

434  
24  
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**



**ANALOGIA DE LOS CONTRAPESOS DEL  
PODER**

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**MARCO ANTONIO MARTINEZ GALINDO**

**FALLA DE ORIGEN**

MEXICO D. F.

1989



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# **ANALOGIAS DE LOS CONTRAPESOS DEL PODER**

## **CAPITULO I**

### **NATURALEZA DEL PODER**

- 1.1 Que es el Poder.
- 1.2 Que es el Poder Político.
- 1.3 Supremacía del Poder Político (Soberanía).
- 1.4 Que es la Función.

## **CAPITULO II**

### **TEORIA DE LA DIVISION DE FUNCIONES**

- 2.1 Antecedentes Teóricos  
(Aristóteles, Dante Alighieri, Marsilio de Padua,  
Maquiavelo, John Locke Montesquieu.)
- 2.2 Función Ejecutiva.
- 2.3 Función Legislativa.
- 2.4 Función Judicial.

## **CAPITULO III**

### **LAS FUNCIONES DEL ESTADO MEXICANO**

- 3.1 Antecedentes Históricos (Constitución de Cadiz).
- 3.2 Función Ejecutiva (Presidencialismo).
- 3.3 Función Legislativa.
- 3.4 Función Judicial.

## INTRODUCCIÓN

El poder, el Estado, las limitaciones del poder, mediante pesos y contrapesos manifestados por medio de la división de poderes y sus ideólogos más destacados desde Aristóteles, hace 22 siglos hasta Montesquieu en la Edad Moderna, son los tópicos a los que nos proponemos asomarnos en la presente tesis.

El poder es un fenómeno que puede contemplarse desde dos ópticas; como un fenómeno social y como un fenómeno político. Lo presentaremos en una mirada de conjunto como un fenómeno sociopolítico. El poder desde cualquier ángulo que se le pretenda analizar reviste la mayor de las complejidades.

El poder es inherente y consubstancial a la vida en sociedad; depositado en el jefe de la tribu, en la vida primitiva, o en el Estado Moderno, aún cuando en este caso, el Estado como la persona moral, que organiza política y jurídicamente a la Nación.

El ser humano en su necesidad de explicarse el poder, cuando lo ha tenido, lo ha hecho derivar de Dios mismo, ésta es la concepción teocrática del Estado. Luis XIV de Francia y en general las Monarquías europeas hicieron radicar el poder en el Estado como supremo rector de la vida social.

Los autócratas gobernaron encarnando el poder del Estado y Luis XIV no tuvo vergüenza al decir: El Estado soy yo.

Pero si en Francia hubo tal descaro, en Francia también surgieron los frenos y contrapesos al poder normalmente abusado no sólo por los déspotas, sino también por la mayoría de los gobernantes.

Los frenos, limitaciones y contrapesos al poder cristalizaron en la Francia revolucionaria, con el exterminio del absolutismo y la implantación de la división de poderes; el exterminio de ese absolutismo se manifestó en la quema de la Bastilla, la cárcel política más grande de Francia y la libertad a todos los presos políticos que el absolutismo había encarcelado; la implantación de la división de poderes se complementó gracias a Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Declaración de garantías que hoy día precede a todas las Constituciones de nuestra cultura occidental y que de manera exclusiva se la debemos Francia y a la Revolución Francesa que un día 14 de julio de 1789 estalló y con su conflagración iluminó al mundo para que conociera mejor sus derechos no solamente como ciudadano sino simplemente como ser humano.

El bicentenario de esa revolución se conmemora en este mes de julio.

Nos ha tocado en suerte que sea un 14 de julio, día exacto del bicentenario, cuando esta tesis ha sido aprobada y queremos por esa coincidencia, dedicar

estas palabras de reconocimiento a la Francia Revolucionaria, a la Francia del Iluminismo que preparó la Revolución Francesa, a la Francia de Montesquieu del Abate Manuel José Sieyès y a la Francia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de hace doscientos años.

Francia Revolucionaria con su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de alguna manera está en México, en su Constitucionalismo, en su Constitución de 1917 en su parte dogmática, que estrictamente comprende desde el artículo primero Constitucional hasta el 26 Constitucional y que constituye el Capítulo de las Garantías Individuales, inspiradas en la Declaración de 1789, por eso, con esa influencia de la Francia Revolucionaria y el Iluminismo, Francia está en México.

Con la reestructuración Moderna de la División de Poderes con Montesquieu. Francia también está en México.

## CAPITULO I

### NATURALEZA DEL PODER

1.1 QUE ES EL PODER.- Poder, etimológicamente proviene del latín potere y según la gramática es la facultad de hacer alguna cosa. Se tiene potestad, de (potere) cuando se puede hacer algo y cuando se tiene el medio de hacer algo.

1.2 QUE ES EL PODER POLITICO.- El Poder Político, es el derecho de mando "Jus imperii" derivado de la coercibilidad de la ley, suprema "la ley" reguladora y ordenadora del orden social.

Esa coercibilidad de la ley en que tanto hizo hincapié Kelsen, se distingue de la moral, la cual carece de tal coercibilidad.

Marsilio de Padua, en 1324 en su "Defensor Pacis" enfatiza en la coercibilidad de la ley, en tanto que a la ley religiosa le niega ese carácter.

Marsilio, es el campeón de la democracia y por tanto para él ese poder político debe estar legitimado por el pueblo "El dador de la ley" como le llama.

Para Juan Jacobo Rosseau, la "Volonté General" "La voluntad general" es la que legitima el poder político.

Genialmente y con gran precisión en cuanto al núcleo del poder, Bertrand de

Jouvenel en su libro "El Poder" nos habla así de la obediencia.

*"La gran educadora de nuestra especie, la curiosidad, se despierta solamente ante lo sorprendente; han hecho falta los prodigios -eclipses o cometas- para que nuestros lejanos ascendientes se preocuparan de la mecánica celeste. Han sido precisas las crisis para que nazca la historia, y han sido precisos treinta millones de parados para que se generalice la investigación de la mecánica económica. Los hechos más incomprensibles no actúan sobre nuestra razón si se operan todos los días.*

*De ahí viene, sin duda, el que se haya reflexionado tampoco sobre la obediencia milagrosa de los agregados humanos, de miles o millones de hombres que se doblegan ante las reglas y ante las órdenes de unos pocos. Basta una orden para que el alud tumultuoso de los coches que en un gran país se deslizaban por la izquierda cambie y se deslice por la derecha. Basta una orden, y un pueblo entero abandona los campos, los talleres, las oficinas e invade los cuarteles".(1)*

*Tal subordinación -ha dicho Nécker-"debe forzosamente llenar de extrañeza a los hombres que son capaces de reflexionar. Es un fenómeno singular, un hecho casi misterioso, el que la gran mayoría obedezca a una minoría. A Rousseau, el poder le hace evocar a Arquímedes sentado tranquilamente al borde de las aguas*

1) JOUVENEL BERTRAND DE. *El Poder*. Ed. Nacional año 1974, p. 23



*y sacando a flote sin esfuerzo una gran nave.*

*Cualquiera que haya fundado una pequeña sociedad para un fin particular conoce la propensión que tienen los miembros -comprometidos, sin embargo, por un acto libre de su voluntad y en vista de unos fines observados por ellos- de rehuir las obligaciones que dicha sociedad les impone. El hecho, al compararlo, pone más de relieve la docilidad existente en la sociedad por excelencia.*

*Se nos dice "ven", y nosotros acudimos. Se nos dice "vete" y nosotros nos vamos; obedecemos al recaudador, a la policía... Todo eso no quiere decir que nos inclinemos ante esos hombres; pero, ¿y ante sus jefes? Sin embargo, a menudo nos encontramos con que despreciamos su manera de ser y abrigamos sospechas sobre sus intenciones. Entonces ¿cómo se las arreglan para manejar-nos así? Si nuestra voluntad cede a la suya, ¿es solamente porque dispone ésta de un aparato material de coacción, o porque son los más fuertes? No puede negarse que tenemos las consecuencias que pueden venirnos si nos negamos a obedecerlos. Pero para emplear toda esa fuerza de que disponen les haría falta todo un ejército de agentes. Falta explicar de dónde les viene ese cuerpo de ejecutantes y qué es lo que asegura su fidelidad: el poder nos aparece entonces como una sociedad pequeña que domina a otra mayor.*

*¿Ha sido preciso que todos los poderes hayan dispuesto de un gran aparato*

*coercitivo? Basta recordar que durante siglos Roma no conoció la existencia de funcionarios profesionales, no vió en su recinto ninguna fuerza armada, y su magistrados no podían valerse más que de algunos lictores. Si el poder disponía de fuerzas para obligar a un miembro individual de la comunidad, ese poder lo sacaba del concurso de otros miembros.*

*¿Se dirá, entonces, que la eficacia del poder no era debida a un sentimiento de temor, sino a una cooperación general?*

*Puesto que el agregado humano tiene un alma colectiva, un genio nacional y una voluntad general; puesto que su gobierno es una personificación de ese agregado humano, manifestando así su alma, su genio y promulgando su voluntad, ¿no se disipa así el enigma de la obediencia, puesto que, en definitiva, no obedecemos más que a nosotros mismos?" (2)*

Esa es la explicación que dan los juristas y que, favorecida por la ambigüedad de la palabra "Estado", sirve para los usos modernos. El término "Estado" tiene dos sentidos muy diferentes, y por ello nosotros lo evitamos. Primeramente, se refiere a una sociedad organizada que tenga su gobierno autónomo; y, en este sentido, somos todos miembros del Estado: el Estado somos nosotros. Por otra parte, el Estado quiere decir aquello que gobierna la sociedad. En este sentido lo

2) NECKER. *Du Pouvoir Executif Dans Les Grands Etats* 1971, p.p. 20.22

miembros del Estado son aquellos que participan de poder: el Estado son ellos. Si ahora decimos que el Estado, es decir, el conjunto gubernamental, manda en la sociedad, no se hace más que expresar un axioma; pero si al mismo tiempo se pasa subrepticamente al primer sentido de la palabra Estado, afirmamos entonces que es la sociedad quien manda sobre sí misma, lo cual habría de ser demostrado.

Evidentemente, se trata de un fraude intelectual inconsciente, que no aparece tan flagrante, porque precisamente en nuestra sociedad la organización gubernamental es, o debe ser, por principio la expresión de la sociedad, es decir un sistema de transmisión por medio del cual las sociedad se rige así misma. Suponiendo que verdaderamente sea de este modo -lo que está por ver-, es bien patente que ni ha sido así siempre y en todas partes, que la autoridad ha sido ejercida por poderes netamente distintos de la sociedad, y que la obediencia ha sido, sin embargo, un hecho.

El imperio del poder sobre la sociedad no es la obra de la sola fuerza, puesto que se le encuentra allí donde esta fuerza es mínima; tampoco es el resultado de la cooperación, y que se le encuentra allí donde la sociedad no participa en modo alguno en el poder.

Cabe, sin embargo, pensar que en realidad hay dos poderes de esencia diferente. el de una minoría sobre las masas -monarquía, aristocracia-, que se sostiene por

su propia fuerza, y el de los agregados humanos sobre sí mismos, que se sostiene por su sola participación. Si así fuese, en los regímenes monárquico y aristocráticos los instrumentos coercitivos deberían ser los máximos, puesto que todo se espera de ellos; en cambio, en las democracias modernas deberían ser mínimos, puesto que nada se pide a los ciudadanos, fuera de lo que ellos mismos han querido. Pero, al contrario, es un hecho registrado que el paso de la monarquía a la democracia ha sido acompañado de un desarrollo prodigioso de los medios coercitivos. Ningún rey ha dispuesto de una policía que sea comparable a la de las democracias modernas.

Se incurre, pues, en un gran error al comparar los dos poderes como diferentes en esencia, por obtener cada uno la obediencia valiéndose de un solo sentimiento. Esos análisis lógicos desconocen la complejidad del proceso.

Bertran de Jouvenel va hasta el centro mismo, o hasta la esencia misma del poder, y en un párrafo de su libro intitulado la Dinámica del poder nos expone con brillantez lo siguiente.

"Este gobierno, en todo caso, no podrá ejercer jamás por transferencia o por delegación el derecho de mandar absolutamente, sino que ha de estarse a las normas establecidas. Así, el poder se encuentra refrenado, pero tenderá, naturalmente, a conseguir el mando absoluto. Rousseau ha comprendido bien que los

gobernantes formen un cuerpo social, que, animado de una voluntad común, trate de apropiarse de la soberanía: *"Cuanto más aumente este esfuerzo, más se altera la constitución, y como no hay aquí otra voluntad que, resistiendo a la del príncipe (entiéndase del poder), la equilibre, debe llegar, tarde o temprano, el que el príncipe oprima, al fin, al soberano (el pueblo) y rompa el contrato social. Tal es el vicio inherente e inevitable que, desde el nacimiento del cuerpo político, trabaja de continuo por destruirlo, lo mismo que la vejez y la muerte destruyen, al fin, el cuerpo del hombre".*(3)

Esta teoría del poder supone un avance enorme sobre las que hasta ahora habíamos examinado. explicaban éstas el poder por la posesión de un derecho ilimitado de mando que emana de Dios o de la totalidad social. Pero en estos sistemas no se veía el por qué al pasar de un poder a otro, de una época a otra de la vida del mismo poder, la extensión concreta del mando o de la obediencia se manifestaba tan diferentemente. En la admirable construcción de Rousseau se encuentra, en cambio, un esfuerzo de explicación. Si este poder adquiere de una sociedad a otra una extensión diferente, es que el cuerpo social, único poseedor de la soberanía, le ha concedido más o menos ampliamente este ejercicio.

Sobre todo, si un mismo poder varía en extensión a lo largo de su existencia, es porque tiende incesantemente a usurpar la soberanía, y a medida que lo logra

(3) JOUVENEL BERTRAND DE Op. Cit. p. 44 y ss.

dispone más libre y más completamente del pueblo y de sus recursos sociales. De manera que los gobiernos más "usurpadores" presentan el grado más alto de autoridad; pero lo que no está explicado es de dónde extrae el poder la fuerza necesaria para esta usurpación, puesto que si su fuerza le viene de la masa social y del hecho de que él encarna la voluntad general, tiene que ocurrir que su fuerza disminuya a medida que se separa de dicha voluntad general y su propia voluntad se desvanezca a medida que se aparte del deseo general.

Rousseau piensa que el gobierno evoluciona por un proceso natural del gran número al pequeño, de la democracia a la aristocracia -cita el ejemplo de Venecia- y, por último, a la monarquía, que le parece el estado final de una sociedad, la cual, al convertirse en despótica, causa al fin la muerte del cuerpo social. La historia no nos muestra en ningún caso que tal sucesión sea necesaria, y no se comprende de dónde una sola persona extraerá los medios de hacer imponer una voluntad completamente separada ya de la voluntad general.

El vicio de la teoría es su heterogeneidad. Tiene el mérito de tratar al poder como a un hecho, un cuerpo asiento de una fuerza, pero considera todavía a la soberanía como a un derecho al modo medieval. Existe ahí un embrollo en el cual la fuerza del poder queda sin explicación, y las fuerzas que en la sociedad puedan moderarlo o detenerlo permanecen desconocidas. Sin embargo, ¡qué gran progreso sobre los sistemas precedentes! Y en los puntos esenciales, ¡qué claríden-

cia!

Después Bertrand de Jouvenel se hace una pregunta, tal vez la pregunta más importante en relación al poder, ¿No llegarán a usurpar la soberanía, de tal modo, que, al final, crean encarnar en sus personas la voluntad divina o la voluntad general, tal como se vio a Luis XIV arrogarse los derechos de Dios, o a Napoleón los de su pueblo?

¿Cómo impedirlo, si no es mediante una vigilancia del poder por parte del soberano? Pero la naturaleza del soberano no le permite más vigilar que gobernar. de ahí la idea de un cuerpo que representándole vigile el poder efectivo, y que fije, si es preciso, las normas según las cuales éste debe actuar, y que, en caso de necesidad, le declare incapaz y provea de un sustituto. En el sistema de la soberanía divina este cuerpo era forzosamente la Iglesia. En el sistema de la soberanía popular, será el parlamento. de esta forma, el ejercicio de la soberanía se encuentra concretamente dividido, aparaciendo una dualidad de poderes humanos. El poder temporal y el poder espiritual en materia temporal, o bien, el ejecutivo y legislativo. La metafísica de la soberanía, toda ella, conduce a esta división y no puede soportarla.

Los empíricos pueden encontrar en ello la salvaguardia de la libertad, pero constituye un escándalo para el que crea en la soberanía una e indivisible por

esencia. ¡Cómo verla ya dividida en dos categorías de agentes! Dos voluntades se enfrentan, pero las dos no pueden ser a la vez voluntad divina y voluntad popular. Es preciso que uno de los dos cuerpos sea el reflejo verdadero del soberano; la voluntad adversa es, pues, rebelde y debe de ser sometida. Estas consecuencias son lógicas si el principio del poder reside en una voluntad que debe ser obedecida. Es preciso, pues, que uno de esos cuerpos prevalezca sobre el otro.

Al salir de la Edad Media, es lo que hizo la monarquía. En los tiempos modernos es o bien el ejecutivo o bien el legislativo, según que el uno o el otro estén más cerca del soberano popular. El jefe del ejecutivo, cuando éste es elegido directamente por el pueblo, como lo fue Luis Napoleón o como Roosevelt; el parlamento, al contrario, cuando, como en la tercera república francesa, el jefe del ejecutivo estaba más alejado de las fuentes del derecho; de manera que, o bien los que vigilan el poder acaban por ser eliminados, o bien, como representantes del soberano, dominan a sus agentes y se apropian de la soberanía.

Lo notable a este respecto es que, al mismo tiempo que disminuía todo lo más posible la autoridad de los gobiernos, Rousseau desconfiaba enormemente de los "representantes", a los cuales se daba en su época tanta importancia para mantener al poder en su cometido. Rousseau no ve "otro medio de prevenir las usurpaciones del gobierno" más que asambleas periódicas del pueblo, que juzguen el empleo que ha sido hecho del poder y decidan de la conveniencia de cambiar la



forma del gobierno y las personas que lo ejercen.

El sabía que el método era inaplicable. En el empeño que puso en proponerlo hay que ver la prueba de su invencible repugnancia por el método que veía funcionar en Inglaterra, "la vigilancia parlamentaria", que Montesquieu había puesto por las nubes. Rousseau protesta contra él con especial violencia; de tal manera le era odioso. "La soberanía no puede ser representada... Los diputados del pueblo no son ni pueden ser sus representantes... La idea de los representantes es de lo más monstruoso: nos viene del gobierno feudal, de ese inicuo y absurdo gobierno en el cual la especie humana estaba degenerada, y donde el título de hombre era un deshonor". Ataca al sistema representativo en el país mismo de donde Montesquieu lo toma como modelo por excelencia: *"El pueblo inglés piensa que es libre; pero se engaña: sólo lo es mientras dura la elección de los miembros del parlamento; desde el momento en que han sido elegidos, es esclavo, no es nada. En los cortos momentos de su libertad, por el uso que hace de ella, merece perderla."*(4)

¿Por qué tanto furor? Rousseau no ha dejado de tralucir el secreto; pero sin duda que él se ha dado cuenta de lo que no había visto Montesquieu: que el poder parlamentario crecía por momentos en detrimento del ejecutivo y, como consecuencia, que el limitador del poder acabaría por subordinar a este poder ejecutivo, fundiéndose con él y reconstituyendo así un poder que podría

4) ROUSSEAU. *J.J. Contrato Social* 1, III Cap. II, p. 20.

pretender la soberanía.

El poder, en opinión nuestra debe servir al hombre y si Cristo en severo reproche a los judaismos por sus excesos formalistas, les previene de que el sábado es para beneficio del hombre y no el hombre para beneficio del sábado, de igual manera nosotros pensamos que el poder es para beneficio del hombre y no el hombre para beneficio del poder.

En el absolutismo el hombre se encuentra para beneficio del poder. En la democracia el poder está al servicio del hombre.

Cuando el judío cae en el exceso de prácticamente morir el sábado y no ejercer absolutamente ninguna actividad, así sea indispensable y esencial para el bien del hombre, Cristo censura y en alguna manera se autocensura en su propia judaicidad proclama la misma idea de Protágoras. "El hombre es la medida de todas las cosas".

En el poder la tesis de Cristo y la de Protágoras son válidas.

Fernando Lasalle, pronunció en 1861 en Berlín, cuando esta ciudad era capital de la antigua Prusia, una célebre conferencia intitulada "¿Qué es una Constitución?" Este personaje de una manera muy original y muy lógica nos presenta a la Constitución como el summum de todos los poderes sociales, así de esta manera,

se pregunta que sucedería si en el reino de Prusia debido a un incendio general se hubiesen quemado todas las Constituciones, no habría sucedido nada, se contesta, pues sólo se quemó el papel y la tinta escrita en el papel y la marcha general del reino no mermó en un ápice su vida política, puesto que el rey hará valer su poder y mantendrá los postulados de la Constitución.

El ejército hará lo mismo, mantendrá sus intereses que lo ligan con el rey, y con sus propios cañones harán valer la Constitución. Con la nobleza, ocurrirá exactamente lo mismo así como también con los banqueros. Porque el rey, el ejército, la nobleza y los banqueros son factores reales de poder.

De tal manera pues, la Constitución no es otra cosa que los factores reales de poder, y la Constitución escrita no pasa de ser un mero símbolo de esos mismo factores reales de poder.

A nuestro entender, Fernando Lasalle genialmente nos define al poder, así como también genialmente nos define a la Constitución.

Fernando Lasalle, no se introduce a las profundidades esenciales del poder, pero sí nos revela la estructura del poder en su aspecto jurídico fundamental reflejado en la Constitución.

## OMNIS POTESTAS A DEO.

Para los pensadores del medievo, todo poder político proviene de Dios, pensamiento político que se acuñó en la célebre frase de "Omnis Potestas a Deo" y que en la historia se contempló en la coronación de reyes y emperadores por el Papa como Vicario (que hace las veces) de Cristo en la tierra, Cristo entendido como verdadero Dios a la vez que verdadero hombre.

Desde las sociedades primitivas más antiguas que se conocen, el ser humano se congregaba en incipientes asambleas para organizarse y ejercer el poder.

Normalmente, el más fuerte físicamente ejercía el poder.

Después cuando ya la sociedad se desarrolla más, los más viejos, y dentro de estos, el de mayor prestigio, vendrá a ser una especie de oráculo, de los deseos del dios.

Nace así pues de tiempos antiquísimos la teocracia, hasta llegar a los tiempos de Constantino en el año 313 época en la que el imperio romano se cristianiza y llegando hasta el Sacro Imperio romano germánico, acontecimientos estos de indudable naturaleza teocrática, pero antes de ver estos acontecimientos en detalle veamos el pensamiento de algunos grandes pensadores.

San Pablo en su epístola a los Romanos Capítulo XIII versículo I, es el primero

en hacer referencia a que todo poder proviene de Dios.

El más grande difusor del Cristianismo nos dice literal y textualmente "Non est enim potestas nisi a Deo" cuya traducción es: No hay pues mas potestad que la de Dios.

San Pablo, quien segun Og Mandino, es el vendedor más grande del mundo y quien antes de su conversión al cristianismo, fuera el mas grande perseguidor de los cristianos, se torna después en el factor mas importante en la creación de la iglesia cristiana.

Ya converso cree que Cristo Verdadero Dios y verdadero hombre, es y debe ser el único poder en la tierra.

Según Martínez de la Serna en su Monografía el concepto del poder como proveniente de Dios es parte vertebral del cristianismo, aún cuando no de Cristo, en efecto Cristo acepta el poder temporal del Cesar y el poder espiritual de Dios, cuando nos dice "Dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios".

Tomando en cuenta que hoy es aceptado que Cristo no fundó el cristianismo, sino San Pablo en unión de San Pedro, toda vez que Cristo vivió y murió bajo la religión judía. Entonces al proclamar San Pablo el cristianismo y al hacerlo coincidentemente con su célebre proclama de la epístola a los Romanos, la conclusión es plenamente válida en el sentido de afirmar que en el centro del cristianismo o

cuando menos en el inicio mismo del cristianismo está el principio del Omnis Potestas a Deo: Todo poder proviene de Dios. Y cuya versión original en San Pablo es: Non est enim potestas nisi a Deo: No hay pues mas poder que el de Dios.

Santo Tomás de Aquino.- En relación al poder nos dice *"El grupo se disolvería si no hubiera alguien que tuviese cuidado de él. Así el cuerpo del hombre, como el de cualquier animal, se disgregaría si no hubiese en ese cuerpo cierta fuerza directiva aplicada al bien común de todos sus miembros. Entre los miembros del cuerpo hay uno principal que lo puede todo, ya sea la cabeza, ya sea el corazón. Es preciso pues, que haya en toda multitud un principio de dirección"*.<sup>(5)</sup>

Observemos que Santo Tomás si bien nos proporciona un ejemplo relativo a los organos, sin embargo no es Santo Tomás seguidor de las superadas teorías organicistas, algunas de las cuales son de verdadera Ingenuidad, como aquella que comparaba al sistema arterial humano, al sistema vial de un determinado país.

Santo Tomás, concibe a Dios como Supremo Gobernador del Universo, vale la pena subrayar que todavía nuestra anterior Constitución recibió esa influencia tomística, en efecto la Constitución de 1857 se inicia refiriendose a Dios como Supremo Gobernador del Universo.

<sup>(5)</sup> *De Regimine Principium*. t. I. Aquino Sto. Tomás. Citado por BERTRAND DE JOUVENEL, en *el poder*, Cap. III p. 133.

Santo Tomás entra de lleno en la teocracia cuando nos dice que Dios en la persona de Cristo se ha hecho hombre y que Cristo a su vez ha dejado en la tierra al Papa, como su representante "Vicario".

Así pues tenemos en el papado o sucesión petrina la viva representación de Dios en la tierra. Por eso el poder recae en el Papa, quien lo delega en el Emperador, mediante la Simbólica Corona, que el Papa mismo ciñe en la sienes del Emperador. Todo poder proviene de Dios: Omnis Potestas a Deo, quien lo ejerce por medio de la iglesia y ésta por el Papa su jefe.

Dante Alighieri en cambio, discrepa con Santo Tomás y no concibe al poder en forma teocrática.

Dante nos muestra argumentos muy originales, para entenderlo debemos hacer referencia a la DONATIO PETRI: Donación de Pedro; por esto debe entenderse la donación del poder del imperio a favor de Pedro y sus sucesores, es decir a favor del papado o sea a favor de la Sucesión Petrina. Donación hecha por el Emperador Constantino.

Durante siglos se dijo que el Emperador Constantino por medio del Edicto de Milán del año 313 cristianizó al imperio Romano, hoy en día recientes investigaciones históricas nos muestran que tal Edicto no existió, pero ello lejos de no probar la cristianización del imperio, lejos de ello, nos suministra un documento con doble

fuerza probatoria. Se trata del Rescripto de Licinio y Constantino, por medio del cual, ambos a manera de declaración conjunta suscriben la cristianización del imperio.

Por aquellos tiempos cuatro Cesares gobernaban el imperio Romano, Constantino, Magencio, Licinio y Daya, cuando Constantino vence a Magencio y Licinio a Daya, ellos dos quedan como amos absolutos de Roma, decidiendo cristianizar el imperio. La Donatio Petri es pues una donación de Constantino y Licinio a favor del papado.

Este es el Rescripto.

#### **"RESCRIPTO DE LICINIO"**

*"Mientras yo, Constantino Augusto y yo, Licinio Augusto, estábamos felizmente reunidos en Milán y juntos tratábamos con cuanto se refiere a la seguridad del estado, entre las cosas que nos parecieron útiles a la mayor parte, consideramos un deber asignar el primer puesto en cuanto al culto de la divinidad se refiere, concediendo a los cristianos y a todos, la libre facultad de seguir la religión que deseen, a fin de que cuanto hay de divino en el cielo, pudiera ser favorable y propicio tanto a nosotros cuanto a aquellos que están sujetos a nuestra autoridad...*

*En lo que a los cristianos respecta, hemos decidido además, que los lugares*



*donde solían reunirse -a propósito de los cuales habían dado precedentemente instrucciones las cartas dirigidas a vuestros organismos- si han sido comprados por parte de vuestro fisco, o de quienes sea, han de ser restituidos a los cristianos, sin dinero ni reclamación de precio, sin buscar pretextos ni promover discusiones.*

*Los que los hubieran recibido en donación, deberán devolverlos también a los cristianos, en el mas breve plazo. Si cuantos los habían comprado o recibido en donación, desean obtener algo de nuestra benevolencia, que se dirijan al vicario de la diócesis, con objeto que se provea a sus peticiones por parte de nuestra clemencia. Todo esto deberá ser devuelto a la comunidad de los cristianos cuidadosamente y sin dilación".(6)*

En donde con absoluta claridad se manifiesta el poder teocrático del imperio, es bajo el Sacro Imperio Romano Germánico, que se inicia en el año 800 con Carlo Magno. Bajo este imperio la sumisión al papado es total.

Ejemplos de Papas autócratas y teócratas son Bonifacio VIII e Inocencio III. Cuando este poder papal empieza a debilitarse, surge en la Historia del Poder, lo que se conoce como "Lucha de investiduras" los que luchan a favor del Papa serán los gúelfos y los que luchan a favor del Emperador serán los gibelinos.

(6) *Roma y el Cristianismo, Berlín Alemania, 1935. Op. Cit. en el Poder de BERTRAND DE JOUVENEL, Cap. II, p. 68.*

En realidad la iglesia lucha en dos frentes. En efecto la lucha era durante la edad media entre el Papa, el Emperador y los Señores Feudales, toda vez que muchos de los Señores Feudales eran Obispos, luego entonces es válido afirmar que la iglesia combatía en dos frentes. La decisión final, la victoria final no corresponde ni al Papa, ni al Emperador, ni a los Señores Feudales, sino al agazapado Monarca, al Rey, que al imponer su poder, dará nacimiento al Estado Moderno.

Ahora ya podemos comprender el presentimiento de Dante quien nos dice que Cristo escogió al imperio romano para nacer como hombre, por tanto voluntariamente se somete al poder del imperio romano, pero también nos dice que el imperio fué antes que Cristo, por tanto también el poder pertenece al imperio, al Emperador y no al Papa. En consecuencia en la Donatio Petri subyace el poder del imperio sobre el Papado.

Para Juan Antonio Martínez de la Serna, en su Monografía "Las Relaciones Estado Iglesia". El Estado se teocratiza en el año de 1508 con la Bula "Universalis Ecclesiae", expedida por el Papa Julio II y por virtud de la cual los reyes españoles son patronos de la iglesia.

Fernando de Aragón, somete al poder del Estado el poder de la iglesia; esto se conoce en la historia como el patronato real o patronazgo real y Martínez de la Serna cree que la iglesia con el patronato se estatiza, pues por un lado el Estado

al ejercer control sobre la Iglesia, nombrando obispos, arzobispos y cardenales así como el compartir los diezmos, el Estado de esta manera se teocratiza y por la otra la Iglesia al estar controlada por el Estado se estatiza, se convierte en algo así como un organismo descentralizado del Estado.

Veamos las Leyes de Indias con relación a la misma Bula.

"Por cuanto el derecho de patronazgo eclesiástico, nos pertenece en todo el Estado de las Indias... Ordenamos y mandamos que este derecho, único e insolídum, siempre sea reservado a Nos y a nuestra real corona y no pueda salir de ella en todo ni en parte y que ninguna persona secular, ni eclesiástica sea osada a entrometerse en cosa tocante al patronazgo real, ni a proveer Iglesia, ni beneficio ni oficio eclesiástico, ni a recibirlo sin nuestra presentación o de las personas a quien Nos por ley o provisión patente lo cometiéramos y el que lo contrario hiciera, siendo persona secular, incurra en perdimiento de las Mercedes que de Nos tuviere en todo el Estado de las Indias y sea inhábil para obtener otras, y sea desterrado perpetuamente de todos nuestros reinos: Y siendo eclesiástico, sea habido y tenido por extraño de ellos, y no pueda tener ni obtener beneficio ni oficio eclesiástico en los dichos nuestro reinos y unos y otros incurran en las demás penas establecidas por leyes de nuestros reinos.

Leyes de Indias. Tit 6o. Felipe II. San Lorenzo, 1o. de junio de 1574.

La Nueva España como parte del imperio español, estuvo sometida al patronato real.

Para Martínez de la Serna, desde el punto de vista de la cultura occidental transmitida por España, no existió en la Nueva España la Teocracia tomando en cuenta la Bula Universalis Ecclesiae de 1508 y la Conquista de México de 1521.

Desde el punto de vista autóctono, en cambio sí existió la teocracia tanto en los aztecas como en los mayas.

Cuando Agustín de Iturbide asume el poder del Imperio Mexicano, rechaza el patronato, delimitando así el poder temporal al Estado y el poder espiritual a la iglesia.

Este es el rechazo de Iturbide al patronato de fecha 6 de marzo de 1822.

"...Los Reyes de España, estimándose en tiempos de menor ilustración dueños del suelo, que ni es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona ejercieron siempre el derecho de Patronato de la Península: y desde el año 1508, en virtud de bula expedida por el sucesor del Señor Alejandro VI, se declaró a los Monarcas de España Patronos de la iglesias de indias; cuyo derecho ampliado por el Señor Clemente XII, se extendió a más por el Señor Benedicto XIV. En este concepto, por medio de sus Virreyes presentaban para los beneficios menores, y lo hacían

personalmente para los mayores; disponían de los diezmos, y tenían toda intervención en los negocios espirituales para que los autorizaba aquella investidura.

*"Hasta la época nuestra, como asienta el Cabildo de esta Metropolitana, han sido los Reyes de España Patronos de esas iglesias; y su derecho ha constituido en la fundación y dotación, en las concesiones que han obtenido, y en el convenio con la Silla Apostólica. La Independencia pone en cuestión esta materia, y su resolución debe ser de acuerdo con el Romano Pontífice".(7)*

Por lo tanto, el Poder Político es: Emanación del poder constituyente originario sin que la autoridad o poder de mando coercitiva y coercible no existiría el estado como regulador de la convivencia humana, las disposiciones podrían o no cumplirse dejando al garete a la sociedad. El Estado fija un rumbo definido, en orden preciso, el normativo sin el que no es posible la vida humana. Lo contrario aniquilaría todo intento humano de coexistencia, nunca más descriptivas las palabras de Maquavelo en "El Príncipe" cuando escribe que al hombre hay que conocerlo no como debe ser sino tal y como es; pretenderlo conocer conforme a lo que tendría que ser es situarlo dentro del mundo fenomenológico de la fatalidad y de lo inexorable, siendo absurdo desde esa posición aplicarle un orden normativo. Actuaría el individuo de manera inevitable e impositivamente sería constreñirlo hacia otra finalidad. Colocarlo en el deber se prevé como premisa fundamental; la

(7) CUEVA MARIANO. *Historia de la Iglesia de México. t. V. Cap. 1 p. 115 y ss.*

libertad que lo mueve a uno u otro objetivo, el orden normativo precedido por el estado lo obliga disponiendo de la fuerza material a respetar la libertad de los demás, como un principio preservador de la suya propia.

1.3 SUPREMACIA DEL PODER POLITICO (SOBERANIA). - El desarrollo histórico se inicia en el ocaso del Imperio Romano, que fragmentado creó centros de poder, unidades políticas nuevas otrora indivisibles, partes de la monolítica estructura imperial. En los gestantes núcleos de poder, un personaje se enfrenta con tres adversarios: El Emperador, El Papa y Los Señores Feudales. El Emperador lo vence con un aliado circunstancial e histórico; el tiempo, trece siglos y medio de vida que habían llegado al fin, muriendo con el Emperador acaso el más poderoso de los Imperios. Al Papa se le obliga para que abandone el poder temporal y sólo conserve el propio, el poder espiritual. La ideología de Bonifacio VIII, la tesis de las dos espadas es derrotada y solamente subsiste un enemigo; los Señores Feudales, grandes terratenientes, poderosos en lo económico y político. Cuando aquel personaje impone su autoridad sobre estos, entonces se convierte en el Monarca, transformando los centros de poder en los estados modernos, los que a su vez engendrarían los absolutismos, puesto que han concentrado todo el poder, el cual se encuentra ya sobre todos los poderes; super omnia.

Esa lucha queda plenamente retratada en la lucha de Felipe IV de Francia y el Papa Bonifacio VIII. En el estudio de Marsilio de Padua queda muy clara también

esa lucha por la soberanía estatal.

### Soberanía Popular.

Bertrand de Jouvenel, en su ya clásica obra "El Poder" magistralmente nos describe el poder popular técnicamente conocido como Soberanía Popular, haciendo gala de conocimientos históricos de lógica y de filosofía para esclarecer los difíciles tópicos relativos al poder, veamos lo que nos dice:

*"Estamos ya lejos de que el absolutismo encuentre en la teología su justificación. Los Estuardos y los Borbones, en la época en que elevaron sus pretensiones, hacen que el verdugo quemé los tratados políticos de los doctores jesuitas. Estos tratados recuerdan, no solamente la supremacía pontificia -el Papa puede destruir a los Reyes y elegir otros, como ya lo ha hecho, y nadie puede negar este poder-, sino que incluso construyen una teoría de la autoridad que aleja totalmente la idea de un mandato directo confiado a los reyes por el soberano celestial.*

*Para ellos, es cierto que el poder viene de Dios, pero no lo es el que Dios haya elegido a quien adjudicárselo. El ha querido la existencia del poder porque ha dado al hombre una naturaleza social, es decir, le ha hecho vivir en comunidad: una autoridad civil es, pues, necesaria a esa comunidad. Pero no ha sido El mismo quien ha organizado este gobierno. Eso es algo que pertenece al pueblo de esa comunidad, quien debe, por necesidad práctica, transferirlo a alguno o a*

*algunos de ellos. Estos poseedores del poder manejan una cosa que viene de Dios, y son, pues, siervos de su ley; pero también esto les ha sido remitido por la comunidad y en condiciones escogidas por ellas. Todo lo deben, pues, a Dios ya la comunidad. Depende del querer de la multitud -enseña Belarmino- el constituir rey, cónsules u otros magistrados. Y si sobreviniese más tarde una causa legítima, la multitud puede cambiar el reino en aristocracia o en democracia, y la contrario, como leemos que se ha hecho en Roma".(8)*

Se concibe que el orgulloso Jacobo I se indignase con la lectura de unas proposiciones semejantes; entonces es cuando él escribió su apología del derecho de los reyes. La refutación de Suárez, escrita por orden del Papa Pablo V, fué quemada publicamente delante de la Iglesia de San Pablo, de Londres. Jacobo I había pretendido que, ante una orden injusta, el pueblo no puede más que rehuir sin resistencia el furor de su rey; no debe responder más que con lágrimas y con suspiros, siendo Dios el único a quien pueden llamar en su socorro. Belarmino replica: Jamás el pueblo delega de tal manera su poder; siempre lo conserva en potencia, de suerte que en ciertos casos puede recuperarlo en el acto. En esta doctrina de los jesuitas, la comunidad, al contituirse, instituye el poder. La ciudad o república consiste en "*cierta unión política que no habría nacido sin cierto acuerdo, expreso o tácito, por el cual las familias y los individuos se subordinan*

(8) *Belarmino Respuesta a Jacob I de Inglaterra Oluves. t. XII. p.p. 184 y ss. Citado por JUVENEL BERTRAND DE. Op. Cit. p. 40.*



*a una autoridad superior o administración de la sociedad, siendo dicho acuerdo la condición de existencia de la comunidad".(9)*

En esta fórmula de Suárez se ha reconocido el contrato social. La sociedad se ha formado y el poder constituido por el deseo y consentimiento de la multitud. Mientras el pueblo dé la investidura del mando a los administradores del derecho, existe el pactum subjectionis.

Fue fácil comprender que este sistema estaba destinado a poner en peligro el absolutismo del poder; sin embargo, pronto se le va a ver deformado de manera que sirva de justificante a este absolutismo. ¿Qué era necesario para ello? De los tres términos -Dios, autor del poder; la multitud, que confiere el poder; los gobernantes, que lo reciben y lo ejercen- basta retirar el primero; afirmar que el poder no pertenece mediatamente, sino inmediatamente, a la sociedad, y que los gobernantes lo reciben sólo de ella. Es la teoría de la soberanía popular. Pero, se dirá, esta teoría es la que, sin duda, crea más obstáculos al absolutismo. Ahí está el error, como vamos a verlo.

Los campeones medievales del poder conducen sus razonamientos con bastante torpeza. Así, Marsilio de Padua propone que el "supremo legislador" es "la generalidad de los hombres", y a continuación añade que esta autoridad a sido

(9) SUÁREZ. *Opera*, Editorial Nacional, Madrid 1977 I. V. Cao. VII, n. 3 t. III p. 414.

transferida al pueblo romano para terminar sentado triunfalmente: "En fin, si el pueblo romano ha transferido a su príncipe el poder legislativo, hay que decir que este poder pertenece al príncipe de los romanos", es decir, al cliente de Marsilio, Luis de Baviera. El argumento muestra su malicia con candor. Un niño se daría cuenta de que la multitud no ha sido dotada de un poder tan majestuoso más que a fin de brindárselo en grados sucesivos a un déspota.

Con el tiempo, la misma dialéctica sabrá presentarse de forma más plausible.

Así, Hobbes, en pleno siglo XVII, en la gran época del derecho divino de los reyes, quiere hacer la apología de la monarquía absoluta, pero se guarda de emplear los argumentos extraídos de la Biblia y de los que el caballero Filmer se armará, una generación más tarde, para sucumbir bajo las críticas de Locke. Hobbes no deducirá la ilimitación del poder de la soberanía de Dios, sino de la soberanía del pueblo. Los hombres son naturalmente libres; Hobbes, más como físico que como jurista, define esta libertad primitiva como la ausencia de todo impedimento exterior. Esta libertad de acción se despliega hasta que choca con la libertad de otro. El conflicto se regula como una composición de fuerzas. Como dice Espinosa, cada individuo tiene un derecho soberano sobre todo lo que esté en su poder; o, dicho de otra manera, el derecho de cada uno se extiende hasta donde llegue la potencia determinada que le pertenece. No hay, pues, otro derecho en vigor que el que los tigres tienen para comer a los hombres. Se trata de

salir de este "estado de naturaleza", en donde cada uno toma lo que puede y defiende como puede lo que ha cogido. Estas libertades feroces no son compatibles con ningún modo de seguridad; no permiten la civilización. ¿Cómo, pues, los hombres llegarán a abandonarlas de común acuerdo, con vistas a la paz y al orden? Hobbes llega hasta dar la fórmula del pacto social: *"Cedo mi derecho de gobernante a este hombre o a esta asamblea, con la condición de que tú cedas igualmente el tuyo". Así -concluye- la multitud se ha convertido en una sola persona, llamada Estado o república. Tal es el origen de ese Leviatán, o Dios terrestre, al cual debemos toda paz y seguridad".*(10)

El hombre o la asamblea a quien han sido remitidos sin restricción estos derechos individuales ilimitados se encuentran en posesión de un derecho colectivo ilimitado. De ahí el que la filosofía inglesa afirme: *"Cada súbdito, al haber sido convertido por la institución de la república en autor de todas las acciones y juicios del soberano instituido, no puede ser dañado por el soberano, ni éste puede ser jamás acusado por ninguno de ellos de injusticia, puesto que no actuando más que por mandato, ¿de qué manera los que el han confiado este mando se las arreglarían para quejarse de él? Por esta institución del Estado cada ciudadano es el autor de todo lo que hace el soberano; en consecuencia, quien pretenda que el soberano le perjudica, ataca a actos cuyo actor es él mismo*

(10) TOMAS HOBBS. *Leviatán*, 2a. part., cap. XVII. *De causa Generatione et. definitione Civitatis*. Citado por JUVENEL BERTRAND DE. *Op. Cit.* p. 42.

y de los que no se puede acusar a otro que a él".(11)

¿No es esto una gran extravagancia? Pero Espinosa, en términos menos sorprendentes, afirma igualmente el derecho ilimitado del poder: "*Que el poder supremo pertenezca a uno solo, o esté repartido entre algunos, o sea común a todos, es lo cierto que al que lo posee pertenece el derecho soberano de mandar todo lo que él quiera...; el súbdito está obligado a una obediencia absoluta durante el tiempo en que el rey, los nobles o el pueblo conserven el poder soberano conferido por esta transferencia de derechos*".(12)

De ahí el más perfecto despotismo deducido por los ilustres filósofos del principio de la soberanía popular. Quien posea el soberano poder puede hacer todo lo que quiera; el súbdito perjudicado debe considerarse como el autor mismo del acto injusto. "Estamos obligados a ejecutar absolutamente todo lo que ordene el soberano, incluso cuando sus órdenes sean las más absurdas del mundo", precisará Espinosa.

¡Qué diferencia con el lenguaje de San Agustín! "*Pero porque creemos en Dios, y estamos llamados a su reino, no tenemos por qué estar sometidos a ningún hombre que trate de destruir el don que Dios nos ha dado de la vida eterna*". (13)

(11) TOMAS HOBBS. *Op. Cit.* cap. XVII. p. 160

(12) San Agustín. *Comentario a la Epistola de los Romanos*. Ediciones Cristiandad 1960 Pág. 156

(13) San Agustín *comentario de la Epistola de los Romanos. op. cit* pág. 139.

¡Qué contraste entre el poder obligado a ejecutar la ley divina y el poder que, totalizando los derechos individuales es enteramente libre en su conducta!

Si se admite primero un estado de naturaleza en que los hombres no están obligados por ninguna ley y en el que posean tantos "derechos" como grande sea su fuerza; si se supone que estos hombres han formado una sociedad y encargado a un soberano de hacer reinar el orden entre ellos, es preciso que este soberano haya recibido todos sus derechos, y, en consecuencia, el individuo no conservará ninguno que pueda oponer al soberano.

Espinoza lo ha precisado bien: "*Todos han debido conferir al soberano mediante un acto expreso o tácito, el poder que ellos tenían a regirse por sí, es decir, todo el derecho natural. En efecto, si ellos hubiesen querido reservar para sí algo de este derecho, deberían conservar al mismo tiempo la posibilidad de defenderlo; pero como no lo han hecho y no lo pueden hacer sin que haya una división entre ellos y, en consecuencia, una destrucción del mundo, por eso mismo se ha sometido a la voluntad, cualquiera que sea, del poder soberano*".(14) En vano supondrá Locke que no todos los derechos individuales han sido puestos en común, que hay algunos que el contratante se reserva. Aunque políticamente fecunda, esta

(14) Espinoza. *Tratado Teologícopolítico*. Cap. XVI, Edit. Lasada Bes As 1970 p. 134.

hipótesis no tiene lógica interna Rousseau repetirá desdeñosamente la demostración: la alienación de los derechos reales se hace sin reserva, "y ningún asociado tiene nada que reclamar"; puesto que si les quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiera dirigirlos, cada uno sería en cierta manera su propio juez y pretendería, pronto, serlo de todos.

"¿Puede pensarse -objeta Espinosa- que por este principio hacemos de los hombres esclavos?" Y se responde que lo que hace al esclavo no es la obediencia, sino el obedecer en provecho de un dueño. Si las órdenes se han dado en intereses del que obedece, éste ya no es esclavo, sino dueño. Pero, ¿cómo se puede tener la seguridad de que el soberano no considere jamás la utilidad del que manda, sino solamente la del que es mandado? ¿No es el medio más seguro que el soberano sea precisamente... el conjunto de sus súbditos? La solución está en la democracia, que se define así: "*La unión de los hombres en un todo que tiene un derecho colectivo sobre todo lo que está en su poder*".(15)

Para Hobbes, los hombres, por su convención primitiva, se comprometieron a obedecer a un monarca o a una asamblea -y él mismo se inclinaba naturalmente hacia el monarca-. Para Espinosa, se comprometieron a obedecer a un rey, a los nobles o al pueblo, y él subrayaba las ventajas de la última solución. Para Rousseau no hay ningún género de opción: los hombres no pueden comprometerse a

(15) Espinosa. IDEM.

obedecer más que a la totalidad. En vez de lo que Hobbes hacía decir al hombre al determinar el pacto social: "Yo abandono el derecho de regirme en favor de este o de estos hombres"<sup>(16)</sup> Rousseau, al proponer una constitución a los corsos, hace decir al contratante "Me uno en cuerpo, en bienes y en voluntad y con todas mis fuerzas, a la nación corsa para pertenecerle con toda propiedad en mí y lo que de mí depende".<sup>(17)</sup>

De ahí el que se postule un derecho de mandar que no tenga límites, y al cual el particular no pueda oponer nada -lo que es consecuencia lógica de la hipótesis del pacto social-, y es infinitamente más lógico el suponer este derecho como perteneciente a todos, en vez de a uno solo o a varios.

Ciertamente, no se dice que todos puedan ejercer este derecho. Hace falta un gobierno, y se sabe que Rousseau consideraba, como Montesquieu, a la monarquía como propia de los grandes Estados, a la aristocracia de los medios y a la democracia solamente de los muy pequeños".

Hasta aquí el pensamiento en relación al poder de uno de los más grandes tratadistas que han investigado la profunda esencia del poder, concepto en extremo difícil de tratar y que Jouvénel logra con grandes aciertos penetrar en los misterios de este fascinante concepto.

(16) ROUSSEAU. Contrato Social. 1, I. Cap. VI, p. 60

(17) IDEM. p. 79

1.4 QUE ES LA FUNCION.- La palabra función proviene del verbo latino, fungor fungeris functus sum fungi, significa cumplir, ocuparse de alguna cosa, tener algún cargo,

Este verbo es de los llamados verbos deponentes, cuya forma es pasiva, aun cuando su connotación es activa. En su uso tiene un cierto grado de dificultad ya que acompañado de los ablativos tiene el significado antes transcrito, según consta en el diccionario de la lengua latina de Luis Macchi.

Semánticamente tiene también el mismo significado de su etimología.

Constitucionalmente el concepto de función se vincula con el significado etimológico relativo a "ocuparse de alguna cosa", por tanto etimológica, semántica y constitucionalmente la palabra y concepto de "función" implica y es el desarrollo de alguna actividad, lo cual presupone el "ocuparse de algo".

Es un principio elemental que el Poder del Estado es indivisible, pues va unido al concepto de soberanía. Si el Poder es único, no hay pues división de poderes, sino división de funciones en un mismo único e indivisible poder.



## CAPITULO II

# TEORIA DE LA DIVISIÓN DE FUNCIONES

## 2.1 ANTECEDENTES TEORÍCOS

### ARISTÓTELES

Llega a nuestro conocimiento de que en las organizaciones políticas existen tres funciones públicas a través de la Política Aristotélica. Aristóteles nos indica que en toda polis existen tres partes que todo Legislador que se considere prudente debe ordenar en forma conveniente, una vez bien organizadas estas tres partes puede decirse que la polis está bien coordinada y realmente, las organizaciones políticas no se pueden diferenciar entre sí, si no es por la organización diferente de esos tres elementos.

El primero de dichos elementos es la Asamblea General (Legislativo), que delibera sobre los asuntos públicos; el segundo es el Cuerpo de Magistrados (Ejecutivo) o funcionarios públicos, cuya naturaleza, atribuciones y modo de designación, es menester reglamentar, el tercero es el Cuerpo Judicial (Judicial)

Así, Aristóteles distingue claramente las tres funciones diferentes del poder político; sin embargo no es de modo alguno la división de poderes, que fundándose en las funciones, impone una organización especial repartida en órganos diferentes que se frenan entre sí para garantía de la libertad. La distinción es nota-

ble: La división de poderes corresponde a una tendencia que descansa en la exaltación de la libertad como fin del gobierno. El mismo Montesquieu sostiene que los antiguos no conocían la distribución de poderes en el gobierno de uno solo; que en la política Aristotélica, todo se reduce simplemente a una exposición de hechos, describiendo los estados y comparándolos; Aristóteles se conforma con decir que existe en cada uno de ellos tres cosas que considerar: La Asamblea Deliberante, Los Magistrados y Los Tribunales, aunque la influencia de Aristóteles fue de importancia para la distinción posterior de las funciones públicas.

Veamos lo que el genial Aristóteles nos dice en su extraordinaria obra La Política. (18) *"A la luz de esta introducción y después de haber estudiado previamente las otras formas constitucionales, el principio de lo que nos queda por decir será en primer lugar determinar las condiciones con arreglo a las cuales ha de constituirse la ciudad de nuestros deseos. No es posible en efecto que pueda darse la mejor Constitución sin los recursos adecuados. Por eso tenemos que presuponer un buen número de condiciones ideales, ninguna de las cuales sin embargo, debe ser imposible. Me refiero por ejemplo al número de ciudadanos y a la extensión del territorio".* Del mismo modo que los demás artesanos, como el tejedor y el constructor de navíos, debe tener a mano el material apropiado a la obra (y cuanto mejor dispuesto esté, tanto más bello resultará

(18) Aristóteles. La Política. Edit. Porrúa. 1980 "Sepan Cuantos" p.p. 282, 283, 284, 285, 286.

necesariamente el producto de su arte), así también el político y el legislador tienen que disponer de la materia apropiada y ésta debe hallarse en buenas condiciones. El primer elemento pues, del material político es la población a cuyo respecto hay que considerar cual debe ser su número y cual su cualidad natural; y otro tanto en lo tocante al territorio su extensión y su cualidad. La mayoría son de opinión, en que la ciudad feliz debe ser grande; pero por verdadero que esto sea lo que saben es que es lo que hace a una ciudad ser grande o pequeña ya que estima la grandeza de una ciudad por el número de sus habitantes cuando más bien una función de la ciudad y la que mejor pueda llevarla a cabo deberá tenerse por la más grande no como hombre sino como médico sobre otro que le aventaje en estatura corporal. Por otra parte y aunque deba tenerse como criterio la población no se deberá hacerlo con frecuencia a una multitud indiscriminada (ya que necesariamente habrá en las ciudades un número elevado de esclavos metecos y extranjeros) sino únicamente los que son parte de la ciudad o sea los miembros propios y constitutivos de la ciudad. Es la superioridad numérica de esta población la que es índice de una gran ciudad. Aquella en cambio que manda al campo de batalla un gran número de operarios, pero un escaso contingente de infantería bien armada, no puede llamarse grande ya que no es lo mismo la ciudad grande que la ciudad populosa. La experiencia misma pone de manifiesto que es difícil y tal vez imposible que pueda legislarse bien la ciudad demasiado populosa y de hecho no vemos ninguna entre aquellas que tienen fama de gobernarse bien que deja de

tener cierto freno en esto de la población. A esto nos persuade también con evidencia el simple razonamiento. La ley en efecto es un cierto orden y la buena legislación será necesariamente una buena ordenación ahora bien un número demasiado excesivo no puede participar del orden; esto sería obra de la divina potencia que mantiene unido incluso a todo el universo. De aquí que la ciudad más grande será necesariamente aquella que combine la magnitud con el límite que hemos dicho ya que la belleza suele encontrarse en el número y la magnitud; para las ciudades una medida de magnitud como la hay para todos los otros entes sean animales, plantas o instrumentos, cada uno de los cuales tendrá la eficiencia que le compete si es demasiado pequeño o por el contrario de excesiva magnitud sino que en un caso estará por entero privado de su naturaleza y en el otro estará en condición defectuosa. Una nave de un palmo, por ejemplo no será en absoluto una nave, pero tampoco lo será una de dos estadios y con sólo que tenga cierto tamaño hará precaria la navegación en unos casos por pequeñez y en otros por exceso. Pues del mismo modo la ciudad de menguada población no será autosuficiente (y la ciudad ha de ser autodeficiente) al paso que otra de excesiva población por más que pueda bastarse en sus necesidades será como un conglomerado étnico pero no una ciudad, ya que no le será fácil tener un gobierno constitucional. Quien podrá en efecto ser Generalde una multitud tan considerablemente excesiva, o quien podrá ser su heraldo a menos de tener una voz, es tentórea. La ciudad mínima, por tanto requiere un mínimo de población que

pueda bastarse a sí misma para vivir una vida decorosa en una comunidad política. La ciudad que por su población aventaje a ésta, podrá ser una ciudad mayor pero esta progresión no es según hemos dicho ilimitada; ahora bien cual sea el límite de dicha expansión será fácil verlo por los datos de la experiencia.

En una ciudad en efecto hay las actividades de los gobernantes y la de los gobernados siendo función del gobernante la administración y la judicatura, ahora bien para juzgar en los litigios y para distribuir las magistraturas de acuerdo con los méritos es menester que los ciudadanos se conozcan unos a otros en sus respectivas cualidades, de modo que donde esto no puede ser, necesariamente andará mal el negocio de las magistraturas y la administración de justicia. En ninguno de estos casos es justo fiarse a la improvisación la cual evidentemente tendrá que darse en una comunidad excesivamente numerosa. En este caso además les será fácil a los extranjeros y a los metecos participar de la ciudadanía ya que sin dificultad podrán pasar inadvertidos a causa del exceso de población.

Es manifiesto en consecuencia que el límite perfecto de la ciudad consiste en la mayor población que puede ser para la autosuficiencia de la vida; y tal que pueda fácilmente ser de una visión sintética.

Sea pues nuestra conclusión en lo tocante a la magnitud de la ciudad.

Lo mismo más o menos es aplicable al territorio. En lo que concierne a su

calidad es claro que cualquiera aprobaría de preferencia al que más pueda bastarse a sí mismo (y que éste será necesariamente el que produzca de todo, ya que la autosuficiencia consiste en tenerlo todo y no carecer de nada). En feracidad y magnitud la tierra debe ser tal que permita a sus habitantes vivir holgadamente una vida ociosoliberal con templanza. Si apreciamos o no correctamente este límite lo veremos después con mayor precisión cuando hagamos mención en general de la propiedad. En esta materia hay muchas controversias debido a que los hombres tienden a uno y otro de los extremos de la vida unos a la sordidez y otros a la molición. En cuanto a la configuración del terreno si bien en ciertos puntos debe confiarse a los expertos en estrategia no es difícil decir (que debe ser acceso penoso para el enemigo y de salida fácil para los ciudadanos). A más de esto y así como dijimos que la población debe ser fácilmente accesible a la mirada así también el territorio y que pueda abarcarse en una mirada quiere decir que pueda ser fácilmente defendido.

Aristóteles posteriormente alude a la posición estratégica de la ciudad para hacer irradiar la defensa militar de todo el territorio. Evidentemente que no procede hoy en día lo que asevera Aristóteles en virtud de la avanzada materia militar espacial.

Montesquieu profundiza extraordinariamente su estudio tanto en los efectos del clima como en los puramente territoriales en relación a la vida política.

*"De las leyes con relación a la naturaleza del terreno. La bondad de las tierras de un país determina su dependencia. La gente del campo que forma en todas partes la mayoría del pueblo no es tan celosa de su libertad, la ocupa demasiado en sus labores y no piensa más que en sus negocios particulares. Un campo sembrado o una abundante cosecha, temen el pillaje y el paso de un ejército. Donde está el partido bueno, le decía Cicerón a Atico, no será el de la gente del campo y el del comercio a no ser que tomemos por enemigo de las instituciones a los que miran con indiferencia las formas de gobierno con tal que se le deje tranquilos. El suelo estéril de Atica fue la causa de que allí se estableciera el gobierno popular, como en Lacedonia se estableció el gobierno aristocrático por la fecundidad del terreno. Porque en aquellos tiempos no se quedaría en Grecia el gobierno de uno solo, ahora bien el gobierno aristocrático es el que más se asemeja. Los países fértiles son llanos en los que no puede oponerse al más fuerte una resistencia eficaz, hay que someterse a él. Y luego de establecida su dominación ya el espíritu de libertad no se recobra, la riqueza rústica es prenda de fidelidad. Pero en los países montañosos puede conservarse lo poco que se tiene, la libertad; es decir el gobierno del que se goza es el único bien que merece defenderse. Reina pues más libertad en los países quebrados y ásperos que en los más favorecidos por la naturaleza. Los montañeses conservan un gobierno más moderado porque están menos impuestos a invasiones y conquistas se defienden*

*con facilidad y no se les ataca fácilmente, el país no suministra nada lleva a él las provisiones de boca y la guerra cuesta mucho. Por consiguiente siendo más difícil atacarlo resultan entre ellos punto menos que inútiles la leyes cuyo objeto es la seguridad del pueblo". (19)*

Cuales son los países más cultivados. Los países no están cultivados en razón de su fertilidad sino en razón de su libertad y dividiendo la tierra con la imaginación veremos asombrados que casi siempre se hallan desiertos los campos más fértiles y llenos de poblados los más ingratos terrenos. Es natural que un pueblo deje un país malo por otro bueno mas bien que el dejar el bueno por el bueno por el otro malo. Así es que las invasiones que dirigen no de un país malo otro peor sino de los favorecidos por la naturaleza, a los más indicados para ser felices; y como la invasión y la conquista acompañan siempre la devastación resulta que las mejores tierras son a menudo las más despobladas en tanto que los países del norte permanecen habitados precisamente por ser casi inhabitados.

Otros efectos de la fertilidad o esterilidad de las tierras. La esterilidad de un país hace a los habitantes industriosos trabajadores, sufridos, sobrios valientes, aptos para la guerra porque necesitan ingenjarse para buscar lo que el país les niega. La fertilidad produce un ejemplo completamente contrario tienen con la abundancia la decidia, la inactividad y más apego a la vida.

*(19) Montesquieu, El Espíritu de las Leyes. Traducción de Siro García del Mazo. Titulo I Madrid. Librería General de Victoriano Suárez. Preciados 48. Año 1906. Libro XIV. pp. 329 Libro XVII. cap. VII Libro XVIII.*



De los pueblos insulares. Los pueblos de las islas son más liberales que los del continente. Suelen ser pequeño el territorio insular siendo por lo tanto mas difícil que una parte del pueblo quiera oprimir a la otra, la defiende el mar que separa las islas de los grandes imperios invasores y es un obstáculo para la conquista.

Con límites bien marcados por la naturaleza, tienen mas vivo el sentimiento de su personalidad y conservan mas fácilmente sus leyes y costumbres.

De los países formados por la industria de los hombres. Los países que la industria humana ha hecho habitables y que necesitan de la misma industria para poder existir, se inclinan desde luego al gobierno moderado, tres principalmente, los países que están en dicho caso. Las dos hermosas provincias de kiagnan y Tchekiang en el imperio Chino Egipto y Holanda.

De las obras de los hombres. Los hombres con su trabajo sus cuidados y sus buenas leyes, han transformado la tierra mejorando sus condiciones de habitabilidad. Hoy vemos ríos que corren por donde se estancaban formando pantanos y lagunas; es un beneficio que no le produjo la naturaleza y lo conserva.

Cuando los persas eran dueños de Asia, concedieron a los que llevasen agua a sitios que no hubieran regado en ningún tiempo, la propiedad de aquellos sitios por cinco generaciones y como el monte Tauro nacen multitudes de arroyos no ahorraron gastos para encauzarlos y aprovecharlos bien. Hoy tienen agua abun-

dante en sus campos y sus huertos. Así como las acciones destructoras ocasionan males que duran más que ellas también hay acciones industriosas, productores de bienes que les sobreviven.

El terreno de América. La causa de que haya tantos pueblos salvajes en América es que allí produce la tierra, sin cultivo muchos frutos que sirven para la alimentación. Con escasos cultivos obtienen las mujeres su cosecha de maíz en torno de su cabaña. La caza y la pesca son el principal recurso de los hombres. Además, abundan en América los animales que pacen, bueyes, búfalos, etc...

Del número de hombres en relación con la manera de vivir. Veamos la proporción en que están los hombres en las naciones que no cultivan la tierra. El producto de una tierra cultivada, como el número de salvajes en la primera es a la de labradores en la segunda cuando los habitantes son cultivadores de la tierra y cultivan a la vez las artes, la población sigue una ley proporcional.

Del derecho de gentes que cultivan la tierra. Estos pueblos, no viviendo de un territorio demarcado, se disputarán los terrenos incultos como entre nosotros hay disputas por los lindes, y les sobran motivos de querrela. Así tendrán ocasiones de guerra, harto frecuentes por la caza, por la pesca, por los pastos, por rapto de esclavos, y como carecen de territorio, arreglarán sus cosas por el derecho de gentes rara vez por el Derecho Civil.

De las leyes civiles que no cultivan la tierra. La división de las tierras es lo que aumenta el volumen del Código Civil. Pocas leyes civiles necesitan las naciones donde no existe la división de tierra. Las Instituciones de estos pueblos deben llamarse costumbres más bien que leyes. Son gente entre las cuales no hay mejor autoridad que la de los viejos, que recuerdan las cosas pasadas; entre ellas no se distingue nadie por los bienes, sino por el consejo o por el brazo.

Del estado político de los pueblos que no cultivan la tierra. Estos pueblos gozan de la mayor libertad pues no siendo labradores no se encuentran aliados a la tierra son vagabundos, viven errantes, y si un jefe intentara mermar su libertad o buscarían otro se refugiarían en las selvas para vivir con sus familias en cabal independencia, entre ellos es tan grande la libertad del hombre que lleva consigo la del ciudadano.

Martínez de la Serna, en su Derecho Constitucional Mexicano afirma lo siguiente en relación a Montesquieu.

*"Asombra Montesquieu cuando trata lo relativo a los climas en relación con el territorio, el ser humano y la política; en efecto el autor del Espíritu de las Leyes da las bases para estudios antropológicos modernos. Advierte que en tierra cálida los habitantes tienden naturalmente a la pereza mientras que en los fríos los*

*pueblos son industriosos y con mucho vigor físico. Es interesante señalar que habla de que a la tercera generación una raza vigorosa de clima frío al pasar a tierra caliente se debilita. Parece retratar lo que hoy se dice de los europeos en Hawai y de los europeos en América Latina y específicamente del español en México, que ya ha perdido la fuerza de carácter y de laboriosidad. (20)*

Rousseau por su parte nos dice lo siguiente: "No toda forma de gobierno es propia a todo país. No siendo la libertad fruto de todos los climas no está por tanto al alcance de todos los pueblos cuyo producto no compensa el trabajo deben ser habitados por pueblos bárbaros porque toda política en ellos sería imposible los lugares en donde el exceso de la producción es mediana, conviene a los pueblos libres y aquellos cuyo terreno abundante y fértil produce mucho con poco trabajo demanda ser gobernados monárquicamente para que el lujo de príncipe consuma el exceso de lo superfluo para los súbditos por que vale más que este exceso sea absorbido por el gobierno que disipado por los particulares. Hay excepciones lo sé pero estas confirman la regla produciendo tarde o temprano revoluciones que restablecen el orden natural de las cosas.

*Cuando más próximos están de la línea ecuatorial de menos viven los pueblos. No comen casi carne, el arroz, el maíz, el mijo y la caza constituyen su alimento ordinario existen en las Indias millones de hombres cuya nutrición no cues-*

(20) Martínez de la Serna Juan Antonio. Derecho Constitucional Mexicano. Edit. Porrúa S.A. México, D.F. P. 397.

ta un centavo diario.

Los alimentos son mucho más sustanciosos y suculentos en los países cálidos siendo ésta una tercera diferencia que no puede dejar de influir en la segunda. A esta diferencia de observaciones puedo añadir otra que se deriva de ellas y que la confirman, y que es que los países cálidos tienen menos necesidad de población que los fríos pudiendo sin embargo alimentar mas que estos, lo cual produce un superfluo doble siempre en ventaja del despotismo. Mientras mayor es la extension de terreno que ocupa un número determinado de habitantes, más difícil se hacen la revoluciones, puesto que su concierto no puede efectuarse, como es preciso rápida y secretamente, siendo fácil para el gobierno descubrir los conatos y cortar las comunicaciones pero cuando más se estrecha un pueblo numeroso menos posibilidad de usurpación".(21)

(21) Rousseau. El Contrato Social. Edit. Porrúa "Sepan Cuantos", n. 113, pp 42 a 45

## DANTE ALIGHIERI (22)

Nos dice Emerton, que las enseñanzas de Marsilio son muy completas, pero tan sutiles en la reforma de la Iglesia que lo han postergado o minimizado.

Marsilio, es odiado por sus críticos defensores del sistema existente, porque él ha sido quien ha puesto el dedo sobre la llaga de la civilización europea en la Edad Media.

Dante Alighieri y Santo Tomas, ambos coinciden en la concepción del Estado como un organismo necesario designado básicamente para mantener entre los hombres esa condición de paz ordenada, sin la cual los legítimos objetivos del deseo humano no pueden estar asegurados; los dos también coinciden en que la sociedad humana es un reflejo del orden divino.

Para Santo Tomas la función del Estado, está sujeta en último análisis, a la constante revisión de sus actos por el poder de la Iglesia, y, ese derecho de supervisión, está centrado en el Papa.

Dante en cambio, cree que la supremacía de Roma, fue sólo una parte de la representación divina, en el gobierno de la comunidad cristiana.

En Dante, la soberanía del imperio es clara e indiscutible.

(22) *Gariou Lagrange. Historia de la Iglesia. Apuntes de Cátedra. Universidad Gregoriana Roma*  
*Martínez de la Serna Esteba.*

En su tratado De Monarquía, trata, no sólo como se cree, de la cuestión del gobierno monárquico, comparado solamente con otras formas de gobierno, sino que también lo trata como única forma y como modelo de gobierno para todos los Estados.

Quiere Dante un Imperio, como el Imperio Romano de los primeros tiempos de Roma.

Dante en su primer libro de la Monarquía aboga por una única y universal soberanía para el mundo. Dice, el gobierno de uno es mejor que el gobierno de muchos porque se ajusta mas a la ley de la naturaleza y porque se ajusta mejor a los fines por los cuales la sociedad existe. Estos fines son principalmente la paz y la justicia.

La paz es posible solamente bajo el control de un supremo príncipe; esto no quiere decir que los otros principados deben ser abolidos. Las diversidades de gobierno son una necesidad porque producen diferentes deseos, que en caso de conflicto deben ser regulados por algun tribunal superior.

La justicia entre los elementos en conflicto solo es posible cuando no se tiene interés en el asunto, tal poder es el Emperador porque siendo el supremo gobernante no tiene ningún interés en los conflictos en cuestión.

El Emperador representa en las cosas de este mundo el principio de la caridad

cristiana. por la cual es capaz de mantener la paz y distribuir justicia; en esto pues Dante coincide con Aquino.

Concluye Dante muy cristianamente diciendo que Cristo escogió para el tiempo de su aparición en la tierra, la soberanía imperial (Romana) reconocida por todo el mundo.

La Monarquía pues por derecho propio pertenece a Roma.

Roma además tiene derecho al supremo gobierno porque los romanos han sido los más nobles de los pueblos, como se muestra por la genealogía de Aeneas, quien derivó su origen de los orígenes más nobles del antiguo mundo.

Roma ganó su poder por medios milagrosos, probando su especial cuidado de Dios para su preservación y expansión. Sus guerras fueron emprendidas por el bien de la humanidad sus fines por tanto son justos y los fines siendo justos, son por tanto también justos sus medios.

Los Romanos fueron creados para gobernar, por lo tanto ellos han cumplido su destino.

Finalmente Cristo al nacer bajo el reinado de Roma y al aceptar Cristo la muerte por el mismo gobierno de Roma, ha probado Roma su derecho a gobernar.



El poder imperial es independiente; Dios solo deriva su derecho a regular los quehaceres de la cristiandad. El Imperio existió antes que la Iglesia.

La donación de Constantino de la sede de Pedro subyace con derecho imperial.

La suprema transferencia de poder realizado por la Iglesia del oriente al occidente en la persona de Carlo Magno (bajo este emperador; la supremacía era papal) fué imposible, porque no existió base legítima para trasladar ese poder; de aquí pues la necesidad de un doble liderazgo: el espiritual y el temporal, siendo muy importante que los electores del Sacro Imperio Romano Germánico, no fuerontales electores sino heraldos cuya función fué proclamar la decisión de la divina providencia, Dante repudia toda sumisión del Imperio al Papado.

El Emperador está obligado a mostrar filial atención a la persona del Papa, pero no sujeción.

Dante no concibe pues un gobierno teocrático.

El gobierno espiritual y temporal debe ser armonizado por medio del gobierno temporal, el cual tiene origen y cometidos divinos.

## MARSILIO DE PADUA <sup>(23)</sup>

El ideal en caso de conflicto para alcanzar la paz y la justicia, se contiene en la Biblia y en el sabio consejo de los filósofos del mundo clásico. Es en la lucha de investiduras donde se ubica la postura de Marsilio, específicamente según Emerton en la pugna de los "fraticelli" con Juan XXII; toma partido Marsilio con los postulados de pobreza evangélica de los "fraticelli" o "franciscanos espirituales". Marsilio es a la vez teórico y político, se le ha querido considerar seguidor del pensamiento del notable filósofo y franciscano inglés Williams of Ockam, también se ha dicho que el "Defensor Pacis" lo hizo en coautoría con Jean de Jandun.

Enrique VII Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico pierde la lombardía en 1313, a su muerte le sucede Luis de Baviera, el cual derrota a Federico de Austria, quien contaba con el apoyo de Juan XXII.

Marsilio fué adverso a Juan XXII, por tanto, fué partidario de Luis de Baviera.

El Papa Juan XXII lanzó bulas contra el Emperador Luis de Baviera y contra Marsilio y Jandun motivo por el cual se tiene por cierta la coautoría del libro.

Marsilio nace en Padua probablemente alrededor del año 1270, de buena familia; se va a Paris. Estudia derecho romano en Orleans. Fué rector de la Sorbona

(23) *Garrion Lagrange. Idem. p. 83*

de Paris en 1312. En 1326 llega a Nuremberg, en donde lógicamente es bienvenido por el Emperador Luis de Baviera a cuyo servicio permanece, le toca a Marsilio asistir militarmente a Luis de Baviera quien peleó contra el papado asentado en Avignon.

Algo muy interesante en Marsilio es que mucho después de su muerte, historiadores de Padua encontraron elementos para afirmar que en la reconciliación del Emperador Luis de Baviera y Juan XXII aquel prometió disciplinar a Marsilio, lo cual fue conseguido, elevando a Marsilio a la categoría de Arzobispo de Milán,

Su latín no es con mucho clásico, pero sí de una claridad extraordinaria. Su libro "Defensor Pacis" está dividido en tres dictiones "tres decires".

La obra está dedicada a Luis de Baviera y la duda surge en el sentido de saber si fué hecha por su encargo o no, lo cual permanece en duda.

Para Emerton no hay la contradicción que se le atribuye en la relación a Democracia y derecho imperial, pues este último derecho imperial está legitimado en el pueblo.

Ley es para Marsilio lo que representa la justicia y tiene como característica la coactividad; es un "praeceptum coactivum". El Estado es para Marsilio un organismo vital, designado para asegurar a los hombres aquellas garantías de orden, y libre desenvolvimiento de su capacidad, lo cual lo debe conducir hacia el

supremo bien. Debe haber gobernantes, pero sujetos al control de la ley.

En la coactividad de la ley está todo el argumento de Marsilio. Sólo el poder con jurisdicción coercitiva puede propiamente tener la aplicación de la ley.

Todo el Defensor Pacis hace la distinción entre el poder espiritual y el poder temporal.

El poder temporal no debe invadir al espiritual y si el poder espiritual invade como ha invadido al poder temporal el remedio está en delinear lo mejor posible la división de los dos tipos de autoridad tal división se oscurece parte por la persistente agresión del clero y parte por la indiferencia o ignorancia de toda la comunidad de cristianos.

Algo espectacular de Marsilio, es cuando se pregunta de donde proviene la ley que debe sostener el balance entre las conflictivas pasiones, de la Sociedad humana. No es para Marsilio ningún derecho divino, ninguna sabiduría superior de sociedad alguna, sino el cuerpo entero de ciudadanos, o de su mayoría actuando por propia deliberación declarada en asamblea general de ciudadanos y determinando que o que no deba hacerse.

Existe una polémica en torno a la traducción de la expresión latina "pars valentior"; pars partis de la tercera declinación significa parte, valens valentis sus-

tantivo también de la tercera declinación significa, "el que vale así pues la traducción literal sería; "la parte de los que valen" cuyo significado semánticamente sería "la parte más importante", lo cual hace relación a un sector aristocrático. Ahora bien, Emerton traduce "pars valentior" como "mayoría" "valentior" es el comparativo de "valens". Para unos pues "pars valentior" es la mayoría, entre ellos Emerton, y para otros es solo la parte más importante de la sociedad, nosotros estamos de acuerdo con Martínez de la Serna, afirmando que no hay duda del significado latino de "valens" es decir "el que vale" "el valioso" por tanto no compartimos que "pars valentior" signifique "mayoría", pero como tampoco Marsilio se refiere en manera alguna a la "parte aristócrata" de la sociedad, debido a que es un gran demócrata. Martínez de la Serna piensa que hace clara referencia a la "parte competente" de la sociedad, es decir a los que están calificados para votar, descartando pues la aristocracia, pero admitiendo restricciones en el voto lo cual es lógico, la falta de edad, la falta de lucidez mental, la falta de ciudadanía, la falta de nacionalidad etc. etc. Así lo da a entender cuando habla de la elección de emperador, en efecto afirma que éste debe ser elegido por la sociedad, por la "valentior" parte de la sociedad, aclarando que son los más calificados de la sociedad.

En cuanto a la convocatoria del concilio, afirma Marsilio, que corresponde al cuerpo de creyentes y no al obispado de Roma, o sea el Papa, ni al colegio de

cardenales los cuales dice, están demostrando que se guían muchas veces por intereses egoístas, como lo demuestran sus decretos legislativos.

Para Marsilio el proceso legislativo debe ser así, primero los expertos en la ley deben formularlos, segundo, se debe remitir a los ciudadanos para su aceptación o rechazo, tercero, si hay observaciones justas regresarse a los expertos, cuarto, estos volver a considerar lo que hay que corregir. Sólo asta entonces habrá ley.

El gobernante debe someterse a la ley y esta ley debe contar con fuerza armada; para que el gobernante cuente con acción ejecutiva amplia; sin olvidar que la mayoría popular es la base de su acción ejecutiva.

El Estado es un organismo viviente con fuerza directiva y miembros ejecutivos.

Marsilio, médico, estructura al Estado como un cuerpo humano, primero nos dice que en la naturaleza existe un principio generador, como el corazón que da vida al resto. En la sociedad ese corazón puede ser el alma colectiva (ánima) esta ánima o alma colectiva debemos darle la (forma) estableciendo todas las partes de Estado. En la forma está el gobierno (principatus) el cual representa la universalidad de la ley, y su función es administrar justicia, expedir órdenes y ejercer la administración general.

El calor del cuerpo, lo compara con el espíritu colectivo.

El poder ejecutivo es preciso en Marsilio, debe tener fuerza armada, para que tenga acción ejecutiva eficaz por eso para él, la ley debe ser coercitiva la administración de justicia y la administración general, también son muy claras en Marsilio.

En cuanto al problema de la Monarquía hereditaria o electiva, afirma que está más de conformidad con la perfección.

En cuanto a la soberanía mundial y unidad mundial de Gobierno (civiliter vivientium) Santo Tomas y Dante en su tratado "De Monarchia" son decididos partidarios, no así Marsilio quien dice que la naturaleza tiende más bien a la multiplicidad que a la unidad, hace referencia al Imperio Romano y afirma que sus partes o unidades voluntariamente se someten a una supremacía general.

La paz es para Marsilio el libre intercambio de actividades de los ciudadanos, su mutua protección contra toda asechancia del exterior y la participación de todos en las ventajas de la vida en común.

Al analizar Marsilio el aspecto temporal y espiritual, aspecto que es medular en la teoría del Estado medieval, analiza primero la supuesta transmisión de poder por parte de Constantino al Papa Silvestre lo cual dió la supremacía del Papa sobre el Emperador Romano y abiertamente la sumisión del Sacro Imperio Romano Germánico al Papa. Esta hipótesis la vió con recelo Marsilio, y un siglo más tarde

la refuta Lorenzo Valla; la postura del Papado era que Cristo mismo siendo Dios había dejado como Vicario (hacer la veces de Cristo) a San Pedro y este a todos los demás Papas, así pues el papado arrebatava en nombre de Dios para gobernar en el mejor caso y para oprimir en el poder, en el peor.

Marsilio fiel a su costumbre analiza lo que es temporal y lo que es espiritual.

Temporal es lo que pertenece al uso y ventaja del hombre en este mundo; espiritual; -esto es lo difícil de precisar- enumera varios conceptos, primero toda la actividad incorporea, segundo, la ley divina los sacramentos, las virtudes teológicas, los dones del Espíritu Santo, etc... haciendo Marsilio una amplia descripción de todo lo que realmente es espiritual, refuta aquí Marsilio como espiritual la acción del clero, -no usa la palabra Iglesia porque ha demostrado que la Iglesia son todos los cristianos- referente a la presente vida, las propiedades del clero reales y personales y en general todos sus ingresos.

Otro poderoso argumento del Papado, es que todo lo espiritual es superior a lo temporal y que por eso ellos pueden decidir acerca de dar el poder a un Monarca o a otro.

Marsilio dice que ningún Papa ni cardenal, arzobispo, sacerdote o diácono tiene derecho a interferir en la soberanía o gobierno de Estado alguno.



Marsilio va a la raíz y se pregunta qué poder tuvo Cristo, verdadero Dios y verdadero hombre, sobre la faz de la tierra, se contesta; Cristo no vino a ser soberano temporal y además se sometió a las condiciones de este mundo por tanto sus apóstoles discípulos sucesores, obispos y presbíteros están excluidos de ese poder.

Solo el pueblo puede darle poder a los clérigos. En consecuencia la cuestión del "poder de las llaves" cuando Cristo le dijo a Pedro "te daré las llaves del Reino de los Cielos, y todo lo que ates en la tierra será atado en el cielo" Marsilio afirma que sólo opera este mandato en lo relativo a los sacramentos y la confesión en la cual por otra parte opera no la potestad del clérigo sino la gracia y poder de Dios; Marsilio llama al Papa simplemente Obispo de Roma y aquí muestra tal vez una de las mas fuertes críticas al papado, cuando el único poder que le reconoce es el de cualquier sacerdote, en la administración de los sacramentos y en su función instrumental de confesor de los pecadores arrepentidos, pero todavía va más allá y dice que si el pecador no puede confesarse de todas maneras debe dársele la absolución con tal de que cuando pueda se confiese, pues Dios es el único que perdona.

La importancia fué tal en el medievo, y aún hoy en día en ciertos países (España con Franco) los Monarcas con el privilegio del Patronato podían nombrar Cardenales Arzobispos y Obispos; la excomunión en cierto momento, significaba un

contrataque pues podía aplicarse a los propios gobernantes.

La importancia pues de quién puede excomulgar es enorme, para Marsilio el sacerdote que excomulgue, -para él el Papa es un simple sacerdote, con el cargo burocrático de Jefe u Obispo de los clérigos de Roma,- es como el carcelero que tiene las llaves de las prisiones; quién decide en el fondo es el cuerpo entero de los creyentes.

Por lo que respecta a las ofensas y transgresiones civiles de los clérigos, (carralia seu temporalia) como expertos en moral deben ser castigados con más rigor y por supuesto por el poder temporal.

Características esenciales en que el poder temporal tiene coercitividad y el poder espiritual carece de ella ya que según Marsilio, Cristo es el único que sabe quién ha transgredido la ley divina. Por ese mismo niega todo castigo a herejes o infieles.

Marsilio es tan enérgico en negar todo poder al Papa, a quien solo llama Obispo de Roma, que ni siquiera le concede poder sobre los demás obispos y eclesiásticos; para llegar hasta la raíz y destruir la "Donatio Petri" o sea la transferencia de poder de Constantino al Papa Silvestre, Marsilio niega la validez de la sucesión petrina y afirma que Pedro fué obispo de Antioquia por aclamación popular y que el resto de los Apóstoles lo fueron de otras regiones sin que Pedro haya tenido que

dar autorización, más aun llega que alguna vez siquiera, Pedro haya estado en Roma.

Haciendo alarde de democracia, Marsilio afirma que toda jerarquía eclesiástica tiene origen en la comunidad, en el pueblo o su legítimo y democrático representante; dice que la autoridad del obispado de Roma se debió a que en realidad San Paulo sí fué obispo de Roma, a la creencia de que Pedro también lo fué pero sobre todo a que debido al mayor prestigio y auténtica experiencia y conocimientos de los obispos de Roma, a ellos se dirigieron todas las consultas de los demás obispos, independientemente de que Roma era la principal ciudad.

Marsilio cree que un Concilio ecuménico es la suprema autoridad de la Iglesia y debe ser convocado por el pueblo, por la mayoría del pueblo para que así no se encubran los errores del Papa, cardenales y obispos, o mejor, para que si el Papa o los cardenales por intereses mezquinos no lo quisieran convocar, sea el pueblo mismo quien lo convoque y celebre, y así nos dice Marsilio, es más difícil que todo el pueblo esté corrompido, como si lo están a veces los papas, cardenales y obispos y cita el caso de un adolescente ignorante convertido obispo de importante ciudad.

El mismo pueblo debe también decidir acerca de los estatutos de la Santa Sede y de la elección de Papa. El pueblo en sus respectivas regiones y comunidades, y

sus representantes pueden ser electos o por razones numéricas o de clase social, (lo cual era clásico en el Siglo XIV.)

Veamos ahora el genial pensamiento de Aristóteles en su inmortal obra "LA POLITICA", capítulo quinto, que parece haber influido en el de Marsilio de Padua.

1.- Puesto que las palabras constitución y gobierno quieren decir la misma cosa, y dado que el gobierno es la autoridad suprema que ha de estar necesariamente en las manos de uno solo, o en las de varios, o las de multitud, se deduce que cuando uno solo, o varios, o la multitud usan de la autoridad en favor del interés general, la constitución es necesariamente pura y saludable; y que si se gobierna atendiendo al interés particular, es decir, en interés de uno solo, o de varios, o de la multitud, la Constitución es viciosa y corrompida. Porque, una de dos, o los ciudadanos participan del interés general o no participan de él.

2.- En las monarquías se acostumbra a dar el nombre de realeza a la que tiene por objeto el interés general: y el gobierno de unos cuantos hombres, con tal que no sea de uno solo, recibe el nombre de aristocracia, bien por estar la autoridad en manos de las personas más distinguidas, bien por usarlas éstas en beneficio del Estado y de los miembros del mismo. Por último cuando gobierna la multitud en el sentido del interés general, se da al gobierno el nombre de República nombre común de todos los gobiernos.

3.- Esta denominación es razonable, pues cabe en lo posible que uno solo o varios individuos adquieran notable superioridad en concepto de virtud: pero es difícil que la mayoría pueda llegar al más alto grado de perfección en todos los géneros de virtud, con excepción de la virtud guerrera, que se manifiesta por sí misma en la multitud. Así, en el gobierno, la primera autoridad está en las manos de los que combaten para proteger al Estado y por lo mismo tiene participación en la cosa pública todos los que tienen armas.

4.- Los gobiernos viciados son: la tiranía en la realeza, la oligarquía en la aristocracia, la demagogia en la República. La tiranía es una monarquía sin otro objeto que el interés del monarca; la oligarquía no tiende más que al interés de los ricos: la demagogia se preocupa únicamente del interés de los pobres. Ninguno de estos gobiernos piensa en la justicia ni se interesa por el interés general. Pero aquí dice Marcilio, debo detenerme un poco para decir algo más del carácter que distingue a cada uno de estos gobiernos, lo que no deja de ofrecer algunas dificultades. En toda investigación, el que profundiza como filósofo en lugar de examinar solamente el lado práctico, se acostumbra a considerarlo todo, sin desdeñar cosa alguna, sin omitir nada, sino mostrando la verdad entera.

5.- La tiranía, como dijimos, es una monarquía que ejerce un poder despótico sobre la sociedad política, la oligarquía hace dueños del poder a los que poseen

la riqueza; la demagogia, al contrario, da el gobierno a los más pobres. La primera dificultad proviene de la definición misma; pudiera ser que la mayoría compuesta de ricos, fuera dueña del Estado; en tal caso habría también demagogia, porque es demagogia el gobierno de la multitud. También pudiera ser que los pobres, no tan numerosos como los ricos pero más fuertes, se hicieran dueños del Estado; siendo los menos, diríamos en ese caso que gobernaba una oligarquía. Parece, por lo tanto, que no son acertadas las definiciones de los diversos gobiernos.

6.- Por otra parte, si combinando las condiciones de riquezas y pequeño número, y pobreza y gran número, se establecieron sobre esta base las denominaciones de los gobiernos, llamando oligarquía al de los ricos en número pequeño apoderados de las magistraturas, y demagogia al de los pobres en número crecido, se nos presenta asimismo otra dificultad. ¿Qué nombre daremos a los gobiernos de que hablamos, cuando los ricos son muchos y los pobres pocos en número? La verdad es que parece un poco difícil encontrar más formas de gobierno que las antedichas.

7.- La razón parece indicarnos que el predominio del mayor número el del número, menos son cosas puramente accidentales, tanto en la democracia como en la oligarquía, porque en todas partes los pobres son la inmensa mayoría y los ricos en escaso número. Por consiguiente, las causas de las diferencias que hemos dicho carecen de realidad: la diferencia verdadera entre la democracia y la

oligarquía no consiste en el número, sino en la riqueza o la pobreza. Cuando la riqueza da el poder, con mayoría o sin ella, hay oligarquía. Si el poder va a manos de los pobres, sea cual fuere su número, tenemos democracia. Pero ya hemos dicho que, generalmente los ricos son los menos y los pobres los más; la opulencia pertenece a algunos, la libertad a todos: tal es la causa de los eternos desacuerdos entre unos y otros acerca de la política.

8.- Hay que determinar los límites señalados a la oligarquía y a la democracia, y lo que una y otra consideran justo en esos límites. Porque todos los hombres llegan a cierto grado de justicia, pero no van más allá; no dice todo lo que es justo, hablando propia y absolutamente. Por ejemplo: parece que la igualdad sea justicia; lo es, en efecto, pero no para todos; no lo es sino entre iguales. También parece justicia la desigualdad; lo es, efectivamente, pero no para todos, sino entre aquellos que no son iguales. Se prescinde de esta distinción, sin que sepamos por quién, y se juzga mal. Sea quien fuere, siempre se juzga mal en causa propia; nadie es buen juez de sí mismo.

9.- De esto se deduce que si lo que es justo para ciertas personas ha sido determinado con perfecta precisión con relación a las cosas y con relación a las personas, tal como dijimos en el tratado de moral, se convendrá tal vez en la igualdad respecto a la cosa, pero discutirá en lo relativo a la persona, precisamente por la razón que hemos dado, esto es, que se juzga mal en causa propia, y

también porque cada uno por su parte viendo hasta cierto punto lo que es justo en absoluto lo que él ve y lo que dice, pues los unos, si no son iguales en algún sentido, en riqueza por ejemplo, dan por hecho que no son iguales, en ninguna cosa ni en concepto alguno, y los otros por ser iguales en algo, en libertad por ejemplo, se creen iguales en todo. Pero ninguna de las partes dice lo más esencial.

10.- Si la asociación y la comunidad no tuvieran por objeto otra cosa que enriquecerse, los asociados no deberían tener con el Estado más que una parte proporcional a lo que aportan cada uno; y entonces tendrían más fundamento el razonamiento de los partidarios de la oligarquía. Verdaderamente no es justo que el que no ha puesto en la asociación más que uno, tenga lo mismo que quien ponga ciento.

11.- Sin embargo, los hombres no han establecido la sociedad civil sólo para vivir, sino para vivir felices; de lo contrario, se podría dar el nombre de ciudad a una asociación de esclavos y aun de otros seres vivientes; y semejante asociación no merecería llevar tal nombre, puesto que se compondría de seres que no gozarían de la felicidad ni tendrían la facultad de vivir a su gusto. La sociedad civil no tiene tampoco por objeto una alianza ofensiva y defensiva para poner a cada uno y a todos al abrigo de las inclemencias y de las injusticias protegiendo los cambios y las relaciones de comercio, pues en tal caso los tirrenes, los cartagineses y otros pueblos unidos por tratados comerciales, deberían ser considerados como ciuda-



danos de un mismo Estado, ya que están ligados por alianzas y convenios que los garantizan contra toda clase de violencias y despojos, alianzas y convenios que se estipulan por escrito. Aparte de eso, no tiene magistraturas comunes para estos intereses; cada pueblo tiene sus magistrados, sin que se preocupen los unos de lo que hacen los otros; ni se ocupan tampoco en averiguar la conducta ni el concepto de los ciudadanos contratantes, con tal que cada pueblo no cometa injusticia lesiva para el otro. Todos los que piensan en dictar buenas leyes, sólo atienden a la virtud o a la corrupción política. Claro es que la virtud debe ser el primer cuidado de un gobierno que quiere ser digno de este nombre. De no ser así, la asociación política se convierte en una simple alianza militar entre pueblos distantes, con lo cual la ley no es más que una mera convención; es, como el sofista Licofrón ha dicho, una garantía mutua de todos los derechos, pero una garantía incapaz de hacer a los ciudadanos mismos buenos y virtuosos.

12.- He aquí la prueba evidente de lo que decimos. Si con el pensamiento reuniéramos diversas localidades en una sola; si, por ejemplo, encerráramos dentro de los mismos muros las ciudades de Megara y de Corinto, no por eso habríamos hecho una sola ciudad aunque se diera a los habitantes el derecho de unirse en matrimonio contrayendo así los lazos más estrechos de la sociedad civil. Y aún suponiendo a los hombres separados unos de otros en una vecindad que les permita comunicarse, pero con leyes que las obliguen a no hacerse daño los unos

de los otros, en sus tratos y contratos, siendo uno carpintero, otro zapatero, labrador el otro; suponiendo que sean diez mil, sin nada más de común entre ellos que una alianza defensiva en caso de ataque y los intercambios corrientes, eso no será tampoco una ciudad.

13.- ¿Por qué razón? Ciertamente no es que los lazos que los asocian no sean bastante estrechos. Si semejante reunión es de tal naturaleza que cada uno mire su casa como una ciudad y que la unión no sea más que una liga para rechazar la injusticia y la violencia, no puede dársele el nombre de ciudad, puesto que, examinándolo bien, en unión que parece más bien separación. Queda, pues manifiestamente demostrado que lo constitutivo de la ciudad no es el vivir en los mismos lugares, ni el no hacerse ningún daño, aunque todas estas condiciones debe concurrir necesariamente para que la ciudad exista, pero no bastan, no constituyen por sí solas el carácter esencial de la ciudad. La única asociación que fundamenta la ciudad es la que hace compartir a las familias y a sus descendentes la ventura de una vida independiente y al abrigo de la necesidad.

14.- Pero esa dicha no puede lograrse sin vivir en el mismo y único lugar ni sin recurrir a los casamientos; he aquí lo que ha dado motivo en los Estados a las alianzas de familia, a las hermandades, a los sacrificios comunes y a los festejos consiguientes. Todas las instituciones son resultado de una mutua benevolencia: es la amistad lo que lleva a los hombres a la vida social. El objeto del Estado es la

felicidad de la existencia; todas las instituciones tienen por objeto la felicidad. Y la ciudad es una asociación de familias y poblados para gozar juntos de una vida feliz e independiente. Para algunos, la vida feliz consiste en vivir en la virtud; por lo tanto habrá que admitir que el objeto de la sociedad política no es la vida común únicamente, sino producir y fomentar las acciones honestas y virtuosas.

15.- En consecuencia, los que más contribuyan a formar una sociedad encaminada a tal fin tiene más importancia en el Estado que los que, iguales o superiores en otras libertades y en nacimiento, son desiguales en virtud política, o bienes más acaudalados y menos virtuosos. Eso prueba que los que discuten sobre las diferentes formas de gobierno sólo en parte dicen la verdad.

## MAQUIAVELO

La visión de Maquiavelo es fría y objetiva, nada nos ofrece desde un punto de vista valorativo; sólo se conforma con la observación aguda acerca de la realidad, percatándose de que solo repartiendo las funciones y evitando el poder absoluto, puede existir buen orden, lo que no le impide recomendar al Príncipe que busque el poder absoluto.

Sin embargo, de indudable importancia para la Concepción teórica del Estado es Nicolás Maquiavelo, de quien Héctor González Uribe nos refiere lo siguiente: "Originario de Florencia y secretario de la República. Sagaz observador de las realidades políticas de su tiempo y a la vez enamorado de la Historia. La situación política Italiana era de división y anarquía, existían cinco Estados grandes: el ducado de Milán, la República aristocrática de Venecia, la República de Florencia, los Estados Pontificios y el Reino de Nápoles. Ningún poder, era suficiente grande para unir a toda la península Italiana que era fácil presa al alcance de las manos de franceses, españoles y alemanes. Libertinaje, desenfreno, crueldad, egoísmo, ausencia de escrúpulos morales. La fuerza y la astucia son las claves del éxito. De una sociedad en la que el individuo se encuentra solo sin más motivos ni intereses que los proporcionados por su propio egoísmo.

Obras: Sus obras políticas más importantes fueron El Príncipe y los Discursos

sobre la primera década de Tito Livio comenzados ambos y en gran parte terminados en 1528."

Ambos libros presentan aspectos del mismo problema, las causas del auge y decadencia de los Estados, y los medios por los cuales pueden los estadistas hacer que perdure. El Príncipe trata de las monarquías o gobiernos absolutos y los Discursos se ocupan principalmente de la expansión de la República Romana.

Los escritos políticos de Maquiavelo pertenecen más a la literatura Diplomática que a la teoría política. Da por supuesto naturalmente que la política es un fin en sí. La razón de Estado es la norma y a ella se subordinan todos los medios. La finalidad de la política es conservar y aumentar el poder político y lo que importa es que tenga éxito, independientemente de la moralidad de los medios de que sirva. A Maquiavelo le interesa más bien la mecánica del gobierno y las medidas políticas y militares, y las separa casi por completo de toda consideración religiosa, moral o social. Su obra es más bien amoral que inmoral, separa la política de la ética.

El secularismo de Maquiavelo está cerca del aristotelismo naturalista de Marsilio de Padua. No puede llamarse científica a su obra. Es de un empirismo práctico. No siguió un método histórico aunque sus ejemplos están tomados del pasado. Su método es la observación guiada por la astucia y el sentido común. No desarrolló sus teorías políticas de modo sistemático.

## JOHN LOCKE (25)

Ningún publicista estimó mejor que Locke el principio de la libertad. No consiste éste principio en el derecho de hacerlo todo, porque tal derecho no es otra cosa que el derecho del más fuerte. La libertad es el derecho de hacer uso de los derechos naturales bajo la garantía de la ley. Para Locke es el pueblo el que instituye el poder legislativo, y que éste una vez instituido es soberano, lo cual no implica que el pueblo abdique en esta institución, porque el pueblo que instituye un gobierno para que le proteja, no puede abandonar todo derecho en manos de él. Tan pronto como la sociedad se constituye queda armada de muchos poderes esenciales a su existencia 1o. El poder de determinar las ofensas, la compensación, la reparación y la pena, lo cual constituye el poder legislativo. 2o. El poder de ejecutar las leyes haciendo cuanto sea conveniente para la protección de los intereses particulares y públicos, lo cual es el poder ejecutivo. 3o. El poder de concertar la paz y declarar la guerra, que constituye el denominado poder confederativo, unido ordinariamente al ejecutivo.

El principio de la sociedad civil es y no tiene más remedio que serlo, el consentimiento común, porque siendo libres originariamente los hombres, no pueden ser sometidos a una dominación cualquiera sino con su pleno consentimiento. Como

(25) John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Edit. Nacional. Cap. III p. 330, Madrid 1970. De la Peña José 1933. p. 195 y ss.

puede apreciarse, según Locke la sociedad civil posee tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el confederativo; de estos el supremo y soberano es el legislativo que prescribe reglas para todas las acciones.

Al poder legislativo incumbe dirigir el empleo de la fuerza de la república para la preservación de ella y de sus miembros y pudiendo las leyes que habrán de ser de continuo ejecutadas y cuya fuerza deberá incesantemente proseguir, ser despachada en breve tiempo, no será menester que el poder legislativo sea ininterrumpido pues holgarán a las veces los asuntos, y también por que podría ser sobrada tentación para la humana fragilidad capaz de usurpar el poder que las mismas personas a quienes asiste la facultad de legislar, a ellas unieron la de ejecución para su particular ventaja cobrando así un interés distinto del que al resto de la comunidad competiera, lance contrario al fin de la sociedad y gobierno, así pues en las Repúblicas bien ordenadas donde el bien del conjunto es considerado como se debe el poder legislativo se halla en manos de diversas personas, las cuales debidamente reunidas, gozan de por sí o conjuntamente con otras, el poder de hacer las leyes, más hechas estas de nuevo se separan y sujetos quedan a las leyes que hicieron ellos mismos, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce a cuidar de hacerlas por el bien público, pero por disponer las leyes de una vez y en brevísimo tiempo, de fuerza constante y duradera, y de necesitar de perpetua ejecución o de especiales servicios no será necesario que exista un poder

ininterrumpido que atiende a la ejecución de las leyes en vigencia, y esté en fuerza permanente, así acaese que aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el ejecutivo.

Otro poder existe en cada República, al que pudiere llamarse natural, porque es el que corresponde al poder que cada hombre tuvo antes de entrar en sociedad, porque aunque en una República sean sus miembros personas distintas todavía cada cual relativamente al vecino, y como tales les gobiernen las leyes de la sociedad, con todo, con referencia al resto de la humanidad forman un solo cuerpo, exactamente como cada uno de sus miembros se hallaba cuando en estado de naturaleza convivió con el resto de los hombres, de suerte que las contiendas sucedidas entre cualquier hombre de sociedad con los que estuvieran fuera de ella se hallan a cargo del público, y en agravio causado a un miembro de este cuerpo compromete a los demás en su reparación de suerte que así considerada, toda la comunidad no es más que un cuerpo en estado de naturaleza con respecto a los demás estados o personas no pertenecientes a ella.

Tal facultad contiene el poder de paz y guerra, ligas y alianzas y todas la transacciones con cualquier persona y comunidad ajena a tal República y puede llamársele federativa si ello se gustare, mientras la esencia sea comprendida.

Esos dos poderes, ejecutivo y federativo, aun siendo realmente distintos en sí



mismos porque el uno comprende la ejecución de las leyes interiores de sociedad sobre sus partes, y el otro el manejo de la seguridad de intereses públicos en el exterior con la seguridad de cuanto pudiere favorecerles o perjudicarles, se hallan, sin embargo siempre unidos, y aunque este poder federativo puede ser, a su manejo bueno o malo, de extraordinario momento para la República, es harto menos capaz de obedecer a las leyes positivas permanentes y antecedentes que el ejecutivo, y así precisa fijar a la prudencia y sabiduría de aquellos en cuyas manos se haya que atentos al bien público lo dirijan, porque las leyes que consiernen a los súbditos entre sí, para dirigir sus acciones, bien podrán proceder las pero lo hecho con referencia a extranjeros mucho depende de las acciones de ellos, y la variación de propósitos y de intereses debe ser en gran parte encargada a la prudencia de quienes detentan este poder que con su mejor capacidad lo empleen en el provecho de la República.

Los poderes federativo y ejecutivo de cada comunidad son en sí realmente distintos, difícilmente cabrá separarlos y ponerlos al mismo tiempo en manos de distintas personas. Porque ambos requieren la fuerza de la sociedad para su ejercicio, y es casi impracticable situar la fuerza de la comunidad política en manos distintas y no subordinadas o que los poderes ejecutivo y federativo sean asignados a personas que pudieran obrar por separado.

## MONTESQUIEU (26)

Montesquieu.- Descendiente de una familia de parlamentarios bordeoses, estudió Derecho y fué admitido como consejero en el parlamento de burdeos en 1714, heredando más tarde de su tío, el cargo de presidente a mortier, dividido su tiempo desde entonces entre Burdeos y Paris, en donde publicó sus Cartas Persas en 1721. Gracias al éxito obtenido se le eligió para la Academia Francesa en 1728. Inmediatamente llevó a cabo un viaje por Austria, Italia, Alemania e Inglaterra donde permaneció hasta 1732. De regreso a Francia publicó sus Consideraciones Sobre Las Causas de la Grandeza de los Romanos y de su Decadencia, dedicándose a la redacción del Espíritu de las Leyes, que apareció en Ginebra en 1748 y en un año alcanzó 22 ediciones. La idea fundamental del libro es que todas las leyes son relativas y variables y que los diversos regímenes sólo pueden subsistir, si se produce la sumisión de los ciudadanos a sus principios específicos: el miedo, el honor, o la virtud, Montesquieu estableció también igual que Locke, una doctrina de la separación de los poderes, que inspirara las diversas constituciones democráticas, monárquicas o constitucionales del futuro.

No se necesita demasiada honradez para que un gobierno monárquico o un gobierno despótico se mantenga o se sostenga. La fuerza de las leyes en uno, el brazo del espíritu siempre amenazante en otro, regulan o contienen todo. Pero en

(26) Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Edit. Tecnos, Cap. IV 1965 p. 200.

un estado popular hace falta un resorte más que se encuentra en la virtud.

Considera Montesquieu que lo que dice se confirma en el cuerpo entero de la historia, y aparece muy conforme a la de las cosas, porque está claro que en una monarquía en la que quien hace ejecutar las leyes se entiende por encima de las leyes, no es tan necesaria la virtud, como en un gobierno popular, en el que quien hace ejecutar las leyes se da cuenta de que él mismo está sometido a ellas y que tiene que soportar su peso.

También es claro que el monarca que, debido a un mal consejo o por negligencia, deja de ejecutar las leyes, fácilmente puede reparar el mal, solo tiene que cambiar de consejo o corregirse de la misma negligencia, pero cuando en un gobierno popular se dejan de ejecutar las leyes, como esto solo puede darse debido a la corrupción de la República, el Estado se encuentra perdido.

En el siglo pasado se produjo un hermoso espectáculo, viendo los importantes esfuerzos de los ingleses para establecer entre ellos la democracia, como quienes tenían parte en los asuntos no poseían ninguna virtud y su ambición parecía irritada por el éxito de aquel que había sido más arriesgado, y debido a que el espíritu de la otra, el gobierno cambiaba sin cesar; el pueblo extraño buscaba la democracia y no la encontraba en ninguna parte, finalmente después de muchos problemas de choques y de revueltas, fué necesario basarse en el mismo gobierno que se

habla proscrito.

Cuando Sila quiso devolver la libertad a Roma, esta ya no pudo recibirla, solo le quedaba un pequeño resto de virtud y como cada vez le quedara menos, en lugar de despertarse después de César, Tiberio cayó, Nerón cada vez se encontró más esclavos; todos los golpes caían sobre los tiranos, pero ninguno sobre la tiranía.

Los políticos griegos, que vivían en un gobierno popular, no reconocían otra fuerza que pudiera sostenerlos que la de la virtud, los de hoy solo saben hablar de manufacturas, comercio de riqueza y hasta de lujo.

Cuando ha cesado esta virtud, se instala la ambición en los corazones que pueden recibirla y en los de todos la avaricia. Los deseos cambian de objeto; aquello que se deseaba ya no se quiere, se era libre con las leyes y se quería ser libre en contra de ellas, cada ciudadano se muestra como un esclavo escapado de la casa de su dueño, a lo que era propuesto se le llama rigor, lo que era regla se llama sujeción, y lo que era atención toma el nombre de temor. La frugalidad se ha convertido en avaricia pero no en deseo de tener. Entonces el bien de los particulares era el tesoro público, pero ahora el tesoro público se convierte en el patrimonio de los particulares. La República es una mortaja y su fuerza no consiste más que en el poder de algunos ciudadanos y en la licencia de todos.

Así como se precisa necesaria la virtud en el gobierno popular, lo es igualmente

en la aristocracia, aunque es cierto que en esta no se le requiere absolutamente.

El pueblo, en relación con los nobles, es lo mismo que los súbditos en relación con el monarca, aparece contenido por sus leyes, por lo tanto no hay tanta necesidad de virtud como tiene el pueblo en la democracia; mas ¿cómo será posible contener a los nobles? aquellos que tengan que llevar a cabo las leyes contra sus colegas, se darán cuenta que están actuando contra sí mismos, por lo tanto la virtud es necesaria en este cuerpo, debido a la naturaleza de la constitución.

Por sí mismo el gobierno aristocrático tiene cierta fuerza de la que carece la democracia. Los nobles forma un cuerpo, el cual por sus prerrogativas y por su interés particular, reprime al pueblo, es suficiente con que haya leyes para que éstas se cumplan en relación con ellos.

(Es grande la influencia de Aristóteles en Montesquieu, hemos visto en Aristóteles el énfasis que pone precisamente a este respecto. Aristóteles nos dice que cuando la aristocracia no gobierna para el bien común sino para ellos mismos, entonces ésta misma se corrompe y degenera en oligarquía. Aristóteles es pues fuente de inspiración de los grandes iluministas, entre los cuales ciertamente está Montesquieu.)

Pero así como es fácil a este cuerpo reprimir a los demás, le resulta difícil reprimirse a sí mismo, tal es la naturaleza de esta constitución que parece colocar

a las mismas personas bajo la potencia de las leyes y sin embargo no resulta así.

Pero un cuerpo de esta naturaleza solo puede reprimirse de dos maneras; o mediante una gran virtud que logre que los nobles se sientan de alguna manera iguales a su pueblo, con lo cual puede lograrse una gran república, o gracias a una virtud menor, es decir, cierta moderación que haga que los nobles se sientan por lo menos iguales a sí mismos, dando como resultado su conservación.

De ahí que la moderación sea el alma de estos gobiernos, la entiendo fundándose en la virtud, no procediendo de la cobardía o de la pereza de espíritu.

El gobierno monárquico supone, como ya hemos dicho preeminencias, rangos e incluso una nobleza de origen. La naturaleza del honor consiste en exigir preferencias y distinciones; y por esto mismo se encuentra situado en este gobierno.

La ambición resulta perniciosa en una república, produce buenos efectos en la monarquía, proporciona viveza a este gobierno y se encuentra una ventaja que ya no es peligrosa, porque se puede reprimir continuamente.

Direis que es lo mismo en el sistema del universo, donde existe una fuerza de pesadez que los devuelve a él, el honor hace que se muevan todas las partes del cuerpo político, enlazándolas por su propia acción de donde resulta que cada cual consigue el bien común, creyendo pretender conseguir sus intereses políticos

## PARTICULARES.

Es cierto que hablando filosóficamente, es un falso honor el que mueve a todas las partes del Estado, pero este falso honor es útil al público, como lo sería el verdadero a los particulares que pudieron tenerlo.

Así como en una república se necesita la virtud y en una monarquía el honor, se necesita el temor en un gobierno despótico; en cuanto a la virtud no es necesario el honor, sería peligroso para él.

El inmenso poder del príncipe pasa todo entero a quienes él confía. Gentes capaces de estimarse mucho entre sí, se encontrarían en posibilidad de provocar revoluciones. Por lo tanto es necesario que el temor acabe con todas las energías y apague el menor sentimiento de ambición.

Un gobierno moderado, puede sí lo quiere y sin peligro, debilitar sus resortes. Sigue manteniéndose gracias a sus leyes y a su fuerza propia. Pero cuando en el gobierno despótico el príncipe deja por un momento de mantener el brazo amenazante; cuando no puede cambiar inmediatamente con quienes ocupan los primeros lugares todo está perdido; el recurso del gobierno, que es el temor, desaparece y el pueblo ya no tiene ningún protector.

Aparentemente parece que fué en este sentido como los cadís sostuvieron que el gran señor no estaba obligado a mantener por su juramento la palabra, cuando

tales cosas pudieran limitar su autoridad.

Es conveniente que el pueblo sea juzgado por las leyes y los grandes por la fantasía del príncipe. Que mientras la cabeza del último súbdito permanezca segura, están expuestos la de los bachás. No puede hablarse sin horror de estos gobiernos monstruosos. El de Persia destronado por Miriveís, vio como caía el gobierno antes de la conquista, por no haber derramado bastante sangre.

La historia cuenta de las horribles crueldades de Domiciano; espantaron a los gobernadores hasta el punto de que el pueblo pudo restablecerse un poco bajo su maldad. De esta forma un torrente que destruye todo por un lado, deja por el otro los campos intactos en los que puede verse a lo lejos algunas praderas.

Cicerón estima que el establecimiento de los tribunos de Roma fué la salud de la república. En efecto, dice, la fuerza del pueblo que no tiene un jefe es mucho más terrible. Un jefe se da cuenta de que el asunto recae sobre él, y lo piensa; pero el pueblo en su impetuosidad, no se da cuenta de los peligros sobre los que se precipita. Esta reflexión puede aplicarse más a un estado despótico, que a un pueblo sin tribunos; y a una monarquía, en la que el pueblo tiene en una forma u otra sus tribunos.

De ahí que veamos en todas sus partes, que en las actuaciones del gobierno despótico; el pueblo conducido por sí mismo lleva siempre las cosas más lejos de



lo que pueden ir, cuando comete desórdenes estos son extremados, mientras que en las monarquías las cosas raramente se llevan hasta el exceso. Los jefes temen por sí mismos, tienen miedo de ser abandonados; las potencias intermedias dependientes no quieren que el pueblo se destaque demasiado. Es raro que las órdenes del estado se encuentren totalmente corrompidas. El príncipe vela por estas órdenes; y los revoltosos, que no tienen ni la voluntad ni la esperanza de acabar con el estado, no pueden ni quieren acabar con el príncipe.

En estas circunstancias, las gentes que tiene sabiduría y autoridad procuran entremeterse; se aprecian los temperamentos, se establecen arreglos, se corrige; las leyes vuelven aparecer con todo su vigor y se hacen oír.

Por esto todas nuestras historias, están llenas de guerras civiles sin revolución, pero las de los estados despóticos están llenas de revoluciones sin guerras civiles.

El gobierno despótico tiene por principio el temor; pero a los pueblos tímidos, ignorantes y decaídos no les hacen falta muchas leyes.

En ellos todo debe reposar sobre dos o tres ideas, por eso no hace falta que haya novedades. Cuando estais instruyendo a una bestia, os cuidais muy bien de que no cambie de dueño, de elección o de ritmo, machacais su cerebro con dos o tres ademanes y nada más.

Cuando el príncipe está encerrado no puede salir de la estancia de la voluptuosidad sin que hiera a todos los que lo mantienen en ella. Estos no pueden permitir que su persona y su poder pasen a otras manos. De ahí que raramente haya la guerra en personas y que tampoco se atreva a hacerla a través de sus subordinados.

Un príncipe semejante, acostumbrado a no encontrar en su palacio ninguna resistencia, se indigna de la que se le ofrece con las armas en la mano, por lo que de ordinario se ve llevado por la cólera o por la venganza, por otra parte no puede tener idea de lo que es la verdadera gloria. Aquí las guerras deben hacerse en todo su futuro natural y el derecho de gentes debería tener importancia menor que en otras partes.

Permanece escondido el príncipe y se ignora el estado en que se encuentra. Por fortuna los hombres de este país, son de tal naturaleza que sólo necesitan tener un hombre que los gobierne.

La conservación del Estado consiste en la conservación del príncipe o mejor dicho del palacio en el que está encerrado. Todo lo que no amanece directamente este palacio o la ciudad capital, no impresiona a los espíritus ignorantes, orgullosos y prevenidos; y cuando los sucesos se encadenan no pueden seguirlos, preverlos, pensar en ellos. La política sus resortes y sus leyes deben estar limitados y el

gobierno político aquí es tan sencillo como el gobierno civil.

Todo se reduce a conciliar el gobierno político y el civil con el gobierno doméstico, los oficiales del estado son los del serallo.

Un estado semejante se encontrará en mejor situación cuando pueda considerarse el único en el mundo, cuando esté rodeado de desiertos y esté separado de otros pueblos a los que llamará barbaros, al no poderse fiar en la milicia, será conveniente que destruya una parte de sí mismos.

Como el principio del gobierno despótico es el temor, su objetivo es la tranquilidad, pero esta no es la paz, es el silencio de sus ciudades a punto de ser ocupadas por el enemigo.

Al no residir la fuerza en el estado, sino en el ejército que lo ha fundado, para defender el estado habría que conservar este ejército, pero para el príncipe tal cosa es demasiado. ¿Cómo será posible conciliar la seguridad del estado con la seguridad de la persona?.

Después de todo lo enunciado, parecería que la naturaleza humana se rebelaría sin cesar contra el gobierno despótico, pero a pesar del amor de los hombres por la libertad y por encima de su odio contra la violencia, la mayoría de los hombres está sometido a él, esto se comprende fácilmente, para constituir un gobierno

hipótesis no tiene lógica interna Rousseau repetirá desdeñosamente la demostración: la alienación de los derechos reales se hace sin reserva, "y ningún asociado tiene nada que reclamar"; puesto que si les quedasen alguno derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiera dirigirlos, cada uno sería en cierta manera su propio juez y pretenderla, pronto, sería de todos.

"¿Puede pensarse -objeta Espinosa- que por este principio hacemos de los hombres esclavos?" Y se responde que lo que hace al esclavo no es la obediencia, sino el obedecer en provecho de un dueño. Si las órdenes se han dado en intereses del que obedece, éste ya no es esclavo, sino dueño. Pero, ¿cómo se puede tener la seguridad de que el soberano no considere jamás la utilidad del que manda, sino solamente la del que es mandado? ¿No es el medio más seguro que el soberano sea precisamente... el conjunto de sus súbditos? La solución está en la democracia, que se define así: *"La unión de los hombres en un todo que tiene un derecho colectivo sobre todo lo que está en su poder"*. (15)

Para Hobbes, los hombres, por su convención primitiva, se comprometieron a obedecer a un monarca o a una asamblea -y él mismo se inclinaba naturalmente hacia el monarca-. Para Espinosa, se comprometieron a obedecer a un rey, a los nobles o al pueblo, y él subrayaba las ventajas de la última solución. Para Rousseau no hay ningún género de opción: los hombres no pueden comprometerse a

(15) Espinosa. IDEM.

que tiene varios monarcas y que por su naturaleza es muy buena, casi todos estos monarcas están atados por las leyes. Pero cuando dejan de observarlas, se convierten en un estado despótico que tiene varios déspotas.

En este caso la república solo subsiste en relación con los nobles entre ellos solamente. Está en el cuerpo que gobierna y en el estado despótico, está en el cuerpo gobernado, lo que da como resultado los dos cuerpos más desunidos del mundo.

Así como las democracias se pierden cuando el pueblo despoja al senado, a los magistrados y a los jueces de sus funciones, las monarquías se corrompen cuando se van quitando poco a poco las prerrogativas a los cuerpos y los privilegios a los ciudadanos. En el primer caso se llega al despotismo de todos, en el otro al despotismo de uno solo.

Lo que perdió a las dinastías de Tsin y de Soui, dice un autor chino fue que en lugar de limitarse como los antiguos a una inspección general, la única digna de un soberano, los príncipes quisieron gobernar todo inmediatamente por sí mismos. El autor chino nos indica aquí la causa de la corrupción de casi todas las monarquías.

La monarquía se pierde cuando un príncipe cree que está demostrando más su poder al cambiar el orden de las cosas que al aceptarlo; cuando quita las funciones naturales de unos para entregarlas a otros arbitrariamente y cuando prefiere sus

fantasías a sus voluntades.

La monarquía se pierde cuando el príncipe, reportando todo así mismo, lleva el estado a su capital, la capital a su corona y la corona a su persona.

En fin, se pierde cuando un príncipe desconoce su autoridad, su situación y el amor a sus pueblos y cuando no se da bien cuenta de que un monarca debe juzgarse seguro, cuando un déspota tiene que creerse en peligro.

El principio del gobierno despótico se corrompe sin cesar, porque está corrompido por naturaleza. Los otros gobiernos decaen debido a algunos accidentes particulares que violan el principio; este se hunde debido a su vicio interior, cuando algunas causas accidentales no pueden impedir que se corrompa su principio. Por eso sólo se mantiene cuando circunstancias que proceden del clima, de la religión, de la situación o del genio del pueblo, le obligan a seguir alguna orden y a soportar alguna regla. Estas cosas fuerzan su naturaleza sin cambiarla; permanece su ferocidad; durante algún tiempo está domesticada.

Después de haberse dado algunos lineamientos sobre el análisis político de Montesquieu, podemos concluir que dicho teórico es el máximo expositor de la teoría de la división de poderes, para él la libertad solo puede encontrarse donde no se abuse del poder; pero una experiencia eterna nos enseña que todo hombre investido de autoridad, propende a abusar de ella no deteniéndose sino hasta que

encuentra límites. Para que no se abuse del poder, es preciso que por la disposición de las cosas, el poder refrene al poder. Toda la investigación de Montesquieu gira en torno a la libertad individual, considerando que hay en todos los Estados, tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil. Por el primero, el príncipe o magistrado hace leyes para algún tiempo o para siempre, y corrige o abroga las que ya existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga los pleitos de los particulares. Este último debe llamarse Poder Judicial, y el otro, simplemente Poder Ejecutivo del Estado.

Cuando el Poder Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo Cuerpo de Magistrados, no hay libertad porque puede temerse que el monarca o bien el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.

No hay tampoco libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo y del Ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa el poder de decidir de la vida y de la libertad de los ciudadanos, será arbitrario, porque el Juez será al mismo tiempo legislador, si está unido al Poder Ejecutivo, el Juez tendrá en su mano la fuerza del opresor.

(En México como sabemos los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la

Nación, son nombrados por el Presidente de la República y ratificados por el senado. Es decir los poderes ejecutivo y legislativo están unidos interfiriendo no sólo con el poder judicial, sino más aún creando o integrando al poder judicial en franca y abierta oposición a Montesquieu. Esta oposición se la debemos a la influencia del constitucionalismo norteamericano sobre el mexicano que como tantas veces imitamos por imitar hasta caer en la imitación extralógica de la que nos habla Gabriel Tarde.)

Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de próceres o de nobles, o del pueblo, ejerciera esos tres poderes; el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.

## **2.2 FUNCION EJECUTIVA**

Si el pueblo fue celoso de su poder legislativo, no lo fué tanto de su poder ejecutivo. Nos dice Montesquieu, se lo dejó casi entero al Senado y a los cónsules, no reservándose más que el derecho de elegir los magistrados y el de confirmar los actos del Senado y de los generales.

Roma, cuya pasión era mandar, cuya ambición era dominarlo todo, que siempre había sido usurpadora y lo era todavía, se hallaba continuamente mezclada en



difíciles empresas; o sus enemigos conspiraban contra ella, o ella conspiraba contra ellos.

Obligada a conducirse con valor heroico al mismo tiempo que con prudencia exquisita, el estado de cosas exigía que el Senado tuviera la dirección de todo. El pueblo le disputaba al Senado el poder legislativo, porque era celoso de su gloria.

Era tan grande la parte que se tomaba el Senado con el poder ejecutivo que, según Polibio, todos los extranjeros tenían a Roma por una aristocracia. El Senado disponía de los caudales públicos: Era el árbitro de las alianzas y negociaciones exteriores; decidía de la guerra y de la paz, a estos efectos dirigía a los cónsules, fijaba el número de las tropas aliadas; daba a las provincias y los ejércitos a los cónsules y los pretores, y al año de mando podía sustituirlos; concedía los honores del triunfo; enviaba embajadores y recibía Embajadas; nombraba reyes, los premiaba, los castigaba, los juzgaba, les daba o les quitaba el título de aliados del pueblo romano.

Los cónsules hacían las levadas de tropas que debían seguirles a la guerra, mandaban los ejércitos terrestres o marítimos; disponían de los aliados; ejercían en las provincias toda la autoridad de la república; daba la paz a los pueblos vecinos, les imponía condiciones, o los sometían a las que quisieran imponerles el Senado.

En los primeros tiempos cuando el pueblo tomaba alguna parte en los asuntos de la guerra y de la paz, ejercía más su poder legislativo que su poder ejecutivo: casi no hacía más que ratificar lo que habían hecho los reyes; y andando el tiempo los cónsules o el Senado. Lejos de ser el pueblo árbitro de la guerra, vemos que a menudo la emprendían los cónsules o el Senado a pesar de la oposición de los tribunos. Pero en la embriaguez de las prosperidades aumentó su poder ejecutivo. El mismo creó los tribunos para las legiones, que antes eran nombrados por los generales; y poco antes de la primera guerra púnica, se arrogó el derecho de declarar la guerra el solo.

Veamos ahora a John Locke en su libro "*Ensayo sobre el Gobierno Civil*" (27) nos dice respecto al poder ejecutivo.

A la facultad de legislar se ha unido "la de ejecución" para su particular ventaja cobrando así un interés distinto del que al resto de la comunidad compitiera, lance contrario al fin de la sociedad y gobierno, así pues en las Republicas bien ordenadas donde el bien del conjunto es considerado como se debe el poder legislativo se halla en manos de diversas personas, las cuales debidamente reunidas, gozan de por sí o conjuntamente con otras, el poder de hacer las leyes, mas hechas estas de nuevo se separan y sujetos quedan a las leyes que hicieron ellos mismos, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce a cuidar de hacerlas por el bien público,

(27) John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Edit. Nacional Cap. IV. 1969 p. 190.

pero por disponer la leyes de una vez y en brevisimo tiempo, de fuerza constante y duradera, y de necesitar de perpetua ejecuci3n o de especiales servicios o ser3 que exista un poder ininterrumpido que atienda a la ejecuci3n de las leyes en vigencia y est3 en fuerza permanente, as3 acaese que aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el ejecutivo.

### 2.3 FUNCION LEGISLATIVA

Ahora el c3lebre Charles Secondat, Baron de Montesquieu en su trascendental obra "*El Espiritu de las Leyes*". (28) En el capitulo XI se refiere a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en Roma.

En relaci3n a la funci3n Legislativa este es su pensamiento, No hab3a derechos que disputarse en el gobierno de los decenviros; pero al renacer la libertad, las rivalidades se reprodujeron; mientras los nobles conservaron algunos privilegios los plebeyos se los disputaron.

Si los plebeyos se hubieran contentado con privar a los patricios de sus privilegios, el mal no hubiera sido muy grave pero hasta en su calidad de ciudadanos llegaron a ofenderlos. Cuando el pueblo se reun3a por curias, por centurias, concurr3an senadores, patricios y plebeyos, en las discusiones, lograron los plebeyos

(28) Montesquieu. *El Espiritu de las Leyes*. Op. Cit. p. 211

que ellos solos pudieran hacer leyes, a las que se dió el nombre de plebiscitos; los comicios en que se hacían las leyes plebiscitarias se celebraban por tribus, y comicios por tribus se llamaban. Así hubo casos en que los patricios no tuvieron parte en el poder legislativo, como la tenía el último de los plebeyos; quedaron sometidos al poder legislativo de otro cuerpo del estado; fué un delirio de la libertad. El pueblo para establecer la democracia, con un poder tan exorbitante de la plebe parece que hubiera debido desaparecer la autoridad del Senado: no fué así, Roma tenía instituciones admirables; dos principalmente: la que daba al pueblo el poder legislativo y la que lo limitaba.

Los censores, y antes de ellos los cónsules creaban cada cinco años los cuerpos de la nación, los renovaban; puede decirse que legislaban sobre el cuerpo que tenía el poder de legislar.

Tiberio Graco censor, dice Cicerón transfirió los libretos a las tribus de la ciudad, no por el vigor de su elocuencia sino con una palabra, con un gesto; y si no lo hubiera hecho esta República que con tanto trabajo sostenemos hoy, ya no la tendríamos.

Por otra parte, el Senado tenía poder para arrancar digámoslo así, la República de las manos del pueblo nombrando un dictador, ante el cual bajaba la cabeza el pueblo soberano y enmudecían las leyes.

Sigamos ahora con John Locke en su versión del poder legislativo. (29)

Al poder legislativo incumbe dirigir el empleo de la fuerza de la República para la preservación de ella y de sus miembros y pudiendo las leyes que harán de ser de continuo ejecutas y cuya fuerza deberá incesantemente proseguir, ser despachada en breve tiempo, no será menester que el poder legislativo sea ininterrumpido pues holgarán a las veces los asuntos, y también porque podría ser sobrada tentación para la humana fragilidad capaz de usurpar el poder que las mismas personas a quien asiste la facultad de legislar.

PARLAMENTARISMO. - Por ser Inglaterra el país cuna del mismo y el que con mayor perfección lo practique veremos de él sus características más importantes.

El Modelo de Westminster. - Con este nombre se conoce el Sistema. La sede del Parlamento Británico, se encuentra instalada precisamente en el Palacio de este nombre, construido en 1840 en el mismo sitio que ocupare el anterior destruido por el célebre incendio que lo hizo desaparecer. Los principios fundamentales del Sistema Parlamentario, se designan con el nombre de "Modelo de Westminster" por la evidente razón de ser su sede.

Los lineamientos fundamentales de el Sistema Parlamentario son:

- 1.- Supremacía de la función legislativa sobre la función ejecutiva.

(29) John Locke. Op. Cit. p. 98.

2.- El Jefe del Estado es el Monarca, el Jefe de Gobierno es el Primer Ministro, conforme al viejo proverbio :La Reina reina pero no gobierna".

3.- El Primer Ministro debe pertenecer al Parlamento.

4.- Los Ministros son reponsables individual como colectivamente ante el Parlamento, es decir tiene una responsabilidad parlamentaria o como dicen otros autores, responsabilidad plebiscitaria, ya que en última instancia el pueblo es quien decide entre los conflictos del Gabinete con el Parlamento, mediante las elecciones extraordinarias seguidas a la disolución del Parlamento.

5.- La Supremacía la tiene siempre el Parlamento, el cual es, el legítimo representante del pueblo inglés.

6.- Los burócratas son independientes de los Partidos Políticos

## **2.4 FUNCION JUDICIAL**

Montesquieu maravillado por la independencia del poder judicial británico pensó en un poder judicial, a diferencia de Locke quien pensó en un poder federativo. Montesquieu es importante subrayarlo estructuró los tres poderes con la mira puesta en la realidad de Roma. Su pensamiento al respecto no fué estrictamente teórico, sino que exploró una realidad.

El poder de juzgar se le dió al pueblo, al Senado, a los Magistrados, a ciertos jueces. Conviene ver como fue distribuído.

Empieza por los asuntos civiles.

Extinguidos los reyes, juzgaron los cónsules, como después de los cónsules, juzgaron los pretores. Servio Tulio se había despojado de la jurisdicción en materia civil; los cónsules no la ejercían tampoco, salvo casos raros que por esa razón fueron llamados extraordinarios. Se contentaron con nombrar los jueces y formar los tribunales que debían juzgar.

El pretor formaba cada año una lista de los que él escogía para la función de jueces durante el año de su magistratura. De aquella lista, se tomaba, para cada proceso, el número suficiente de jurados; es casi lo mismo que ahora se practica en Inglaterra: y lo más favorable a la libertad, era que el pretor designaba los jueces con el consentimiento de los interesados. El gran número de recusaciones que pueden hacerse hoy en Inglaterra, son para las partes una equivalente garantía.

Los jueces designados entre los incluidos en la lista no decidían más que en las cuestiones de hecho. Las de derecho que exigen alguna mayor capacidad, se llevaban al tribunal de los centuviros.

Los reyes se habían reservado la jurisdicción en materia criminal; lo mismo los Cónsules. A consecuencia de esta autoridad el cónsul Bruto hizo morir a su hijos y a todos los jueces por los tarquinos. Era un poder exorbitante. Los Cónsules tenían el poder militar, y lo ejercían a veces en cuestiones de orden cívico; sus

procedimientos, despojados de las formas de la justicia, más que juicios eran actos de violencia. Estas violencias consulares dieron motivo para que se hiciera la ley Valeria, que concedía al pueblo el derecho de apelación contra todas las disposiciones de los cónsules cuando amenazaban la vida de un ciudadano cualquiera. Desde entonces ya no pudieron los Cónsules imponer una pena capital a un ciudadano romano sin la voluntad del pueblo.

Así vemos, en la primera conjuración para restablecer a los tarquinos, que el Cónsul Bruto juzgaba a los culpables; pero en la segunda se convoca al Senado y a los comicios para que juzguen. Las leyes sacras (así se les llamó) dieron tribunos a la plebe, los que formaron un cuerpo que al principio tuvo inmensas pretenciones. Tan excesivo fue en los plebeyos el atrevimiento en el pedir, como en el Senado la facilidad de conceder. La ley Valeria permitía que se apelara, es decir, al pueblo compuesto de senadores patricios y plebeyos. Los plebeyos entendían que el pueblo eran ellos solos, y establecieron que ante ellos solamente se apelara. En breve se planteó la cuestión de si los plebeyos podían juzgar a un patricio, disputa que surgió por una reclamación de Coriolano. Acusado éste por los tribunos para que fuera juzgado por el pueblo, sostuvo el acusado, contra el espíritu de la ley Valeria, que siendo patricio no podía ser juzgado más que por los Cónsules; y contra el espíritu de la misma ley pretendían por su parte los plebeyos que debía ser juzgado por ellos solos. Y ellos le juzgaron.



La ley de las Doce Tabas modificó esto. Ordenó que no podría sentenciarse a muerte a un ciudadano si no lo acordaba el pueblo. Así los plebeyos, o lo que es lo mismo, los comicios por tribus, ya no pudieron juzgar otros delitos que aquellos cuya pena no podía pasar de una multa pecuniaria. Se necesitaba de una ley para infligir una pena capital, para imponer una pena pecuniaria bastaba un plebiscito.

Esta disposición de la ley de las Doce Tabas fué sapientísima. Estableció una conciliación admirable del cuerpo de plebeyos y el Senado. Como la competencia de los unos y de los otros dependían de la gravedad de la pena y de la índole del delito, fue preciso que se concentraran ambos cuerpos.

La ley Valeria acabó con lo que en Roma quedaba del régimen antiguo, con todo lo que se asemejaba al gobierno de los monarcas griegos de los tiempos heróicos. Los Cónsules se encontraron sin poder para castigar los crímenes. Aunque todos los crímenes sean públicos, es menester distinguir los que interesan más a los particulares entre sí, de los que interesan más al Estado en sus relaciones con un ciudadano. Los primeros son crímenes privados los otros son crímenes públicos. El pueblo juzgó los crímenes de carácter público; respecto a los privados, nombró para cada delincuencia una comisión particular que designara a un cuestor para formar el proceso. Este cuestor podía ser uno de los Magistrados, algunas veces era un particular que el pueblo escogía. Se llamaba cuestor del parricidio. De él se hace mención en la citada ley de las Doce Tabas.

(Nos dice Montesquieu que aunque todos los crímenes sean públicos Roma distinguía los que solo interesaban a los particulares y por otra parte los que Roma como Estado Romano tenía interés. Esta distinción es muy lógica en Roma ya que el Estado Romano al hacer la diferencia entre derecho público y derecho privado, admitía que todo derecho público, aún cuando el derecho privado sólo atañe al interés de los particulares en cuanto que el derecho público atañe más bien al interés del Estado.)

El cuestor nombraba un juez y éste sacaba por sorteo los demás jueces que formaban el tribunal.

Bueno es que ahí hagamos observar la parte que tomaba el Senado en el nombramiento del cuestor, para que se vea cómo los poderes estaban en esto equilibrados. Algunas veces el Senado hacía elegir un dictador que designaba un cuestor, otras veces ordenaba que un tribuno convocara al pueblo para que lo nombrara por último, otras veces nombraba el pueblo un magistrado para que informara al Senado respecto a determinado crimen y el propusiera el nombramiento de un cuestor como sucedió en la causa de Lucio Escipión, según puede verse en Tito Livio.

El año 604 de Roma se declararon permanentes algunas de estas comisiones. Se dividió poco a poco la materia criminal en diversas partes a las que se dió

el nombre de cuestiones perpetuas. Para cada una de ellas hubo un pretor, al que se le daba por un año la facultad de juzgar los crímenes correspondientes; después de juzgarlos se iba a gobernar su provincia.

En Cartago, el Senado de los ciento se componía de jueces vitalicios, pero en Roma, los pretores lo eran por un año y los jueces ni por un año siquiera, puesto que se les nombraba para cada proceso. Ya hemos dicho en el capítulo VI, lo favorable que es a la libertad en ciertos gobiernos, esta disposición.

Los jueces pertenecían a la orden de senadores, de la cual salían; así fue hasta el tiempo de los Gracos. Tiberio Graco hizo ordenar que se les tomara en la orden de los équites; cambio tan considerable que el tribuno se alabó de haber, con tal medida, cortado los nervios a la orden de senadores.

Conviene hacer notar que los tres poderes pueden estar muy bien distribuidos respecto a la libertad de la Constitución, aunque lo estén menos bien respecto a la libertad del ciudadano. En Roma, donde el pueblo tenía mayor parte del poder legislativo, una parte del poder ejecutivo, y otra del juzgar, era una gran potencia que se hacía necesario equilibrar por otra. Es cierto que el Senado tenía también una parte del poder ejecutivo y alguna intervención en legislativo; pero esto no bastaba para neutralizar, digamoslo así, la omnipotencia del pueblo; era preciso que tuviera participación en el poder judicial, y la tuvo cuando los jueces fueron

elegidos entre los senadores. En cuanto los Gracos les quitaron a los senadores el poder de juzgar, ya no pudo el Senado resistir al pueblo, minaron la libertad constitucional por favorecer la libertad individual; pero ésta se perdió con aquella.

Resultados de estos males infinitos. Se cambió la Constitución en un tiempo que, por el fuego de las discordias civiles, apenas había Constitución. Los équitos no fueron ya la orden intermedia que unía el pueblo al Senado, y quedó rota la cadena de la Constitución.

Hasta había razones particulares que debían impedir la intervención en los juicios de los équitos. La Constitución de Roma estaba fundada en este principio: que debían ser soldados los que tenían bastantes bienes para responder de su conducta. Los más ricos formaban la caballería de las legiones. Pero acrecen toda la dignidad de estos équitos, no quisieron servir más que en aquella milicia y fue necesario reclutar otra caballería; Mario admitió en las legiones toda clase de gentes y se perdió la república.

Además, los équitos eran ávidos y explotaban la república; sembraban desgracias en las desgracias, hacían brotar necesidades públicas de las mismas necesidades públicas. Lejos de dar a aquella gente la facultad de juzgar, hubiera debido tenérsela sin cesar a la vista de los jueces. Digámoslo en alabanza de las antiguas leyes francesas; estas consideran a los hombres de negocios con tanta descon-

fianza como a los enemigos. Cuando en Roma fueron jueces los negociantes se acabó la virtud, desapareció la policía, no hubo equidad ni leyes ni magistraturas ni magistrados.

De esto encontramos una pintura ingenua en varios fragmentos de Diódoro de Sicilia y de Dion. Mucio Escévola, dice Diódoro, quiso que se volviera a las antiguas costumbres y que viviera cada uno con integridad. Sus predecesores habían constituido una sociedad con los tratantes, que eran a la sazón jueces en Roma y que habían llegado a las provincias todos los crímenes imaginables. Pero Escévola contuvo a los publicanos y puso presos a los demás.

Dios nos dice que Publio Rutilio, su lugarteniente, fue acusado de haber admitido dádivas y que se le condenó a una multa.

Inmediatamente hizo entrega de sus bienes de cuanto poseía, y así quedó probada su inocencia, pues tenía mucho menos de lo que le acusaban de haber robado y recibido y presentó sus títulos de propiedad. No quiso vivir entre aquella gente enredadora y se alejó de la ciudad.

Los Italianos, dice también Diódoro, compraban en Sicilia cuadrillas de esclavos que les labraban sus tierras y cuidaban de sus rebaños, pero les negaban el sustento. Los infelices no tenían más remedio que robar en los caminos, armados de lanzas, vestidos de pieles y rodeados de canes hambrientos como ellos

mismos. Toda la provincia fue devastada y los hijos del país no podrían decirse dueños de lo suyo fuera del recinto de las ciudades. No había ni procónsul ni pretor que pudiera ni quisiera oponerse a tal desorden, ni que se atreviera a castigar a unos esclavos que pertenecían a los que en Roma juzgaban. Esta fue, a pesar de todo, una de las causas de la guerra de los esclavos. No diré más que una cosa; una profesión que no tiene ni puede tener más fin que el lucro, una profesión que siempre pide y a la que nunca se le pide nada, una profesión insensible, sorda, inexorable, que acaba con las riquezas y empobrece a la miseria misma, no debía tener en Roma el derecho de juzgar.

Hasta aquí el pensamiento de Montesquieu.

John Locke como ya se ha insistido no pensó en la existencia de un poder judicial, en su lugar pensó en un poder federativo que regularía las relaciones internacionales que declarara la guerra hiciera la paz.

## CAPITULO III

### 3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

(CONSTITUCION DE CADIZ). (30)

Promulgada en Cadiz el 19 de Marzo de 1812, su importancia es múltiple; Consagró en lo que nos interesa la división de poderes y la Soberanía radicada en el pueblo; La nueva España era en terminología de la Constitución gaditana, parte de "Las Españas", La España del otro hemisferio.

Esta Constitución liberal por antonomasia fué de tal impacto que nuestro Zócalo capitalino fué solemnemente bautizado como Plaza de la Constitución de Cadiz.

La Revolución Francesa había hecho su influencia en España y en la otra España. La Nueva España.

La soberanía radicaba, en esta Constitución, en el pueblo, el ejecutivo en el Rey, el legislativo en la Cortes y el judicial en los Tribunales; aquí es menester recalcar en homenaje a la imparcialidad del poder judicial, lo que el artículo 243 ordenaba "ni las Cortes ni el Rey, podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales".

También conviene recordar que la Nueva España aportó el mayor número de diputados después claro está de la España metrópoli y peninsular: 20 en total de los cuales el diputado Gordoa y el diputado Pérez abrieron o cerraron las sesiones

(30) Tena Ramírez Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1985* Edit. Porrúa. México, D.F. P. 142

de aquella liberales Cortes de Cadiz.

La división de poderes pues, hizo su aparición en México por medio de la Constitución de Cadiz.

Esta Constitución revolucionaria fué en el sentido estricto de la palabra efímera, pero a cambio fué trascendental y esa trascendencia nos alcanza plenamente en las postrimerías del Siglo XX no sólo por el concepto de soberanía, sino por la vigencia del principio de División de Poderes.

Declamos que la Constitución de Cadiz fué efímera, en efecto, a menos de dos años de su promulgación se suprime, para reimplantarse ya prácticamente para unos meses nada más en 1820.

Naturalmente que siendo esta Constitución revolucionaria y liberal, tenia por grandes enemigos a las clases poderosas, entre las que se contaba a la jerarquía católica.

Recordemos que el Plan de la Profesa en el que participó Iturbide, proponía el desconocimiento de la Constitución de Cadiz, de las Cortes, argumentando que el Rey no la había jurado libremente, proponiendo dicho Plan de Indias.

Esta Constitución es también importante por la inmensa repercusión que tuvo



en la Constitución de Morelos.

La Constitución de Cadiz es pues, el antecedente histórico más importante en cuanto a la división de poderes. Como lo apunta Tena Ramírez: la Comisión Permanente es influencia de la Constitución de Cadiz. La Constitución de Cadiz la llamaba Diputación permanente, es interesante ver que hoy día muchas constituciones de los Estados también le llaman igual que en la Constitución de Cadiz, Diputación permanente.

#### FUNCION EJECUTIVA EN LA CONSTITUCION GADITANA (31)

(DE LA INVIOABILIDAD DEL REY  
Y DE SU AUTORIDAD.)

ART. 168.- La persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad.

ART. 169.- El Rey tendrá el tratamiento de Majestad Católica.

ART. 170.- La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.

ART. 171.- Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes

(31) *Constitución de Cadiz. Tena Ramírez Felipe. Leyes Fundamentales de México 1808-1985. Idem. Editorial porrua p. 61.*

y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes:

Primera: Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes.

Segunda: Cuidar de que en todo el reino se administre pronta y cumplidamente la justicia.

Tercera: Declarar la guerra, y hacer ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes.

Cuarta: Nombrar los magistrados de todos los tribunales civiles y criminales, a propuesta del Consejo de Estado.

Quinta: Proveer todos los empleos civiles y militares.

Sexta: Presentar para todos los obispados, y para todas las dignidades y beneficios eclesiásticos de real patronato, a propuesta del Consejo de Estado.

Séptima: Conceder honores y distinciones de toda clase, con arreglo a las leyes.

Octava: Mandar los ejércitos y armadas, y nombrar los generales.

Novena: Disponer de la fuerza armada, distribuyéndola como más convenga.

Décima: Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias, y nombrar los embajadores, ministros cónsules.

Undécima: Cuidar de la fabricación de la moneda, en la que se pondrá su busto y su nombre.

Duodécima: Decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública.

Decimatercera: Indultar a los delincuentes, con arreglo a las leyes.

Decimacuarta: Hacer a las Cortes las propuestas de leyes o de reformas que crea conducentes al bien de la Nación, para que deliberen en la forma prescrita.

Decimaquinta: Conceder el pase, o retener los decretos conciliares y bulas pontificias con el consentimiento de las Cortes, si contienen disposiciones generales; oyendo al Consejo de Estado, si versan sobre negocios particulares o gubernativos; y si contienen puntos contenciosos, pasando su conocimiento y decisión al Supremo Tribunal de Justicia, para que resuelva con arreglo a las leyes.

Decimasexta: Nombrar y separar libremente los secretarios de Estado y del Despacho.

ART. 172.- Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes:

Primera: No puede el Rey impedir, bajo ningún pretexto, la celebración de las Cortes en las épocas y casos señalados por la Constitución, ni suspenderlas ni disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones y deliberaciones. Los que le aconsejasen o auxiliasen en cualquiera tentativa para estos actos, son declarados traidores, y serán perseguidos, como tales.

Segunda: No puede el Rey ausentarse del reino sin consentimiento de las Cortes; y si lo hiciere, se entiende que ha abdicado la corona.

Tercera: No puede el Rey enajenar, ceder, renunciar, o en cualquier manera traspasar a otro la autoridad real, ni alguna de sus prerrogativas.

Si por cualquier causa quisiere abdicar el trono en el inmediato sucesor, no lo podrá hacer sin el consentimiento de las Cortes.

Cuarta: No puede el Rey enajenar, ceder o permutar provincia, ciudad, villa o lugar, ni parte alguna, por pequeña que sea, del territorio español.

Quinta: No puede el Rey hacer alianza ofensiva, ni tratado especial de comercio con ninguna potencia extranjera sin el consentimiento de las Cortes.

Sexta: No puede tampoco obligarse por ningún tratado a dar subsidios a ninguna potencia extranjera sin el consentimiento de las Cortes.

Séptima: No puede el Rey ceder ni enajenar los bienes nacionales sin consentimiento de las Cortes.

Octava: No puede el Rey imponer por sí directa ni indirectamente contribuciones, ni hacer pedidos bajo cualquier nombre, o para cualquier objeto que sea, sino que siempre los han de decretar las Cortes.

Novena: No puede el Rey conceder privilegio exclusivo a personas ni corporación alguna.

Décima: No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos.

Undécima: No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El secretario del Despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables de la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual.

Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan en arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que

dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacer la entrega a disposición del tribunal o juez competente.

Duodécima: El Rey antes de contraer matrimonio dará parte a las Cortes, para obtener su consentimiento, y si no lo hiciere, entiéndase que abdica la corona.

#### FUNCION LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCION GADITANA

En relación al Legislativo es también grande su influencia en nuestra Constitución, destaquemos dos grandes influencias, primero la fijación de contribuciones e impuestos y segundo la responsabilidad de los Secretarios del Despacho.

Es conocida la enorme importancia y trascendencia que tuvo la Constitución de Cadiz en el proceso independentista. En efecto tal Constitución fué un catalizador que aceleró los ánimos emancipadores, lo cual se debió sin duda a la libertad de imprenta que consagró la Constitución Gaditana. Dicha libertad de imprenta se consagró precisamente ahí en el poder ó función legislativa, en efecto fué una de las facultades de la Cortes el proteger tal libertad.

Veamos el Capítulo VII intitulado "De las facultades de las Cortes".

ART. 161.- Las Cortes extraordinarias se compondrán de los mismos diputados que forman la ordinarias, durante los dos años de su diputación.

ART. 162.- La diputación permanente de Cortes las convocará con señalamiento de día en los tres casos siguientes:

Primero: Cuando vacare la corona.

Segundo: Cuando el Rey se imposibilitare de cualquier modo para el gobierno, o quisiere abdicar la corona en el sucesor; estando autorizada en el primer caso la diputación para tomar todas las medidas que estimen convenientes, a fin de asegurarse de la inhabilidad del Rey.

Tercero: Cuando en circunstancias críticas y por negocios arduos tubiere el Rey por conveniente que se congreguen, y lo participare así a la diputación permanente de Cortes.

ART. 163.- Las Cortes extraordinarias no entenderán sino en el objeto para que han sido convocadas.

ART. 164.- Las sesiones de las Cortes extraordinarias comenzarán y se terminarán con las mismas formalidades que las ordinarias.

ART. 165.- La celebración de las Cortes extraordinarias no estorbará la elección de nuevos diputados en el tiempo prescrito.

ART. 166.- Si las Cortes extraordinarias no hubieren concluído sus sesiones en

el día señalado para la reunión de las ordinarias, cesarán las primeras en sus funciones, y las ordinarias continuarán el negocio para que aquellas fueron convocadas.

ART. 167.- La diputación permanente de Cortes continuará en las funciones que le están señaladas en los artículos 111 y 112, en el caso comprendido en el artículo precedente,

En relación al Poder Ejecutivo y que en la Constitución gaditana se hace contener en el Capítulo I intitulado "De la inmovilidad del Rey y de su autoridad" podremos observar muchas similitudes con nuestro actual artículo 89 Constitucional, de inmediato saltará a la vista la función Ejecutiva del Rey, cuando el dicho Capítulo se asienta "La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey".

Destaquemos también de la Constitución de Cadiz la facultad reglamentaria así como la facultad de nombrar y remover libremente a los Secretaríos de Estado y del Despacho, "nombrar y separar" dice la Constitución de Cadiz; nuestra Constitución dice "nombrar y remover", se escogió la palabra "remover" por la influencia norteamericana en nuestra Constitución, en inglés remover es "remove".

Pero mejor veamos la multiplicidad de semejanzas de dicho Capítulo con nuestro artículo 89. De las Facultades de las Cortes en la Constitución Gaditana.



ART 131.- Las facultades de las Cortes son:

Primera: Proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario.

Segunda: Recibir el juramneto al Rey, al Príncipe de Asturias y a la Regencia, como se previene en sus lugares.

Tercera: Resolver cualquier duda, de hecho o de derecho, que ocurra en orden a la sucesión a la corona.

Cuarta: Elegir Regencia o Regente del reino cuando lo previene la Constitución, y señalar las limitaciones con que la Regencia o el Regente han de ejercer la autoridad real.

Quinta: Hacer reconocimiento público del Príncipe de Asturias.

Sexta: Nombrar tutor al Rey menor, cuando lo previene la Constitución.

Séptima: Aprobar antes de su ratificación los tratados de alianza ofensiva, los de subsidios y los especiales de comercio.

Octava: Conceder o negar la admisión de tropas extranjeras en el reino.

Novena: Decretar la creación y supresión de plazas en los tribunales que establece la Constitución; e igualmente la creación y supresión de los oficios

públicos.

Décima: Fijar todos los años, a propuesta del Rey, las fuerzas de tierra y de mar, determinando las que se hayan de tener en pie en tiempo de paz, y su aumento en tiempo de guerra.

Undécima: Dar ordenanzas al ejército, armada y milicia nacional en todos los ramos que los constituyen.

Duodécima: Fijar los gastos de la administración pública.

Decimatercera: Establecer anualmente las contribuciones e impuestos.

Decimacuarta: Tomar caudales a préstamo en casos de necesidad, sobre el crédito de la Nación.

Decimaquinta: Aprobar el repartimiento de las contribuciones entre las provincias.

Decimasexta: Examinar y aprobar las cuentas de la inversión de los caudales públicos.

Decimaséptima: Establecer las aduanas y aranceles de derechos.

Decimaoctava: Disponer lo conveniente para la administración, conservación

y enajenación de los bienes nacionales.

Decimanovena: Determinar el valor, peso, ley, tipo y denominación de las monedas.

Vigésima: Adoptar el sistema que se juzgue más cómodo y justo de pesos y medidas.

Vigesimaprimera: Promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan.

Vigésimasegunda: Establecer el plan general de enseñanza pública en toda la Monarquía, y aprobar el que se forme para la educación del Príncipe de Asturias.

Vigésimatercera: Aprobar los reglamentos generales para la policía y sanidad del reino.

Vigésimacuarta: Proteger la libertad política de la imprenta.

Vigésimaquinta: Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demás empleados públicos.

Vigésimasexta: Por último, pertenece a las Cortes dar o negar su consentimiento en todos aquellos casos y actos, para los que se previene en la Constitución ser necesario.

## FUNCION JUDICIAL EN LA CONSTITUCION GADITANA

Respecto al poder judicial o función jurisdiccional, debemos enfatizar lo que ya hemos apuntado, es decir la absoluta imparcialidad de dicho poder y su separación del Ejecutivo y Legislativo. En efecto el Artículo 243 consagra al judicial como una auténtica función autónoma cuando dispone "ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer, en ningún caso, las funciones judiciales".

No creemos necesario reproducir el capítulo "De los Tribunales" concerniente al poder judicial. Sin embargo mencionemos algo de singular interés, en efecto, dentro del capítulo "De los Tribunales" o sea del poder o función judicial, se crea como parte de la Corte del Rey, Como parte de la Monarquía, la existencia de un Supremo Tribunal de Justicia, correspondiendo a las Cortes (poder legislativo) determinar el número de magistrados; finalmente dentro de las atribuciones de dicho Supremo Tribunal de Justicia está la de conocer el famosísimo y necesarísimo Juicio de Residencia. Veamos:

ART. 259.- Habrá en la Corte un tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia.

ART. 269.- Las Cortes determinarán el número de magistrados que han de componerle, y las salas en que han de distribuirse.

ART. 261.- Toca a este Supremo Tribunal:

Primero: Todas las competencias de las audiencias entre sí en todo el territorio español, y las de las audiencias con los tribunales especiales que existan en la Península e islas adyacentes. En Ultramar se dirimirán estas últimas según lo determinaren las leyes.

Segundo: Juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho, cuando las Cortes decretaren haber lugar a la formación de causa.

Tercero: Conocer de todas las causas de separación y suspensión de los consejeros de Estado y de los magistrados de las audiencias.

Cuarto: Conocer de las causas criminales de los secretarios de Estado y del Despacho, de los consejeros de Estado y de los magistrados de las audiencias, perteneciendo al jefe político más autorizado la instrucción del proceso para remitirlo a este Tribunal.

Quinto: Conocer de todas las causas criminales que se promovieren contra los individuos de este Supremo Tribunal. Si llegare el caso en que sea necesario hacer efectiva la responsabilidad de este Supremo Tribunal, las Cortes, previa la formalidad establecida en el artículo 228, procederán a nombrar para este fin un tribunal compuesto de nueve jueces, que serán elegidos por suerte de un número doble.

Sexto: Conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposición de las leyes.

Séptimo: Conocer de todos los asuntos contenciosos pertenecientes al real patronato.

Octavo: Conocer de los recursos de fuerza de todos los tribunales eclesiásticos superiores de la Corte.

Noveno: Conocer los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254. Por lo relativo a Ultramar, de estos recursos se concederán en las audiencias en la forma que se dirá en su lugar.

Décimo: Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes.

Undécimo: Examinar las listas de las causas civiles y criminales, que deben remitirle las audiencias, para promover la pronta administración de justicia, pasar copia de ellas para el mismo efecto al Gobierno, y disponer su publicación por medio de la imprenta.

### 3.2 FUNCION EJECUTIVA (PRESIDENCIALISMO)

La función distingue dos criterios: la finalidad de la doctrina quiere distinguir lo esencial y valga el simplismo lo no esencial. Se considera que un acto es formal cuando solamente se atiende su procedencia, en cambio será material cuando se atienda su propia naturaleza. Estos dos criterios son de gran utilidad para comprender la colaboración de poderes. Como lo veremos y ejemplificaremos más adelante.

México siempre ha vivido constitucionalmente bajo el Sistema Presidencial, marcado así la hegemonía del titular del Poder Ejecutivo, los llamados matices parlamentarios son tan débiles que a veces llegan a ser irrisorios, como es el caso del Refrendo Secretarial, consignado en el artículo 92, Const. pues si el Secretario se negara a refrendar los Actos del Presidente ordenados por el 92 ipso facto sería removido por el Presidente.

La influencia presidencial la recibe México también por los mismos canales; Norteamérica y sobre todo España con el absolutismo Monárquico y a partir de la Constitución Gaditana, con la monarquía Constitucional, raigambre tan poderosa la hispánica que todavía hoy, aflora con exageración en el sistema.

Manifestación Vigorosa del Presidencialismo.- El Ejecutivo Federal revela su primacía primero por ser el único que radica en un solo individuo, conforme el

artículo 80. Lo que le da gran fuerza le da contrastante con la titularidad de la función legislativa federal, que es colegiada ocurriendo lo mismo con la rama judicial federal cuya titularidad, es pluripersonal. A la inversa del parlamentarismo, en el presidencialismo el ejecutivo tiene supremacía sobre el legislativo.

Colaboración Legislativa del Ejecutivo Federal. - En segundo lugar se manifiesta la gran fuerza Presidencial por la facultad de iniciar leyes conforme al artículo 71 Fracción I de nuestra Ley Fundamental.

Nuestra vida político-constitucional es objeto de un abuso de esta fracción ya que es más del 90% de nuestras leyes se inician con el Poder Ejecutivo, postergando prácticamente a la Inexistencia a Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, y todavía más a las legislaturas de los Estados, quienes disfrutan también del goce y ejercicio de este derecho consagrado en el mencionado precepto.

En tercer lugar por la facultad Presidencial de vetar las leyes conforme al artículo 72.

En cuarto lugar contemplamos también a un Ejecutivo Poderoso porque para superar el veto Presidencial, la Constitución exige que ambas Cámaras aprueben el proyecto desechado por el Ejecutivo con una mayoría rígida de dos terceras partes del total de votos, según lo previene el propio artículo 72 en su inciso (c).



En quinto lugar por la facultad reglamentaria acorde con el artículo 89 Fracción I.

La base reglamentaria en cuanto a precisión no resultó afortunada, cosa contraria sucedió en anteriores Constituciones en donde sí con claridad se consiguió. Salvo especulaciones teóricas, nadie objetó de inconstitucional la citada fracción.

En sexto lugar el Ejecutivo vuelve a exhibir su fuerza por la expedición de los decretos conforme al artículo 92.

Estos participan de la naturaleza material legislativa de los actos de autoridad. Pero además son también expedidos por el Congreso de la Unión conforme al artículo 70. Los emanados del titular Ejecutivo, se apoyan constitucionalmente en igual forma que la expedición de los Reglamentos. Tratándose de los Decretos del Congreso, el Presidente los puede iniciar conforme al 71 Constitucional.

Considerando esta práctica constitucionalmente ortodoxa, ya que el Reglamento al igual que el Decreto, participa del ingrediente esencial de toda ley, a saber: La generalidad, a la que se suele agregar abstracción e impersonalidad, que no son sino ángulos de un mismo concepto. La generalidad. Pensamos que no existe diferencia entre Ley y Decreto, atribuyendo a éste último, la característica de estar dirigido a ciertos grupos de gobernados, a ciertos lugares y a ciertos tiempos, porque lo mismo podría decirse de la ley, confundiendo así la hipótesis normativa,

siendo ambos de alcance general y pudiendo los dos estar proyectados a ciertos grupos, lugares y tiempos, todo depende de quienes, cuando y donde se realice la hipótesis normantiva. La generalidad alcanza a todos aquellos que se encuadran en la mencionada hipótesis, y aunque pueda dirigirse a ciertos grupos, lugares o tiempos no necesariamente tiene que proyectarse en ellos. Por eso pues apreciamos correcta la trayectoria que se sigue en nuestra realidad en el sentido de que el Ejecutivo Federal inicia Decretos del Congreso, o los expida él mismo con fundamento en la Fracción I del 89 Constitucional.

En séptimo lugar los Acuerdos Presidenciales desde luego los que poseen naturaleza legislativa, equiparable a los decretos.

En octavo lugar las Ordenes Presidenciales contenidas en el artículo 92. Según el contexto del propio precepto, creemos, estos sí tienen naturaleza legislativa. Aquí se presenta un fenómeno a la inversa del anterior, pues teniendo vida en la Constitución poca tienen en la realidad, pues quedan subsumidos los Decretos del Ejecutivo.

En noveno lugar y todavía en el ámbito legislativo asoma el Ejecutivo como Gran Líder de la vida estatal excitando a Sesiones Extraordinarias a las Cámaras Federales.

Empecemos por decir que se ha omitido deliberadamente el concepto de Con

greso, porque la convocatoria a sesiones extraordinarias procede también en cualesquiera de las dos cámaras aisladamente, lo cual está prescrito en el artículo 79.

La Comisión Permanente, además de las atribuciones que expresamente le confiere esta Constitución tendrá las siguientes:

Fracción IV.- "Acordar por sí o a propuesta del Ejecutivo" la convocatoria del Congreso, o de una sola Cámara, a sesiones extraordinarias, siendo necesario en ambos casos el voto de las terceras partes de los individuos presentes.

La convocatoria señalará el objeto de las sesiones extraordinarias:

Esta Fracción cotejada con la XI del 89 presenta una contradicción.

Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

Fracción XI.- Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias "cuando lo acuerde la Comisión Permanente".

En la Fracción IV del 79 la convocatoria puede ser por la Permanente "por sí" o bien "por el Ejecutivo", y en la XI del 89. se subordina al Presidente a lo que haya acordado la Permanente.

Facultades Extraordinarias.- Como primordialmente las Facultades Extraordi-

narias son de naturaleza legislativa, "continuamos, en consecuencia dentro de la colaboración del Poder Ejecutivo en el ámbito legislativo".

Conforme al artículo 29 y 49 seguidos todos los pasos en ellos previstos, el Ejecutivo asume en el estricto sentido de la palabra el Poder del Estado, siendo este un ejemplo claro, en el que esta rama o función se convierte en un Poder. Lo cual no ocurre con el Legislativo o Judicial, pues estos en ningún caso, por sí mismos, liderean la vida pública estatal.

Aquí es el único caso en que consideramos puede intervenir el Presidente de la República, en la colaboración de Poderes legislando en materia electoral, previos desde luego los supuestos del artículo 29

Los tratados.- Aunque discutible, para determinar si pertenecen a la función material legislativa, los incluidos con tal naturaleza.

El Presidente de la República. además pues de conducir la vida internacional del país, según la Fracción X del 89, imprime el sello legislativo en el ámbito exterior mostrando una vez más gran liderazgo. Si bien el Tratado Internacional, es un acto jurídico complejo, que requiere la aprobación por parte del Senado. En estas circunstancias se manifiesta genuinamente una colaboración de " poderes".

Promulgación y Ejecución de las Leyes.- También se discute si la Promulgación

es parte o no del Legislativo. La incluimos en esta última función, debido a que el voto puede ser superado, aunque con gran rigorismo en relación con el número de votos, ya que se exige las dos terceras partes de los votos presentados pero en última instancia cumplido este requisito, no le toca al Presidente sino culminar el Proceso Legislativo inevitablemente .

La Promulgación en nuestro medio, es una publicación solemne tratándose de la Ley Suprema únicamente. En cuanto a las leyes secundarias, la publicación se contiene en la propia ley o decreto aprobado por el Congreso y dado a conocer por el Presidente de la República.

La ejecución de las leyes, implica la coercibilidad para el cumplimiento de las mismas, aunque esta función sí es estrictamente como su nombre lo indica: Ejecutiva. colaboración del Ejecutivo en el ámbito Jurisdiccional.

El artículo 66 párrafo II, dispone que si las dos Cámaras no estuvieran de acuerdo para poner términos a las sesiones antes de la fecha indicada, resolverá el Presidente de la República.

Contiene el precepto, para muchos autores un matz parlamentario, por lo que se ha querido ver una semejanza con el Sistema Parlamentario, pensamos que no hay tal, antes por el contrario, existe un refuerzo presidencial en el nivel jurisdiccional.

Otro aspecto en el que el Ejecutivo incursiona en lo Jurisdiccional lo tenemos

en el artículo 27 Fracción VII párrafo segundo, en donde se asienta ser de jurisdicción federal todas las cuestiones que por límites de terrenos comunales, cualquiera que sea el origen de éstos, se hallen pendientes o se susciten entre dos o más núcleos de población. El Ejecutivo Federal se avocará al conocimiento de dichas cuestiones y propondrá a los interesados la resolución definitiva de las mismas. Si estuvieran conformes, la proposición del Ejecutivo tendrá fuerza de resolución definitiva y será irrevocable en caso contrario, o partes inconformes podrán reclamarla ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin perjuicio de la ejecución inmediata de la proposición presidencial.

Esta reforma, ya que no nació en la Promulgación de la Constitución, se suscitó alrededor del año de 1933 en el Senado de la República, como Cámara de origen, y ostente al Presidente como una absoluta primera instancia estrictamente Judicial: conscientes plenamente del término judicial, formalmente la resolución es ejecutiva o administrativa, materialmente judicial y no jurisdiccional, porque precisamente de llegar el caso a la Corte el Presidente funcionó como la primera instancia. Por ser difícil la situación no cerramos la posibilidad, de que se pueda entender esta facultad presidencial, como un acto materialmente jurisdiccional.

Nuestras Constituciones han seguido el modelo de la Constitución de Filadelfia 1787, éste a su vez, lo tomó del Parlamentarismo Británico integrado con la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores, ésta representante de la nobleza y la aristocracia y aquella del pueblo.

Estados Unidos de América imitó el bicamariismo Inglés no así su contenido.

Este se tomó como resultado de la polémica entre Estados grandes y los pequeños para instituir el Congreso de la Unión Americano.

En aquella célebre discusión los Estados grandes con Virginia a la cabeza sostenían unicamente el integrado conforme al número proporcional de habitantes, en tanto que los Estados pequeños con Nueva Jersey al frente proponían las dos Cámaras cuya composición sería de dos representantes por Estados grande o pequeño, contrarestando así la mayoría que tendrían siempre los Estados grandes. Estas dos corrientes contradictorias no parecían tener conciliación; surgiendo el Plan de la transacción propuesto por Connecticut que tomo ideas de las dos posiciones contradictorias, es decir una Cámara electa proporcionalmente según el número de habitantes y otra con dos representantes paritariamente en cada Estado grande o pequeño mismo modelo que ha tenido y tiene México para conformar su función Legislativa Federal.

### **3.3 FUNCION LEGISLATIVA**

La misión nata de este poder es crear la ley. Este acto de autoridad llamado ley tiene como requisitos fundamentales: abstracción, generalidad e impersonalidad.

Estos atributos responden al principio supremo de igualdad de todos frente a la ley, en efecto el atributo de abstracción significa que dentro de la hipótesis normativa o supuesto jurídico todos sin excepción encuadramos dentro de el; lo

cual no lleva a concluir en el segundo atributo de la generalidad de la ley el cual a su vez concluye en la impersonalidad de la ley.

De todo lo anterior se desprende que la ley no puede ser para un grupo de personas ni mucho menos para un individuo en particular.

Las leyes que en la historia de México, se han hecho para una sola persona se denominan leyes privativas y constituyen la mas grave violación al Estado de Derecho, por destruir uno de los mas grandes postulados en la historia de la humanidad a saber la igualdad de todos frente a la ley.

Constitucionalmente el poder o función legislativa se estructura principalmente en los artículos 73 el cual consagra las facultades del congreso de la unión.

Ya sabemos que al congreso de la unión lo forman la camara de diputados y la cámara de senadores, en este caso las facultades consagradas en el 73 són comunes ha ambas cámaras.

Por otra parte en el artículo 74 tenemos facultades exclusivas de la camara de diputados y en el 76 tenemos facultades exclusivas de la camara de senadores.

En cuanto a los requisitos de elegibilidad tanto de diputados como de senadores, estos se encuentran en los artículos 55 y 58 respectivamente.

No creemos, para los fines de esta tesis, hacer una mención más o menos



detallada de estos artículos mencionados pues sería extensa y sería motivo de otra tesis.

En relación al proceso legislativo contenido en el artículo 72 si creemos oportuno señalar que en caso de que las cámaras no se pongan de acuerdo cuando discutan la aprobación de una ley, solamente como máximo dos veces pueden cada una de ellas discutir los proyectos de leyes. Esto es importante recalcarlo porque el artículo 72 es farragoso y oscuro.

Finalmente, tomando en consideración la realidad mexicana y tomando en consideración la colaboración de poderes, podemos afirmar que con la facultad reglamentaria del presidente de la república y la facultad de iniciar leyes que le da la fracción primera del artículo 71 de la constitución, concluimos lisa y llanamente que el gran legislador en México no es el poder legislativo sino el poder ejecutivo.

### **3.4 FUNCION JUDICIAL**

La misión nata del poder judicial es aplicar la ley a los casos concretos siempre y cuando haya mediado una controversia. De esta manera se distingue este poder del ejecutivo cuya misión es ejecutar la ley, cuando ésta ya ha sido aplicada al caso concreto. Por ejemplo cuando el juez en materia penal ha dictado sentencia, es decir cuando aplicó la ley a un caso concreto y controvertido, después correspon-

de al ejecutivo, ejecutar el cumplimiento de la ley, velando por su cumplimiento y debido a ello los sistemas penitenciarios dependen en forma directa del ejecutivo.

Pero el poder judicial o función jurisdiccional no se agota solamente en la aplicación de la ley al caso concreto y controvertido. Son otras muchas mas las funciones de este poder.

Antes de seguir adelante, y ya que hemos mencionado la palabra poder, debemos de aclarar que el poder del Estado es uno solo, inalienable e indivisible por tanto el poder no se puede dividir, lo que se dividen son las funciones del poder pero no el poder en si mismo, sin embargo la fuerza de la costumbre en el sentido de seguir hablando de la división de poderes es lo que nos hace incurrir en una terminología antitécnica.

Siguiendo con la función judicial, la ley orgánica del poder judicial de la federación, en su artículo primero nos indica quienes integran el poder judicial, es decir quienes forman parte del poder judicial federal.

Ya que acabamos de hablar del término federal, conviene también aclarar, que nuestro país vive un doble paralelismo de competencias, por una parte el federal y por otra el estatal. Es decir tenemos dos jurisdicciones la federal y la estatal, debido a que los estados de la república mediante un pacto federal, que es la constitución federal, han decidido mantenerse unidos; dejando no obstante en libertad a los estados de tener sus propias constituciones, leyes y autoridades mismas que conforman el sistema estatal. Durante el desarrollo de esta tesis,

especialmente cuando hemos hablado de las funciones ejecutiva legislativa y judicial, nos hemos referido sin duda al sistema federal.

Hecha esta aclaración, sigamos con la función judicial. Por determinación del artículo primero de la mencionada ley orgánica del poder judicial de la federación, forman parte de este poder en calidad de titulares. Los ministros de la suprema corte de justicia de la nación, los magistrados de los tribunales colegiados de circuito, los magistrados de los tribunales unitarios de circuito, los jueces de distrito, y los miembros de los jurados populares (en juicios obviamente federales).

Salta a la vista una cuestión de sumo interés, y es que la ley está incluyendo como titulares del poder judicial federal a cualesquiera ciudadanos que hayan sido seleccionados para integrar jurados populares federales, lo interesante de esto es que dentro del poder ejecutivo el único titular del poder ejecutivo es el presidente de la república, los secretarios de estado son solo eso: secretarios del ejecutivo, el secretario de gobernación que en la vida política de México de facto es el vicepresidente, no es titular del ejecutivo y en cambio cualquier ciudadano que sea parte de un jurado popular federal es titular del poder judicial federal. Siguiendo con este orden de ideas es conveniente indicar que al poder legislativo federal lo integran como titulares todos los diputados federales y todos los senadores de la república.

El maestro Felipe Tena Ramírez al tratar del poder judicial evoca una antiquísima polémica en relación a si el poder judicial es un auténtico poder o simplemente

un departamento del poder judicial

*"Ya hemos visto en otra parte, que el poder judicial federal carece de los atributos de los otros dos poderes, pues no tiene voluntad autónoma y está desprovisto de toda fuerza material, de aquí ha surgido, en el campo de la teoría, la discusión de si el poder judicial federal es en realidad un poder o si es simplemente un departamento del ejecutivo".(32)*

Rabasa sustentó al respecto dos tesis sucesivas, que aunque no son contradictorias entre sí, sin embargo la segunda rectifica parcialmente a la primera. En la organización política de México, el citado autor opinó que el judicial no es un poder, porque limitado a aplicar la ley, expresión ya hecha de la voluntad del pueblo, no puede querer en nombre de este; más tarde en su obra El juicio constitucional, consideró que aunque en sentido científico de la palabra el departamento de justicia no es un poder, en la Constitución necesita tener ese título, y en sus funciones puede y debe ceñir a los poderes reales dentro de los mandamientos de la ley suprema que distribuyó las competencias, para que no haya jurisdicciones sin perímetro.

Según nuestro criterio, la discusión en torno de la naturaleza de la actividad judicial, para determinar si constituye o no un poder, es una discusión de orden

(32) Tena Ramírez Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, vigésimasegunda edición. Editorial Porrúa S.A. Av. República Argentina 15. México 1987. p. 477 y ss.

teórico que no tiene interés ni siquiera para el legislador constituyente. Este debe preocuparse, en efecto, por salvar la independencia del órgano judicial y por dotarlo de las atribuciones necesarias para que administre cumplidamente la justicia y mantenga, en una organización del tipo de la nuestra, el equilibrio de los demás poderes. Tales objetivos pueden alcanzarse sin decidirse teóricamente por ninguna tesis. Si nuestra Constitución da el nombre de poder al judicial, es sin duda por la razón de conveniencia práctica que apuntaba Rabasa, pero suprimase de la ley suprema esa denominación y se advertirá que con ello nada pierde, ni en su naturaleza ni en sus funciones, el órgano judicial de la federación.

Si dilucidar el punto controvertido no es de importancia para el legislador, menos lo es para el intérprete, cuando éste tiene ya una solución positiva en la ley, en el sentido de considerar como poder al judicial, al par de los otros dos.

Nosotros además podemos agregar que el poder judicial no está desprovisto de fuerza material, baste recordar que tan solo un juez de distrito, y ya hemos visto que los jueces de distrito integran el poder judicial con carácter de titulares, puede hacer llamar al mismo ejército para hacer valer su autoridad, con lo cual se demuestra que el poder judicial no está desprovisto de fuerza material como hace ya casi 80 años lo sostenía el eminente constitucionalista Emilio Rabasa.

También podemos decir en apoyo a que el poder judicial es un verdadero y auténtico poder, que este tiene la facultad importantísima de interpretar la suprema ley del pueblo es decir la constitución.

En cada caso concreto y mediante las ejecutorias del poder judicial federal, los preceptos constitucionales son susceptibles de interpretación en cuanto a su alcance. Por eso algún autor extranjero refiriéndose a la constitución norteamericana, pero en el caso aplicable a la nuestra se refirió a que el poder judicial es la voz viva de la constitución.

Otra cuestión en torno al poder judicial y que desde 1857 hasta nuestros días, ha sido manejada especialmente por los partidos de oposición, quienes la han revivido, es la relativa a la elección popular de los ministros de la suprema corte de justicia de la nación. Al respecto Tena Ramírez cita la obra de Rabasa. "*La organización política de México*": (33)

"La elección popular no es para hacer buenos nombramientos, sino para llevar a los poderes públicos, funcionarios que representen la voluntad de las mayorías, y los magistrados no pueden, sin prostituir la Justicia, ser representantes de nadie, ni expresar ni seguir voluntad ajena ni propia. En los puestos de carácter político, que son los que se confieren por elección, la lealtad de partido es una virtud en el cargo de magistrado es un vicio degradante, indigno de un hombre de bien." Reprobaba el nombramiento hecho por el ejecutivo, con duración definida en el puesto, porque el ministro así nombrado no difiere en origen ni en libertad moral de cualquiera de los agentes superiores, cuya designación corresponde al ejecutivo, y proponía en los siguientes términos la solución del problema: "La inmovilidad del magistrado es el único medio de obtener la independencia del tribunal... El nombramiento puede ser del ejecutivo con aprobación del senado, que es

(33) Tena Ramírez Felipe Op. Cit. p. 483

probablemente el procedimiento que origina menores dificultades y prometa más ocasiones de acierto... Las ligas de origen se rompen por la inamovilidad, porque el presidente que confiere el nombramiento no puede ni revocarlo ni renovarlo; el magistrado vive con vida propia, sin relación posterior con el que tuvo la sola facultad de escogerlo entre muchos, y que no vuelve a tener influencia alguna ni en sus funciones ni en la duración de su autoridad."

En México con la existencia del juicio de amparo regulado constitucionalmente en el artículo 103, el poder judicial es además el gran protector de los derechos humanos, o garantías individuales. Esta protección será frente a la autoridad, es decir el juicio de amparo protege las garantías individuales contra quien las amenace, ya sea el Presidente de la República o cualquier otra autoridad.

Así pues el poder judicial es campeón de los derechos humanos impartidor de justicia y la voz viva de la constitución.

## CONCLUSIONES

1o. Es Aristóteles en nuestra cultura occidental el primero en hablarnos de la división de funciones. Es también incuestionable que los modernos voceros de la división de poderes o división de funciones o sean Montesquieu y Locke se han inspirado en buena parte en el pensamiento aristotélico, según ya hemos visto.

2o. El poder del Estado es único e indivisible, lo que se divide es la función, así lo entendió el propio Montesquieu, en su análisis de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en Roma y que hemos transcrito en la parte de antecedentes teóricos de su fuente original, y en forma directa. Los poderes los concibió divididos solamente contra el absolutismo. La división de poderes la concibió sólo en forma organizativa y contra el monopolio del poder, pero no contra el poder mismo único e indivisible.

3o. John Locke gran campeón de la libertad piensa que sólo el poder frena al poder. En lugar de un poder judicial Locke pensó en un poder federativo, regulador de las relaciones internacionales, con lo que se aparta tanto de Aristóteles como de Montesquieu.

4o. Dante Alighieri, célebremente conocido por "La Divina Comedia" es también importante autor político. "De Monarquía" es una obra suya con gran sentido



de la originalidad. En esta obra defiende la soberanía a favor del monarca, combatiendo de esta manera la soberanía radicada en el Papa. Nos dice por ejemplo que Cristo para nacer escogió el imperio romano y que voluntariamente se sometió a las leyes del imperio romano, por tanto la soberanía es de Roma y no del Papa sucesor de Pedro, quien a su vez es vicario de Cristo en la tierra.

5o. Marsilio de Padua, rector de la Universidad de la Sorbona en París, médico eminente, político teórico y práctico en el campo de batalla al lado de Luis de Baviera contra Juan XXII, autor del famoso libro "Defensor Pacis" y finalmente Arzobispo de Milán. Es tal vez el más grande crítico de la soberanía depositada en el Papa y el más grande crítico del papado romano, sosteniendo que el Papa es sólo un obispo mas sin jerarquía sobre los demas obispos, más aun prácticamente equipara a los sacerdotes y a los obispos argumentando que los doce primeros discípulos sólo fueron eso: discípulos.

6o. Haciéndo referencia a Marcilio de Padua, no conocemos a alguien más, que con más celo haya defendido la democracia tanto en la Iglesia como en el imperio. Sólo el pueblo puede elegir Papa y sólo el pueblo puede elegir Emperador.

7o. En Maquiavelo la novedad, por su tiempo, fué que las medidas políticas y militares las separa por completo de la religión. Como es sabido Maquiavelo considera que la finalidad de la política es conservar y aumentar el poder político.

8o. Censuramos la imitación por la imitación misma, como por ejemplo la

integración del poder judicial federal por parte del ejecutivo y legislativo, es decir los ministros de la Suprema Corte de la Nación son nombrados por el ejecutivo y ratificados por el legislativo, o sea el Senado; lo cual es de indudable influencia norteamericana. esta imitación nos ha llevado a una total contradicción con el pensamiento de Montesquieu, que rechaza toda ingerencia del ejecutivo y legislativo en el judicial.

9o. Sería deseable que el Juicio de Residencia se incorporara en la Constitución dirigido principalmente al Presidente de la República, o cuando menos a los Secretarios de Estado y Gobernadores. Sería el Juicio de Residencia un freno a la corrupción, política, -asfixiante ahora- la cual ha originado la corrupción en materia económica y financiera, lo que a su vez tiene a México sumido en la más profunda crisis de credibilidad.