, pág. 116.

frase de Léon Faucher, parece haber sido en ese tiempo más la novela que la historia de la Constitución británica³⁸. Y Montesquieu –fiel, tal vez, a su convicción de la difícil transitividad de las leyes de un pueblo a otro– parece haber recogido, “a su manera discreta”, más la propuesta crítica que la receta práctica, más la versión romanceada que la cruda realidad, a fin de aplicarla a temperar la Constitución francesa del antiguo régimen.

LOS JUECES, UN PODER “INVISIBLE Y NULO”

¿Y el “Poder Judicial”? Los jueces, integrantes del órgano judicial, tienen la facultad de *judicare*, esto es, de juzgar y adjudicar lo suyo de cada uno, concretando lo justo del caso. Esta facultad no es propiamente un poder, sino que corresponde a la autoridad, a la *autoritas*. Forma parte de la función atribuida al órgano judicial, pero no resulta ejercicio de poder. Cuando el juez debe hacer cumplir su fallo, debe recurrir al Poder Ejecutivo: no se concibe el derecho sin los tribunales, y no se concibe a los tribunales sin policía. Por eso, Montesquieu llama al “poder” de la magistratura “potestad ejecutiva” de las cosas que dependen del derecho civil. Poder, tomado desde este ángulo, que resulta prácticamente nulo³⁹. Nulidad bien entendida como poder político. La autoridad de los jueces se funda, a su vez, en la independencia con la cual puedan juzgar y concretar así el derecho en los conflictos interpersonales. Su juicio requiere libertad íntima e independencia práctica de los poderes en juego, sean

38. *Ibíd.*, 117. La frase completa dice: “[...] el equilibrio de los poderes, esta teoría que se supondría inventada a propósito para justificar las usurpaciones del más fuerte en el terreno del más débil, ha sido más bien la novela de la constitución en lugar de expresar su historia”.

39. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ob. cit., Libro XI, cap. VI: “[...] de esta manera, la potestad de juzgar, tan terrible entre los hombres, al no estar ligada a determinado estado social o profesión, se convierte, por así decirlo, en invisible y nula; se teme a los magistratura, pero no a los magistrados”. Y agrega: “[...] de las tres potestades de las que hemos hablado, la de juzgar resulta de alguna manera nula. No quedan más que dos” (debe entenderse: que requieren contrapoderes que los atemperen).

estos institucionales o indirectos. Por eso, si corresponde que los jueces sean perseguidos en caso de inconducta, no deben ser juzgados por los fallos que a ciencia y conciencia han considerado rectos. Esta garantía de la independencia del juez, en su función judicial, respecto del entorno político que rodea al caso *sub judice*, sostiene la libertad del ciudadano, como advertía en su tiempo el viejo barón y percibe continuamente la conciencia pública.

Hasta aquí hemos hablado de autoridad. La judicatura tiene, además, una *potestas*, por la cual puede considerársela propiamente "Poder Judicial", esto es, participante en el poder político. Hay una forma patológica de ejercicio de este poder, que se manifiesta en una también patológica "judicialización de la política", donde el enemigo debe ser estigmatizado con un procesamiento o una condena, para lo cual debe contarse con jueces proclives a despacharlos. Pero hay también una forma fisiológica de ejercicio del "Poder Judicial", y por consiguiente una normal judicialización de la política que, de todos modos, conduce inevitablemente a la politización de la justicia. Es el poder que se ejerce a través del control de constitucionalidad "fuerte", donde la judicatura, y en especial la Corte Suprema de Justicia, en nuestro caso, cumple una función intrínsecamente política: establecer en última instancia lo que la Constitución dice. En el desenvolvimiento de su poder, la magistratura ha ido expandiéndose de supremo intérprete a legislador contramayoritario negativo, y de este último carácter a legislador contramayoritario positivo, en especial a través de las sentencias "manipulativas" –como las denomina la doctrina italiana–, en las que se amplía y transforma por los tribunales el radio de acción normativa de las disposiciones recurridas. Entonces, con el objetivo de controlar esta función y, también, de inclinar la balanza de la judicialización política, se asiste a la injerencia, entrometimiento y maniobreo en los procesos orgánicos de selección, designación y remoción de los jueces. En esta cancelación a sabiendas de la garantía de la independencia judicial, en cuanto a su libertad íntima de juicio, hay un gravísimo menoscabo. Un gobernante legislador puede, excepcionalmente, resultar un Alfonso el Sabio. En un congreso genuflexo o perezoso puede levantarse insólitamente una voz inspirada. Pero que no quepa recurso contra la injusta decisión de un gobernante, o contra el juego de influencias de los poderes indirectos, porque los jueces han

sido doblegados por el temor o elegidos por su sumisión; es declarar al ciudadano impotente ante la arbitrariedad.

Tal potestad política de la magistratura judicial no cabe en lo absoluto para nuestro barón. La potestad judicial debe ser nula e invisible del punto de vista del poder político. Por otro lado, deben subrayarse especialmente los resguardos que Montesquieu establece para que la función judicativa de los jueces, y el afianzamiento consiguiente de su autoridad, pueda ejercerse eficazmente.

Montesquieu, en su articulación tripartita de las funciones del poder según un principio orgánico de distribución, establece la visibilidad de dos “poderes”, el Legislativo y el Ejecutivo, propiamente políticos, y postula la invisibilidad y casi nulidad en el plano político del “Poder Judicial”, limitado a la función judicativa, para lo cual los jueces no deben formar un cuerpo profesional –muestra preferencia por los jurados populares– ni resultar otra cosa que portavoces de la ley. Este principio orgánico de distribución de las funciones entre dos visibles y una invisible es lo que distingue los gobiernos moderados de los gobiernos despóticos que, como dirá nuestro barón, resultan “corruptos no por accidente sino por su misma naturaleza”.

En otras palabras, para nuestro autor, la independencia de los jueces (que sería independencia de designación y de ejercicio), sin la cual no puede concebirse un gobierno “moderado” –en otros términos, sin la cual impera el despotismo–, resulta, en propiedad, de que el órgano cuya manifestación son los tribunales y al que corresponde la función judicativa no resulte un “poder” político. En el sistema de Montesquieu no es posible hablar de un “Poder Judicial”⁴⁰. El juego de equilibrio dinámico entre poderes y contrapoderes, a juicio de nuestro barón, debe darse entre los órganos cuyas funciones corresponden a la legislación y a la ejecución, con las particularidades que se anotan más abajo. La nota preponderante en lo judicial es la de independencia judicativa, relacionada con la paridad social entre quienes juzgan y quienes son juzgados.

40. TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, ob. cit., pág. 86.

LAS MOTIVACIONES DE LOS FRAMERS

Otra vía arranca con la Constitución norteamericana de 1787. La convención de Filadelfia, que la produjo, se colocó revolucionariamente como poder constituyente, por medio de una suplantación, ya que fue originariamente convocada no para dictar una constitución sino para revisar el pacto confederal de los Artículos de la Confederación y la Perpetua Unión de 1777. Un hábil y subterráneo cabildeo condujo a constituir la república federativa⁴¹. El conflicto quedaría en sordina hasta estallar en 1861 con la guerra civil entre confederados y unionistas.

A pesar de que los autores de *El Federalista* –prospecto culminante, a la vez, de la teoría política y del *marketing* de un producto constitucional para que fuese ratificado por los dos tercios de la legislaturas de los Estados– se refieren debidamente al *celebrated* Montesquieu, no lo siguieron dogmáticamente, sino que lo adaptaron, contornearon y tergiversaron conveniente y pragmáticamente. Ello es más patente actualmente, cuando se tiene acceso a los documentos críticos “antifederalistas”, generalmente desconocidos por los expositores del constitucionalismo clásico. Jorge Tristan Bosch, mucho tiempo atrás, con agudeza señalaba: “[...] la doctrina de la separación de los poderes, como tal, vale decir, como doctrina, en cuanto expuesta por Montesquieu en su obra, *De l'esprit des lois*, careció de verdadera influencia en la formación de la Constitución de los Estados Unidos”⁴². Ello no

41. “El movimiento se hizo con gran habilidad. No tomó la forma de una agitación, sino la de una conspiración, o si se quiere, la de un hábil cabildeo. Jorge Washington habló con algunos amigos suyos en Mount Vernon, su hermosa casa a orillas del Potomac, y esta conversación dio por resultado la reunión de la Convención Comercial de Anápolis, en septiembre de 1786. La Convención, un pretexto. Pidió al congreso que convocase una reunión semejante. Ya estaba todo preparado, y el congreso votó la célebre resolución de febrero de 1787, convocando delegaciones de los Estados para que, reunidas en Filadelfia, revisaran los artículos de la Confederación y diesen un informe al congreso. Nada se decía de adoptar una nueva constitución”. PEREYA, Carlos, *La Constitución de los Estados Unidos como instrumentos de dominación plutocrática*, Madrid, Ed. América, s/f, pág. 60.

42. TRISTAN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, ob. cit., pág. 133.

implica que, pragmáticamente, no se haya buscado un sistema particular de *checks and balances*, frenos y contrapesos, eficaz para dicho ámbito político y cultural. Con suma destreza, dejaron de lado la “división de poderes” horizontal para retomar la idea del gobierno mixto, con un desenvolvimiento vertical de los “poderes intermediarios” a través, principalmente, de la fórmula federativa. Esta indiferencia por los cruces entre funciones ejecutivas y judiciales resulta patente en los tres primeros presidentes –*Chief Justices*– del supremo tribunal norteamericano. John Jay y Oliver Ellsworth fueron, además, conservando su cargo judicial supremo, embajadores plenipotenciarios ante la Gran Bretaña y ante Francia, respectivamente, siendo el primero el que cerró en 1794 con la antigua metrópoli el acuerdo llamado por ello “Tratado Jay”, muy discutido en su época. Y John Marshall, durante la presidencia de Adams, fue simultáneamente Secretario de Estado y presidente de la Corte Suprema. En *El Federalista*⁴³, hablando del departamento judicial, Hamilton no encuentra objeciones a que, en la Constitución del Estado de Nueva York, el Senado estadual, junto con los miembros de la Corte, resulte tribunal supremo para todas las causas, civiles o criminales.

Lo importante, para los *framers*, era frenar las eventuales demasías de la función legislativa, preeminente en los ordenamientos de los trece Estados originarios. Era la contraposición entre la democracia y el liberalismo, cuyo contraste, incluso hasta hoy, la proclamación oficial norteamericana insiste en presentar como compatible, hasta el punto de exportar “democracia”. República imperial, como la llamó Raymond Aron, y anunciaba ya en los primeros párrafos de *El Federalista*, el padre fundador Alexander Hamilton: “El destino de un imperio que resulta, en muchos aspectos, el más interesante del mundo”⁴⁴.

El principio y la finalidad de la teoría democrática, esto es, la identidad entre gobernantes y gobernados, el gobierno *del* pueblo, se presentaba como peligroso y conducente a la tiranía mayoritaria. Para aquellos hombres fundadores, “democracia” y “terrorismo” resultaban sinónimos. Por eso se prefirió la versión representativa, que Ja-

43. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, ob. cit., LXVI.

44. *Ibídem*, I.

mes Madison llamó “república”⁴⁵, para diferenciarla debidamente de la democracia en la interpretación “fuerte” de filiación rousseauiana.

Las circunstancias que rodearon la adopción por los *framers* de un triple cerrojo institucional –prerrogativa presidencial, Senado, *judicial review* por la Corte Suprema– a las decisiones asamblearias, fueron desarrolladas tiempo ha por la obra de Charles Austin Beard⁴⁶, cita extensa pero imprescindible para colocarse, críticamente, fuera del círculo de sacralización que rodea a los comentarios constitucionalistas sobre el documento norteamericano de 1787. Citemos las conclusiones de Beard, de acuerdo con las cuales los *founding fathers* constituyentes también podrían calificarse de *forceful fathers*:

“El movimiento en pro de la Constitución de los Estados Unidos fue organizado y llevado a cabo principalmente por cuatro grupos de intereses mobiliarios particulares, los cuales habían sido adversamente afectados bajo los Artículos de la Confederación: finanzas, títulos públicos, manufacturas y comercio y navegación. El primer paso hacia la formación de la Constitución fue tomado por un pequeño y activo grupo de hombres, inmediatamente interesados en el éxito de sus trabajos a causa de sus posesiones personales. No fue consultado ni directa ni indirectamente el voto popular para convocar la Convención que redactó la Constitución. Las masas desposeídas, bajo el sistema de calificaciones del sufragio, fueron excluidas desde el comienzo de toda participación (por medio de representantes) en la tarea de establecer la Constitución. Los miembros de la Convención de Filadelfia que redactaron la Constitución estuvieron, con pocas excepciones, inmediata, directa y personalmente interesados y derivaron ventajas económicas del establecimiento del nuevo sistema [...]. La Constitución fue ratificada por el voto, probablemente, de no más de un sexto de los hombres adultos [...]. Los líderes que sostuvieron la Constitución en las convenciones estatales ratificadoras representaron

45. *Ibidem*, X.

46. BEARD, Charles Austin, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, The Free Press, Mac Millan, 1961. La primera edición es de 1913. La obra de Beard (1874-1948) ha sido largamente discutida, pero nunca impugnada en lo sustancial, pese al largo tiempo transcurrido desde su formulación.

los mismos grupos económicos que los miembros de la Convención de Filadelfia; y en gran número de casos estuvieron directa y personalmente interesados en el éxito de sus esfuerzos. En la ratificación, se puso de manifiesto que la línea de separación a favor y en contra de la Constitución corrió entre los grandes intereses sustancialmente mobiliarios, por una parte, y los pequeños granjeros y deudores, por otra. La Constitución no fue establecida por 'todo el pueblo', como han dicho los juristas; ni fue creada 'por los Estados', como los sudistas partidarios de la nulificación sostuvieron largo tiempo, sino que fue la obra de un grupo compacto cuyos intereses no reconocían límites estatales y que, en su extensión, resultaron realmente nacionales".

EL GOBIERNO MIXTO

El poder político es uno en su esencia. Pero tiende a su difusión: el poder absoluto de un autócrata solitario, como decía Gonzalo Fernández de la Mora, resulta, por la experiencia histórica, tan excepcional que "no es un dato útil para el análisis fenomenológico y la conceptualización realista". En toda organización política se multiplica el número de "poderosos", cada uno con su porción decisoria, con su cuota de *potestas* institucional o indirecta. Y puesto que el que tiene alguna cuota de poder tenderá, como apuntaba nuestro barón, a extenderla hasta donde halle un freno, hay que ponerle límites. Esta búsqueda ha fatigado a los pensadores políticos desde mucho antes que Montesquieu. Y la relevancia de nuestro barón al respecto, que la tiene y mucha, fue metamorfoseada por el constitucionalismo liberal y lo convirtió en santón revelador de un dogma que nunca profesó, el de la "división" y "separación" horizontal y geográfica de una trinidad de poderes, ineficaz para limitar el poder de los gobernantes y asegurar la libertad política. Así se consolidaba lo que dos siglos después Nicola Matteucci⁴⁷ llamaría "dogma ambiguo y misterioso [...] y no

47. MATTEUCCI, Nicola, Voz "Constitucionalismo", en *Diccionario de política*, T. I, México, Ed. Siglo XXI, 1981, pág. 390.

solo eso: este es un dogma peligroso porque no nos permite garantizar con verdadera eficacia la libertad del ciudadano”.

Con ello se oscureció el gran aporte montesquievino al gobierno mixto o moderado, donde nuestro autor recogió, pulió y puso a punto una corriente del pensamiento político que tiene como hitos a Polibio, Cicerón y Maquiavelo, y que aquél enriqueció con su teoría de los cuerpos intermedios, donde aparece la subsidiariedad como fondo y los frenos y contrapesos, balance y equilibrio, entre el monarca, el cuerpo de nobles y la asamblea de representantes populares. No es un balance de “poderes” (funciones u órganos), sino de intereses reflejados en potestades sociales. Reconocimiento de que un régimen político, es decir, la “verdad efectiva” en que una forma de gobierno se plasma en la realidad (y en nuestro tiempo aquella forma solo puede ser la democrática), se compone, en proporciones variables de la presencia del gran número, del número reducido y de la unidad. Y la naturaleza de las cosas es la que impone que estos tres elementos dinámicos de toda sociedad política se limiten y controlen mutuamente, de un modo, dice bien Palacio, “que no puede preverse con exactitud en la ley escrita y que a veces actúa contra todas las previsiones legales”⁴⁸.

Los regímenes estables en el mundo de hoy son regímenes mixtos, fuertemente oligárquicos todos ellos –la “ley de hierro”, de Michels, se ha ido cumpliendo con la inexorabilidad de su nombre. Las constituciones y los sistemas electorales establecen un equilibrio entre el gobierno de unos pocos –la “clase política”, la “casta”, como acostumbran llamarla en Italia– y el predominio de uno solo –el líder del gobierno–, manifestándose los contrapesos, destinados a mantener los elementos esenciales del sistema, resguardándolo de eventuales oleadas mayoritarias, en los jueces con la misión de defender la constitución y los principios cosmopolíticos, de manera de poder establecer qué es lo que puede o no puede decidirse por medio del sufragio, aunque en la letra constitucional se siga aludiendo como legitimación final a la “soberanía del pueblo”. Lo cierto es que en estas construc-

48. PALACIO, Ernesto, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Guillermo Kraft, 1962, pág. 55.

ciones del régimen mixto lo que ha desaparecido es el pueblo como sujeto jurídico-político. Tanto los parlamentos y congresos, como los tribunales y las cortes, se expiden contramayoritariamente. La mayor parte de las transformaciones de la sociedad que afectan nuestra existencia cotidiana, sobre cuestiones bioéticas, aborto, matrimonio “igualitario”, reformas pedagógicas, reformulación de base de la legislación común, etc., se deciden sin que el pueblo sea llamado a manifestarse al respecto. Las formas de participación política, y la palabra clave en la democracia es participación, no sufragio, han ido en camino a un progresivo e incesante achicamiento. Es el elemento popular el que está siendo escamoteado en nuestros regímenes mixtos actuales. La respuesta ha sido el surgimiento de marejadas populistas que termina expresándose en un líder, ventrílocuo del pueblo, que se maneja en apelación directa a la masa, sin instancias intermediarias.

Señalábamos más arriba que la transfiguración constitucionalista del pensamiento de Montesquieu pretendía, en su versión ostensible del dogma de la “división de poderes”, mediante un pase mágico, cambiarnos el problema nuclear de la legitimidad por el recurso técnico de la legalidad. En efecto, en la famosa pirámide que imaginó Adolf Merkl, a partir del planteo kelseniano, con el ápice de la *Grundnorm* hipotética, van escalonando normas desde la constitución allá arriba hasta la base diseminada en los actos jurídicos de los particulares. La validez de cada uno de los tramos de este sólido normativo resulta establecida por las normas de competencia, es decir, por aquéllas que fijan procedimientos para emitir normas. La validez de una norma deriva de que el órgano que la crea esté habilitado para ello por la norma de competencia superior. En otras palabras, la validez no depende de ninguna cualidad de la norma en sí, como ocurría con aquellas leyes que eran producto de la repetición y la costumbre, buenas porque eran viejas, aceptadas, probadas y, por ello, tenidas por justas. Pero esta validez procedimental, aceptable para ciertas esferas normativas, no resulta satisfactoria cuando hablamos de la constitución de una unidad política. Porque allí está en juego la validez de la obligación política en los términos de la modernidad: ¿por qué manda (es decir, por qué puede crear la norma) y por qué debo obedecer?, que en una razón procedimental solo encuentra una respuesta vacua. Por ello, en la posmodernidad, se intenta, siempre dentro de la estricta y exclusi-

va racionalidad, enriquecer esa respuesta con el “consenso”⁴⁹, la acción comunicativa habermasiana con la cual se obtendría la “verdad constitucional”⁵⁰, el recurso a la Constitución como fuente de valores y la consiguiente apelación a una Constitución cosmopolítica, que en el “gran relato” del neoconstitucionalismo actual cumpliría el rol de los *mores maiorum* para el tiempo de Cicerón. En definitiva, como afirma Ignacio de Otto, se trata de “establecer en el interior del ordenamiento mismo una norma que cumpla las funciones antes asignadas al derecho natural o a la historia”⁵¹. Menuda tarea –tarea de romanos, literalmente– sobre la que se fatigan incesantemente los juristas y contra la cual se estrellan constantemente las Cortes y los tribunales constitucionales.

Los abusos de poder se extienden y hasta se refinan en su ejecución. La jaculatoria de la “división de poderes” no las conjura en absoluto y, más bien, les sirve de coartada. El constitucionalismo clásico ha sido el real sepulturero de un Montesquieu, sobre cuyo túmulo Alfonso Guerra pronunció la oración sarcástica que recordamos al principio de este trabajo. Hay otro Montesquieu, sin embargo, con cuyo concurso recobrar la libertad política podría ser algo más que un lema del *marketing* político.

49. Tomado de la sociología funcionalista, ha dado lugar a formas apresuradas de “fabricarlo”.

50. Sobre este planteo de Peter Haberle, ver BANDIERI, Luis María, “Sobre la verdad en el derecho y el Estado constitucional”, *ED* 15-9-2006.

51. DE OTTO, Ignacio, “Derecho constitucional-sistema de fuentes”, *Ariel derecho*, 1989, en <http://www.der.uva.es>.