

Prof. Jean Graven*

Montesquieu y el Derecho Penal**

* Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Ginebra. Presidente de la Corte de Casación.

**Traducción directa del Francés a cargo de la Dra. Maria A. Moncada U. Texto Original: Pensamiento Político y Constitucional de Montesquieu. Bicentenario de su obra. El Espíritu de las Leyes. 1748-1948. Fecha de recepción: 02/08/2005.

I

Una idea ingeniosa quiso asociar Ginebra, -Ginebra, donde apareció publicado *El espíritu de las leyes*, hace doscientos años- a la conmemoración de este acontecimiento. Los Magistrados y Profesores de esta ciudad, habrán tenido el honor de no ser ajenos, ni a la publicación de la ilustre obra para aquél entonces, ni a su celebración el día de hoy.

Cuando Montesquieu, deseoso de dar luz a la obra que había meditado y madurado durante tanto tiempo, buscaba un lugar en el que pudiera publicarla sin ser expuesto a la censura o a las rigurosidades de las autoridades, y giraba su mirada hacia Holanda o Suiza, escribió finalmente al abad de Guasco, en diciembre de 1746, confiándole su proyecto: “*os dejo la elección entre Ginebra, Soleure y Bâle*”¹. Pero el abad tenía una natural preferencia “*a recorrer los salones literarios o por las aventuras, que a hacerse cargo de un manuscrito; por muy célebre y misterioso que fuera*”². Por esta razón, quizás, Montesquieu, conociendo al síndico ginebrino Pierre Mussard, en casa de la Señora de Tencin, le confió las tres primeras partes de su libro, que el diligente mensajero llevó, bordeando el lago Lemán, en dirección de la ciudad del refugio y la ciudad del pensamiento; que debía ver aparecer otras obras como *Cándida*, el *Tratado sobre la tolerancia*, el *Diccionario filosófico* y el *Comentario al libro de los delitos y de las penas*. Enseguida, el impresor Barrillot, acepta de encargarse de la impresión y de financiarla, al mismo tiempo que el profesor Jacobo Vernet – sucesor de Calvino y de Bèze en la cátedra de teología, correspondiéndole a Voltaire y a Rousseau, el amigo que Montesquieu conoció en Roma, y editor también de Burlamaqui³- se ofrecía para corregir las evaluaciones, redactar la tabla de contenidos

¹ En Soleure se encontraba la residencia de los embajadores de Francia en los Cantones suizos y, por consiguiente, un refugio para el buen gusto y la cultura humanista dentro de la Confederación. Bâle era la ciudad de los grandes humanistas; de Erasmo; de Félix Platter, doctor de la Universidad de Montpellier, a quien Haller llamó “la estrella de la Universidad de Bâle”; de sus hijos Thomas y Félix, así como de otras celebridades.

² Cf. B. Gagnebin, quien conservó los manuscritos en la Biblioteca pública y universitaria de Ginebra: “Hace doscientos años, el Espíritu de las leyes era publicado en Ginebra”, en Los Museos de Ginebra, año 5, número 10, noviembre-diciembre de 1948.

³ Cf. Bonrgeaud, Historia de la Universidad de Ginebra, La Academia de Calvino. 1559-1798, Ginebra. Librería de la Universidad, Georg y Cía. , 1900, pp. 495 y 500 siguientes.

y velar por el cuidado de la edición. En octubre de 1747, la obra era lanzada por la prensa de Barrillot e hijos, y a partir del 14 de noviembre, la Señora Tencin escribía complacida a Montesquieu: “*Tengo el único ejemplar que hasta ahora haya salido en París, si quisiera prestárselo a todos aquellos que me lo piden, me lo regresarían en pedazos*”. D’Aguesseau, no podía autorizar la entrada del libro en Francia, a pesar de su gran admiración, sin embargo, supo cerrar los ojos ante la edición clandestina hecha inmediatamente en París. El éxito fue tal que, a principios de enero de 1748, la Señora Tencin apresuraba al autor diciéndole: “*Venid pues, mi querido romano, a disfrutar de vuestros triunfos*”.

Viniendo desde Ginebra, exactamente dos siglos después, para participar modestamente en la consagración de este triunfo legítimo y duradero, creemos cumplir con un doble deber para con el autor. Nosotros no venimos únicamente con el propósito de traerle ofrendas de parte de la pequeña República que fue la madrina de su libro inmortal. También repararemos, en cierta forma, el ligero equívoco del que fuera objeto. A pesar del eminente servicio que rindió al *Espíritu de las leyes*, el rector Vernet no estuvo absolutamente exento de reproches en su localidad. Vernet, apartó la invocación a las Musas que Montesquieu quería ubicar en el cuerpo de la obra, omitió corregir la negligencia del impresor, quien no había marcado las diferentes partes de la obra y no logró estructurar su tabla de contenidos⁴. Que le sea permitido entonces a otro profesor de Ginebra, puesto que él está encargado del cuidado supremo de su justicia retributiva y, además, es miembro del cuerpo de escritores suizos, reponer, al menos en esta exposición de la obra de Montesquieu sobre el derecho penal, todo el orden, el método y la claridad que amerita el espíritu luminoso al que él viene a rendirle homenaje; no olvidando que, aunque consciente de “*la majestuosidad de su tema*”, el antiguo presidente de argamasa de Burdeos no menospreciaba que, dicho tema, fuese remitido a las manos de las Musas.

⁴ Gagnebin, loc. Cit.

Igualmente, nos esforzaremos en no olvidar, a pesar de la limitada tarea que nos imponemos, el deseo de Montesquieu, quien pedía en su Prefacio la gracia siguiente, temiendo que no le fuera acordada: de no juzgar el trabajo de veinte años con la sola lectura de un momento y de no buscar los motivos de nuestro juicio “*en algunas frases*” o en algunos extractos de la obra, sino “*en el libro entero*”. Así pues, bajo las máximas gravadas en medallas, bajo las frases tan bellas y plenamente concisas, tan dignas del calificativo de “*romanas*”, nos ocuparemos de descubrir el espíritu mismo del *Espíritu de las leyes*, de descifrar esta elevada tarea, para rendirle plenamente justicia. Podremos convencernos que “*tanto más reflexionemos sobre los detalles, más sentiremos la certitud de los principios*”; asimismo, procuraremos verificar el aforismo fundamental: “*Cuando descubrí mis principios, todo vino a mí*”, todo se aclaró.

Ya otros lo han observado⁵, puesto que salta a la vista: Montesquieu no edifica un sistema coherente y completo de ciencia y procedimiento criminales. Se mantiene en el hilo de las ideas generales, formulando algunos grandes principios derivados, como él lo dice, “*no de sus prejuicios, sino de la naturaleza de las cosas*”. Como sabio portador de una doctrina abstracta, se preocupa menos de congregarse y enseñar, que de encontrar, como un naturalista, los datos constantes y las reglas mismas que rigen la legislación en sus relaciones “*con la Constitución de cada gobierno, las costumbres, el clima, la religión, el comercio, etc.*”⁶; los cuales, aseguran la calidad y la aplicación de las mejores leyes para todos. De esta forma, “*cada nación deberá encontrar en su obra las razones de sus máximas*”. Sin embargo, cuando Montesquieu habla de las penas, por ejemplo, o del procedimiento, no se deben esperar “*interpretaciones, declaraciones, axiomas y decisiones, al modo en que aparecen en los libros de los jurisconsultos: ello implicaría*

⁵ Ver sobre este tema, especialmente: Esmein, *Historia del procedimiento criminal en Francia*, París, 1882, pp. 362 y siguientes; Stross “*Montesquieus Kriminalpolitik. Aus dem Geist der Gesetze zusammengestellt*”, en la *Revista penal suiza*, 1919, p. 22.

⁶ Estas son las precisiones del subtítulo mismo de la obra, añadido por Vernet. Tomado de Gagnebin, loc. cit.

no tener una idea justa de su obra, apreciándola desde un punto de vista tan limitado”, así lo observaba, de manera muy justa, Bertolini, en su Análisis razonado del Espíritu de las leyes, en 1754⁷. “Nuestro autor, aquí como en todo lugar, aspira a algo más alto, más noble y de mayor extensión... su deseo es el de descubrir todos los elementos distintos de la legislación, que él tuvo que abarcar desde un punto de vista general”. Puesto que, “la gran jurisdicción de su obra es la ciencia del gobierno, que reúne todas las ciencias, todas las artes, todos los conocimientos, todas las leyes, en una palabra, todo aquello que puede serle útil a la sociedad”⁸.

Son estos los distintos elementos de la legislación penal, en su aspecto más elevado y, a la vez, más extenso, el más noble y el más útil a la sociedad, que nos compete extraer de su obra, mezclada a perspectivas infinitas, y examinarlos con él: haremos que sea él quien hable lo más seguido posible. En esta búsqueda por comprender lo esencial de su pensamiento, a través de su vasta obra, veremos que Montesquieu se apega de forma reiterada a la ley penal, a los delitos, a las penas y al juicio. Del mismo modo, podremos confirmar la opinión del Albert Sorel, al escribir⁹: *“Los estudios por él realizados sobre las legislaciones criminales están, y con justo motivo, ordenados en el seno de sus más hermosos títulos, reconocidos por la humanidad. En ningún momento empleó mayor esfuerzo dentro de su pensamiento, ni mayor sutileza dentro de su estilo, que en el capítulo sobre el poder de las penas”*.

II

Montesquieu estableció todos sus principios, en materia criminal, con relación a la libertad de los ciudadanos; a ella conducirán todos sus razonamientos: *“la libertad,*

⁷ Ver la edición de las obras de Montesquieu, publicada por Dalibon, t. I, Espíritu de las leyes, París, 1827, p. 46.

⁸ Son conocidos los famosos pasajes de su Prefacio: “Si yo pudiera hacer, de algún modo, que todo el mundo tuviese nuevas razones para amar sus deberes, su príncipe, su patria, sus leyes: que su felicidad pudiera ser mejor sentida en cada país, en cada gobierno, en cada lugar en el que uno se encuentre, me sentiría entonces el más dichoso de todos los mortales”, etc.

⁹ Montesquieu, Colección Grandes escritores, Paris, Hachette. (14ava. ed)., 1912, p. 108.

ese bien que permite el goce de los otros bienes”¹⁰. Esta palabra mágica, esta palabra clave, debe ser precisada. “*En la política, no significa, en mucho, aquello que los oradores y poetas pretenden que signifique*”¹¹. “*No existe, en lo absoluto, una palabra que haya recibido tan distintos significados, y que haya consternado de tantas maneras los espíritus, que aquella de “libertad*”¹². De hecho “*cada cual llamó libertad al gobierno que fuese conforme a sus costumbres o a sus inclinaciones*”; inclusive un pueblo “*consideró una vez la libertad como la costumbre de usar una larga barba*”: los moscovitas no podían soportar que el Zar Pedro ordenara cortárselas¹³. “*Puesto que, en una República, no tenemos a la mano y de viva presencia, los instrumentos para los males que nos aquejan, e inclusive las leyes parecen hablar más, y los ejecutores de la ley hablar menos; ordinariamente se ubica (la libertad) en las repúblicas, y se la excluye de las monarquías*”. Y puesto que, por otra parte, “*a parecer, en las democracias el pueblo hace más o menos lo que él quiere, se ubicó la libertad en estas clases de gobiernos y se confundió el poder del pueblo con la libertad del pueblo*”¹⁴.

En realidad, “*la libertad política no consiste, en lo absoluto, en hacer aquello que queramos. En un Estado, es decir, en una sociedad donde existen leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer aquello que debemos querer, y en no ser constreñido a hacer aquello que no debemos*

¹⁰ Ver los *Pensamientos y fragmentos inéditos*, publicados por el barón G. de Montesquieu, por Gounouihou, Burdeos, 1899 y 1901, t. II. p. 321.

¹¹ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. I, La libertad política, p.414.

¹² En una pequeña obra de Montesquieu, cargada de esencia y de sabiduría, que a veces conseguimos como *el eco de Montesquieu*, el profesor H.-L. Mieville, de Lausana, observa: “*¡Libertad y democracia! No existe tema de mayor actualidad. De ello se ha hablado mucho y, se hace necesario hablar nuevamente a fin de disipar ciertas confusiones de ideas y marcar, lo más claramente posible la extensión de los debates y de las luchas que, actualmente, tienen por objeto la libertad y la democracia... Los términos libertad, democracia, tienden a ser equívocos, así, imaginamos el gesto del filósofo ginebrino Ernest Naville, de quien se dice que, al entender aclamar en la calle un día, el grito de libertad, corrió hacia su ventana para ver a quien estaban tratando de asesinar o encarcelar*”. *Tolerancia y verdad*, ediciones de la Baconnière, Neuchâtel, 1949, pp. 83 y siguientes, “Libertad y democracia”.

¹³ Sobre este tema, *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. II, p. 382.

¹⁴ *El Espíritu de las leyes*, libro XI, De las leyes que forman la libertad política en su relación con la constitución, capítulos II al VII.

querer". No hay que confundir independencia (o licencia) y libertad. "*La libertad consiste en el derecho de hacer todo aquello que las leyes permitan; y, si un ciudadano pudiese hacer aquello que éstas prohíben, no existiría entonces más libertad, puesto que los otros igualmente tendrían ese poder*". La libertad sólo puede ser eficaz dentro de sus límites. Esta libertad política es incompatible con los gobiernos tiránicos o despóticos. "*En los Estados despóticos, la tranquilidad de la que aparentemente pudiéramos gozar, no es paz: se parece al silencio de aquellas ciudades que aguardan al enemigo, listo para ocuparlas*", observa Montesquieu en uno de sus fragmentos¹⁵. La auténtica libertad política "*se halla sólo en los gobiernos moderados. Aunque no siempre en los Estados moderados: ésta sólo se logra cuando no se abusa del poder*". Porque se trata, lamentablemente, "*de una experiencia eterna, de la que, todo hombre que tenga poder, está tentado a abusar; éste va hasta donde encuentre límites. ¿Quién lo diría?, la virtud misma necesita límites*". También, "*para que no se pueda hacer abuso del poder, es necesario que, en determinadas circunstancias, el poder detenga al poder*".

Ahora, si cada Estado, a la par de un mismo objetivo general -cual es el de perdurar- tiene un objetivo particular, como el engrandecimiento en Roma, la guerra en Lacedemonia, la religión para los Hebreos, el comercio en Marsella, la gloria del monarca y del Estado en las monarquías, los placeres del príncipe en los regímenes despóticos; existe también una nación en el mundo que, si bien vive en monarquía, "*su constitución tiene por objeto directo, la libertad política*". Esta nación es Inglaterra. Es fácilmente reconocible. "*Para descubrir la libertad política en la Constitución, no hay que esforzarse mucho*". Si los principios sobre los cuales se funda la Constitución inglesa son buenos, la libertad aparecerá entonces como una imagen reflejada en un espejo – esto es lo que Montesquieu demostrará y, a partir de entonces, son estos los principios sobre los que él va a inspirarse.

¹⁵ T.II, p. 330.

En general, *“un pueblo libre no es aquél que tenga tal o cual forma de gobierno (exceptuando por supuesto al gobierno despótico)”*¹⁶; sino aquél que goza de la forma de gobierno establecida por la ley. De allí que se debe concluir *“que la libertad política concierne tanto a las monarquías moderadas como a las Repúblicas, no se encuentra más alejada del trono que lo que pueda estar del senado; y que todo hombre es libre en cuanto tenga justo motivo para creer que el furor de uno solo o de varios no lo privarán de la vida, o de la propiedad de sus bienes”*¹⁷. La libertad política general, es decir, *“aquella tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que tiene cada uno de su seguridad”*, exige pues *“que el gobierno sea tal, que un ciudadano no pueda temer a otro ciudadano”*. Hemos visto que es necesario, según Montesquieu, asegurar la libertad por medio de la separación y el equilibrio de los poderes. No hay libertad cuando el poder legislativo es reunido con el poder ejecutivo, bajo la autoridad de una misma persona o de un mismo cuerpo, *“porque existe el peligro de que el mismo monarca o el mismo senado se dedique a elaborar leyes tiránicas para aplicarlas tiránicamente”*. Pero, *“tampoco hay libertad si el poder de juzgar no se encuentra separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si aquél estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, puesto que el juez sería legislador. Si estuviese unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”*¹⁸.

Pero no es suficiente tratar la libertad política en su relación con la Constitución; hay que examinarla también, más precisamente, en su relación con el ciudadano. Puede ocurrir que la Constitución sea libre y que el ciudadano no lo sea, o

¹⁶ Es ello lo que explica la frecuencia con que se dan los gobiernos despóticos, es por esto que *“puesto que, la única condición es que existan pasiones violentas para establecerlos, todo el mundo es capaz de hacerlo”*. *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. I, p. 417. Sobre el despotismo, ver el t. II, pp. 329 y siguientes.

¹⁷ *Pensamientos y fragmentos*, t. I, pp. 415 y siguientes. Comparar, t. II, pp. 322 y siguientes.

¹⁸ *Espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, De la Constitución de Inglaterra.

recíprocamente. Ahora bien, la libertad cívica -consistiendo “*en la seguridad, o en la opinión que cada quien tenga sobre su seguridad- nunca ha sido más atacada que en las acusaciones públicas o privadas. Es, pues, de la bondad de las leyes criminales que depende principalmente la libertad del ciudadano*”. Y nada es más importante que su establecimiento y su aplicación, que el cuidado, la investigación, que justificadamente se les consagra, para asegurar la bondad de dichas leyes: “*Los conocimientos que hemos adquirido en algunos países, y aquellos que adquiramos en otros, sobre las reglas más seguras que puedan dirigir los juicios criminales, interesan al género humano más que ninguna otra cosa en el mundo*”¹⁹. Su misma suerte y la de sus bienes más queridos -honor, familia, libertad, patrimonio, vida- se encuentran, en efecto, ligados a ellas.

III

La ley penal debe, entonces, ser concebida bajo la inspiración de esta noción de “*libertad política*”, en relación al orden constitucional y a la seguridad de los ciudadanos. Para ello, Montesquieu buscará las reglas partiendo de su famosa distinción entre la naturaleza de los diversos gobiernos: el gobierno *republicano* -de forma democrática o aristocrática- “*que tiene por principio la virtud*”, es decir, el amor a la República, que conduce a la “*bondad de las costumbres*”, asegurada por la bondad de las leyes; el gobierno *monárquico*, contenido necesariamente en una serie de leyes inmutables y bien establecidas, cuyo espíritu se encuentra en las antiguas leyes francesas; y, el gobierno *despótico*, en el cual, uno sólo “*maneja todo según su voluntad y caprichos*”, - el gobierno del “*visir*”²⁰, aquél que no olvida que “*la ley no es meramente un acto de poder*”²¹. Puede que, como lo confesaba Helvetius, en la declaración que hiciera en su *Carta a Montesquieu, sobre su manuscrito del Espíritu de las leyes*, no se comprendan

¹⁹ Libro XXII, “De las leyes que forman la libertad política en su relación con el ciudadano, capítulos I y II.

²⁰ Espíritu de las leyes, Libro II, “De las leyes que derivan estrictamente de la naturaleza del gobierno”, capítulo I y siguientes.

²¹ Pensamientos y fragmentos inéditos, t. II, p. 382.

“las sutiles distinciones, repetidas sin cesar, sobre las diferentes formas de gobierno” y pensarse que no hay más *“que dos especies: los buenos -que todavía quedan por hacer- y los malos”*²². No es menos cierto que, en este estado del mundo, la oposición, para el establecimiento de los principios de la ley, es evidente y necesaria. Entre estas formas, *“el gobierno monárquico no comporta leyes tan simples como las del gobierno despótico”*. Para ello, hacen falta tribunales que rindan decisiones, las cuales deben ser conservadas y adquiridas, *“a fin de que hoy se juzgue tal y como se juzgó ayer, y que la propiedad y la vida de los ciudadanos sean, de esta forma, aseguradas y fijadas como la Constitución misma del Estado”*.

Esta preocupación exige *“investigaciones escrupulosas”*, por esto, no hay que sorprenderse de encontrar en las leyes de los Estados monárquicos *“un número tan grande de reglas, de restricciones, de extensiones, que multiplican los casos particulares y parecen hacer un arte de la razón misma”*. Los pueblos de los Estados despóticos se encuentran, al contrario, en una situación bastante distinta, puesto que, el déspota reina imponiendo su placer y voluntad. *“No sé, sobre qué base, en esos países, el legislador pudiera estatuir o el magistrado juzgar”*, dice Montesquieu. El despotismo no se preocupa más por la libertad, ni por el honor de los ciudadanos; *“el despotismo se basta a sí mismo: todo su alrededor está vacío”*²³.

En las *Repúblicas*, *“hace falta, por lo menos, tantas formalidades como en las monarquías. En uno y otro gobierno, ellas aumentan en razón del caso que se le haga al honor, a la fortuna, a la vida, a la libertad de los ciudadanos”*. Es cierto que a distinción del Estado monárquico, en el que las diferencias de rango, de origen, de condición, pueden complicar las leyes que deben tomarlas en

²² Laboulaye, Obras completas de Montesquieu, París, Hermanos Garnier, 1878, t. IV, p. 317.

²³ Espíritu de las leyes, libro IV, Consecuencias de los principios de los diversos gobiernos en relación a la simplicidad de las leyes civiles y criminales, la forma de los juicios y el establecimiento de las penas, capítulo I.

cuenta; *“los hombres son todos iguales en el gobierno republicano”*, así como *“son iguales todos los hombres en el gobierno despótico; (sin embargo) en el primer caso, es porque ellos son todo; en el segundo es porque no son nada”*²⁴. Allí donde los hombres constituyen todo, dónde son el origen y el fin del gobierno, las leyes criminales exigen, muy particularmente, investigaciones y disposiciones “escrupulosas”, que aseguren la seguridad de cada uno por el respeto de todos.

Por tanto, prosigue Montesquieu, se objeta, se oye decir sin cesar, que la justicia debería rendirse como en Turquía, *“en donde todas las disputas se terminan de una manera pronta, de una u otra forma”*. Pero ¡cuidado! *“Si examináis las formalidades de la justicia en relación a la pena que se le da a un ciudadano, de hacer que se le devuelva su bien o de obtener la reparación de algún daño, encontrareis sin duda demasiado. Si las miráis en la relación que ellas tienen con la libertad y la seguridad de los ciudadanos, encontraréis con frecuencia muy pocas; y veréis que las penas, los gastos, la larga duración, los peligros mismos de la justicia, son el precio que cada ciudadano da a cambio de su libertad”*. La *“justicia al estilo turco”* culmina prontamente las disputas, es cierto; pero es que *“la manera de acabarlas es indiferente, siempre y cuando se termine. Primero, el bacha aclaraba, hacía que se distribuyeran, según su fantasía, golpes de bastón (trabas; “poner un peine”) sobre la planta de los pies de la defensa, y los enviaba de vuelta a sus casas”*. Esto no es justicia, esto no es seguridad. *“En los Estados moderados, en los que la cabeza del más desapercibido de los ciudadanos es considerable, no se le quitan su honor ni sus bienes, sino hasta después de un largo exámen; no se le priva de la vida sino hasta que la patria, por sí misma, lo ataca”, y “aquella lo ataca, sólo si el ciudadano dispone de todos los medios posibles para defenderse”*²⁵. La ley

²⁴ “En los países despóticos, todos los hombres son iguales, puesto que viven igualmente en el esclavismo político”; Pensamientos y fragmentos, t. I, p. 113, n° 231.

²⁵ Voltaire, en su Comentario sobre el Espíritu de las leyes (1777), se alza contra este pasaje, que considera como una “buena jocosidad al estilo de la Comedia italiana”, de la que no se sabe “si es conveniente para un libro de materia legislativa”, para el que “no habría que buscar sino la verdad”, la cual, según él, no sería

penal debe pues, ser precisa y completa; y, el magistrado, ligado a ella y dispuesto por ella en el ejercicio de la represión. Esto es tan cierto que, “*cuando un hombre se vuelve más absoluto, lo primero que imagina es simplificar las leyes*”; como lo muestra el ejemplo de César, de Cromwell y otros tantos, esperando que el déspota las suprima y que el juez -servidor del poder- no tenga más freno: “*En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es, él mismo, su regla. En los Estados monárquicos, hay una ley y, el juez la sigue allí donde es precisa; allí donde no lo es, busca el espíritu*”.

Esta preocupación, en sí misma, respetable y natural, no existe sin embargo, sin acarrear el riesgo de desviarse de la ley, de salirse de ella completamente, o de ahogarla bajo las glosas, las disputas y las sutilezas jurídicas. El juez puede llegar a ocupar el lugar del legislador, y hacer la ley en lugar de aplicarla simplemente. Todo el derecho antiguo, bajo la monarquía, sufrió por esta causa “*de una inmensa y espantosa arbitrariedad*”²⁶, a tal punto que se hubiera podido “*decir que en aquella época, no había derecho penal en Francia; un derecho penal verdaderamente dicho*”²⁷. Voltaire, en el *Preciso (manual) del siglo de Luis XV*, deplora que existan “*tantas jurisprudencias como ciudades*” y que “*en el mismo parlamento la máxima de una cámara no sea aquella de la cámara vecina*”²⁸. También Montesquieu, a partir de sus *Cartas Persas*, se pronuncia, con su ironía soberana, contra la abundancia de disposiciones; la confusión inmensa que “*embarga igualmente a la justicia y a los jueces*” y que, por tanto, “*no es nada, comparada con esta espantosa armada de glosadores, de comentadores,*

respetada (no más de lo que se le irrespeta en lo que Montesquieu dice acerca del “visir”). Ver las Obras completas de Voltaire, París, Garnier, 1880, 30 vol. Misceláneas, IV, pp. 428, XXX.- Aun cuando el ejemplo de Montesquieu es más sarcástico que absolutamente pertinente, el fondo del razonamiento que ilustra -y eso es lo que cuenta- es inatacable.

²⁶ Boitard, Lecciones de Derecho Criminal, p. 2.

²⁷ Garuad, Tratado Teórico y Práctico del Derecho Penal Francés, t. I, p. 76. Sobre este respecto, ver Esmein, op. cit., La ordenanza de 1670 aplicada, pp. 329 – 396; Graven, Beccaria y la llegada del derecho penal moderno, en Grandes figuras y grandes obras jurídicas, Coll. De las Memorias publicadas por la Facultad de derecho de Ginebra, 1947, p. 102 y siguientes.

²⁸ De las Leyes, capítulo LXII.

*de compiladores; gente tan débil, dada la poca justeza de su espíritu, que son sólo fuertes por su número prodigioso*²⁹ y por su influencia. Su gran y valiente rival, el “*magistrado filósofo y literato*” Dupaty, presidente encementado en el Parlamento de Burdeos, como lo había sido él mismo, se levantará en el crepúsculo del régimen, en 1786, con una fuerza irresistible, contra este abuso, entre tantos otros. En su *Memoria justificativa para tres hombres condenados a la rueda*, que se extendió en toda Francia y Europa, e hizo “*de la causa de tres criminales, la causa de casi todos los ciudadanos*”, él protesta contra el hecho que los comentadores, tales como Jousse y Muyart de Vouglans, se hayan convertido “*en el espíritu, la razón y la jurisprudencia del reino: La jurisprudencia criminal fue, hasta este entonces, abandonada por nuestros monarcas, demasiado ocupados en su mayor parte, en acrecentar su poder para ocuparse de la felicidad de sus súbditos, y dejada a los criminalistas*”³⁰.

Al contrario, enseña Montesquieu, “*mientras más el gobierno se aproxima a la república, la manera de juzgar se vuelve más fija*”. Roma, en donde “*la pena se encontraba fijada en la ley*”, lo demostró en el mejor período de su historia. En Inglaterra, asilo de la “*libertad política*”, cuando los jurados decidieron que el hecho llevado ante ellos está probado, “*el juez pronuncia la pena que la ley inflige para ese hecho: y para ello sólo le hacen falta ojos*”. El ideal para Montesquieu es, pues, así como lo será para su discípulo Beccaria³¹ y para el legislador de 1791 penetrado todo él por sus ideas³², que la ley prevea, ella misma y de manera estricta, tanto las infracciones punibles, como las penas que éstas acarrearán³³. No debe haber, entonces, lugar ni para la incertidumbre, ni para la

²⁹ Carta Cien.

³⁰ Esmein, op. cit., p. 347.

³¹ V, el libro De los delitos y de las penas, párrafo IV, De la interpretación de las leyes; ver también, Nuestro estudio precitado, p. 136.

³² Sobre el sistema de las penas fijas del Código Penal del 6 de octubre de 1791, ver también Garuad, op. cit., I, p. 89.

³³ Libro VI, capítulo III. En cuáles gobiernos se debe juzgar según un texto preciso de la ley.- Es el principio de la máxima moderna Nullum crimen, nula poena sine lege, en su interpretación clásica. Sobre este respecto, ver los reportes presentados en el IV Congreso Internacional de derecho penal, en París, sobre

analogía, ni mucho menos para la interpretación de la ley. Es por esto que, “*si los tribunales no deben ser fijados -como lo veremos más adelante- los juicios deben serlo a tal punto que no sean nunca más que un texto preciso de la ley. Si fuesen la opinión particular de un juez, se viviría en sociedad sin saber, precisamente, las obligaciones que allí se contraen*”. Esta regla, que debe ser una garantía, podría ser también, sin embargo, un peligro. “*Pudiera ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo clarividente y ciega, fuese en ciertos casos, demasiado rigurosa*”, mientras que, “*los jueces de la nación*”, no son ni deben ser “*más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar en ella ni la fuerza ni el rigor*”³⁴. “*Pero no es por la boca que el instrumento judicial se pronuncia, es por la cabeza, en el poder legislativo que concibe y decreta, de velar por la humanidad de la ley y por la justa proporción del castigo*”³⁵.

Se entra así en el dominio de los preceptos, sobre la manera de crear las leyes. “*Yo lo digo -proclama inmediatamente Montesquieu- y me parece que no hago esta obra únicamente para probarlo: el espíritu de moderación debe ser el del legislador; tanto el bien político como el bien moral, se encuentra siempre entre dos límites*”³⁶. Veremos, por el examen de sus principios sobre las incriminaciones y las sanciones, con cuál sabiduría y cuál elocuencia, al mismo tiempo, él administra su prueba.

En cuanto a la formación misma y la redacción de las leyes “*el estilo debe ser conciso. Las Leyes de las XII Tablas son un modelo de precisión; los niños*

la legalidad de los delitos y de las penas y, especialmente, Ángel, en la Revista internacional de derecho penal, 1937, p. 243.

³⁴ Como Montesquieu lo dice en otra parte, en el capítulo sobre la Constitución de Inglaterra, a propósito del juicio de los “grandes” siempre expuestos a la envidia, no “por los tribunales ordinarios de la nación”, sino “por esta parte del cuerpo legislativo que está compuesta de nobles” (Cámara de los lores, o de los pares) y que podrá, por su autoridad suprema, “moderar la ley a favor de la ley misma, pronunciándose con menor rigurosidad que ella”; libro XI, capítulo VI.

³⁵ Y le compete al soberano corregir, si es necesario, el rigor de su aplicación por medio de la gracia, como lo veremos al hablar de las penas, en el número V.

³⁶ Libro XXIX. De la manera de crear las leyes, capítulo I. Del espíritu del legislador.

las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas que hizo falta abreviarlas". Además, "el estilo de las leyes debe ser simple; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión reflexionada... Cuando el estilo de las leyes es recargado, no son vistas más que como una obra de ostentación. Se hará el esfuerzo para que las palabras de las leyes despierten en todos los hombres las mismas ideas", y para que sus disposiciones no sean en nada sutiles: "ellas están hechas para la gente de mediocre entendimiento; no son en nada un arte de lógica, sino la simple razón de un padre de familia". Cuando se hubo así, en una ley, "fijado bien las cosas, no hay que recurrir a expresiones vagas"; como lo hace, por ejemplo, la Ordenanza Criminal de Luis XIV, agregando, después de haber enumerado exactamente los casos reales", "y aquellos que, en todos los tiempos, hayan sido juzgados por los jueces reales", - "lo cual hace que regresemos a la arbitrariedad de la que se acababa de salir"³⁷. Hay que recordar también que "toda ley inútil es una ley tiránica" que, "las cosas indiferentes por su naturaleza (como la de tener o no barba, para los moscovitas) no pertenecen a la jurisdicción de la ley"³⁸, y que "las leyes inútiles debilitan las leyes necesarias". Finalmente, se "cuidará que las leyes sean concebidas de manera que no choquen con la naturaleza de las cosas". Cuando Felipe II promete 25.000 escudos a quien matase al príncipe de Orange, y el título de nobleza para éste o sus herederos y, todo esto, "bajo palabra de rey y como servidor de Dios, él destruye igualmente las ideas del honor, las de la moral y las de la religión"³⁹.

Por otra parte, Montesquieu muestra, multiplicando los ejemplos según su costumbre -puesto que él es el más maravilloso modelo del estudio comparado de las instituciones y de las leyes-, cómo la composición y la comprensión de éstas, exigen que no se pierdan de vista ciertos principios fundamentales; de lo contrario, se

³⁷ Libro XXIX, capítulo XVI, Cosas a observar en la creación de las leyes.

³⁸ Pensamientos y fragmentos inéditos, t. II, p. 382, y t. I, p. 413.

³⁹ Espíritu de las leyes, libro XXIX, capítulo XVI.

corre el riesgo de equivocarse gravemente y de perderlas. En efecto, las leyes que parecen iguales no tienen, ni siempre el mismo motivo ni siempre los mismos efectos: no es por el mismo motivo que las leyes griegas y romanas castigaron el homicidio de sí mismo⁴⁰. Las leyes que parecen contrarias derivan algunas veces del mismo espíritu; resulta, pues, delicado, comparar las diversas leyes y juzgar cuál es la mejor ley, decidiendo, por ejemplo, en Francia, que la pena contra los falsos testimonios es capital y, en Inglaterra, que no lo es⁴¹. Las leyes que se parecen, en cambio, son algunas veces diferentes: ejemplo, las leyes que castigan tanto al encubridor como al ladrón en Grecia y en Roma, al igual que en Francia⁴². El análisis de las leyes romanas sobre el robo -manifiesto y no manifiesto- muestra, por otra parte, que no hace falta separar las leyes del objeto por el cual ellas son hechas⁴³. No hace falta tampoco separarlas de las circunstancias en las cuales han sido hechas⁴⁴. “*Así como las leyes civiles dependen de las leyes políticas, puesto que, siempre es por una sociedad que son hechas, sería (pues) bueno que cuando se quiera llevar una ley civil de una nación a otra, se examinase antes si las dos poseen las mismas instituciones y el mismo derecho político*”⁴⁵. Por último, ¿es necesario agregar que las leyes, para que sean buenas, deben

⁴⁰ Libro XXIX, capítulo IX.

⁴¹ XXIX, capítulo X y XI. “Para juzgar cuál de estas dos leyes es la mejor -precisa Montesquieu en una demostración llena de interés-. Hay que agregar: En Francia, se practica la cuestión contra los crímenes; en Inglaterra no; y dice aún: En Francia, el acusado no produce sus testigos, y es extraño que se admitan los llamados justificativos; en Inglaterra, se reciben los testimonios de una y otra parte. Las tres leyes francesas forman un sistema bastante ligado y seguido; las tres leyes inglesas también (queda por leer el análisis). Así, para juzgar cuáles de estas leyes son las más conformes a la razón, no hay que comparar cada una de estas leyes en particular: hay que tomarlas todas juntas y compararlas en su conjunto”.

⁴² Libro XXIX, capítulo XII. En Grecia y en Roma, la solución era razonable: “el ladrón era condenado a una pena pecuniaria; había que castigar al encubridor con la misma pena: puesto que todo hombre que contribuye, cualquiera que sea la forma, a causar un daño, debe repararlo. Sin embargo, entre nosotros, siendo la pena del robo una pena capital, no se pudo, sin exagerar las cosas, castigar al encubridor como al ladrón. Aquel que recibe el objeto robado puede, en miles de ocasiones, recibirlo inocentemente: aquel que roba, es siempre culpable; uno impide la convicción de un crimen *ya cometido, el otro comete ese crimen; todo es pasivo en el uno, hay una acción en el otro: hace falta que el ladrón supere más obstáculos y que su alma se vuelva por más tiempo inflexible contra las leyes*”. Puesto que las razones y la pena son cambiantes, “*hubiese hecho falta reglarse sobre otros principios*”.

⁴³ Libro XXIX, capítulo XIII.

⁴⁴ XXIX, capítulo XIV.

⁴⁵ XXIX, capítulo XIII.

adaptarse no sólo a las instituciones, sino también al carácter y a las costumbres de los pueblos a los cuales se aplican? “¿Quién puede pensar que un reino, el más antiguo y el más poderoso de Europa, se encuentre gobernado, desde hace más de diez siglos, por leyes que no han sido hechas por él?”, escribe el persa a Rhedi, el 17 de la luna de Safar, en 1717⁴⁶. “Si los franceses hubiesen sido conquistados, esto no sería tan difícil de comprender, pero ellos son los conquistadores”.

Veamos así, cuáles leyes serían buenas y saludables para ellos.

IV

Al abordar las ideas generales que deben inspirar el sistema penal mismo, Montesquieu asume que hay cuatro clases de crímenes – de cuya naturaleza derivará también la naturaleza de las penas, lo veremos: “*Aquellos de la primera especie chocan la religión; los de la segunda, las costumbres; los de la tercera, la tranquilidad; los de la cuarta, la seguridad de los ciudadanos*”⁴⁷. Una distinción fundamental se impone: “*aunque todos los crímenes sean públicos por su naturaleza, se distinguen por tanto los crímenes verdaderamente públicos de los crímenes privados, así llamados porque estos ofenden más a un particular que a la sociedad entera*”⁴⁸. Montesquieu sólo hablará de los primeros⁴⁹. Y, entre ellos, no hablará más que de aquellos donde la confusión, en el

⁴⁶ *Letras persas*, Cf. Se trata de las leyes y de los principios tomados del derecho romano y del derecho canónico.

⁴⁷ *Espíritu de las leyes*, libro XII, capítulo IV.

⁴⁸ Libro III, capítulo VI.

⁴⁹ Sobre los *Crímenes contra los particulares*, Montesquieu se pronuncia a veces someramente, con ocasión de ciertos ejemplos y en lo que respecta a algunos de ellos. Esto, por otra parte, siempre en el sentido de sus principios fundamentales de justicia comandada y temperada por reglas de humanidad y de moderación, no menos que las de la razón, es decir, de necesidad, de utilidad y de eficiencia, o aún de prevención. Así pues, cuando habla de las penas de la rueda y de la horca tan larga e indistintamente aplicadas para el robo, o bien cuando, en sus notas relativas, escribe, a las “*leyes que yo creería más propias para rendir florecientes una república o una colonia*”, cuestiona preceptos tales como los siguientes: “*el rapto por seducción no será un crimen capital, sino que será seguido del matrimonio*”; o “*el dolo personal no será un (simple) sujeto de restitución, sino que será perseguido criminalmente*” (es el caso de la estafa y del abuso de confianza modernos); o bien: “*Los niños de familia y menores*

espíritu del legislador, y el abuso, en la aplicación del juez sean los más peligrosos, los más intolerables para la administración de justicia y la seguridad de los ciudadanos: Los crímenes que atentan contra la majestad divina y contra los derechos de la moral; aquellos que atentan contra la majestad humana y contra los derechos del monarca, y que se vinculan a los primeros por una asimilación contestable⁵⁰. Puesto que es necesario cuidarse bien de no confundir lo divino con lo humano: ellos no se derivan ni de las mismas leyes, ni del mismo fuero.

Los delitos religiosos exponen y han conducido a terribles errores, contra los cuales Montesquieu observa con sabiduría⁵¹: Si bien podemos admitir -según las ideas del tiempo- que *“en las cosas que afectan la tranquilidad o la seguridad del Estado, las acciones ocultas pertenecen a la circunscripción de la justicia humana”*; esto no es posible, *“en aquellas que ofenden a la divinidad... todo lo que ocurre, es un asunto entre el hombre y Dios, quien conoce la medida y el tiempo de sus venganzas. Que si, confundiendo las cosas, el magistrado busca también el sacrilegio escondido, está inquirendo sobre un género de acción donde no es necesario: él destruye la libertad de los ciudadanos, armando en su contra, el celo de las conciencias tímidas y el de las conciencias atrevidas”*⁵². En una palabra, *“no se debe estatuir tomando por las leyes divinas,*

serán compelidos a pagar sus deudas, salvo castigo de los usureros”. Igualmente, da su opinión sobre el tratamiento de las mujeres de mala vida, las cuales deben ser recluidas en una *“casa de trabajo”* hasta que encuentren alguien que las despose; y sobre las mujeres dueñas de lugares de corrupción, las cuales deben ser castigadas *“de forma que no reincidan más”*. Ver *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. 1, II, pp. 393, 396.

⁵⁰ En sus notas, Montesquieu insiste sobre esta idea: *“Los japoneses castigan casi todos los crímenes de muerte, porque toda desobediencia a un emperador tan grande es un crimen enorme. Ellos hacen entonces el mismo razonamiento, con respecto a su emperador, que nosotros hacemos con respecto a Dios: la falta de quien ofende un ser infinito, es infinita”*. En el orden del derecho humano, *“todas estas ideas son ideas de servidumbre”*. *Pensamientos y fragmentos*, t. II, pp. 381 y ss.

⁵¹ El autor precisa de nuevo: *“el mal provino de esta idea de que hay que vengar a la divinidad. Sin embargo, hay que honrar a la divinidad y no vengarla jamás. En efecto, si nos condujéramos por esta última idea, ¿cuál sería el fin de los suplicios? Si las leyes de los hombres tienen que vengar un ser infinito, no serán regladas entonces sino sobre su infinidad, y no sobre sus debilidades, sobre las ignorancias, sobre los caprichos de la naturaleza humana”*, libro XII, capítulo IV. Hay que leer también su *“Muy humilde advertencia a los inquisidores de España y de Portugal”*, en el libro XXV, capítulo XIII.

⁵² Libro XII, capítulo IV. Que la Libertad es favorecida por la naturaleza de las penas y de su proporción.

aquello que debe serlo por las leyes humanas, ni resolver con las leyes humanas, aquello que debe serlo por las leyes divinas. Estas dos clases de leyes difieren por su origen, por su objeto y por su naturaleza"⁵³.

Es necesario, por tanto, evitar "*confundir la religión, las leyes, las costumbres y las maneras*", tal y como lo hicieron algunas legislaciones⁵⁴; y, por otra parte, es necesario "*evitar, también, las leyes penales en materia religiosa. Ellas inspiran el miedo, es verdad; pero como la religión tiene también sus leyes penales, que inspiran el miedo, una es borrada por la otra. Entre esos dos miedos diferentes, las almas devienen atroces*". Sobre esta cuestión, las leyes penales "*nunca han surtido efecto, a no ser como agentes de destrucción*"⁵⁵.

Algunas acusaciones criminales, en el área de la religión y las costumbres, exigen de nosotros un examen con una prudencia particular.

"Hay que ser muy circunspecto -primero- en el seguimiento de la magia y de la herejía". La acusación, por estos crímenes, "puede chocar extremadamente la libertad, y ser la fuente de una infinidad de tiranías, si el legislador no sabe limitarla. Puesto que, como ella no recae directamente sobre las acciones de un ciudadano, sino más bien, sobre la idea que nos hemos hecho de su carácter; deviene peligrosa en proporción a la ignorancia del pueblo, y es por ello que un ciudadano se encuentra siempre en peligro, porque la mejor conducta del mundo, la moral más pura, la práctica de todos los deberes, no

⁵³ "*Las leyes humanas estatuyen sobre el bien; la religión, sobre lo mejor*"; "*la fuerza principal de la religión proviene de que creemos en ella, la fuerza de las leyes humanas proviene de que les tememos*"; en fin, en aquellos Estados, donde las leyes no son nada o no son más que una voluntad caprichosa y transitoria del soberano: "*si en esos Estados las leyes de la religión tuviesen la naturaleza de las leyes humanas, entonces las leyes de la religión no serían nada tampoco*". Montesquieu estudia estas relaciones en el libro XXVI, De las leyes en la relación que éstas deben guardar con el orden de las cosas sobre las cuales estatuyen, capítulo III, De las leyes divinas y de las leyes humanas.

⁵⁴ Sobre todo en China, donde "*todo eso fue la moral, todo eso fue la virtud*", y se convirtió en la base de los "ritos", tan fuertes y más fuertes que nuestras leyes. Cuando China estuvo bien gobernada, lo fue de hecho por ellos, y no por la fuerza de los suplicios; al respecto ver el libro XIX, capítulos XVI y XVII.

⁵⁵ Libro XXV, De las leyes en su relación con el establecimiento de la religión en cada país y su policía exterior; capítulo III, De las leyes penales.

constituyen garantías contra las sospechas de esos crímenes". Bajo el reino de Felipe el Largo, los judíos fueron expulsados de Francia, acusados de haber envenenado las fuentes sirviéndose de los leprosos. "Esta absurda acusación debe, en todo caso, hacer dudar de todas aquéllas que estén fundadas sobre el odio público". No hace falta menos prudencia en la acusación del crimen contra la naturaleza; que "la religión, la moral y la política condenan "cada una a su turno", y que tendría que prescribir "toda vez que éste no hiciese más que procurar a un sexo las debilidades del otro". Lo que quiere decir Montesquieu, "será la causa de todos sus deshones". Pero, "como la naturaleza de este crimen es la de ser un crimen oculto, ocurrió que los legisladores lo castigaron sobre la deposición de un niño: eso era abrir una puerta bien larga a la calumnia". Y era también abrirla a los excesos. Resulta "singular que, entre nosotros, tres crímenes, la magia, la herejía y el crimen contra la naturaleza; de los cuales, podríamos probar, del primero, que no existe⁵⁶; del segundo, que es susceptible de una infinidad de distinciones, interpretaciones, limitaciones; del tercero, que es, muy a menudo, oscuro⁵⁷, hayan sido castigados los tres con la pena del fuego"⁵⁸.

El crimen de lesa majestad⁵⁹ -tan floreciente, tan pletórico dentro el antiguo derecho, como dentro de todo régimen autoritario en general- exige otro tanto de reserva si tenemos la inquietud de la libertad política y de los derechos de los ciudadanos. No existe dominio alguno, al lado del de la lesa majestad divina, donde la tentación del

⁵⁶ En sus Pensamientos y fragmentos inéditos, Montesquieu revela: "la magia, habiendo sido desacreditada, degeneró en brujería, que es, entre nosotros, el maravilloso del pueblo. Es la acusación quien hace el crimen y todos los otros de esta especie. Los pueblos no se los deben sino a la conducta de sus magistraturas: Es necesario, dicen ellos, que la magia exista, puesto que el legislador, en la sabiduría del cual yo me confío, hizo una ley para castigarla. Es necesario que este acto de magia haya sido hecho, puesto que los jueces, que procuran en sus juicios la atención más grande de que la naturaleza humana sea capaz, lo decidieron así"; t. I, p. 40, n° 292.

⁵⁷ Sobre el tema de los delitos de sodomía y homosexualidad, Montesquieu observa que ellos no fueron siempre punibles (sobre todo en Grecia), o no siempre fueron castigados tan duramente (por ejemplo en Florencia) como lo eran en su época, *Ibíd.*, t. II, pp. 386 y ss.

⁵⁸ *Espíritu de las Leyes*, Libro XII, capítulos V y VI.

⁵⁹ Sobre este crimen, cf. *Pensées et Fragments*, t. I, p. 140, n° 290.

exceso y de la caída en el exceso, no sean más frecuentes. *“Las leyes de China deciden que cualquiera que le falte el respeto al emperador debe ser castigado con la muerte. Puesto que las mismas no definían lo que es esa falta de respeto, todo puede suministrar un pretexto para quitarle la vida a quien se quiera, y exterminar la familia de quien se quiera”*⁶⁰. Sin que haya necesidad de ir hasta China, *“es suficiente con que el crimen de lesa majestad sea vago, para que el gobierno degenera en despotismo, - ese despotismo tan terrible que inclusive se revierte contra aquellos que lo ejercen”*. El riesgo no se corre únicamente en la desmedida, también se corre en la aberración. *“De nuevo, es un abuso violento dar el nombre de crimen de lesa majestad a una acción que no lo es”*, es decir, después de haber asimilado sacrilegio y lesa majestad, las acciones contra el príncipe y aquellas contra Dios, de asimilar los daños contra los oficiales y los ministros del príncipe, o su moneda, a aquellos contra el príncipe mismo: *“darle, a otro crimen, el nombre de lesa majestad, ¿no constituye acaso disminuir el horror del crimen de lesa majestad?”*⁶¹.

¿No constituye también una aberración, castigar, a título de lesa majestad, los pensamientos y las simples palabras? Un Marsias sueña, reporta Plutarco, quien cortaba la garganta de Denis, y éste le da la muerte *“diciendo, que él no hubiese soñado de noche si no hubiese pensado de día”*. He ahí *“una grande tiranía... Las leyes se encargan de castigar únicamente las acciones exteriores”*. Nada, tampoco, *“vuelve al crimen de lesa majestad más arbitrario que cuando las palabras indiscretas se convierten en materia del mismo”*⁶². *Los discursos están*

⁶⁰ El suplicio de Damiens en la plaza de Greva, en 1757, le dará a los temores del magistrado filósofo, una ilustración próxima. Sobre este respecto, ver Voltaire, *Historia del Parlamento de Paris*, capítulo LXVII, *“Atentado de Damiens sobre la persona del rey”*.

⁶¹ Libro XII, capítulos VII al X. La distinción se impone también en cuanto a la ley que ordena, bajo pena de vida, revelar una conspiración de la cual, inclusive, no hubiéramos sido cómplices: Ella no debe ser aplicada, con toda su severidad, *“sino al crimen de lesa majestad en primer rango”*, y es, por tanto, muy importante, *“que no se confundan los diferentes cargos de este crimen”*; libro XII, capítulo XVII. Sobre el deber de la denuncia, ver, más adelante, las consideraciones de Montesquieu.

⁶² A propósito del castigo de las palabras temerarias o indiscretas, del cargo de lesa majestad, ver *Pensamientos y Fragmentos Inéditos*, t. I, p. 140, n° 291.

de tal forma, sujetos a interpretación; existe tanta diferencia entre la indiscreción y la malicia, y tan poca entre las expresiones que ellas emplean; que la ley no puede someter por más tiempo las palabras a una pena capital... Las palabras no constituyen en nada un cuerpo de delito: ellas se quedan puramente en la idea. Algunas veces, el silencio expresa más que todos los discursos. No hay nada tan equívoco como todo esto. ¿Cómo hacer de ello entonces, un crimen de lesa majestad? Por dondequiera que esta ley es establecida, no solamente la libertad no existe más, sino que su misma sombra tampoco”. El “manifiesto de la difunta zarina”, contra la familia Olgourouki, en 1740, condena a uno de estos príncipes a muerte por haberle proferido palabras indecentes; a otro, por haber malignamente interpretado sus disposiciones sobre el imperio, y haber ofendido a su persona sagrada con palabras poco respetuosas: “Yo diría bien que, si se quiere moderar el despotismo, una simple pena correccional convendrá mejor en estas ocasiones, que una acusación de lesa majestad, siempre terrible para la inocencia misma”. En cuanto a los escritos, si bien estos “contienen alguna cosa más permanente que las palabras, cuando no se preparan para el crimen de lesa majestad, entonces no constituyen materia del crimen de lesa majestad”⁶³.

De seguida, Montesquieu se pronuncia contra las denuncias -a menudo calumniosas-, la delación y el espionaje policial; hoz de los estados y terror de los ciudadanos. Sin duda, Augusto, estableció que los esclavos y aquellos que habían conspirado contra él, serían vendidos en público para poder ponerse contra su maestro. “*En un Estado donde hay esclavos, es natural que éstos puedan*

⁶³ Libro XII, capítulos XI al XIII. De los pensamientos. De las palabras indiscretas. De los escritos. Montesquieu consagra también, algunas consideraciones sobre *escritos satíricos* y panfletos. “*ellos no siguieron siendo conocidos en los estados despóticos, donde, por un lado, la matanza y, por el otro, la ignorancia, no dan más el talento para hacerles frente. En la democracia, no se impiden, por la misma razón que, en los gobiernos de uno, se los defiende. Puesto que están, por lo ordinario, compuestos contra las gentes poderosas, cautivan la malignidad del pueblo que gobierna. En la monarquía, se defienden: pero se hace de ellos, más bien, un asunto de policía que un crimen (lo cual es justo). Ellos pueden divertir la malignidad general, consolar a los descontentos, disminuir la envidia contra los cargos, dar al pueblo la paciencia para sufrir y hacerlo retirarse de sus sufrimientos*”.

ser indicadores". En cuanto a los acusadores calumniosos, es Sila, el autor de las leyes cornelias, el dictador -*"quien confunde la tiranía, la anarquía y la libertad"* y *"parece sólo hacer reglamentos para establecer crímenes"*-, quien enseña a las *"tristes leyes"* de los Césares, a no castigarlos; en espera de que pronto se llegase hasta a recompensarlos⁶⁴.

Pero, ¿y qué hay de la obligación de revelar las conspiraciones? Cuando tu hermano, o tu hijo, o tu hija, o tu mujer bienamada, o tu amigo, quien es como tu alma, te dirán en secreto: *"Vamos a creer en otros dioses"*, tú le lapidarás: *"primero, tu mano será sobre él, enseguida, la de todo el pueblo"*. Esta terrible ley del Deuteronomio, dice Montesquieu, *"no puede ser una ley civil para la mayor parte de los pueblos que nosotros conocemos, porque, ella, le abriría la puerta a todos los crímenes. La ley que ordena, en varios Estados, revelar las conspiraciones, inclusive de las cuales no fuimos cómplices, no es menos dura"*; y, si el gobierno monárquico la tiene, *"es muy conveniente restringirla"*, estrictamente, al crimen de lesa majestad del primer rango, es decir, a los atentados contra la vida del soberano, y a aquellos contra la soberanía y la vida del Estado. Aplicar el crimen de no-revelación a los casos ordinarios no podría verse, sino en un país *"donde las leyes revierten todas las ideas de la razón humana"*. En fin, que la conspiración, cuando tiene que ser reprimida, lo sea sin los abusos que acompañan, demasiado frecuentemente, a su represión⁶⁵; y, que cuando lo haya sido, *"cuando una república haya logrado destruir aquellos que querían destruirla, hay que apresurarse a poner fin a las venganzas, a las penas y a las recompensas mismas. No podemos propinar grandes castigos, y por consiguiente, grandes cambios, sin poner en las manos de algunos ciudadanos, un gran poder. Es*

⁶⁴ No hay que hacer como el zar Pedro Iro. Quien había formulado una nueva ordenanza para prohibir ser presentado en averiguación hasta tanto no fuese presentado a dos de sus oficiales; escribía Perry, en su *Estado de la Gran Rusia*, en 1717: *"Se puede, en caso de denegación de justicia, presentarle la tercera; pero aquél que esté equivocado, debe perder la vida. Nadie, desde entonces, le levantó averiguación alguna al zar"*. Libro VI, capítulo XV, y Libro XII, capítulos XV y XVI.

⁶⁵ *"Roma, estaba inundada de sangre cuando Lépidio conquistó España; y, por un absurdo sin ejemplar, bajo pena de ser proscrito, ordena regocijarse"*.

mejor entonces, en ese caso, perdonar mucho, en lugar de castigar mucho; exiliar poco, en lugar de exiliar mucho; dejar los bienes, en lugar de multiplicar las confiscaciones. Bajo pretexto de la venganza de la república, se establecerá la tiranía de los vengadores... Hay que regresar lo más rápido que se pueda a ese trajín ordinario del gobierno, donde las leyes protegen todo, y no se arman contra nadie”⁶⁶.

¿Conviene entonces, por fin, tener espías dentro del Estado? *“No es la práctica habitual de los buenos príncipes. Cuando un hombre es fiel a las leyes, ha satisfecho aquello que debe al príncipe. Por lo menos, tiene que tener su casa por asilo, y seguridad en el resto de su conducta. El espionaje sería quizás tolerable si pudiese ser ejercido por gentes honestas; pero la infamia necesaria de la persona puede juzgarse sobre la infamia de la cosa”.* El príncipe -y la regla puede ser aplicada a todo gobierno- debe tratar a sus administrados *“con candor, con franqueza, con confianza... Cuando él vea que, en general, las leyes tienen fuerza y son respetadas, puede juzgarse en seguridad. La conducta general le responde de aquella de los particulares”.* ¿De qué podría dudar él entonces? ¿Por qué no estaríamos dispuestos a amarlo? *“Él es la fuente de casi todo el bien que se hace; y casi todas las sanciones quedan por cuenta de las leyes”.* Es necesario que el príncipe aliente, y que sean las leyes las que amenacen y castiguen⁶⁷. Pero no siempre es necesario ir a los extremos. *“Hay casos donde la potencia debe actuar en toda su extensión; hay otros tantos donde ella debe actuar por sus límites”.* Lo “sublime” de la administración o del gobierno, consiste, precisamente en conocer bien cuál es la parte del poder que se debe emplear en las diversas circunstancias.

V

Las reflexiones que Montesquieu consagra a la pena y a su medida han adquirido una justa fama. *“Él nos pone entre las manos los tesoros inestimables respecto*

⁶⁶ Libro XII, capítulo XVIII.

⁶⁷ Libro XII, capítulos XXIII, XXV y XXVI.

del establecimiento de las penas”, decía Bertolini, ya para 1754: “*él nos muestra que la dulzura y la moderación constituyen virtudes propias de las almas grandes, nacidas para hacer la felicidad de los pueblos*”⁶⁸. Y, ciertamente, “*sus ideas sobre la política criminal se adelantan a su tiempo; ellas atestiguan su profunda penetración y su sabiduría legislativa; ellas merecen, aún hoy día, consideración*”, juzgó, antes que nosotros, Carl Stooss, autor del proyecto del Código Penal suizo⁶⁹.

Ya en sus letras persas, Montesquieu había esbozado sus puntos de vista sobre este tema. “*En un Estado, las penas más o menos crueles no logran que se obedezca más a las leyes. En los países donde los castigos son moderados, se les teme como en aquellos donde son tiránicos y horribles*”. Y continuaba: “*Ya sea que el gobierno sea dulce, ya sea que éste sea cruel, siempre se pena por grados; se inflige un castigo más o menos grande, a un crimen más o menos grande. La imaginación se pliega, por ella misma, a las costumbres del país donde se esté: ocho días de prisión o una ligera multa golpean por igual el espíritu de un europeo bien nutrido, en un país de dulzura; que la pérdida de un brazo intímido a un asiático. Ellos comportan un cierto grado de temor por un cierto grado de pena, y cada uno la comparte a su manera: la desesperanza de la infamia viene a desolar a un francés, condenado a una pena que no le quitaría ni siquiera un cuarto de hora de sueño a un turco*”⁷⁰.

Siempre guiado por sus principios maestros, es este tema el que él va a desarrollar en el *Espíritu de las leyes*⁷¹, partiendo de la frase preliminar: “*la libertad triunfa cuando las leyes criminales extraen cada pena de la naturaleza particular*

⁶⁸ Edición Dalibon, 1827, t. I, p. 45.

⁶⁹ Artículo citado, *Revista penal suiza*, 1919, p. 26.

⁷⁰ Carta LXXX. “*De hecho, concluye, no veo que la policía, la justicia y la equidad sean mejores observadas en Turquía, en Persia, en Mongolia, que en las repúblicas de Holanda, de Venecia y de Inglaterra misma: no veo que allí se comentan menos crímenes, y que los hombres, intimidados por la grandeza de los castigos, se encuentren allí más sometidos a las leyes*”.

⁷¹ Libro XII, capítulo IV, Que la libertad es favorecida por la naturaleza de las penas y su proporción.

del crimen. Toda arbitrariedad cesa; la pena no descende del capricho del legislador, sino de la naturaleza de las cosas; no es el hombre quien hace violencia para el hombre.

En lo que concierne a los crímenes contra la *religión*, -y no hay que incluir dentro de su clasificación aquellos que atacan directamente, como el sacrilegio, puesto que esos que perturban el ejercicio de la misma, encuentran su lugar entre los daños a la tranquilidad o a la seguridad de los ciudadanos- la pena debe, por la naturaleza de las cosas, “*consistir en la privación de todas las ventajas que da la religión*”. Los crímenes que interesan únicamente a las costumbres -exceptuando también a aquellos que chocan la seguridad pública, tales como el rapto o la violación- acarrearán “*la privación de las ventajas que la sociedad ha asignado a la pureza de las costumbres*”, las multas, la vergüenza, la infamia pública, la expulsión de la ciudad o de la sociedad y, en fin, todas las penas que sean de la jurisdicción correccional y que “*bastan, para reprimir la temeridad de los sexos*”; encontrándose, estas dos clases de infracciones, “*menos fundadas sobre la maldad que sobre el olvido o el desprecio de sí mismo*”. Los crímenes que chocan la *tranquilidad* de los ciudadanos serán susceptibles de penas que se relacionan con esta tranquilidad, como la prisión, el exilio, las correcciones y otras sanciones que “*conlleven a los espíritus inquietos, y los hacen entrar dentro del orden establecido*”. En fin, los crímenes contra la *seguridad* de los ciudadanos serán expiados por las penas que reciben el nombre de suplicios: “*es una especie de talión, que hace que la sociedad le niegue la seguridad a un ciudadano que ha sido privado de ella, o que ha querido privar a otro de ella... Un ciudadano merece la muerte cuando ha violado la seguridad, al punto de haber hecho perder la vida, o haber pretendido perderla. Esta pena de muerte es el remedio de la sociedad enferma*⁷². Cuando se viola la seguridad en consideración de los bienes, pueden existir razones para que la pena sea capital; pero valdría

⁷² De acuerdo con las ideas generales de su tiempo, sobre la legitimidad de la pena de muerte, Montesquieu no es contrario, en principio (como lo será su discípulo Beccaria): “*Lo que hace que la muerte de un*

más, quizás,... que la pena de los crímenes contra la seguridad de los bienes fuese condenada con la pérdida de los bienes propios. Esto debería ser así, si las fortunas fuesen comunes o iguales; pero, puesto que son aquellos que carecen de bienes, los que atacan más gustosamente el de los otros, hizo falta que la pena corporal supliera a la pena pecuniaria”.

Pero las penas no deben ser solamente justas en su naturaleza; ellas deben ser moderadas, ellas no deben ser excesivas en su principio. La justicia no reinará en medio del terror. *“Se puede exterminar por las leyes, tal y como se extermina por la espada”*⁷³. Así como las incriminaciones, las sanciones, no son separables de la esencia profunda del gobierno. *“Sería cómodo probar que, en todos, o casi en todos los Estados de Europa, las penas han disminuido o aumentado, a medida que se está más cerca o más lejos de la libertad”*⁷⁴. Puesto que *“la severidad de las penas conviene mejor al gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que a la monarquía y a la república, que tienen por jurisdicción el honor y la virtud”*. En los estados moderados, *“el amor por la patria, la vergüenza y el miedo a la reprobación, constituyen los motivos represores que pueden hacer cesar los crímenes. La pena más grande de una mala acción, será la de estar convencido de ella”*⁷⁵. No se puede ni siquiera asegurar que, en un tal Estado, *“todo, para un buen legislador, puede servir para*

criminal sea una cosa lícita, es que la ley que lo penaliza estuvo hecha a su favor. Un asesino, por ejemplo, gozó de la ley que lo condena; ella le conservó la vida en todo momento: él no puede, pues, reclamar nada contra ella”; Libro XV, capítulo II.

⁷³ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. I, p. 123: *“En 150 años de tiempo, los emperadores romanos destruirían todas las antiguas familias romanas. Una de las más grades de sus tiranías fue la de sus leyes”*.

⁷⁴ Libro VI, capítulo IX. De la severidad de las penas en los diversos gobiernos. Montesquieu explica así esta constatación: *“en los países despóticos, se es tan desdichado que ya no se le teme a la muerte, que ya uno no se lamenta por la vida: los suplicios deben ser entonces, más rigurosos. En los estados moderados, se le teme más a la pérdida de la vida de lo que se le teme a la muerte en sí misma: los suplicios que, simplemente, privan de la vida, son suficientes”*. Por último concluye, invocando de nuevo la historia, en el Libro VI, capítulo XV. De las leyes de los romanos concernientes a las penas: *“Me identifico bastante con mis máximas, cuando he tenido para mí a los romanos; y creo que las penas dependen de la naturaleza del gobierno; cuando veo a ese gran pueblo cambiar, en lo que a esto respecta, de leyes civiles, a medida que cambiaba de ley política”*, yendo de la realeza a la república y al imperio.

⁷⁵ Naturalmente, no hay que descuidar, al lado de estos motivos, la influencia de la *religión*. Montesquieu

formular las penas"; y que, en una palabra *"todo lo que la ley llama una pena, es efectivamente una pena"*. En los gobiernos moderados, pues, *"las penas serán moderadas, puesto que toda pena que no deriva de la necesidad es tiránica"*⁷⁶. *"No hay que hacer por las leyes, aquellos que puede ser hecho por las costumbres"*⁷⁷. Montesquieu insiste en ello, en varias partes. Y es por ello que, en este Estado moderado, que le es tan querido, *"un buen legislador, se interesará menos en sancionar los crímenes, que en prevenirlos; él se aplicará más en dar costumbres que en infligir suplicios"*⁷⁸. No tendrá que multiplicar ni agravar estos últimos, puesto que depende de él hacerlos superfluos. *"Cuando un pueblo es virtuoso, hay pocas penas"*, y el pueblo romano, tan probo, es el ejemplo de ello. *"Esta probidad que tuvo tanta fuerza, que, a menudo, el legislador solamente tuvo necesidad de mostrarle el bien para que se le siguiera. Parecía que en lugar de ordenanzas, bastaba con dar consejos"*⁷⁹.

El exceso al máximo de las penas, no garantiza su eficacia. Las penas demasiado crueles no deben ser rechazadas solamente como injustas y tiránicas; deben serlo como inútiles y nefastas, ya que persiguen fines contrarios al que se proponen. En cuanto al poder de las penas, la experiencia hizo notar, que *"en los países donde las penas son dulces, el espíritu del ciudadano es golpeado por ellas, tal y como lo es, de hecho por las grandes"*⁸⁰. *"Los resultados de las penas moderadas consisten, en que ellas tienen el mismo efecto que las penas atroces*

muestra, de hecho, cómo la fuerza de la religión se aplica a la de las leyes civiles, y escribe: *"Puesto que la religión y las leyes civiles deben tender, principalmente, a convertir a los hombres en buenos ciudadanos, vemos que, cuando una de las dos se aleja de este fin, la otra debe tender a él por más largo tiempo: menos la religión será represiva, más las leyes civiles deben reprimir"*; Libro XXIV, capítulo XII. En los *Pensamientos y fragmentos inéditos*, profundiza su idea: Sin embargo, *"el temor de las penas en la otra vida no es un motivo tan represivo como el miedo hacia las penas de ésta de aquí; porque los hombres no son golpeados con males proporcionales a su grandeza, sino proporcionales al tiempo más o menos cercano en que ellos llegan, de manera que un pequeño placer presente nos llena más que una gran pena alejada... Mahomet da dos motivos para observar la ley: el miedo a las penas de esta vida y de la otra"*; t. II, p. 380, n° 1945.

⁷⁶ Una máxima de los *Pensamientos y fragmentos inéditos* lo precisa, t. II, p. 382, n° 1950.

⁷⁷ Ver *Ibíd.*, t. I, p. 413, Máximas generales de la política, ad IV.

⁷⁸ *Espíritu de las leyes*, capítulo IX del libro VI.

⁷⁹ Libro VI, capítulo XI.

⁸⁰ Libro IV, capítulo XII, Del poder de las penas.

*tienen sobre los espíritus habituados a las penas atroces*⁸¹. Y esto se explica bastante bien. *“Uno que otro inconveniente se hace sentir en un Estado, un gobierno violento quiere, a menudo, corregirlo; y, en lugar de pensar en hacer ejecutar las antiguas leyes, se establece una pena cruel que detiene el mal sobre el campo. Pero se usa la jurisdicción del gobierno*⁸²: *la imaginación se acostumbra a esta gran pena, tal y como se acostumbra a la mínima*⁸³; *y, puesto que se disminuye el temor para ésta, pronto nos vemos forzados a establecer la otra en todos los otros casos. Los robos en los grandes caminos, eran comunes en algunos Estados; se quiso detenerlos: se inventó el suplicio de la rueda, que los suspendía durante algún tiempo. Desde entonces, se robó, tanto como antes, en los grandes caminos*⁸⁴.

El error se encontró en la raíz. *“No hay que llevar a los hombres por las vías extremas; se deben buscar los medios que la naturaleza nos ofrece para conducirlos. Que se examine la causa de todos los relajamientos: veremos que ella proviene de la impunidad de los crímenes y no de la moderación de las penas. Sigamos la naturaleza, que otorgó la vergüenza a los hombres como su hoz; y que la parte más grande de la pena sea la infamia de sufrirla”*. Siempre es el exceso el que aniquila el remedio: *“Que si se hallan países donde la vergüenza no sea la continuación del suplicio, eso ocurre por la tiranía, que infligió las mismas penas a los celerados y a las gentes de bien. Y, que si vosotros veis otros donde los hombres no son retenidos sino por suplicios crueles, contad, de nuevo, con que eso se debe, en gran parte, a la violencia del gobierno, que empleó estos suplicios para las faltas ligeras*⁸⁵. Es necesario

⁸¹ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. II, p. 382, n° 1950.

⁸² Montesquieu insistió, en sus *Máximas generales de política*, sobre estos aforismos: *“el temor, es una jurisdicción que hay que arreglar; nunca, hay que hacer ley severa alguna cuando una más dulce basta”*. Y de nuevo: *“las leyes inútiles debilitan las necesarias.- Aquellas que podemos eludir, debilitan la legislación”*, *Ibíd.*, t. I, p. 413, ad V, VI y VII.

⁸³ Aquí, de nuevo, una nota graba más profundamente el rasgo: *“no hacen falta penas demasiado crueles, para no acostumbrar a los hombre a afectarse únicamente por el miedo a los castigos crueles”*. *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. II, p. 382, n° 1949.

⁸⁴ Libro VI, capítulo XII.

estar atento a este peligro de endurecimiento de las costumbres y de su conducción al exceso. A menudo, en efecto, *“un legislador que quiere corregir un mal, no piensa sino en esta corrección; sus ojos están abiertos sobre este objeto, y cerrados sobre los inconvenientes. Una vez que el mal ha sido corregido, no se ve más que la dureza del legislador; sin embargo, un vicio, producido por esta dureza, persiste en el Estado: los espíritus están corrompidos, no se han acostumbrado al despotismo”*. Nada más grave, y esta es la peor de las corrupciones: *“Existen dos géneros de corrupción: el uno, tiene lugar cuando el pueblo no observa las leyes; el otro, cuando está corrompido por las leyes: mal incurable, puesto que está en el remedio mismo”*. De hecho, el efecto corruptor de las penas exageradas es tal, que éstas *“pueden corromper al despotismo mismo”*. Sucedió -sobre todo al momento de las persecuciones religiosas en Japón- que *“las almas, ensalvajadas por doquier y vueltas más atroces, no pudieron ser conducidas sino por una atrocidad más grande”*, lo cual constituye el origen de esas leyes que tienen *“más furor que fuerza”*. Pero, ha sido demostrado que *“la atrocidad de las leyes impide la ejecución de las mismas. Cuando la pena es sin medida, por lo general, nos vemos obligados a preferir la impunidad”*⁸⁶.

No obstante, las penas, para ser buenas, no deben únicamente ser apropiadas a la naturaleza del crimen, y moderadas; ellas deben también tener una justa proporción con el crimen⁸⁷; y *“es esencial que evitemos, más bien, un gran crimen que uno pequeño”*. Olvidamos demasiado darle a las sanciones su medida, sus

⁸⁵ Sobre la *“naturaleza de las penas”*, y sobre la *“crueldad de las penas”*, que tanto preocupan a Montesquieu, ver también los *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. I, pp. 119 y ss., nos. 250 y 251 y los siguientes.

⁸⁶ Libro VI, capítulo XIII, Impotencia de las leyes japonesas.

⁸⁷ Libro VI, capítulo XVI.- ¿Acaso es necesario agregar que el ideal no es el talión? *“Los estados despóticos, los cuales aman las leyes simples, se sirven mucho de la ley del talión; los estados moderados la reciben algunas veces: pero existe una diferencia, y es que los primeros la hacen ejercer rigurosamente, y que los otros le otorgan casi siempre atenuaciones”*; Libro VI, capítulo XXIX – Está claro también que una pena justa debe ser *personal* y pesar solamente sobre los culpables: Sancionar a los padres por las faltas de sus hijos – y recíprocamente – *“es igualmente una idea extraída del despotismo”*. En lugar de castigarlos, decía Platón en sus *Leyes*, hay que celebrarles que no se parezcan a su padre; *Ibíd.*, capítulo XX.

necesarias ligeras diferencias. En primer lugar, no hay que confundir las materias criminales y de policía, y castigar en éstas como en las primeras⁸⁸. Y, en las materias criminales, no hay que distribuir la pena por igual. “Entre nosotros, constituye un gran mal someter a la misma pena a aquel que roba en un gran camino, y a aquel que roba y asesina. Es visible que, por seguridad pública, deberíamos incluir una que otra diferencia en la pena”. ¿Se quiere acaso la prueba? En China, los ladrones crueles son cortados en pedazos; los otros no: esta diferencia hace que se incurra en robo, pero no en asesinato. En Moscovia, donde la pena de los ladrones y aquella de los asesinos son las mismas, siempre se asesina. “Los muertos, se dice por allá, no cuentan nada”. Al menos, cuando no hay diferencia en la pena, hace falta disponerse a la esperanza de la gracia. “En Inglaterra, no se asesina, puesto que los ladrones pueden esperar ser transportados a las colonias; no en cambio los asesinos”. Por aquí se ve, y Montesquieu lo recuerda, que las penas pueden ser diferenciadas en su elección⁸⁹; que, ellas no deben, necesariamente, ser siempre sangrientas o crueles – parecer haber sido compuestas por el verdugo, como dirá Voltaire⁹⁰. La pena pecuniaria, para la que Montesquieu había ya sugerido el empleo, hablando de la relación natural entre el delito y la pena en los crímenes contra la seguridad de los ciudadanos, ofrece recursos demasiado descuidados. El legislador puede caer en un doble y contrario exceso sobre este respecto. Podemos, como “nuestros padres los germanos”, estimar que la sangre no debería ser derramada sino con armas en mano, y no admitir, en consecuencia,

⁸⁸ “Hay criminales que el magistrado castiga, hay otros que corrige. Los primeros están sometidos al poder de la ley, los otros a su autoridad; aquéllos son excluidos de la sociedad.- En el ejercicio de la policía, es más bien el magistrado el que castiga, que la ley; en los juicios de los crímenes, es más bien la ley la que castiga, que el magistrado. Las materias de policía son cosas de cada instante, y en las que, ordinariamente, se trata de poco: no hacen falta, pues, más formalidades. Las acciones de la policía son prontas y ellas se ejercen sobre las cosas que se suceden todos los días: las grandes sanciones no le son, pues, propias. Ella se ocupa, perpetuamente, de detalles: los grandes ejemplos no son, pues, hechos por ella. Ella tiene, más bien, reglamentos que leyes. Las gentes que la integra, se encuentran, sin cesar, bajo los ojos del magistrado, si caen en excesos. Así, no hay que confundir las grandes violaciones de las leyes con la violación de la simple policía: son dos cosas de orden diferente”. Libro XXVI, capítulo XXIV.

⁸⁹ Libro VI, capítulo XVIII, De las penas pecuniarias y de las penas corporales.

⁹⁰ Precio de la justicia y de la humanidad, art. XXIV.

sino las penas pecuniarias⁹¹; o como en Japón, rechazarlas bajo pretexto de que las gentes ricas eludirían la punición. “¿Pero, acaso las gentes ricas no temen perder sus bienes? ¿Acaso las penas pecuniarias no pueden ser proporcionales a las fortunas? Y, en fin, ¿acaso no podemos añadir la infamia a estas penas?- Un buen legislador opta por un justo medio: no siempre ordena penas pecuniarias; no siempre inflige penas corporales”⁹².

Finalmente, Montesquieu eleva su pensamiento hasta las regiones más serenas de la justicia. Si “Dios hace murmurar al trueno” y si “el legislador, en el establecimiento de las penas, debe hacer lo mismo”⁹³, pueden, no obstante, existir razones superiores para que no haga caer el rayo. Hace rato se hablaba de la esperanza y de la gracia. “Son, las cartas de gracia, la grandiosa jurisdicción de los gobiernos moderados. Ese poder de perdonar, que tiene el príncipe, ejecutado junto a su sabiduría, puede tener efectos admirables. El príncipe del gobierno despótico, que no perdona y a quien no se le perdona jamás, lo priva de esas ventajas”⁹⁴. Por tanto, es necesario que la clemencia sepa intervenir para temperar y corregir, según la necesidad de la ley⁹⁵. “La clemencia es la cualidad distintiva de los monarcas⁹⁶; casi siempre es una felicidad, para

⁹¹ Sobre el tema, y sobre las leyes bárbaras que “se dedicaron a marcar con precisión la diferencia de los errores, de las injurias, de los crímenes, a fin de que cada uno conociera con justeza hasta qué punto era lesivo u ofensivo; que supiera exactamente la reparación que debía recibir; y, sobre todo, que, en lo que concierne a esta última, no debía recibir más de la merecida, ver Libro XXX, capítulo XIX.

⁹² En la ejecución de éstas, es indispensable respetar las reglas del pudor, sobre todo en lo que se refiere a las mujeres. “Existen reglas de pudor que son observadas casi en todas las naciones del mundo: sería absurdo violarlas en la sanción de los crímenes, la cual debe tener siempre por objeto, el reestablecimiento del orden”; Libro XII, capítulo XIV.- A propósito de lo que Montesquieu dice, de la violación repudiable de esta regla en Japón y donde los Hindúes, Voltaire revela “con dolor”, en su *Comentario del Espíritu de las leyes*, tales “desprecios” en Montesquieu; obras completas, vol. 30, Varios, IX, p. 438, LXVI.

⁹³ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. II, Derecho Penal, p. 381, n° 1946.

⁹⁴ Libro VI, capítulo XVI.

⁹⁵ Libro VI, capítulo final XXI, De la clemencia del príncipe. Montesquieu observa, a propósito de la clemencia: “En las repúblicas, donde se tiene por principio a la virtud, la clemencia, es menos necesaria. En el Estado despótico, donde reina el miedo, se hace menos uso de la clemencia, puesto que hay que contener, a los grandes del estado, por medio de ejemplos de severidad. En las monarquías, donde se es gobernado por el honor; que a menudo exige aquello que la ley prohíbe – pensemos en el duelo–, la clemencia, es más necesaria. La desgracia es allí, un equivalente de la pena; allí, las formalidades mismas de los juicios constituyen puniciones”. Para Voltaire, son tales “decisiones”, entre tantas otras “con ese gusto”, las que convierten a *El Espíritu de las Leyes* en un “bien preciado”, *Comentarios en las Misceláneas*, IX, p. 430, XXXIII.

⁹⁶ El príncipe, agrega, en sus *Pensamientos y Fragmentos inéditos*, “bien puede acordar cartas de

ellos, tener la ocasión de ejercerla; y casi siempre se puede hacerlo en nuestros territorios... Sin embargo, se dirá, ¿cuándo hace falta castigar? ¿Cuándo hace falta perdonar? Esa, es una cosa que más bien se siente, y no puede prescribirse. Cuando la clemencia corre peligros, esos peligros son bastante visibles. Se la distingue claramente de esta debilidad que lleva, al príncipe, al desprecio y la impotencia misma de castigar”.

Finalmente, ¿esta gran ley del perdón, de remisión para quien lo amerite, no debe inspirar la justicia humana, tal y como domina la justicia superior de la que el príncipe y su magistrado solamente ostentan la delegación? ¿Su bienestar no puede acaso ser digno de los templos de la justicia tal y como lo es de aquellos de la fe? *“La religión pagana, que únicamente defendía algunos crímenes vulgares, que detenía la mano y abandonaba al corazón, podía tener crímenes inexpiables; pero una religión que engloba todas las pasiones, que no está más celosa de las acciones que de los deseos y de los pensamientos; que nos tiene amarrados con algunas cadenas, aunque con un número incontable de hilos; que deja detrás de ella a la justicia humana, y comienza otra justicia; que está hecha para llevar, sin cesar, del arrepentimiento al amor y del amor al arrepentimiento; que pone entre el juez y el criminal a un gran mediador, entre el justo y el mediador a un gran juez: una religión semejante no debe tener crímenes inexpiables”*⁹⁷.

VI

Conducidos así hasta el suelo del pretorio de una justicia lúcida, moderada y cristiana, aunque toda laica, ¿cuáles serán las reglas de su administración, de su *procedimiento*, -las reglas de la acusación, de la convicción y del juicio del criminal?

gracia, puesto que puede remitir el ejemplo, y puesto que la condenación misma es un ejemplo, y que las cartas de gracia son, igualmente, un ejemplo”, t. I, p. 124, nº 261.

⁹⁷ Libro XXIV, capítulo XII. A pesar de ese carácter general que debe reflejar la justicia humana, hay que cuidarse bien de asimilar sus instituciones con las que la Iglesia instituyó con relación a los tribunales que velan la otra vida, tal y como lo precisa Montesquieu con vigor, y como vamos a verlo.

Esmein, el historiador magistrado del procedimiento criminal francés, resaltó muy bien el sentido general del esfuerzo de Montesquieu, entre aquél de los filósofos y de los publicistas que, según la palabra de Condorcet, habían tomado por grito de guerra: “razón, tolerancia, humanidad”, y quienes confirieron a su siglo, del cual ellos son los verdaderos reyes, el nombre de siglo de las luces⁹⁸. Fue en el más temprano momento; a partir de la aparición del libro, inmediatamente célebre, de Montesquieu, que todas esas “*inteligencias activas, que quieren reformar el mundo*” (lo que conseguirán además), desarrollan su “*basta encuesta del pasado y del presente*”, para extraer de allí modelos y lecciones. Las instituciones de dos pueblos, retuvieron sobre todo su atención: las de los romanos, y las de los ingleses. “*Ahora bien, resulta ser que en Roma, durante la época más bella de su historia, y en Inglaterra, en ese mismo momento, se descubre un procedimiento penal totalmente diferente del que se seguía: consiste en la publicidad de los debates, la plena libertad de la defensa, el juicio por jurados*”. Montesquieu, y después Voltaire, van a retomar, a revivificar, a afrancesar y a expandir estas ideas. “*Pero, es sobre todo hacia Inglaterra que se dirigen las miradas; hacia la Inglaterra que supo conservar su libertad política junto con todas las otras*⁹⁹. Entre las instituciones del pueblo inglés. No había otra más perfecta que el procedimiento criminal. Montesquieu la cita a menudo, aunque sin nombrarla; y Voltaire no deja de recordar aquello que se sucede más allá de la Mancha”. En su *Precio de la justicia y de la humanidad*, publicado en Ginebra, luego del concurso abierto por la Sociedad de los Ciudadanos de Berna, en 1777, sobre la reforma del procedimiento criminal¹⁰⁰, el cual, tuvo eco en toda Europa, él emitirá el aforismo tan a menudo citado, de que, en Francia, el Código criminal, parece estar dirigido a la perdición de los ciudadanos; en Inglaterra, a su salvaguarda.

⁹⁸ Esmein, op. Cit., pp. 358-361.

⁹⁹ El libro “*imperfecto y muy ilustrado*” del abogado Delome, *Constitución de Inglaterra*, publicado en Ginebra, también contribuirá mucho a hacer admitir, en 1791, el procedimiento por jurados y las otras instituciones inglesas, Esmein, p. 361, nota. En sus *Leyes penales ginebrinas*, Flammer precisa que ese *Libro clásico*, había “*popularizado desde 1771*”, las ideas inglesas.

¹⁰⁰ Sobre este tema, cf. Esmein, p. 361, y nuestro estudio sobre Beccaria, pp. 98 y ss.

“¿Qué quiere decir Montesquieu con remplazar la arcaica herencia, todavía rechinante por el “*óxido de la barbarie*”, como se dijo, por instituciones conformes a la “*naturaleza de las cosas*”, y garantes de la “*libertad de los ciudadanos?*”.

Primero que nada, y tal y como lo hizo para las leyes y las incriminaciones, da por sentado “*que no hay que regular los tribunales humanos por las máximas de los tribunales que velan sobre la otra vida*”¹⁰¹. El criminal no debe, simplemente, ser asimilado al pecador, ni el juez inspirarse “*en las ideas monásticas; donde aquel que niega, parece estar en la impenitencia y en la perpetua condena; y aquel que confiesa, parece estar en el arrepentimiento y salvado... Semejante distinción, no puede concernir a los tribunales humanos: la justicia humana, la cual, no ve sino las acciones, únicamente reposa sobre un pacto entre los hombres, cual es el de la inocencia; la justicia divina, que ve los pensamientos, reposa sobre dos: el de la inocencia y el del arrepentimiento*”. La asimilación conduce; naturalmente, por la exploración del fuero interior, el examen de la consciencia, la búsqueda apasionada del confeso que libera el pecador y justifica y tranquiliza al juez, a un procedimiento de inquisición. “*El tribunal de la inquisición, fundado por los monjes cristianos sobre la idea del tribunal de la penitencia, es contrario a toda buena policía. Él, encontró, por todos lados, una sublevación general.... Ese tribunal es insoportable en todos los gobiernos. En la monarquía, no puede formar sino delatores y traidores; en las repúblicas, no puede formar sino gentes deshonestas; en el Estado despótico, es tan destructor como éste*”¹⁰².

¹⁰¹ Libro XXVI, capítulos XI y XII. Como lo dice, de hecho, más adelante, hay tres tribunales que casi nunca se ponen de acuerdo: “*el de las leyes, el del honor y el de la religión*”. *Pensamientos y fragmentos*, t. II, p. 361, n° 1905.

¹⁰² En principio, Montesquieu no quiere oponerse a la *jurisdicción eclesiástica* para pedir su abolición; sino que demanda su estricta delimitación en relación con la jurisdicción civil: “*Yo no estoy contrariado por los privilegios eclesiásticos; pero quisiera que se fijase de una vez su jurisdicción. No es cuestión de saber si se tuvo razón de establecerla; pero, si ella ha sido establecida, si ella es parte de las leyes del país, y si ella es, en ese lugar, por doquier relativa; si, entre dos poderes reconocidos como independientes, las condiciones no deben ser recíprocas; y si no es igual que un buen sujeto defienda la justicia del príncipe o los límites que ella se ha prescrito desde tiempo inmemoriales*”; Libro II, capítulo IV.

Es, pues, en contra del principio inquisitorial secreto¹⁰³, el principio *acusatorio*, abierto -que fue el mismo de la Roma republicana y que permaneció siendo el de la Inglaterra liberal,- que debe establecerse, aunque adaptado a las formas políticas y judiciales modernas¹⁰⁴. Bajo el imperio de las antiguas leyes sálicas y ripuarias, y de todas las otras leyes bárbaras, donde las penas eran pecuniarias, “*no existía, en ese entonces, como hoy entre nosotros, una parte pública que estuviera encargada del seguimiento de los crímenes. En efecto, todo se reducía a reparaciones de los daños; todo seguimiento era, de una u otra forma, civil, y cada particular podía hacerlo. Por otra parte, el derecho romano estaba provisto de formas populares para el seguimiento de los crímenes, las cuales, sólo podían acordarse con el ministerio de una parte pública. El uso de combates judiciales no repudiaba más esta idea; puesto que ¿hubiese querido ser la parte pública, y hacerse campeón contra todos?*”¹⁰⁵. ¿Cómo regular entonces el principio y las formas de la acusación? La acusación popular pública, que “*le permitió a todo hombre acusar a quien él quiera*”, no es inofensiva y no puede desvincularse de “*leyes propicias para defender la inocencia de los ciudadanos*” contra las acusaciones injustas¹⁰⁶. Inclusive si el principio, en efecto, “*estuviese establecido según el espíritu de la república, donde cada ciudadano debe sentir, por el bien público, un celo sin límites; donde se presume que cada*

¹⁰³ Voltaire dirá, en su *Precio de la justicia y de la humanidad*, artículo XXII, parágrafo 5: “*Todos los procedimientos secretos, se parecen quizás demasiado a la mecha que se quema imperceptiblemente para ponerle el fuego a la bomba. ¿Es que acaso la justicia debe ser secreta? Esconderse, solamente es propio del crimen. Ese es el procedimiento de la Inquisición*”.

¹⁰⁴ Entre los principios de sus “*instituciones ideales*”, asentadas en sus *Pensamientos y fragmentos inéditos*, Montesquieu anota: “*Habrà que tener una cantidad de bien considerable, la cual será fijada por la ley, para llegar a las cargas de la judicatura*” (garantía contra la venalidad). “*En los juicios de los procesos, no se utilizarán los servicios ni del ministro ni del abogado, ni del procurador (mandatario, fiscal). No se hará ningún escrito, a menos que el juez no lo ordene por medio de su instrucción. Se podrá, por tanto, servirse del ministerio de uno de sus amigos*”. A través de la citación: “*Se asumirá su parte por la manga, frente a dos testigos, para llevarla ante los jueces, y ella sea de obligatorio seguimiento, bajo amenaza de grandes penas*”. En fin, “*Sólo habrá un grado de jurisdicción, y los jueces juzgarán siempre en número de cinco*”; t. II, p. 397.

¹⁰⁵ Libro XXVIII, Del origen y de las revoluciones de las leyes civiles de los franceses, capítulo XXXVI, De la parte pública.

¹⁰⁶ Libro XII, capítulo XX.

ciudadano debe tener todos los derechos de la patria en su mano”, la consecuencia de eso no fue menos que, en principio, se asistió a la aparición de un género funesto de hombres, una “*tropa de delatores*”, que buscaba la perdición del otro, si no encontrar “*un criminal cuya condenación pudiera agradar al príncipe*”. Sin embargo, sostiene Montesquieu, “*hoy poseemos una ley admirable; aquella que quiere que el príncipe, establecido para hacer ejecutar las leyes, preponga un oficial en cada tribunal para que éste persiga en su nombre todos los crímenes; de manera que la función de los delatores es desconocida entre nosotros; y, si este vengador público estuviese bajo sospecha de abusar de su ministerio, se le obligaría a nombrar a su denunciante*”¹⁰⁷.

Esto está muy bien. El “*ministerio público*”, el “*procurador del rey*”, el “*procurador general*” seguirá, pues, los crímenes, y sostendrá la acusación por el interés común. Pero ¿quién juzgará y cómo se juzgará, para responder a las exigencias de la mejor justicia? Después de haber examinado la manera de formar los juicios¹⁰⁸ -por medio de los jueces en las monarquías, por medio del pueblo en las ciudades griegas y en la Roma republicana, Montesquieu decide, remitiéndose a la Constitución de Inglaterra¹⁰⁹: “*el poder de juzgar no debe ser dado a un senado (de jueces) permanente, sino ejercido por personas extraídas del cuerpo del pueblo, en algunos tiempos del año, de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que no dura más que lo que la necesidad lo requiera*”. Es éste el principio del Tribunal criminal. “*De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no estando ligado ni a un cierto estado, ni a una cierta profesión, deviene, por así decirlo, invisible y nulo. No se tiene enfrente a los jueces continuamente; y se le teme a la magistratura,*

¹⁰⁷ Libro VI, capítulo VIII, De las acusaciones en los diversos gobiernos.

¹⁰⁸ Libro VI, capítulo IV.

¹⁰⁹ Libro XI, capítulo VI. – En los *Pensamientos y fragmentos inéditos*, Montesquieu se refiere al ejemplo de Atenas: “*Buena cosa es que los jueces civiles sean escogidos entre pueblo*”; y, en cuanto a la organización y a las instituciones judiciales inglesas, que él expone en detalles, indica: “*uno de los hijos del Canciller Yorke, que es un muy famoso abogado en Inglaterra, me aclaró varias cosas con bastante nitidez*”. Ver el t. II, bajo “Organizaciones políticas y judiciales”, pp. 388 y ss.

y no a los magistrados. No es suficiente no temerles, hay que tener confianza en ellos. *“Inclusive, así como en las grandes acusaciones, el criminal, concurrentemente con la ley, tiene que escogerse los jueces; o al menos, debe poder recusar a uno, si gran número de los que quedan han sido, supuestamente, escogidos por él... Igualmente, los jueces tienen que tener la misma condición del acusado, o ser sus iguales, para que éste no se haga a la idea de que cayó en las manos de gentes destinadas a ejercer contra él la violencia”*. Mediante la abolición de los cargos de jueces permanentes y su *“sabia”* jurisprudencia, los legisladores, teniendo el respeto supersticioso por las decisiones de esta *“aterradora armada”* de glosadores, de compiladores y de comentaristas de los que Montesquieu habló, se abolirán de la misma forma los abusos, y particularmente este exceso de las formas que, según decía en sus *Cartas Persas*, es la *“vergüenza de la naturaleza humana. Resultaría igualmente difícil decidir si la forma se volvió más perniciosa cuando entró en la jurisprudencia, o cuando se alojó en la medicina; si causó más deterioros bajo la toga de un jurisconsulto que bajo el largo sombrero de un médico; y, si en uno, arruinó más gentes que las que mató en el otro”*¹¹⁰.

En cuanto al *procedimiento* mismo, Montesquieu se limita, como siempre, a un examen histórico y a la delimitación de algunos principios constructores. Es, en primer lugar -al lado de aquellos que nosotros ya enunciamos y que se fundamentan en el respeto de las garantías de la seguridad y de la defensa de los justiciables, y en el respeto sagrado del texto de la ley, el principio de que el arresto debe ser limitado, y la seguridad debe ser asegurada por la ley misma: *“si el poder legislativo le deja al ejecutivo el derecho de encarcelar a los ciudadanos que pueden dar caución de su conducta, ha dejado de ser libre, a menos que los ciudadanos sean arrestados únicamente para responder, sin retardo, a una acusación que la ley ha convertido en capital; caso en el cual, ellos*

¹¹⁰ Carta Cien.

son realmente libres, puesto que solamente se encuentran sometidos al poder de la ley"¹¹¹.

Es enseguida, y sobre todo, el principio capital de la *convicción* del acusado, de la prueba de la acusación, la única que hace justa una condenación. Montesquieu hace, sobre este tema, un estudio profundizado del antiguo procedimiento y de su evolución. Recuerda las ordalías, la prueba por el agua hirviente y el hierro enrojecido¹¹², y el combate judicial, en sí, "*monstruoso*" aunque regulado, y que muestra que "*los hombres, en el fondo razonables, convierten en reglas sus prejuicios mismos*"¹¹³. "*Estaríamos extrañados de ver que nuestros padres hiciesen así depender el honor, la fortuna y la vida de los ciudadanos, de cosas que, pertenecían menos a la jurisdicción de la razón que a la del azar; que empleasen sin cesar pruebas y que no probaran nada, y que no estuvieran ligados ni con la inocencia ni con el crimen*". Es verdad que hubo un "*tal acuerdo entre estas leyes y las costumbres, que estas leyes produjeron menos injusticias que lo que fueron de injustas*"; y que, en definitiva "*ciertamente fueron más irracionales que tiránicas*"¹¹⁴. Sin embargo, ciertamente, este no fue más el caso cuando, abolida la prueba por combate y convertido el procedimiento en secreto¹¹⁵, la tortura, el sermón y la confesión, elementos esenciales de la "*prueba legal*", reemplazaron a la ordalía y al juicio de Dios, allí donde no se había instituido, como en Inglaterra, el jurado de acusación, para rendir el veredicto de culpabilidad siguiendo su "*convicción moral*": la "*prueba por el país*", la "*voz del pueblo*", reemplazó allí a la voz de Dios. Todo fue dicho sobre el absurdo y la crueldad de la tortura, ligada al sistema de las

¹¹¹ Libro XI, capítulo VI.

¹¹² Libro XXVIII, capítulo XVI.

¹¹³ Libro XXVIII, ver los capítulos XVII, XVIII y del XXIII al XXVII. Hay que reconocer, de hecho, dice Montesquieu, que "nada es más contrario al buen sentido que el combate judicial; pero (que), una vez propuesto este punto, la ejecución, a través del mismo, se realiza con una cierta prudencia".

¹¹⁴ Libro XXVIII, capítulo XVII, Manera de pensar de nuestros padres. Sobre esta cuestión de la prueba por el combate singular y el juicio de Dios, ver también Pensamientos y fragmentos inéditos, t. II, pp. 383 y s.

¹¹⁵ Libro XXVIII, capítulo XXXIX.

pruebas legales fijas y de la confesión; esta “*invención del diablo*”, tal y como era llamada, desde 1682, por Agustín Nicolas, presidente del Parlamento de Dijon, en un maravilloso y valeroso librito precursor¹¹⁶ - otro de estos grandes magistrados franceses, de gran calidad humana, tales como Montesquieu, Lamoignon, Servan y Dupaty¹¹⁷.

Más discretamente de lo que lo harán, después de él, Voltaire y Beccaria¹¹⁸, pero con una claridad perfecta, Montesquieu pasó condenación formal del sistema. En los fragmentos, que no sirvieron para el texto definitivo de su libro, él revelaba: “*Es un espectáculo afligido el de repasar en su espíritu la fecundidad de las invenciones, en su mayor parte absurdas*” a la vista de los tormentos particulares aplicados para la pregunta; y agregaba: “*He notado que, de las diez personas condenadas a la pregunta, hay nueve de ellas que la sufren. Si tan considerable número de inocentes fueron condenados a una pena tan grande, ¡qué crueldad! Si tantos criminales escaparon a la muerte, ¡qué injusticia!*”¹¹⁹. Si Montesquieu consideró que estas líneas no podían ser publicadas durante su tiempo, al menos *El espíritu de las leyes*¹²⁰ hizo que se entendiera aquí, una vez más, su lección de moderación y de razón: “*puesto que los hombres son malos, la ley está obligada a suponerlos mejor de lo que son. Así, la deposición de dos testimonios basta en la punición de todos los crímenes. La ley les cree, como*

¹¹⁶ *Si la tortura es un medio seguro para verificar los secretos*. Disertación moral y jurídica, por medio de la cual se tratan ampliamente los abusos que se comenten por doquier en la instrucción de los procesos criminales y, particularmente, en la búsqueda del sortilegio. Ámsterdam, 1682. Para la esencia de la obra y su juicio, ver Esmein, op. Cit., pp. 350-356.¹¹⁷ Un contemporáneo de Montesquieu, Despeisse, en su *Tratado de los crímenes y del orden judicial observado en las causas de materia criminal*, editado en Lión, en 1750, reconocía que “*esta cosa horrible que consiste en destruir a un hombre de cuya falta aún se duda*”. Y es que no siempre se puede dar fe de aquello que se ha dicho en la pregunta; esta “*invención de atormentar*”, que “*por un hecho incierto hace sufrir al acusado una cierta pena*”, siendo “*más bien un ensayo de paciencia que de verdad*”. Ver Esmein, op. Cit., pp. 356 y ss.

¹¹⁸ Sobre este respecto, ver nuestro estudio sobre *Beccaria y el advenimiento del derecho penal moderno*, con las referencias, pp. 114 y s., 138 y ss. Beccaria tuvo el mérito de discutir muy bien las reglas de procedimiento sobre los indicios, los testimonios, las acusaciones secretas, los sermones y la tortura, en los párrafos del VII al XII, del libro *De los delitos y de las penas*, del cual Voltaire, así como para *El espíritu de las leyes*, da su Comentario.

¹¹⁹ Pensamientos y fragmentos inéditos, t. II, pp. 385 y ss. Pregunta.

¹²⁰ Libro VI, capítulo XII. De la tortura o pregunta contra los criminales.

*si ellos hablaran a través de la boca de la verdad*¹²¹. Pero, la cuestión contra los criminales no es un caso forzado, como éstos (aquí Montesquieu da otro ejemplo extraído del derecho civil). Hoy día, vemos cómo una nación muy bien civilizada -la nación inglesa- la rechaza sin inconvenientes. Ella no es, pues, necesaria por naturaleza.- Cuántas gentes hábiles y cuántos genios bellos han escrito, contra esta práctica, de la que no oso hablar después de ellos. Iba a decir que ella podría convenir en los gobiernos despóticos, donde todo eso que inspira el miedo, particularmente, entre el interior de las jurisdicciones del gobierno; iba a decir que los esclavos, entre los griegos y los romanos... Pero entiendo la voz de la naturaleza que grita en mi contra”¹²².

VII

Es esta voz, que Charles de Socondat de la Brède, el gran Montesquieu que pertenece a Francia pero que nos pertenece a todos, contribuyó más que nadie a hacer que Europa fuese entendida, y el mundo entero.

Al lado de la tan alta voz de la razón, no se puede negar que, en su obra monumental, se entiende también, y a veces, un tanto exageradamente perceptible, la voz o el tono

¹²¹ Sobre esta cuestión de la prueba legal por dos testigos, exigidos por la razón “puesto que un testigo que afirma, y un acusado que niega, hacen una equivalencia; y hace falta un tercio para desempatarla”, cf. Libro XII, capítulo III. Esmein piensa que “cosa curiosa, él (Montesquieu) aprueba, si no el sistema entero de las pruebas legales, al menos la regla que hace que dos testigos sean necesarios para pronunciar una condenación; sobre este punto, Voltaire será más clarividente (op. Cit., p. 363). Sin duda ese juicio estaba justificado para el momento en que Esmein publicó su Historia del procedimiento criminal, sobre la base de la documentación que existía para aquél entonces (1882); y, sobre todo, del Espíritu de las leyes. Sin embargo, los Pensamientos y fragmentos aún no habían sido publicados (el primer volumen data de 1899, el segundo de 1901), y estas notas de Montesquieu son infinitamente preciosas, puesto que ellas revelan a menudo, o bien su pensamiento, demasiado íntimo para ser librado a la opinión y al riesgo de la censura, o bien su pensamiento más seguro, aquel que él retoma, que busca formular lo mejor posible. El estudio general de su obra, al cual nos hemos librado desde el punto de vista del derecho criminal, indica actualmente bien, nos parece, que si Montesquieu admite la tradicional regla de los dos testigos, no es porque la considere como inatacable; en lo absoluto, sino simplemente como buena, relativamente (por el hecho de la debilidad humana, de su carácter natural y de la garantía que ella da, a pesar de todo, al acusado), y que Montesquieu desapruaba el sistema de convicción y de juicio general, empleado por la jurisdicción criminal de su tiempo.

¹²² En los Pensamientos y fragmentos inéditos, loc. cit., Montesquieu anuncia la objeción: “Pero, no se puede (se dirá) rechazar una práctica autorizada partiendo de las leyes.- Sin embargo, por la misma razón, no hubiese hecho falta abolir la prueba extraída del hierro caliente, del agua fría, de los duelos...”.

del espíritu. Cada uno conoce el juicio de Voltaire en su *Diccionario Filosófico*, examinando aquello que constituyó el éxito de la obra: “*es, primeramente, que está escrito con mucho espíritu, y que todos los otros libros en esta materia son aburridos... Una dama que tenía tanto espíritu como Montesquieu -Madame Del Deffant- decía que su libro trataba de ‘el espíritu sobre las leyes’. Nunca ha sido mejor definido*”. Desde un punto de vista un poco frívolo y picante de la “*sociedad mundana, quizás; pero no desde el punto de vista de su valor y de su veracidad histórica y social, permanente. Se le puede conceder igualmente a Voltaire, que hay errores, como otro tanto en El espíritu de las leyes*”; ellos son, a veces, ciertos, sobretodo, cuando se habla de las Instituciones o de los usos del Japón, o de países alejados, a pesar de lo serio y de la sorprendente amplitud de su información, pero de hecho inevitables y bastante excusables en las condiciones de investigación del tiempo en el que Montesquieu escribía.

Consideremos también como malicias, no del todo inocentes, escapadas a la astuta verba de un compañero bastante celoso de su propia realeza; las críticas según las cuales “*todo el mundo -sin ignorar que ‘El Señor Todo el mundo’ tiene tanto espíritu como Voltaire,- convino que este libro, a falta de método, no tiene ningún plan, ningún orden y que, después de haberlo leído, ya no se sabe más aquello que se leyó*”. Nosotros sentimos, bajo la obra múltiple y a veces desbordante, la trama y el orden oculto, que nosotros buscamos reconstituir, sin haber fallado demasiado, esperamos, en un determinado campo. Y detengámonos, simplemente por el placer de la frase, de nuevo sobre este respecto: “*ni las citaciones de Grotius, ni las de Puffendorf, ni las de El espíritu de las leyes*¹²³, *produjeron jamás una sentencia del Castillete de París o del Old Bailey de Londres. No apesadumbramos con Grotius, pasamos algunos momentos agradables junto a Montesquieu; y si, tenemos un proceso, corremos al bufete de su abogado.-*

¹²³ Montesquieu es más ecuánime; anotó: “Le doy gracias a los Señores Grotius y Puffendorf por haber ejecutado lo que una gran parte de esta obra demandaba ver, con esta grandeza de genio que yo no sabría esperar”. Pensamientos y fragmentos inéditos, t. I, p. 99, nº 191.

Dijimos que la carta mataba y que el espíritu vivificaba. Pero, en el libro de Montesquieu, el espíritu se descarría y la carta no enseña nada”.

Lo anterior es exagerado. Montesquieu no agotó, evidentemente, todo su tema, de hecho inagotable. Pero dijo de éste lo suficiente y creyó haber dicho de éste lo suficiente para ser comprendido por todos, y útil a todos¹²⁴.

Hemos visto que, en el campo explorado por nuestra curiosidad, Montesquieu aporta frecuentemente, en medio de iluminaciones de estilo y de pensamientos fulgurantes, los materiales del avenir, si no construye -y no se preocupa por el resto del todo del hacer, puesto que ese no era su propósito- el edificio o la ley del avenir. Hay que reconocer que el aporte que podríamos llamar puramente “*técnico*” de Montesquieu, es limitado, y que su consulta no reemplazará más, seguramente, a la que se le hace a un abogado y a aquella de un tratado de doctrina o de jurisprudencia. No se es ecuánime con él sobre este aspecto, ni aún exagerando las reservas del mismo, ni exagerando su elogio. Nos parece que la sentencia más exacta es aquella formulada por el genovés Etienne Dumont, secretario y colaborador de Mirabeau y de Bentham, el adaptador y editor en idioma francés de la obra, igualmente capital en su campo, de este último, cuando él se decide a publicar el *Tratado de las penas y de las recompensas*: “*un libro perfecto sería aquél que rindiere inútiles todos aquellos que fueron hechos sobre la misma materia, y todos aquellos que pudieran venir después*”. Habiendo releído y considerado los escritos más renombrados, trató por un momento, decía él, de juntar todo aquello que quedó diseminado en *El espíritu de las leyes* sobre el tema de las penas y de las recompensas. Esta recopilación tuvo diez o doce páginas. Podríamos haber juzgado, por este acercamiento, si la expresión de D’Alembert, tan a menudo repetida en Francia, está bien fundada, que “*Montesquieu dijo todo, que resumió todo,*

¹²⁴ “Si todo el mundo no siente lo que digo, estoy equivocado. La apariencia de mi espíritu consiste en no regresar atrás, sobre aquello que todo el mundo sabe. Pero las cosas más atrevidas no ofenden cuando ellas son dichas a menudo, y las más inocentes pueden chocar los más pequeños espíritus, puesto que aún no han sido dichas”. De ahí su discreción, su silencio, sobre tantos puntos. Pensamientos y fragmentos inéditos, t. I. De El Espíritu de las Leyes. p. 100.

porque vio todo". En el medio de varios pensamientos, o bien demasiado vagos, o bien demasiado imprecisos, y de los cuales algunos son erróneos, hay entre ellos, ciertamente, algunos juiciosos y profundos, como en todo aquellos que tenemos de este ilustre escritor. Pero, lejos de allí, hay una teoría de las penas (y, agregaremos nosotros, de los delitos y del procedimiento criminal. El resto, no constituía de manera alguna su objeto principal, y nada sería más injusto que criticarlo por no haber hecho eso que nunca tuvo la intención de hacer"¹²⁵.

Sí, juzguemos a Montesquieu *por aquello que hizo y que quiso hacer*, remitiéndonos a los conocimientos y a las circunstancias del momento en que lo hizo; y *por aquello que suscitó y que obtuvo*. "Un sabio legislador – escribía él, criticando los abusos de la represión penal, dando con ello mismo, el programa de la tarea que él se asignaba y la imagen ideal de su propia fisonomía espiritual, - *un sabio legislador hubiera buscado reconducir los espíritus por una moderación justa de las penas y de las recompensas; por las máximas de filosofía, de moral y de religión correspondidas con estos caracteres; por la justa aplicación de las reglas del honor; por el suplicio de la vergüenza; por el goce de una felicidad constante y de una dulce tranquilidad; y, si este legislador tenía miedo de que los espíritus, acostumbrados a no ser detenidos sino por una pena cruel, no pudiesen serlo más por una más dulce, aquél hubiese reaccionado de una forma sorda e insensible: hubiera, en los casos particulares más graciabes, moderado la pena del crimen, hasta que hubiese podido llegar a modificarla en todos los casos. – Pero el despotismo no conoce jurisdicción alguna; él no conduce por esas vías. Puede abusar de él; pero esto es todo lo que puede hacer*"¹²⁶.

He aquí cuál era el esbozo superior de Montesquieu, y el plan sobre el cual estamos seguro de encontrarlo. No sabríamos objetar que él no es, resumía justamente Bertolini, en su *Análisis razonado del Espíritu de las leyes*, antes citado; uno de

¹²⁵ Prefacio a la Teoría de las penas y de las recompensas, Paris y Londres, 1818, t. I, pp. 11 y s.

¹²⁶ Espíritu de las leyes, libro VI, capítulo XIII.

esos legisladores que “no sabiendo ser justo sin atentar contra la justicia misma, y haciendo el bien si haber sido opresor, toma siempre las vías extremas para reaccionar con violencia en lugar de juzgar, para ultrajar en lugar de castigar, para exterminar todo por medio de la espada en lugar de regularlo. Es un buen legislador aquel que busca más bien corregir que mortificar... más bien advertir a los sospechosos que castigarlos, más bien inspirar las costumbres que infligir suplicios, más bien obligar a vivir según las reglas de la sociedad que destruir a la sociedad,... porque hay suficientes espíritus y corazones para comprender el punto crítico y delicado donde la justicia acaba, y donde comienza la opresión; que, siendo ejercida a la sombra de la justicia y de la sangre fría, constituiría la fuente más envenenada de una tiranía sorda e inexorable”¹²⁷.

Y aquí no se equivoca Voltaire; la perspicacia de Voltaire no podía desconocer y negar ese mérito esencial: “Una razón más fuerte (de su “gran reputación”) es este libro, lleno de grandes puntos de vista, ataca la tiranía, la superstición y el impuesto ilegal (maltôte), tres cosas que los hombres detestan.... Lo cual, le valió los aplausos de Europa, le valió también las invectivas de los fanáticos... Montesquieu, casi siempre se equivoca con los sabios, porque él no era uno de ellos; -allí, Voltaire exagera, lo sabemos- pero, siempre tuvo razón contra los fanáticos y contra los promotores del esclavismo; Europa le debe eternos agradecimientos por ello”¹²⁸. Una vez más, de hecho, cuando buscaba menos el trato, a menudo paradójico, que la verdad, Voltaire confirmó esta eminente cualidad de un eminente libro: “el principal mérito del *Espíritu de las leyes* es el amor por las leyes; y este amor por las leyes, está fundado sobre el amor por el género humano”, escribe él en el *Siglo de Luís XIV*, erigiendo el catálogo de los escritores franceses, para servir de base a la historia de las letras,

¹²⁷ Edición Dalibon, t. I, pp. 45 y ss.; cf. también pp. 61 a 63.

¹²⁸ *Diccionario filosófico*, Leyes (Espíritu de las), loc. Cit.

de lo que nosotros hemos llamado el Gran Siglo¹²⁹. “Casi todos aquellos que eran los jueces naturales de un tal libro, gentes de letras, gentes de leyes de todos los países, lo miraron y lo miran aún como el Código de la razón y de la libertad”¹³⁰. Es aquí que nosotros nos permitiremos retomar la palabra misma de Voltaire, y decir a nuestro turno: “nunca ha sido mejor definido”.

Mérito más duradero y más seguro aún, el *Espíritu de las leyes* no se lee, simplemente, “tanto por su placer como por su instrucción”¹³¹; éste no complació únicamente a las gentes de letras y a todas las gentes cultivadas; hizo reflexionar y edificó a las gentes de leyes, quienes hoy todavía le rinden justicia¹³²; entusiasmó a los filósofos y a los enciclopedistas¹³³. Hizo más; él convenció a los príncipes y moldeó, en parte, la legislación política y criminal. Él, expulsó del espíritu de Federico de Prusia – quien “instaló la filosofía sobre el trono” y fue tan acogedor de los escritores y de las ideas de Francia y de la Enciclopedia,- las últimas influencias que los autores alemanes y que, en particular, el racionalismo estatal de Christian Wolf¹³⁴, habían depositado en él. La lección serena de Montesquieu, se reflexiona en la legislación prusiana de Federico el Grande, como en la de Catherine de Rusia la Grande, y del gran duque Leopoldo de Toscana¹³⁵. Fue él, realmente, quien “sentó los verdaderos principios del derecho penal y

¹²⁹ Obras completas, Garnier, 1878, vol. 14, p. 107.

¹³⁰ Obras completas, Garnier, 1880, vol. 30, Misceláneas IX, *Comentarios sobre El espíritu de las leyes*.

¹³¹ Siglo de Luís XIV, loc. Cit., t. I.

¹³² V. sobre todo Saldana, *La nueva criminología*, París, 1929, pp. 38 y 58; y Donnedieu de Vabres, en su *Tratado de derecho criminal y de legislación penal comparada*, 3ª ed., París, 1947, p. 22, subraya, en una fórmula perfectamente justa, que Montesquieu “reaccionó contra las doctrinas absolutistas que inspiran la idea de venganza social” (y de expiación religiosa), y que él “dio a sus contemporáneos una gran lección de moderación y de tolerancia”.

¹³³ En su *Carta sobre el manuscrito del Espíritu de las leyes*, Helvetius declaró a Montesquieu: “Admiro la extensión del genio que las ha creado (las “grandes bellezas” de esta obra), y la profundidad de las investigaciones a las cuales tuvisteis que libraros para hacer salir la luz dentro de esta pila confusa de leyes bárbaras, de las cuales creí siempre que había tan poco provecho a extraer para la instrucción y la felicidad de los hombres”; *Obras completas de Montesquieu* por Ed. Laboulaye, París, Garnier, 1878, t. IV, p. 314.

¹³⁴ V. von Liszt, *Lehrbunch des Deutschen Strafrechis*, 25ª ed., Berlín; y Leipzig, 1927, pp. 59 y ss.

¹³⁵ Cf. nuestro estudio sobre Beccaria y el advenimiento del derecho penal moderno, p. 165, con las referencias.

del procedimiento criminal”¹³⁶; estos principios, retomados y desarrollados por Voltaire, con un talento igual a su tenacidad¹³⁷; y por Beccaria, su discípulo y el precursor, el “heraldo” y, como a menudo ha sido dicho, el padre del derecho penal moderno. Él le debe infinitamente a Montesquieu, y lo reconoció para la posteridad: la lectura de las *Cartas persas* que “provocaron su conversión a la filosofía”, y las primeras páginas del libro de los *Delitos y de las penas*, convirtiendo al principio de justicia -*cuique suum*- y a cada uno, el homenaje debido, el cual llevan como sobre un frontón: “El inmortal Montesquieu no hizo otra cosa que esbozar rápidamente esta materia. (Pero) en la búsqueda de la verdad, que es una, debí seguir los trazos luminosos del gran hombre”¹³⁸. Estos trazos, podemos decir que, con él y después de él, todo aquello que cuenta, en la historia del derecho criminal y en su decisiva evolución, a finales del antiguo régimen, los siguió y los honró. El abogado general Servan, en 1766; los Brissot de Warville y Bernardi, en 1780; el presidente Dupaty, en 1786, y tantos otros que, por medio de sus escritos y de su acción, se unieron a ese mismo esfuerzo de progreso y de reforma, en el sentido de la justicia y de la humanidad¹³⁹, terminaron por imponer, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la nueva legislación de la Revolución e, indirectamente, en la legislación de todos los países civilizados, principios que, en gran parte, nacieron de Montesquieu¹⁴⁰.

¹³⁶ Esmein, op. Cit., p. 361.

¹³⁷ “Yo me ocupó más que de los procesos”, pudo escribir Voltaire llegando al final de su vida. Ver la lista de sus principales escritos en materia de derecho y de procedimiento crimina en nuestro *Beccaria*, p. 182, nota 3.¹³⁸ Aunque Beccaria asegura: “los pensadores para quienes yo escribo, sabrán distinguir mis pasos de los suyos”; no puede dudarse, al estudiar de cerca las dos obras, que a menudo esos pasos coinciden punto por punto. Es como si Montesquieu hubiese suministrado el punto de partida, o inclusive el telón de fondo; y, Beccaria, el desarrollo, la amplitud y las nuevas vinculaciones. F. Hélie, reconoció que Beccaria no posee el “saber basto”, el “vistazo generalizador” y el “poderoso espíritu” de Montesquieu. Sobre el tema, ver nuestro estudio citado, *El lugar de Beccaria*, pp. 176-183.

¹³⁹ Esmein, pp. 386 y ss., para toda esta época de progresos y de triunfos de *El nuevo espíritu*.

¹⁴⁰ Sobre este logro triunfal de “la acción de la filosofía”, y de las ideas de Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Helvetius, Diderot, D’Alambert, etc., ver el bello resumen de Madelin, *Historia política de la nación francesa*, pp. 494 y ss.

Ciertamente, podemos asegurar sus manes, apaciguar el noble tormento que lo hacía escribir, en sus *Fragmentos inéditos*¹⁴¹: “Yo había trabajado veinte años de corrido en esta obra¹⁴², y todavía no se si fui audaz o si fui temerario, si estuve presionado por la grandeza, o si estuve sostenido por la majestad de mi tema... Esta obra es el fruto de las reflexiones de toda mi vida, y quizás que, de un trabajo inmenso, de un trabajo hecho con las mejores intenciones, de un trabajo hecho para la utilidad pública, y del que no retiraré sino penas, y por él, seré pagado por las manos de la ignorancia y de la envidia”. *Habent sua fata libelli*. No, este esfuerzo inmenso en vista del bien público no fue en vano. No solamente su libro portó los frutos a su turno, sino que cumplió su destino en su tiempo, pero sus razones y sus conclusiones, tan conformes a la tradición del genio mismo de Francia son, en lo esencial y sobre innumerables puntos, singularmente actuales aún.

Una parte de ella ha, naturalmente, caducado, puesto que la ciencia de las fuentes y aquellas de la crítica histórica y del derecho comparado, evolucionaron; así como la forma de los Estados, las instituciones, las necesidades y las costumbres. Sus consideraciones sobre la separación del derecho y de la religión, sus desarrollos a propósito de las incriminaciones de lesa-majestad, en primer y segundo rango, han sido superadas – lo cual prueba, precisamente, que fueron útiles. Sus ideas sobre el paralelismo inmediato de la naturaleza del delito y de la pena, son más ingeniosas y seductoras en teoría, de lo que se adaptan a los fines, que son hoy en día, aquellos de una sana política criminal de prevención y de recuperación social. Su admisión de la pena de muerte, especie de Talió y, al mismo tiempo, forma de expiación y de intimidación suprema, era conforme al sentimiento general, y no atemorizaba la doctrina antiguamente, para los grandes crímenes públicos; ella podía parecer del todo legítima y normal para Montesquieu, y dejó de serlo para nosotros, que tenemos

¹⁴¹ T. I, de *El Espíritu de las leyes*, pp. 103 y ss., nos. 203 y 201.

¹⁴² “No hay duda de que hace falta que yo le haya dedicado suficiente tiempo”, observa Montesquieu en otra nota, *Ibíd.*, n° 202.

otras concepciones penales y sociales. En cambio, todo aquello que toca al hombre y a los principios fundamentales de un gobierno y de una legislación, respetuosos de la naturaleza de los derecho y de la felicidad del hombre tal y como ha sido concebido hasta ahora, permanece válida. Sus reflexiones y sus máximas sobre estos objetos, así como sobre tantos otros, son siempre actuales, porque constituyen una verdad permanente en el orden de la razón y de la política. Ellas encontrarán siempre su punta, desde el instante en que la ley o el poder, amenazarán de regresar al “despotismo”, bien sea éste “inquisitorial” o “totalitario”.

Es bueno recordarse que la rigidez de la ley debe ser aclarada, suavizada y humanizada por la vista de las *ideas generales* y de los principios superiores, que inspiran y fortalecen el diseño de Montesquieu cuando, “*apenas hubo leído algunas obras de jurisprudencia, la miró como un país donde la Razón quería habitar sin la Filosofía*”¹⁴³. Es bueno recordarse, en un momento en el que nunca se ha invocado tanto, exaltado e inclusive codificado, los “*derechos sagrados de la persona humana*” despreciándolos y extenuando a los pies durante más tiempo, que ellos deben ser respetados efectivamente, si no se quiere alcanzar y ofender al Creador, a través de la criatura: “*¡Derechos sagrados! (en verdad) puesto que aquel que Dios tomó para su imagen, los ha reconocido como tales*”¹⁴⁴.

Y bien aún, al momento en el que el poder político extienda, de nuevo peligrosamente, su empresa sobre el poder judicial, y tienda a confundirse con éste, donde hizo de los tribunales, en demasiados países, sus instrumentos; y de los jueces, los servidores directos de sus proyectos, que el juez debe servir a la justicia y no a la política, permanecer en su independencia soberana y estatuir según el espíritu del derecho,

¹⁴³ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, I, p. 103, n° 201, último párrafo.

¹⁴⁴ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. I, p. 109, n° 222. Es bueno recordarse también, cuando el abuso del poder y de la criatura – tan débil individualmente y de una fuerza para sublevar las pirámides, para quien la reduce al esclavismo silencioso del trabajo forzado,- esta reflexión del autor de *El espíritu de las leyes*, admirando que el zar Pedro Iro, hubo alcanzado el Mar Negro y el Mar Caspio, a través de un canal trazado desde el Tana hasta el Volga: “*Pero habría que unir naciones a naciones, y no desiertos a desiertos*”; *Ibid.*, p. 168, n° 347.

y no según las órdenes del poder o de aquellos, quizás también tiránicos, de su miedo, de su pasión, de su odio¹⁴⁵ o de un fanatismo legitimado por la investidura política: *“en efecto, la autoridad despótica no debe comunicarse jamás. Las órdenes arbitrarias no deben ser ejecutadas arbitrariamente, y es del interés de un príncipe - es decir, de todo gobierno - injusto, que aquel que ejecute sus voluntades, inclusive las más tiránicas, observe, en la manera de ejecutarlas, las reglas de la justicia más exacta”*¹⁴⁶ -; en una palabra, aquellas de la justicia sola.

Es bueno recordarse, en fin, ahora que el “*despotismo*” se halla en pleno renacimiento, que cualquiera que sea su denominación contemporánea, fuerza el pensamiento, anula la “*libertad política*”, viola la “*seguridad de los ciudadanos*”, justifica lo arbitrario, repone en honor la tortura y los suplicios, golpea demasiado frecuentemente al padre con el hijo y al inocente con el culpable, que, para el honor del hombre, los excesos de todo régimen fundado en el terror y donde “*no se hicieron intrigas para ser el primer esclavo*”¹⁴⁷, fueron deterioradas, sus remedios propuestos, y su fragilidad reconocida por el hombre que decía, después de haber paseado su mirada sobre el conjunto de la Historia, como pocos de sus semejantes lo habían hecho antes que él: “*Nuestros príncipes ejercieron, hasta ahora, su poder con tan poca retención, se divirtieron tanto con la Naturaleza humana, que no me extraña que Dios permita que los pueblos se dejen y sacudan un yugo demasiado apesadumbrado*”¹⁴⁸. No podemos, en efecto, matar

¹⁴⁵ Podríamos quizás recordar que, según la bella fórmula de la promesa solemne o del sermón que él presta en Ginebra, el juez se compromete a “rendir la justicia a todos por igual, tanto al pobre como al rico, al débil como al poderoso, al extranjero como al nacional; a ceñirse estrictamente a las leyes y a la intención de la ley; ... a no reflexionar en el ejercicio de sus funciones, ni por interés, ni por debilidad, ni por esperanza, ni por miedo, ni por favor, ni por odio hacia la una u otra de las partes; a no escuchar, en fin, ninguna solicitud y a no recibir, ni directa, ni indirectamente, ningún presente, ningún favor, ninguna promesa, con ocasión de sus funciones”. La República de Ginebra, ¿no reencontró acaso, a través de sus grandes legisladores, Etienne Dumont, Pellegrino Rossi, François Bellot, Sismondi, el espíritu y casi la voz de Montesquieu?

¹⁴⁶ *Pensamientos y fragmentos inéditos*, t. I, p. 111, n° 228.

¹⁴⁷ *Espíritu de las leyes*, libro II, capítulo V.

¹⁴⁸ *Pensamientos y fragmentos*, I. p. 111, n° 228.

para siempre la sed de libertad y el hambre de justicia en el hombre, inclusive matándole. Ellas le son esenciales y renacerán con él, en tanto que su especie no se extinga. Y no podemos, perdurablemente, ejercer la violencia contra la “naturaleza de las cosas”. La naturaleza, violentamente o pacientemente, retoma siempre la delantera y termina por reestablecer el orden.

Y nunc erudimini. Ahora instruyámonos, puesto que Montesquieu habla, de alguna manera, del punto de vista sublime del legislador, de esas regiones serenas donde la oreja atenta podría reencontrar el eco de la fuente de Numa y, a lo lejos, del trueno de Moisés. Él no habla directamente contra nadie, pero para todos, no piensa en la destrucción, sino en el mejoramiento, en el progreso y en la paz de la humanidad. “Este libro, no habiendo sido hecho para ningún Estado -precisaba en sus notas para el prefacio al *Espíritu de las leyes*,- ningún Estado puede quejarse por ello. Él está hecho para todos los hombres. Nunca se oyó decir que se es ofendido por un tratado de moral”¹⁴⁹. Todo lo que Montesquieu anhela, y desea para todos, es esta sociedad ideal donde se ve al monarca¹⁵⁰ “gobernar con la misma moderación esos reinos donde su poder tiene límites, y los Estados sometidos a sus voluntades”, -si bien “que dentro de estos se sienta, él no quiera sino aquello que quieren las leyes, y que parezca que en los otros, las leyes hayan establecido, de antemano, todo aquello que él podría querer”.

En verdad, en tanto que una ley razonable y justa en su espíritu, estará en honor entre los hombres, éstos no cesarán de honrar, justamente, al autor del *Espíritu de las leyes*.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, I, p. 100, n° 193.

¹⁵⁰ Este pasaje se encuentra en un “*Epíteto*” que Montesquieu había “pensado dedicar al príncipe de las Galias”. *Ibíd.*, I, p. 99, n° 186.