

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVI

ENERO - MARZO DE 1948

N.º 63

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

SRES.

ROLANDO MERINO REYES

JUAN BIANCHI BIANCHI

VICTOR VILLAVICENCIO G.

QUINTILIANO MONSALVE J.

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

HUMBERTO BIANCHI VALENZUELA

SEGUNDO CENTENARIO DE "EL ESPIRITU DE LAS LEYES" DE MONTESQUIEU

1.—Advertencia previa.—Se cumplen en 1948 dos siglos de la publicación de "El Espíritu de las Leyes", la obra maestra de Montesquieu, y es oportuno recordarlo, y considerar la influencia que las ideas de Montesquieu han tenido en el progreso de las instituciones.

Sin necesidad de hacer gala de modestia, se comprenderá que empecemos por repetir lo que en una ocasión dijo Sainte Beuve: "No abrigo la pretensión de hacer la crítica de "El Espíritu de las Leyes", que no cabe aquí; se necesitaban varios volúmenes y examinar la obra capítulo por capítulo"; y lo que no pretendió el crítico francés, con todos sus conocimientos y condiciones nos está vedado con mucha mayor razón.

No se busque, pues, en este trabajo, sino un mero recuerdo del aniversario referido, que ni siquiera pretende tener valor de estudio jurídico de fondo.

2.—Montesquieu.— Montesquieu pertenecía a la nobleza: era barón de la Brede y de Montesquieu. Había nacido en el castillo de la Brede, cerca de Burdeos, en 1689; hizo estudios jurídicos y fué designado más tarde consejero en el Parlamento de Burdeos, del que fué en seguida Presidente durante diez años. En 1726 vendió su cargo y se retiró de la magistratura.

En 1721 había publicado las "Cartas persas", que tuvieron un éxito editorial fabuloso, y en 1734, "Consideraciones sobre las causas de la grandeza y decadencia de los Romanos".

La Academia Francesa lo admitió en su seno en 1728.

En este mismo año emprendió un largo viaje a diferentes países europeos, que recorrió a fin de recoger materiales para la obra que tenía en proyecto. Estuvo en Alemania, Hungría, Austria, Italia, Suiza, el Rhin, Holanda e Inglaterra, siempre estudiando y tomando notas.

No era de los hombres que pueden temer la familiaridad; era un noble espíritu, de cerca lo mismo que de lejos, sin pliegues ni dobleces que ocultar. Cuantos le conocieron alababan su bondad; era de trato sencillo, amable y franco. "He tenido la suerte de alternar en los mismos círculos que él —dice Maupertuis— y he visto y compartido la impaciencia con que se le esperaba en todos y la alegría con que se le veía llegar". Conservó siempre el acento gascón de su país. Su manera de conversar era viva, corriente y figurada.

Era la modestia en persona; estaba convencido de que su hijo valía más que él. En sus últimos años había perdido casi por completo la vista. Murió en París el 10 de Febrero de 1755 (1).

Cuando vendió su cargo de Presidente del Parlamento de Burdeos, declaró que había sido un funcionario mediocre, que no servía para el cargo. "Lo que siempre me ha dado mala opinión de mí —dijo— es que hay pocos estados de la República para los cuales pueda yo servir; en mi oficio de Presidente comprendía bien las cuestiones, pero del procedimiento no entendía nada; me entristecía ver en los estúpidos más capacidad que la que yo tenía".

Sin embargo, no era ésa una opinión unánime. Años más tarde, criticando Cazales la teoría de que el Poder Judicial constituye el tercer Poder del Estado, doctrina vulgarizada en "El Espíritu de las Leyes", dijo en una sesión de la Asamblea Constituyente: "Montesquieu ejerció por largo tiempo con gloria la magistratura, y fué arrastrado por el espíritu de su estado".

(1) Estudio de Montesquieu por Sainte Beuve, insertado en el Prólogo de la edición de "El Espíritu de las Leyes", en dos tomos, hecha por la Editorial Albatros, Buenos Aires, 1942.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

5

3.—**El Antiguo Régimen.**—Para juzgar la obra de Montesquieu, es necesario tener en cuenta que él escribió en una época de despotismo político e intolerancia religiosa; reinaba en Francia Luis XV. Corrían los tiempos en que Voltaire era arrastrado a la Bastilla, donde estuvo encerrado por más de un año, en virtud de una *lettre de cachet*, firmada por el Regente Felipe de Orleans, a causa de unos versos suyos. Durante esa prisión compuso Voltaire los primeros cantos de *La Henriada*, que publicó en Londres, después de un segundo encierro en La Bastilla, debido esta vez a un incidente que tuvo con el caballero de Rohan Chabot, quien lo hizo también apalear (2).

La Inquisición tampoco permanecía ociosa, y no permitía publicaciones que pudieran de alguna manera herir los sentimientos religiosos.

La nobleza y el clero formaban los privilegiados del régimen. Su número total no alcanzaba al diez por ciento de la población.

Los privilegiados no pagaban impuestos o sólo los pagaban parcialmente. "El Rey se da cuenta perfecta de que la propiedad feudal tiene el mismo origen que la suya. Luis XVI sintió escrúpulos cuando la extrema necesidad le impelió a cargar sobre todos el impuesto del diezmo" (3).

"No se hacía ninguna pesquisa para perseguir los crímenes más atroces, porque el señor temía los gastos del juicio, y sus jueces y procuradores temen que no les paguen los procedimientos". "Fundadores de una sociedad, los señores, habiendo sido dignos en otro tiempo de sus ventajas por sus servicios, conservaron su rango sin continuar su misión; tanto en el gobierno local como en el gobierno central, su puesto es una sinecura y sus privilegios se han convertido en abusos" (4).

El pueblo estaba en la miseria, agobiado de impuestos, que eran fijados a voluntad por el recaudador. No se contaba en los

(2) André Maurois. "Voltaire", Edición Ercilla, Santiago, 1935.

(3) Hipólito Taine. "Los Orígenes de la Francia Contemporánea", edición española, de Sempere, Valencia, tomo I, pág. 29.

(4) Taine. Obra citada, tomo II, pág. 226.

campos con una autoridad presente, pues los señores permanecían en la Corte. Entre la talla, los accesorios de la talla, los diezmos y los derechos feudales, se llevaban el 81,71% de la renta, quedando, en consecuencia, al contribuyente sólo el 18,29% (5).

"En tiempos de Luis XV, llegaron a conocimiento de las personas descontentas con el régimen las nuevas doctrinas reinantes en Inglaterra, y como no les era posible propagarlas abiertamente sin ser perseguidos, empezaron los escritores a introducirlas en novelas, cuentos y relatos de viaje, con nombres que las disimulaban; pero poco a poco acabaron por desarrollar estas teorías y por sacar de ellas otras consecuencias, planteando al fin principios mucho más generales, y reclamando reformas mucho más extensas que las que solicitaron sus predecesores británicos. Así surgieron en Francia dos generaciones de filósofos: una en la primera mitad del siglo XVIII, que tuvo por principales representantes a Montesquieu y Voltaire; otra en la segunda mitad, con Rousseau, Diderot y los enciclopedistas" (6).

Se comprende, pues, el grito de Emilio Ollivier, que con motivo de la publicación de una obra de Gustavo Le Bon, en que criticaba los excesos de la Revolución Francesa, escribió: "Lamente quien quiera no ser ya un villano obligado a batir los estanques para impedir que las ranas turben el sueño del señor; lámentese quien quiera de no tener ya la satisfacción de ver su campo devastado por la jauría de un joven insolente; desólese el que quiera de no estar ya expuesto a despertarse en la Bastilla porque un Lauzun desee a su mujer, o a causa de alguna palabra pronunciada contra un poderoso, o mejor aún, por un motivo ignorado; desespérese el que quiera de no ser tiranizado por algunos ministros, por algunos empleados, por algunos intendentes; de que no se le fije la talla a discreción; de no ser robado más bien que gravado; de no ser ya azotado y escupido por pretendidos conquistadores. Por lo que a mí hace, plebeyo como soy, estoy agradecido a aquellos cuya

(5) Taine. Obra citada, tomo II, pág. 233.

(6) Ch. Seignobos. "Historia de la Civilización Contemporánea", 6.ª edición, versión española, Ch. Bouret, París, 1910. Pág. 61.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

7

ruda labor me ha librado de esos yugos, porque sin ellos, pesarian todavía sobre mí, y a pesar de sus faltas los bendigo" (7).

4.— Venalidad de los cargos públicos.— Una de las instituciones del régimen era la venalidad de los cargos públicos, que se adquirían por compra o por herencia, y se desempeñaban previa aceptación de la autoridad.

Este sistema, que quedó felizmente abolido con la Revolución Francesa, tenía, sin embargo, algunas ventajas, sobre todo por lo que se refiere a los cargos judiciales, pues, como eran de propiedad particular, los jueces no podían ser privados de sus empleos, y gozaban así de la independencia indispensable para el desempeño de sus funciones.

Planiol, refiriéndose a esta materia, dice que la venalidad de los oficios era antigua; se practicaba ya en el Imperio Romano, pero sólo para cargos inferiores. En Francia se desarrolló durante el siglo XVI, y en el siglo siguiente Luis XIV abusó del sistema. "Ignora Vuestra Majestad, le dijo un día el contralor general Desmarest, una de las más bellas prerrogativas de los reyes de Francia, la de que cada vez que el Rey crea un oficio, Dios crea un tonto para comprarlo". Se vendieron cargos de llorones de entierros, vendedores de ostras, controladores de pelucas, y otros tan absurdos como éstos.

La cesibilidad de los oficios fué reconocida por una Ordenanza de 1567, pero el derecho de los herederos para disponer del cargo sólo fué organizado bajo Enrique IV.

"Si la venalidad de los cargos fué un deplorable principio financiero, su patrimonialidad tuvo, por el contrario, algunos buenos efectos. Favoreció la formación de esas familias de togados, propietarios de sus cargos, que en los siglos XVII y XVIII fueron el honor de la magistratura francesa, y que a veces se sintieron bastante fuertes para hacer frente al Rey" (8).

(7) Inserto en el Prefacio de la nueva edición, de "La Révolution Française et la Psychologie des Révolutions", por Gustavo Le Bon. Paris, 1913. Página 11.

(8) Marcel Planiol. "Traité Élémentaire de Code Civil", 9.a edición, Paris, 1922. Tomo I, pág. 782. N.º 2532.

Otro tratadista, Emilio Faguet, ha escrito: "Bajo el antiguo régimen un magistrado era lo que actualmente es un notario. Le era necesario un examen de capacidad, debía ser aceptado por el gobierno, pero no era nombrado por el gobierno. Era magistrado porque había comprado su cargo o porque lo había heredado. Resultaba que la magistratura era independiente y que los ciudadanos encontraban en ella una garantía de sus derechos. Esto era así desde Francisco I, pero el principio de la independencia de la magistratura se remontaba más atrás; porque en la antigua monarquía el Rey no nombraba a los miembros de los Parlamentos; estaba obligado a escoger entre tres candidatos que le presentaba el Parlamento que se trataba de completar; de tal manera que el Parlamento podía siempre, eliminando de su lista al candidato que el Rey deseaba nombrar, privar al Rey de su derecho de nombrar. La magistratura ha sido siempre independiente bajo el antiguo régimen. La subordinación de la magistratura al gobierno es una de las conquistas de la Revolución. Junto con proclamar los Derechos del Hombre, suprimió al depositario de esos derechos y paralizó al defensor. Es una gran debilidad del hombre no poder pensar en todo a la vez" (9).

5.—"El Espíritu de las Leyes".—Después de veinte años de preparación, de viajes y de estudios, publicó Montesquieu, en Ginebra, los dos tomos de "El Espíritu de las Leyes".

El estilo de esta obra tiene toda la perfección que los autores franceses de ese siglo habían alcanzado. Esmein hace notar que Montesquieu y Rousseau usaron "esa lengua viva y clara que es el francés del siglo XVIII, una lengua admirable" (10).

Sainte Beuve, que es autoridad en la materia, compara en la forma a Montesquieu con Bossuet; lo que en éste era natural y espontáneo, en Montesquieu es producto del estudio y del esfuerzo; a cada instante tiene expresiones magníficas. Al hablar de los romanos la lengua de Montesquieu se asemeja a la latina. Cita Sainte Beuve las opiniones de Gibbon y de Walpole. El primero

(9) Emilio Faguet. "Le Libéralisme". Paris, 1903, pág. 183.

(10) A. Esmein. "Eléments de Droit Constitutionnel". Sirey, Paris, 1906. Página 196.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

9

decía: "Mi delicia era leer y releer a Montesquieu, cuyo vigor de estilo y atrevimiento en las hipótesis fueron bastante poderosos para despertar y estimular el genio del siglo". Y Walpole: "Lo considero el mejor libro que se haya escrito jamás".

* * * *

Montesquieu ha seguido el método inductivo, infiriendo sus leyes generales del estudio de los casos particulares que expone minuciosamente. En el prefacio de "El Espíritu de las Leyes" escribe: "No he deducido mis principios por mis prejuicios; los he sacado de la naturaleza de las cosas". "He comenzado varias veces y he abandonado otras tantas esta obra; mil veces he abandonado a los vientos las hojas que había escrito; perseguía mi objeto sin un plan; no conocía ni las reglas ni las excepciones; encontraba la verdad para perderla; pero cuando al cabo he descubierto mis principios, todo lo que yo buscaba me ha salido al encuentro, y en el curso de veinte años he visto empezar, crecer y terminar mi obra".

6.—**Soberanía de la Nación.**— Distingue Montesquieu el gobierno republicano, el monárquico y el despótico. En una república democrática el poder soberano reside en el pueblo entero; en una aristocrática, está en manos de sólo una parte del pueblo.

"El pueblo, en la democracia, es en ciertos conceptos el monarca; en otros conceptos es el súbdito". "No puede ser monarca más que por sus votos; los sufragios que emite expresan lo que quiere. La voluntad del soberano es soberana. Las leyes que establecen el derecho de sufragio son, pues, fundamentales en esta forma de gobierno" (Libro II, capítulo II).

El pueblo en una República debe hacer por sí mismo todo lo que puede hacer; y lo que materialmente no puede hacer por sí mismo y hacerlo bien, es menester que lo haga por delegación en sus ministros. El pueblo es admirable para escoger los hombres a quienes debe confiar parte de su autoridad; le bastan, para escogerlos, cosas que no puede ignorar, hechos que se ven y se tocan.

Pero no sabría dirigir una gestión, conocer las cuestiones de gobierno, las negociaciones, las oportunidades para aprovechar las ocasiones.

Para mantener el poder en una República democrática no basta la vigencia de las leyes, ni el brazo del príncipe siempre levantado; se necesita un resorte más, que es la virtud. Cuando la virtud desaparece, la ambición entra en los corazones que pueden recibirla, y la avaricia en todos (Libro III, capítulo III).

En el Libro V, capítulos II y III, dice que en una República la virtud es el amor a la República, y en una Democracia el amor a la Igualdad, el cual limita la ambición al solo deseo de prestar a la Patria más y mayores servicios que los demás ciudadanos. Todos no pueden hacerle iguales servicios, pero todos deben igualmente hacérselos, cada uno hasta donde pueda. Así, las distinciones en una democracia se fundan y se originan en el principio de igualdad.

En el capítulo V del mismo Libro III se lee: "Aunque en la democracia es la igualdad el alma del Estado, no es fácil establecerla de una manera efectiva, ni convendría siempre establecerla con demasiado rigor". Propicia, a continuación, que las desigualdades de fortuna se igualen por medio de leyes de compensación, imponiendo mayores tributos a los ricos y aliviando las cargas de los pobres.

"El principio de la democracia degenera no solamente cuando se pierde el espíritu de igualdad, sino cuando se extrema ese mismo principio, es decir, cuando cada uno quiere ser igual a los que él mismo eligió para que lo mandaran. El pueblo, entonces, no pudiendo ya sufrir ni aún el poder que él ha dado, quiere hacerlo todo por sí mismo, deliberar por el Senado, ejecutar por los magistrados, invadir todas las funciones y despojar a todos los jueces" (Libro VIII, capítulo I).

7.—Libertad política.—A la libertad política dedica Montesquieu los Libros XI y XII, y en el primero de ellos consigna los principios a que deben sujetarse las leyes que forman esta libertad en sus relaciones con la Constitución.

"No consiste la libertad política en hacer lo que se quiera. En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

11

no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer, y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse" (Libro XI, capítulo III).

La libertad política no reside fuera de los gobiernos moderados; pero no se la encuentra siempre en los Estados moderados (capítulo IV).

"Para que no se abuse del poder es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas".

8.—Separación de los Poderes del Estado.—En este mismo Libro XI se encuentra el célebre capítulo que el autor denomina "De la Constitución de Inglaterra".

En cada Estado, dice, hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil, que es lo que nosotros llamamos poder judicial.

Los autores están de acuerdo en que, en esta parte, Montesquieu ha seguido de cerca a Locke, tratadista inglés del siglo anterior, que fué el primer publicista que explicó una teoría sobre la separación de los poderes del Estado, y el primero también que examinó la cuestión desde el punto de vista del gobierno representativo (11).

Pero Locke no consideraba al poder judicial como uno de los poderes del Estado, ni con ése ni con otro nombre. Según él, los poderes son el legislativo, el ejecutivo y el federativo, que es el poder de hacer la paz, la guerra y los tratados. La función judicial la consideraba propia del legislativo, conformándose así con el derecho inglés "que reconoce a veces al Parlamento entero (impeachments, bills of attainder), y más a menudo a la Cámara de los Lores, un supremo poder judicial" (12).

"Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza que cada uno debe tener en su seguridad, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente".

(11) Esmein. Obra citada, pág. 359.

(12) Esmein. Obra citada, pág. 362.

"No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".

"Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares".

Como al considerar al poder judicial, Montesquieu tiene en cuenta a los jurados de Inglaterra, agrega: "El poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódicamente y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea una función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tiene jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados" (Capítulo VI del Libro XI).

No está la originalidad de Montesquieu en declarar que la administración de justicia debe ser desempeñada por funcionarios especiales, porque esto ha sido así en todos los tiempos y en todas partes.

Cuenta la Biblia que Moisés, por consejo de Jethro, su suegro, designó varones de virtud, que aborrecían la avaricia, a fin de que resolvieran las cuestiones pequeñas que se suscitaban en Israel, habiendo caporales sobre mil, sobre ciento, sobre cincuenta y sobre diez hombres, y se reservó Moisés sólo la resolución de los negocios arduos (13).

En civilizaciones tan diferentes de la nuestra, como lo fué la azteca, había funcionarios encargados de administrar justicia. Refiere Barros Arana que "los monarcas eran auxiliados en la dirección de los negocios por diferentes consejos; pero el poder le-

(13) Exodo, Capítulo 18.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

13

gislativo pertenecía exclusivamente al monarca. Este rasgo de despotismo estaba contrapesado por la organización de los tribunales. Cada uno de los principales distritos estaba sometido a un juez supremo, nombrado por el soberano, que pronunciaba sus sentencias en última instancia. El juez culpable de haber recibido presentes, era castigado con la pena capital" (14).

Pero no hay para qué ir a buscar ejemplos tan remotos ni tan distantes, ni recordar los tribunales de Grecia y de Roma. Ya hemos visto que Montesquieu había pertenecido a los tribunales franceses, y hemos citado, también, la opinión de Faguet, que estimaba a esos tribunales más independientes que los que vinieron después de la Revolución. Conocida es la anécdota del rey de Prusia que pretendía derribar un molino que afeaba la perspectiva de su mansión, anécdota que demuestra que también había jueces en Berlín, no sometidos en sus decisiones a la potestad real.

Montesquieu consideró la administración de justicia como un atributo de la soberanía, y preconizó la necesidad de que el poder judicial fuera independiente y desempeñado por otras personas que las que forman los demás poderes del Estado.

9.—Tolerancia religiosa.— Montesquieu debió tratar este tema con mucho cuidado, para no herir los sentimientos dominantes y no incurrir en persecuciones.

"Como no soy teólogo, sino escritor político, podrá haber en esta obra cosas que no sean enteramente verdaderas más que en el sentido humano, en la manera humana de pensar, pues no he necesitado considerarlas con relación a verdades más sublimes. (Libro XXIV, capítulo I). Y añade a continuación: "Respecto a la verdadera religión, será bastante un poco de equidad para comprender que no he pretendido posponer sus intereses a los políticos, sino armonizar los unos con los otros".

En el capítulo III del mismo Libro XXIV leemos: "La religión cristiana se aviene mal con el despotismo puro". Y en el capítulo V: "Al formarse una religión en un Estado, se adapta por lo común al régimen político; al gobierno existente en el país, por-

(14) Diego Barros Arana. "Compendio Elemental de Historia de América". Santiago, 1907, pág. 6.

que los hombres que la reciben y los que la enseñan no suelen tener otras ideas que las del Estado en que nacieron y viven. Cuando pasó la religión cristiana por la escisión lamentable que la dividió en católica y protestante, los pueblos del Norte se hicieron protestantes y los del Mediodía se mantuvieron católicos. Y es que los pueblos del Norte siempre han tenido y tendrán un espíritu de independencia que no tienen los meridionales" (15).

"Las leyes humanas se dirigen al entendimiento, por lo que deben dar preceptos y no consejos; la religión, que le habla al sentimiento, debe dar consejos y no preceptos" (Capítulo VII).

"Es triste para la humanidad que la religión sea dada por un conquistador" (Capítulo IV).

"Llamados los hombres a conservarse, alimentarse, vestirse y tomar parte en las acciones de la sociedad, no debe la religión obligarles a una vida contemplativa en exceso" (Capítulo XI).

"Hay muchas leyes locales en las diferentes religiones. Moctezuma al obstinarse en afirmar que la religión de los españoles era buena para España, y la de los mejicanos buena para Méjico, no decía un absurdo, porque, en efecto, los legisladores no pueden enmendar lo que es obra de la naturaleza" (Capítulo XXIV).

En el capítulo V del Libro XXV, trata Montesquieu de los límites que deben poner las leyes a las riquezas del clero, y llega a

(15) Lord Macaulay, en su admirable estudio sobre El Pontificado, explicaba un siglo después el éxito de la Reforma en los pueblos del Norte de Europa, diciendo: "Príncipes que deseaban apropiarse las prerrogativas del Papa; nobles afanosos por repartirse los bienes de la Iglesia; litigantes a quienes exasperaban las dilaciones y las costas de la chancillería apostólica; patriotas que se estremecían sólo de pensar en la dominación extranjera; gentes virtuosas y sencillas a las cuales causaba escándalo la manera de ser de Roma; malvados que buscaban en el relajamiento moral y la licencia, que son inseparables de todo sacudimiento moral, la conveniencia de sus vicios y la libertad de sus pasiones; sabios exploradores de la ciencia, que creían llegar por ese camino, sin dificultades ni peligros, al conocimiento de la verdad, y la inmensa muchedumbre de los débiles, a quienes siempre fascina y seduce y atrae lo nuevo y lo desconocido. Solamente Irlanda permaneció fiel a las antiguas creencias entre los demás pueblos septentrionales. ¡Cómo explicar la causa de este hecho sino dándose cuenta de que el sentimiento nacional que en otras partes se había revelado contra Roma, en Irlanda se reconcentraba contra Inglaterra! (Macaulay, Estudios Políticos, versión española de M. Juderías Bender, Madrid, 1914).

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

15

la conclusión de que los bienes del clero deben tener limitación: "Declárese inviolable y sagrado el antiguo y necesario patrimonio del clero; que sea fijo y eterno como él; pero que salgan de sus manos sus nuevas posesiones".

En el capítulo IX expresa que cuando las leyes de un Estado toleran diversas religiones, ha de obligarlas a que ellas se toleren entre sí. Es útil que las leyes impongan a todas las religiones, además del deber de no perturbar la marcha del Estado, el de respetarse las unas a las otras. El ciudadano está lejos de cumplir si se contenta con no agitar el cuerpo del Estado; es menester, además, que no inquiete ni moleste a otro ciudadano, sea quien fuere.

"Los más verdaderos y más santos dogmas pueden tener funestas consecuencias cuando no están ligados con los principios de la sociedad, y a la inversa, los más falsos pueden tener consecuencias admirables cuando están relacionados con estos principios (Libro XXIV, capítulo XIX).

Por la actualidad que ha tomado el ejemplo, con motivo de los funerales del Mahatma Gandhi, copiamos el siguiente párrafo del capítulo XIV, en el que critica la importancia exagerada atribuida a las prácticas externas de un culto: "Cuando la religión aprueba o justifica por cosas externas o accidentales, pierde inútilmente lo que la hacía el resorte más poderoso entre los hombres. Los habitantes de la India creen que las aguas del Ganges poseen una virtud santificadora, y que quien muere a la orilla de este río se salva de las penas de la otra vida y encuentra en ella una mansión deliciosa que le sirve de morada eterna; por eso envían desde los lugares más distantes las cenizas de los muertos para echarlas al río. ¿Qué importa el vivir o no virtuosamente? Lo importante es el ser arrojado al Ganges".

10.—Influencia de la obra de Montesquieu.—Imposible, y, por lo demás, inútil, sería pretender destacar la influencia de los escritos de Montesquieu, separándola de la que corresponde a la de los otros publicistas del siglo XVIII. Tampoco cabe desconocer que en el movimiento de las ideas de ese siglo, que culminó con la Revolución Francesa, intervinieron otras causas, además de la obra de los filósofos.

Pero cabe reconocer a Montesquieu el destacado lugar que le corresponde en el progreso del derecho público, la libertad política y la tolerancia religiosa.

"Jamás, talvez, en el curso de la historia —dice Esmein— las especulaciones literarias y filosóficas han ejercido tal acción sobre la legislación y sobre los destinos mismos de la humanidad. Esto parece aún casi incomprensible, inconciliable con las leyes naturales de la evolución humana" (16).

"Montesquieu —agrega el autor ya citado— ha sido el único espíritu verdaderamente creador en el dominio de la ciencia política, debiéndole mucho a los que le habían precedido". Y al estudiar la doctrina de la separación de los poderes, añade este autor: "Europa y América han sido respecto a este punto tributarias del genio de Montesquieu". "La separación de los poderes estaba destinada a convertirse en uno de los artículos del Credo elaborado por nuestros filósofos del siglo XVIII. Parecería que sobre este punto la escuela de Rousseau estuviera exactamente de acuerdo con la de Montesquieu; pero en realidad la armonía es sólo aparente, porque si bien Rousseau llega a las mismas conclusiones que Montesquieu, lo hace en virtud de una combinación diferente de los poderes y de acuerdo con otros principios" (17).

Tanto los redactores de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, como los de la de 1793, o sea, tanto los constituyentes como los convencionales, siguieron muy de cerca a Montesquieu. Emilio Faguet dice en uno de los capítulos de su obra "El Liberalismo": "Las dos Declaraciones son casi por entero Montesquieu puro" (18).

Fuera de Francia se manifestó también esa influencia. "Catalina II de Rusia admiraba a Montesquieu y decía que "El Espíritu de las Leyes" debería ser el breviario de los soberanos. En 1767 reunió una comisión general para preparar un código de leyes común a toda Rusia. Redactó en persona la instrucción a que los comisarios debían ajustarse en sus trabajos, y como introdujo en

(16) Esmein. Obra citada, pág. 188.

(17) Esmein. Obra citada, pág. 365.

(18) Faguet. Obra citada, pág. 179, capítulo XIII.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

17

este escrito multitud de pasajes de Montesquieu, decía que lo ponía a saco, pero si él veía desde el otro mundo su trabajo no censuraría un plagio útil a veinte millones de almas" (19).

"Los ingleses emancipados, que fundaron los Estados Unidos de América —dice Esmein— hicieron entrar naturalmente en su Constitución los principios esenciales del derecho público inglés; para ellos esa era la leche que les habían dado en la cuna; pero los aceptaron tales como Montesquieu los había expuesto" (20).

Las demás repúblicas americanas han aceptado también esos principios en sus diversas Constituciones.

Refiere Roldán, que la Constitución que se dictó en Chile en 1818 establecía la autoridad judicial sobre bases que le aseguraban completa independencia, si bien toda sentencia del Tribunal Supremo debía ser suscrita en primer lugar por el Director. En esa Constitución se ve el reflejo de las doctrinas propaladas por la Revolución Francesa (21).

Las Constituciones de 1823 y de 1828 establecieron la división de los tres poderes. El artículo 22 de esta última dispone: "El ejercicio de la soberanía, delegada por la Nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, los cuales se ejercerán separadamente no debiendo reunirse en ningún caso".

La Constitución de 1833, que nos rigió por más de noventa años, sin emplear la expresión "poder judicial", lo establece de modo independiente y separado de los otros, pues en su artículo 108 (después 99) dispone que a los tribunales establecidos por la ley corresponde exclusivamente la facultad de juzgar las causas civiles y criminales. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocar-se causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos.

(19) Seignobos. Obra citada, pág. 74.

(20) Esmein. Obra citada, pág. 48.

(21) Alcibiades Roldán. "Elementos de Derecho Constitucional de Chile", Santiago, 1924. N.º 36. En el mismo sentido Rafael Raveau: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado". Nascimento, Santiago, 1939, página 137.

11.—La independencia judicial en nuestra actual legislación.

—Debemos a Montesquieu el concepto de que los tribunales de justicia forman uno de los poderes del Estado, y que como tal debe ser independiente.

Si bien, dentro de los preceptos constitucionales y legales que actualmente nos rigen, se reconoce al poder judicial este carácter, no se ha atendido debidamente a garantizarle su independencia, que debe existir no sólo con relación a los demás poderes del Estado, sino también respecto a la situación que corresponde a los jueces frente al poder judicial mismo, y con respecto a los abogados que litigan ante él.

La Constitución de 1925 dispone en su artículo 80: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos"; disposición esencialmente igual a la del artículo 108 (99) de la Constitución de 1833, a que ya hicimos alusión.

Agrega la actual Carta Fundamental, como lo hacía también la anterior, que una ley especial determinará la organización y atribuciones de los tribunales; que sólo en virtud de una ley puede hacerse innovación en las atribuciones de los tribunales, o en el número de sus individuos; que la ley determinará las calidades necesarias para poder ser nombrado juez, etc.

En el artículo 85 establece la inamovilidad de los jueces en la siguiente forma: "Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. Los jueces, sean temporales o perpetuos, sólo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada. No obstante, el Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas, u ordenar el traslado de los jueces a otro cargo de igual categoría. En todo caso, la Corte Suprema, por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento, y previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, acordar su remo-

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

19

ción, por las dos terceras partes de sus miembros: Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento".

En virtud de lo dispuesto en este último inciso del artículo 85, que acabamos de copiar, los Jueces de Letras y los Ministros de las Cortes de Apelaciones pueden ser separados de sus cargos, sin necesidad de que se les pruebe, en causa legalmente sentenciada, que han incurrido en mal comportamiento. Basta un acuerdo de la Corte Suprema, tomado por las dos terceras partes de sus miembros.

Los magistrados a que nos referimos han perdido, pues, su independencia frente a la Corte Suprema que, aun cuando es de esperar que nunca acuerde una separación sin causa justificada, puede en el hecho decretarla, lo cual importa dar a este Tribunal una facultad que atenta contra el principio de la independencia del juez, que no debe temer sino a la ley.

Como si esto fuera poco, los artículos 276, 277 y 278 del Código Orgánico de Tribunales, que son los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 6073, de 24 de Agosto de 1937, ordenan que la Corte Suprema haga cada tres años una calificación general de los funcionarios de su dependencia, con el objeto de resolver cuáles son los que deben ser eliminados del servicio por no tener el buen comportamiento exigido por la Constitución, o la eficiencia, celo o moralidad que se requieren en el desempeño de sus funciones. Para estos efectos la Corte Suprema se integra con el Presidente del Consejo General del Colegio de Abogados, y toma sus acuerdos por la mayoría del total de los miembros que así la componen.

Los funcionarios mal calificados tienen el plazo de sesenta días para iniciar su expediente de jubilación, y en caso de no retirarse, serán separados de sus empleos "llenándose las formalidades que las leyes prescriben al efecto".

Este precepto legal priva a los jueces de libertad, no sólo ya ante la Corte Suprema, sino también frente a los abogados, cuyo personero más autorizado, el Presidente de la Orden, tiene voto decisivo en la calificación.

Por lo demás, al dar ingerencia en la calificación al Presidente del Consejo General del Colegio de Abogados, y al disponer

que la calificación se practica con el voto de la mayoría del total de los miembros que para ese efecto componen la Corte Suprema, olvida la ley que la Constitución ha exigido el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Corte Suprema para acordar la remoción de un juez.

Es también desgraciado el precepto legal en cuestión, porque puede producir la siguiente situación, que, por lo menos, debiera ser calificada como muy irregular. Transcurrido el plazo de sesenta días sin que el juez que haya sido calificado mal inicie su expediente de jubilación, debe procederse a su separación "llenándose las formalidades de la ley", o sea, mediante nuevo acuerdo tomado esta vez por las dos terceras partes de los miembros de la Corte Suprema, sin intervención de extraños, y previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, como lo manda la Constitución. Pues bien, puede en ese evento ocurrir que no se reúnan los dos tercios necesarios para acordar la remoción del juez, con lo que la mala calificación habría resultado del todo nugatoria.

Todos estos inconvenientes se evitarían si se suprimiera el inciso final del artículo 85 de la Constitución, y los artículos del Código Orgánico de Tribunales a que nos hemos referido, a fin de que los jueces no pudieran ser separados sino en virtud de sentencia dictada en el juicio correspondiente.

Los inconvenientes que podría acarrear éste sistema (que, por lo demás, rigió en Chile durante ochenta años) se habían ya subsanado mediante la Ley 2445, de 5 de Enero de 1911, la cual reglamentó el juicio de amovilidad de los jueces, y determinó varios casos en que debe presumirse de derecho que un juez no tiene la buena comportación necesaria para conservar su cargo. Esa ley obró por presencia, a manera de catalítico, pues a pesar de no haber sido necesario expedir ninguna sentencia de destitución, se consiguió con ella el retiro de varios magistrados, que se apresuraron a dejar sus cargos, al solo anuncio de que se iniciaría en su contra juicio de amovilidad.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

21

Los jueces no se encuentran tampoco en situación completamente independiente respecto del legislativo, poder que está llamado a fijar las remuneraciones de los magistrados, cosa que, con motivo de la persistente depreciación de la moneda, es indispensable renovar cada cierto tiempo.

La Constitución debería proveer a esta necesidad de un modo permanente.

El artículo 96 de la Constitución Nacional de la República Argentina, dispone que la remuneración de los jueces "no podrá ser disminuída en manera alguna mientras permanecieren en sus funciones", precepto destinado indudablemente a asegurar la independencia de los jueces frente al legislativo.

Pero nosotros no creemos conveniente una disposición semejante en nuestra Constitución, porque en el caso de que la situación de las finanzas nacionales haga necesaria una disminución general de los estipendios fiscales, lo que ha ocurrido varias veces en lo que va corrido del siglo, no sería equitativo dejar en situación privilegiada a los miembros de los tribunales; ello les enajenaría simpatías y consideraciones, que son indispensables en la sociedad, y haría de los jueces una casta privilegiada.

En cambio, nos parece que traería provechosos resultados un precepto que, lejos de dejar a los jueces al margen de las modificaciones que se hagan en los sueldos de los demás funcionarios de la administración, los incluya automáticamente en todos los cambios, sean ellos aumentos o rebajas, terminando así los sobresaltos y gestiones de los jueces, que se ven precisados a manifestar periódicamente la insuficiencia de sus retribuciones.

Bastaría con disponer en la Constitución que el sueldo de los miembros de la Corte Suprema y de su fiscal, sean iguales al más alto asignado a cualquier funcionario del Estado, con excepción del que se fije al Presidente de la República y a los ministros de Estado; que los de los miembros y fiscales de las Cortes de Apelaciones sea de las nueve décimas partes de los sueldos de los miembros de la Corte Suprema, y que los de los jueces de letras sean de las ocho, siete o seis décimas partes, de los mismos, según su categoría.

La Corte Suprema es el organismo más conspicuo de uno de los tres poderes del Estado; está compuesta por profesionales

de carrera, y es equitativo que su remuneración guarde relación con su situación en la sociedad y con los requisitos que se les exige; no se ve ninguna razón para que reciban una retribución inferior a la de cualquier jefe de servicio (22).

La disposición constitucional que sugerimos (y que el autor de este artículo cree no llegar a aprovechar), tendría también la ventaja de contribuir a independizar a los magistrados del ejecutivo, ya que en virtud de la reforma que en el artículo 45 de la Constitución introdujo la Ley 7727, de 23 de Noviembre de 1943, corresponde al Presidente de la República la iniciativa para toda ley de aumento de sueldos o gratificaciones, disposición que ha venido a agravar la situación anterior, que colocaba y coloca a los jueces en dependencia del Gobierno para sus nombramientos y promociones.

Para mitigar en lo posible esta situación, y disminuir la influencia del ejecutivo en la designación de los jueces, el artículo 83 de la Constitución dispone: "En cuanto al nombramiento de los jueces, la ley se ajustará a los siguientes preceptos generales: los ministros y fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuesta por la misma Corte. Los dos ministros más antiguos de Cortes de Apelaciones ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán en atención a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas extrañas a la administración de justicia. Los ministros y fiscales de las Cortes de Apelaciones serán desig-

(22) En el hecho una situación semejante ha existido ya en Chile. Después de las creaciones de servicios, reorganizaciones y reajustes de sueldos que siguieron a la guerra de 1879 y a la revolución de 1891, los sueldos de los jefes de servicios eran los siguientes: Ministros de Estado (ley de 1887), \$ 10.000; Ministros de la Corte Suprema (ley de 5 de Enero de 1894), \$ 10.000; Vice-almirantes (ley de 1.º de Febrero de 1893), \$ 8.820; General de División (misma ley) \$ 8.400; Superintendente de Aduanas (ley de 23 de Febrero de 1897) \$ 8.000 y \$ 3.000 para casa; Director General de Obras Públicas (ley de Enero de 1888), \$ 8.000; Director General de Ferrocarriles (ley de 4 de Enero de 1884), \$ 8.000; Presidente del Tribunal de Cuentas (ley de Enero de 1888), \$ 7.000; Directores Generales de Correos y Telégrafos (ley de Febrero de 1892) \$ 6.000; Directores del Tesoro y de Contabilidad (ley de 20 de Enero de 1883), \$ 5.000; Subsecretarios (ley de 21 de Junio de 1887), \$ 5.000.

"EL ESPÍRITU DE LAS LEYES"

23

nados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte Suprema, y los jueces letrados serán designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva. Para la formación de estas ternas se abrirá concurso, al cual deberán presentar los interesados sus títulos y antecedentes. El juez letrado más antiguo de asiento de Corte o el juez letrado más antiguo del cargo inmediatamente inferior al que se trata de proveer, ocuparán, respectivamente, un lugar en la terna correspondiente. Los otros dos lugares se llenarán en atención al mérito de los candidatos".

Esta disposición constitucional ha sido reglamentada por la ley a que ella alude, en preceptos que hoy forman parte del Código Orgánico de Tribunales.

Podría, talvez, disminuirse el número de personas que integran las listas elevadas al Presidente de la República; sobre todo en las que se forman para ministros o fiscal de la Corte Suprema, número que, con ventaja, podría reducirse a tres nombres, dos de los cuales serían los de los ministros más antiguos de Cortes de Apelaciones. Se conseguiría así mayor independencia de los jueces frente al ejecutivo.