

EL ESPÍRITU DEL
GARANTISMO
MONTESQUIEU
Y EL PODER DE CASTIGAR

Dario Ippolito

Prólogo y traducción
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ



Editorial Trotta

El espíritu del garantismo

El espíritu del garantismo
Montesquieu y el poder de castigar

Dario Ippolito

Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: Lo spirito del garantismo.
Montesquieu e il potere di punire

© Editorial Trotta, S.A., 2018
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Dario Ippolito, 2018

© Perfecto Andrés Ibáñez, para el prólogo y la traducción, 2018

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-9879-920-0

CONTENIDO

<i>Prólogo: Rescate y reivindicación del ‘penalista’ olvidado: Perfecto Andrés Ibáñez</i>	9
<i>Preliminar</i>	19
1. La libertad a través del derecho	33
2. Como manda la naturaleza	41
3. Delito y castigo	47
4. Las razones de la laicidad	55
5. Por qué no tienen piedad de un suicida	65
6. Garantismo <i>versus</i> despotismo	71
7. Elogio de la benignidad	77
8. La muerte como pena	85
9. Las reglas del juicio	93
<i>Epílogo</i>	99
<i>Índice onomástico</i>	103

Prólogo

RESCATE Y REIVINDICACIÓN DEL 'PENALISTA' OLVIDADO

Perfecto Andrés Ibáñez

J. N. Shklar, en su esclarecedor libro sobre Montesquieu, ha escrito que «su fama [...] como uno de los mayores pensadores liberales no descansa sobre el famoso homenaje a la constitución inglesa, sino sobre su teoría del derecho penal y de las penas», que gira en torno a la idea de que «la libertad del individuo [...] depende radicalmente de la extensión del derecho penal y de los tipos de pena que inflige»¹. Tanto que, para F. Neumann, en su consideración, el derecho penal es la «Magna Carta del ciudadano»².

Pues bien, sin haber hecho una profundísima indagación en la materia, pero a partir de la experiencia de más de cuatro décadas de práctica del derecho penal y de no pocas lecturas propias de esta disciplina, creo poder decir que Montesquieu y, en particular, su obra cumbre, aunque diría que no solo, no han recibido —en los manuales al uso, que son los libros básicos de formación de juristas— la atención merecida, por parte de quienes se dedican a cultivar el derecho punitivo como especialistas³. En lo que me consta, en la literatura en castellano, quizá, con una

1. J. N. Shklar, *Montesquieu*, trad. it. de B. Morcavallo, il Mulino, Bolonia, 1990, p. 93.

2. F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. it. de G. Sivini, introd. de N. Matteucci, il Mulino, Bolonia, p. 235.

3. A mero título de ejemplo: es significativo el caso de J. Antón Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz, autores del que durante toda una época fue el más prestigioso manual de la asignatura, *Derecho Penal* (Madrid, 1949), en cuyo volumen primero (Parte General, p. 46) consta una sola referencia a Montesquieu, en el sentido de que Beccaria se confiesa su seguidor. (J. Antón Oneca sí se ocuparía, indirectamente, de las ideas penales de Montesquieu en su «Estudio preliminar» del *Discurso sobre las penas*, de M. de Lardizábal, separata de *Revista de Estudios Penitenciarios* 174 [1966], pp. 30-32). M. Quintano Ripollés, en su *Curso de Derecho Penal*, I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 47 ss., al tratar de «La ciencia moderna del derecho penal en Italia, Francia y Alema-

excepción relevante, la representada por Jiménez de Asúa. Este, en su monumental *Tratado*⁴, se detiene, breve pero eficazmente, en ilustrar la significación de las aportaciones de Montesquieu en la perspectiva que aquí interesa; tomando como referencia no solo *Esprit de lois*, sino también *Lettres persanes* y *Pensées et fragments inédits*.

Entre nosotros, sí *hizo justicia* al Montesquieu «penalista» F. Tomás y Valiente, prestigioso historiador del derecho, cuando escribió de él que «sin provocar las encendidas contradicciones que el libro de Beccaria o

nia», ni siquiera lo nombra. Otro tanto ocurre con E. Cuello Calón, *Derecho Penal*, I, Parte general, Bosch, Barcelona, ¹⁷1975. J. Del Rosal, en *Tratado de derecho penal español*, Parte general I, Madrid, 1968, dice de nuestro autor que «estudia la penalidad y los principios del derecho penal [y] propugna que la pena deba inspirarse en moldes humanitarios y que los estados libres, a diferencia de los despóticos, deben tender más a educar que a castigar». J. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, I, Introducción, Tecnos, Madrid, ⁶1976, hace una sucinta alusión a aquel, en concreto, a la confesión de Beccaria de considerarlo su maestro, y al hecho de que ambos autores «son los pensadores que más influyeron en los penalistas españoles de la Ilustración» (p. 96), pero ninguna referencia de contenido. J. A. Sáinz Cantero (*Lecciones de derecho penal*. I Parte General, Bosch, Barcelona, 1982, p. 99) incluye una telegráfica indicación: «El exceso inútil de las penas en vigor, lo absurdo de la tortura y la proporción necesaria entre pena y delito, aparecen especialmente apuntadas en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu». En la bibliografía argentina ni S. Soler (*Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 10.^a reimpr., 1992), ni R. Núñez (*Manual de derecho penal*, Parte general, Lerner, Córdoba, ⁴1999) le citan. Sí lo hace R. E. Zaffaroni, para destacar su condición de «primer sociólogo del derecho», y subrayar que «contradice con toda firmeza la concepción teológica del estado y del derecho penal» (*Manual de derecho penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires, ⁴1985, pp. 209-210); y para, simplemente, volver a referirse a ese primer aspecto (en R. E. Zaffaroni, con A. Alagia y A. Slokar, *Derecho penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires, ²1985, p. 291).

Algo similar puede detectarse en Italia, en algunas obras representativas de la manualística penal: E. Pessina, *Elementos de derecho penal*, trad. de H. González del Castillo, Reus, Madrid, ⁴1936, contiene una bibliografía del derecho penal (pp. 20 ss.) y una relación de escritores sobre filosofía del derecho penal (pp. 93 ss.) en las que no figura Montesquieu. Tampoco lo citan: G. Bettiol, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de J. L. Pagano, Temis, Bogotá, 1965; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milán, ⁶1969, ed. actualizada por L. Conti; F. Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, Padua, 1979; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte general, Giuffrè, Milán, ²1980, y T. Padovani, *Diritto penale*, Giuffrè, Milán, ⁷2004. Sí lo hacen, *de pasada*, en el párrafo dedicado a la Ilustración penal, G. Fiandaca y E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, ³1995, p. XVIII, para, únicamente, señalar su preocupación por «embridar lo más posible la discrecionalidad de los jueces».

Claro que, ciertamente, habría que decir que buena parte de las obras reseñadas adoptan un método de exposición estrictamente dogmático, prescindiendo de los antecedentes históricos del pensamiento penal; aunque en otras, como se ha visto, sin que sus autores hagan de manera estricta tal opción, se llega al mismo resultado.

4. L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal* I, Losada, Buenos Aires, ³1964, pp. 250-251.

los dispersos escritos penales de Voltaire, sus ideas penales fueron quizá las más eficaces en la tarea de promover una profunda reforma de las leyes penales»; lo que le llevó a caracterizarle como «el primer pensador de su tiempo que rompió lanzas contra las injusticias del derecho penal vigente»; y a subrayar, con agudeza, algo aquí de particular importancia: que, con él, «la conexión de lo penal con lo político queda establecida con claridad»⁵.

Pero en una visión de conjunto es como si en el relato histórico de las vicisitudes del mejor pensamiento penal, «el inmortal presidente de Montesquieu» hubiera sido *fagocitado*, desde luego sin proponérselo, por el autor de *Dei delitti e delle pene*, cuando, en la introducción a su «milagroso opúsculo»⁶, se confiesa «seguidor de las huellas luminosas de ese gran hombre»⁷. Una cita encomiástica que ha producido el efecto de *confinarle* en esa condición de magisterial antecedente teórico⁸, evocado con reverencia, pero, eso sí, ritualmente y solo *en passant*. Y, con muchísima frecuencia, tal será todo lo que le quede al respecto a un sinnúmero de futuros juristas, al dejar las aulas.

5. F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta. (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 96. Subrayará también de Montesquieu «la extraordinaria importancia que atribuye a las reformas penales», y cómo en su obra principal «la conexión de lo penal con lo político queda establecida con claridad» (*ibid.*, p. 97). Precisamente a «La dimensione politica della questione penale: l'eredità di Montesquieu» dedica Dario Ippolito un excelente trabajo, que es anticipación de este libro (en Íd. [ed.], *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, con prólogo de L. Ferrajoli, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2014, pp. 33 ss).

También, en la bibliografía española, se ha ocupado, con fortuna y cierto detalle, de las aportaciones de Montesquieu a la crítica y renovación del derecho penal L. Prieto Sanchís en *La filosofía penal de la Ilustración*, con prólogo de M. Carbonell, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 18 ss. y *passim*. Antes, de forma esquemática, en un texto breve, lo había hecho el penalista mexicano L. Garrido, a partir de la afirmación de que «entre los que lanzan los primeros ataques contra el *Ancien Régime*, figura en lugar de honor Montesquieu con su *Esprit des lois*, condenando la arbitrariedad de los jueces, y la frecuencia y la crueldad de las penas» («Montesquieu penalista», en Íd., *Notas de un penalista*, Botas, México, 1947, pp. 159-162).

6. Es como lo califica P. Calamandrei, en «Proceso y justicia» (1950), ahora en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, p. 222.

7. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, con texto italiano fijado por G. Francioni y prefacio de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, p. 109.

8. Así —en consonancia con los casos, muy posteriores, ya citados de Antón Oneca y Cerezo— en G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero, con revisión de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, pp. 11-12, nota 11: «Aunque algunos pocos principios de Montesquieu en cierto modo le abrieron el camino al gran ingenio de Beccaria».

Lo que me mueve a introducir, subrayándola, tal perspectiva de la obra de Montesquieu en este breve prólogo no es, obviamente, una mera razón *clasificatoria*, orientada a justificar o reclamar la adscripción del autor de *Esprit des lois* también a un determinado área de la tópica distribución disciplinar de los saberes jurídicos propia del mundo académico. La cuestión es que en la declaración de principio consistente en asociar la libertad del ciudadano a la bondad de las leyes penales⁹, que, con buen fundamento, destaca Shklar, se expresa toda una avanzada (incluso, a la sazón, arriesgada) opción jurídico-política asumida con decisión por aquel. Una aguda y cabal percepción crítica, por demás realista, del modo de ser y la cruel proyección social del poder más propio y genuino de la época y de la Francia que le tocó vivir. Un compromiso que hoy calificaríamos de profundamente constitucional y —tiene razón Ippolito al titular su obra como lo hace— de un constitucionalismo, en esto, ciertamente *garantista*¹⁰. Pues, en efecto, el judicial en la aplicación de las leyes penales era, precisamente, la más cruda encarnación de aquel, la más común, invasiva y penetrante de sus modalidades en la relación con el hombre *de a pie*¹¹. Y, por tanto, la que daba lugar a los mayores motivos para postular un ejercicio del mismo rodeado de cautelas: las «precauciones tutelares» del Constant¹² de casi tres cuartos de siglo más tarde.

9. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XII, cap. II, p. 173.

10. No en vano, como ha escrito L. Ferrajoli, los fundamentos del sistema penal propio del estado de derecho «fueron puestos en gran parte [...] por el pensamiento jurídico ilustrado» (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero Bandrés, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 102011, 2.ª reimp., p. 21. «El garantismo representa la más consecuente realización del programa ilustrado» ha escrito L. Prieto Sanchís, en *La filosofía penal*, cit., p. 12, nota 3. En la materia, puede verse con provecho, del mismo autor, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.

11. Por eso, es, según recuerda L. Ferrajoli, precisamente «a través de la crítica [ilustrada] de los sistemas penales y procesales como se fueron definiendo [...] los valores de la cultura jurídica moderna» (*Derecho y razón*, cit., p. 24). Por eso, también según el mismo autor, «el derecho penal es el terreno en el que se construyó el paradigma del estado de derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte» (ahora en *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, ed. de D. Ippolito y S. Spina, rev. de la ed. española de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2018, p. 32). Un esfuerzo en el que, según resulta claramente de la obra a la que precede este prólogo, Montesquieu fue realmente pionero.

12. B. Constant, *Curso de política constitucional*, trad. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, I, pp. 249-250 (ed. facsímil de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1989, por la que cito).

Ya solo por esto habría un buen motivo para poner en cuestión, o matizar, al menos, el punto de vista de quienes, como Althusser, atribuyeron a Montesquieu «una previa *toma de partido de tipo feudal*»¹³, entendiendo que tal sería, además, la clave de lectura más idónea de su principal obra. Pero sucede que, según ha puesto de relieve, con el mejor soporte argumental, Gaetano Silvestri, Montesquieu, de cuyo entorno sociopolítico estaba ausente toda idea de principio de legalidad y de certeza del derecho, innovando, atribuye a ambos principios el carácter de «presupuestos esenciales de la libertad», haciendo de la generalidad de la ley su auténtica condición de posibilidad; lo que, según el mismo Silvestri, le convierte en portavoz de una, entonces, todavía muy incipiente nueva clase social: la burguesía¹⁴.

Este, en aquel momento, novedoso planteamiento que, en función de su sentido de la idea de límite¹⁵ como presupuesto *sine qua non* de un ejercicio no *despótico* del poder, conduce a Montesquieu a formular el principio de separación de poderes en garantía de la efectiva aplicación práctica del principio de legalidad, hace de él un pensador decididamente moderno¹⁶, y en modo alguno solo el nostálgico del viejo sistema

13. L. Althusser, *Montesquieu, la política y la historia*, trad. de M. E. Benítez, Ciencia Nueva, Madrid, 1968, p. 25. En un sentido similar, con otras palabras, E. Lefebvre: «La famosa tríada de los poderes (legislativo, ejecutivo, judicial) [de Montesquieu] constituye una presentación formal de la división del trabajo político en el siglo XVIII, más que una ideología semiliberal y un proyecto político, dirigido contra el absolutismo» (*De l'état*. 3. *Le mode de production étatique*, Union Générale d'Éditions, París, 1977, p. 142). Y también J. Touchard, *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera, Tecnos, Madrid, 31969, p. 311. Sobre este asunto, más en concreto, sobre la lectura de la obra cumbre de Montesquieu por parte de Althusser, véanse las sugestivas observaciones de Marco Fioravanti, en su recensión de la obra de Dario Ippolito, en *Droit et société* 95 (2017).

14. G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milán, 1979, I, p. 284. «No es sorprendente que esta propuesta [el principio de separación de poderes] encontrase su mayor eco en la burguesía de 1789, que buscaba precisamente una superación del estado absolutista» (M. Miaille, *L'État du droit*, François Maspero/Presses Universitaires de Grenoble, París/Saint-Martin-d'Hères, 1978, p. 96). G. De Ruggiero, tratando de la influencia de las ideas en los procesos políticos reales, refiriéndose a Francia, escribió que «la primera oleada revolucionaria [...] tiene como alférez espiritual a Montesquieu» (en *El retorno a la razón*, trad. de R. Resta, Paidós, Buenos Aires, 1949, p. 102). Y en G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*, Giappichelli, Turín, 1962, p. 63, se lee: «En Montesquieu, autor de *Esprit des lois* (1748), tenemos el perfeccionamiento técnico del liberalismo empírico de origen inglés».

15. No ya el poder: «¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites» (Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. iv, p. 150).

16. Al respecto, ha escrito U. Cerroni que es Montesquieu quien «en concreto [...] pone en marcha —en especial con su análisis de la constitución inglesa— una orgánica teorización del moderno constitucionalismo fundado en la división de poderes» (*Il pen-*

que se ha dicho en ocasiones¹⁷. Y en idéntico sentido se alinea su aspiración a un gobierno limitado¹⁸, que, según el propio Silvestri, «choca irremediabilmente con la descripción de un sistema de relaciones legislativo-ejecutivo-judicial que nunca había existido en el Medievo»¹⁹. Por no hablar de su concepción del último, «el poder de juzgar» que, de ser ese «tan terrible para los hombres», en manos de la prepotente y ensoberbecida *noblesse de robe*, que él conocía muy bien por dentro, tendría que pasar, en su imaginario, a ser independiente y políticamente inexistente, por no «ligado a determinado estado o profesión»²⁰, y resolverse

siero político, ed. de U. Cerroni, Editori Riuniti, Roma, 1966, p. 499). Y G. Tarello: «La importancia histórica de las consideraciones que Montesquieu hace sobre los órganos a los que demanda el ejercicio de cada poder es enorme», en *Storia della cultura giuridica I. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 290.

17. A este respecto, creo muy ilustrativa la reflexión de J. Ehrard: «Son muchos los argumentos que se ofrecían a Montesquieu en favor de los privilegios de su casta: habría podido proclamarlos conformes a la ‘naturaleza’, una naturaleza jerarquizada, una vez por todas, según el orden de la Providencia; podía justificarlos con los servicios prestados, la sangre derramada, los derechos adquiridos, en definitiva, todo el peso de los siglos pasados: [en cambio] escribe que los hombres nacen iguales y libres, y las tradiciones que invoca tienen valor para él solo en la medida en que respetan lo más posible esta exigencia universal de la naturaleza humana. Su apología del gobierno ‘gótico’ adquiere así una resonancia auténticamente ‘filosófica’ y liberal» (*L’idée de nature en France à l’aube des Lumières*, Flammarion, París, 1970, p. 299, citado por P. Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del ‘700*, Laterza, Roma/Bari, 1977, pp. 72-73).

18. Único capaz de hacer posible la libertad política. Planteamiento este en el que late la clara aspiración al aristotélico «gobierno de las leyes» (cf. *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. I, cap. III, p. 100 y lib. XI, cap. IV, p. 150). Esas leyes cuyo «estilo debe ser conciso» y de las que «es esencial» que sus «palabras [...] susciten las mismas ideas en todos los hombres» (*ibid.*, lib. XXIX, cap. XVI, p. 443). Sobre la idea de un gobierno, una monarquía limitada o moderada en nuestro autor y el papel al respecto de los «cuerpos intermedios», cf. N. Bobbio, *Teoría general de la política*, ed. de M. Bovero, trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2003, pp. 347-351; también N. Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. de F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, presentación de B. Clavero, Trotta, Madrid, 1998, pp. 219-220.

19. G. Silvestri, *La separazione*, cit., I, p. 301.

20. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. VI, p. 152. «La exigencia de autonomía para la *justice* es fortísima en Montesquieu, es decir, la exigencia de que los jueces sean realmente independientes de quien gobierna y hace las leyes» (N. Matteucci, *Organización del poder y libertad*, cit., p. 220).

A. Bascuñán Rodríguez ha discurrido brillantemente sobre la idea de juez de Montesquieu en su obra mayor —«los jueces de la nación», la tan citada *bouche qui prononce les paroles de la loi* (lib. XI, cap. VI)— que considera referida, no a los jueces letrados con plenitud de jurisdicción, sino exclusivamente a los miembros del jurado; señalando que la concepción de una judicatura profesional independiente, rigurosamente sometida a la ley, no se encuentra todavía en aquel, sino que es fruto de la lectura estadounidense de su obra, en la materia («El mito de Montesquieu», en J. C. Marín y A. Schopf [eds.], *Lo público y*

en «una actividad puramente intelectual y no realmente productiva de 'derecho nuevo'»²¹.

Dario Ippolito es un caracterizado discípulo de Luigi Ferrajoli; a pesar de su juventud, autor de toda una pléyade de excelentes trabajos²², preferentemente dedicados al estudio y profundización del pensamiento jurídico ilustrado. De ellos hay que destacar, por su importancia, la monografía dedicada a Mario Pagano²³, sin duda el mejor estudio escrito nunca sobre el extraordinario jurista, politólogo y revolucionario napolitano.

Pues bien, en tal madura y estimulante trayectoria intelectual se inscribe este libro que, en su brevedad, encierra una singular forma de aproximación a la obra y a la filosofía político-jurídica de Montesquieu, en buena medida inédita (desde luego entre nosotros). Es la consistente en extraer de ella, sistematizándolas, todas sus valiosísimas implicaciones (sustantivas y procesales) relativas a la cuestión penal. Un asunto que, ciertamente, en la época del autor de esa «mina filosófica»²⁴ que es *Esprit des lois*, tenía el enorme cúmulo de connotaciones negativas que él le atribuye. Pero que hoy, con la —diría que universal— involución autoritaria de la legislación penal y la degradación neoinquisitiva del proceso que le sirve de cauce, no las tiene menores ni de distinto signo.

lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barrios Bourie, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2017, pp. 3 ss.). Sobre la lectura americana de Montesquieu puede verse G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Turín, 3.^a ed. revisada y ampliada, 1993, pp. 32 ss.

21. G. Tarello, «Per una interpretazione sistematica de 'L'Esprit des lois'», en Íd., *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (1971), p. 40; y en *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 288.

22. Entre otros, cabe señalar los siguientes: *Diritti e potere. Indagini sull'Illuminismo penale*, Aracne, Roma, 2012; «Montesquieu et le droit naturel», en C. Volpilhac-Auger y L. Delia (eds.), *(Re)lire l'Esprit des lois*, Publications de la Sorbonne, París, 2014, pp. 83 ss.; «Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4 (2014), pp. 580 ss.; «Justice pénale et liberté civile: le 'moment Beccaria' dans les Lumières napolitaines», en M. Porret y E. Salvi (eds.), *Cesare Beccaria. La controversie pénale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, pp. 41 ss. En castellano, pueden verse: «Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano», trad. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 61 (2008), pp. 61 ss.; «Itinerarios del garantismo», trad. de P. Andrés Ibáñez, *ibid.* 69 (2010), pp. 69 ss.; «La filosofía penal de las Luces entre utilitarismo y retribucionismo», trad. de P. Andrés Ibáñez, *ibid.* 74 (2012), pp. 61 ss.; y «Libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», trad. de T. Effer, *ibid.* 87 (2016), pp. 37 ss. Ha cuidado, con Simone Spina, L. Ferrajoli, *El paradigma garantista*, cit.

23. D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, Turín, 2008.

24. Véase *infra*, p. 28.

Por eso, la importancia crucial de una recuperación bien ordenada de la genealogía de principios, generalmente tan maltratados. Y hoy tan cargados de sentido como guía y clave del compromiso y de la estrategia de contestación, que la metastásica difusión de ese derecho penal, justamente calificado por Ferrajoli de «criminal» (en sí mismo), «a causa de sus formas abiertamente terroristas»²⁵, reclama de los juristas y de la cultura jurídica.

«Carente», como escribe el propio Ippolito, la germinal reflexión del Montesquieu «penalista», «de una sistematización orgánica»²⁶, tal es, precisamente, lo que él le aporta en las páginas que siguen, sin necesidad de ningún forzamiento y solo por la informada lucidez de su lectura. Poniendo de relieve que la dispersión a través de los distintos momentos y capítulos en los que este desgrana su discurso no se da en perjuicio de la coherencia; incluso a pesar de algunas cesiones, dictadas por una, más que comprensible, prudencia táctica²⁷. Prudencia, con todo, muy relativa, cuando las corrosivas apreciaciones críticas contenidas en *Esprit des lois* —y ahí están las durísimas invectivas de Muyart de Vouglans para demostrarlo— van directamente dirigidas a la línea de flotación del principal instrumento de gobierno del estado absoluto, anticipando en esta actitud ese «coraje» que, subraya asimismo Ippolito, sería luego «la clave moral de la militancia de los ilustrados»²⁸.

Como se sigue de la cita de Shklar recogida al principio, evidenciar el nexo entre la libertad del individuo y la bondad de las leyes penales fue la aportación central de Montesquieu. Pero Ippolito hace ver que su esfuerzo no se agotó en la denuncia, sino que se prolongó «también en ofrecer respuestas a los interrogantes derivados de este postulado»²⁹, mediante una serie de propuestas metalegislativas de principio que, tras abrir en su momento nuevos caminos, siguen gozando de incuestionable vigencia.

25. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. *Teoría de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2016, p. 523. No se trata de un fenómeno nuevo, pues como ha escrito el propio Ferrajoli, «es fácil comprobar que la historia de las penas y de los procesos en su conjunto ha sido más infamante para la humanidad que la historia de los delitos». Y es lo cierto —continúa— que, ahora, «en demasiados casos, también en las democracias más avanzadas, la violencia de los abusos policiales y punitivos supera en brutalidad a la violencia de los delitos» (en *El paradigma garantista*, cit., p. 35).

26. Véase *infra*, p. 34.

27. Como en el caso del tratamiento penal de la herejía (*infra*, p. 60).

28. Véase *infra*, p. 60.

29. Véase *infra*, p. 41.

Esta obra tiene asimismo otro mérito que debe justamente señalarse. Y es que en ella se lleva a cabo, diría que por vez primera, una clara y articulada exposición de las ideas de Montesquieu en materia de proceso penal, que es fruto de un trabajo de indagación especialmente digno de ser resaltado. En efecto, pues si el desarrollo del pensamiento del autor en materia penal acusa la dispersión que se ha señalado, la que aqueja a aquellas es notablemente mayor; de ahí que tal sistematización sea tanto más apreciable. Esto, por razón de la calidad del esfuerzo analítico, y porque su resultado tiene un valor añadido. Y es que informa de la existencia, junto al «penalista olvidado», de un «procesal-penalista» *in nuce*, nunca suficientemente tomado en consideración.

Este libro tiene, por último, que no en fin, otra virtud que también merece ser subrayada: es la de haber llevado a cabo una ordenada puesta en relación de las ideas de Montesquieu con las de Beccaria; ciertamente necesaria para trascender la tópica vacía alusión desnuda a la deuda intelectual confesada por este último, y, sobre todo, para ponderar su alcance en concreto.

En definitiva, diré que Dario Ippolito pone en manos del lector una obra maravillosamente escrita, de enorme interés, no solo para el jurista, sino para cualquier persona culta responsablemente preocupada por ese aspecto esencial de la gestión de la *polis* que es el modo de ser y el uso del instrumento penal. Y lo hace —sin la más mínima pérdida de equilibrio y de rigor intelectual— con el mismo entusiasmo garantista que late en las aportaciones de los grandes juristas ilustrados; animadas, como se sabe, por una implacable racionalidad, pero también por una pasión bien temperada. Ambas perfectamente reconocibles en las bellas y estimulantes páginas de este libro.

PRELIMINAR

Garantismo es una palabra envilecida, degradada por el abuso. A menudo, y comprensiblemente, suscita sospecha, indiferencia. En el imaginario de muchos, evoca subterfugios procedimentales y astucias curialescas. Suena a falsa, como la cortesía de los patronos y la reverencia de los siervos. Para quien desconfía de ella, equivale a impunidad y privilegio: a legalidad sacrificada en el altar del formalismo jurídico. Irrita como el humo en los ojos; y como el humo disuelve la evidencia de las cosas, anunciando la traición a la verdad y la quiebra de la justicia.

De «palabra violada» la ha calificado un ilustre magistrado demócrata, contestando su distorsión semántica, su expropiación axiológica, su utilización instrumental «en la defensa de los personajes fuertes de la política y de la economía»¹. Garantismo interesado, garantismo mendigado, garantismo hipócrita, garantismo de los poderosos, garantismo excesivo... la teoría de las adjetivaciones despreciativas es un flujo continuo en el debate público.

«¿Por qué el garantismo tiene mala fama?», pregunta el escritor Tommaso Giartosio en una entrevista a Luigi Ferrajoli². «Porque de él se ha hecho un uso del todo deformante», responde el jurista, defendiendo las razones morales, políticas, epistemológicas del garantismo de los malentendidos que, acumulándose, lo han enturbiado.

¿Cuáles son estas razones? Y ¿por qué defenderlas?

1. G. Palombarini, «Garantismo. La parola violata»: *Twill* 15 (2013), p. 21 (www.twill.info) e Íd., «Ricominciare dal garantismo»: *Belfagor* 3 (2012), p. 326.

2. «Fahrenheit», 9 de junio de 2015, Radio3, disponible en la dirección <http://www.radio3.rai.it/dl/radio3/programmi/puntata/ContentItem-2b93eab6-e00b-4137-905b-bc08b02357d2.html>.

Reflexionemos un instante (*sine ira*). Tratemos de hacerlo pensando en nosotros mismos y no en las envilecedoras crónicas de la legalidad ordinaria. ¿Estamos seguros de que la justicia penal no puede tocarnos con su tosca mano? ¿Tenemos la certeza de que no deben preocuparnos su funcionamiento, sus reglas y sus prácticas? ¿Basta la blanca almohada de nuestra rectitud para depararnos sueños tranquilos? Claro que sí, responderá alguno, orgulloso de reivindicar su honestidad. Pero, si bien se mira, en esta respuesta se advierte el signo de una peligrosa ingenuidad.

La ingenuidad puede ser también una virtud. Sin embargo, en el dominio de la política no lo es casi nunca. Su sinónimo, cuando es el poder lo que está en danza, no es franqueza, sino desprevención. Es peligrosamente ingenuo considerarse inmunes —en cuanto «ciudadanos honestos»— frente a las veleidades sancionadoras del estado; considerar las imputaciones y las condenas como problema de otros: de los que, por haber cometido delitos, merecen ser castigados.

Donde rige el principio de legalidad, delito es «todo hecho al que el ordenamiento asocia como consecuencia una pena»³. Preguntemos ahora a nuestro orgulloso interlocutor: ¿conoces el elenco completo de este género de actos? O bien: ¿conoces todas las prohibiciones penales? No las principales, esas de las que saben hasta los niños; no las sugeridas por el buen sentido; quiero decir todas las prohibiciones a cuya inobservancia el legislador ha asociado un castigo. ¡Atención!: es necesario que, al menos, respondas afirmativamente a esta pregunta para que puedas considerarte a salvo del riesgo penal.

Estás dudando; y tienes buenos motivos. Si se llamaba «legión» a los demonios con los que Jesús se enfrentó en Gerasa porque eran «muchos»⁴, ¿cómo denominar a la miríada de disposiciones que componen el derecho penal en la «edad de la descodificación»?⁵. Censarlas es toda una empresa: se encuentran en cualquier rincón de la selva legal. Puede que los especialistas controlen el número.

Vivir bajo un ordenamiento jurídico saturado de normas penales de las que no se sabe a ciencia cierta, debería inducirnos a mantener alta

3. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale* [1947], ed. de L. Conti, Giuffrè, Milán, 2003, p. 165 [*Manual de derecho penal. Parte general*, trad. de J. Guerrero y M. Ayerra Redín, Temis, Bogotá, ^s1988].

4. Marcos 5, 9; Mateo 8, 30.

5. N. Irti, *La edad de la descodificación* [1979], trad. de L. Rojo Ajuria, J. M. Bosch, Barcelona, 1992. Sobre la descodificación del derecho penal véase L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 3 vols., II, pp. 371-379.

la guardia frente al poder punitivo (que no excusa nuestra ignorancia). Además, aun cuando la disciplina de los delitos y las penas fuese drásticamente aligerada y reconducida a una fuente unitaria fácilmente accesible, sería una imprudencia bajar la guardia. El espacio de la acción penal de los órganos del estado no depende solo de la cantidad de leyes que lo integran, sino también de su calidad: de su forma expresiva, de su léxico, de sus contenidos. Tipos penales abiertos, connotados por palabras ambiguas, vagas o carentes de consistencia empírica, comprometen la posibilidad de conocer el derecho y la previsibilidad de la justicia penal. Si la frontera entre lo prohibido y lo permitido no está determinada con precisión, ¿cómo podré estar seguro de no exponerme a un castigo?

Obviamente, también la indeterminación semántica tiene sus remedios. Además de prohibir menos, el legislador podría prohibir mejor: utilizando términos de significado unívoco, evitando expresiones valorativas. Pero tampoco la mejor legislación penal sería capaz de asegurar completamente la inocencia frente a la injusticia: de impedir acusaciones infundadas y condenas inmerecidas. Los procesos, como todos los ritos sociales, los celebran los hombres. Y los hombres —incluso los más prudentes y competentes— pueden equivocarse. Desgraciadamente, las consecuencias del error de un fiscal o de un juez no son parangonables a las que se derivan de las distracciones de un estenógrafo o de las equivocaciones de un periodista deportivo. En las manos de los operadores de la justicia penal está —si no la vida— la libertad individual.

«La libertad no consiste en estar sobre un árbol», advertía Giorgio Gaber, evocando la opción de *El barón rampante* de Calvino. Pero tampoco puede reducirse al único perfil de la «participación»⁶. Es un rico complejo de inmunidades y facultades, indispensables (aunque insuficientes) para hacer al hombre *faber ipsius fortunae*. No podemos no preocuparnos de nuestra libertad. No podemos dejar de precavernos frente a lo que puede amenazarla. Por eso es necesario tener conciencia de que la conflictividad inmanente en la relación entre libertad y poder alcanza su máxima intensidad precisamente en el terreno de la penalidad.

El poder de prohibir, de juzgar, de castigar incide más que ningún otro en la libertad de los individuos. Incide directamente, restringiéndola —de distintos modos y medidas— a través de sus instrumentos operativos. Circunscribe la libertad de todos los asociados mediante la definición de los delitos; reduce la libertad de los imputados por el sometimiento a los

6. G. Gaber, «La libertà», en *Far finta di essere sani*, Carosello Records, Milán, disco 2, cara b, pista 5.

procesos judiciales; limita la libertad de los condenados por medio de las penas. Es un poder formidable, cuyo ejercicio puede degenerar siempre en formas opresivas.

Del conocimiento empírico de estas relaciones peligrosas nace la exigencia de sólidas garantías penales y procesales. *Garantismo*, en su acepción no deterior, es el nombre de la doctrina filosófico-jurídica que traduce esta exigencia en un paradigma normativo de derecho penal, declinado como sistema de reglas y principios funcionales a la protección de los derechos individuales. Protección necesaria tanto frente a la ilegalidad violenta de los crímenes, como frente a la violencia institucional de los aparatos represivos; ya que, como advierte el principal teórico del garantismo, «la seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de ‘justicia penal’ la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos»⁷.

El garantismo, en cuanto doctrina de la limitación jurídica del poder punitivo, hunde sus raíces en la reflexión ilustrada sobre el derecho penal. Una reflexión seminal, culturalmente revolucionaria, que ha marcado la civilización jurídica occidental, inspirando las transformaciones constitucionales de la modernidad (hasta el punto de que puede ser representada —tan natural cuanto correctamente— como «pensamiento constituyente»⁸ del futuro estado de derecho).

La que circula en el discurso político de la Ilustración es una nueva visión de la *civitas*: una visión que coloca al hombre en el centro como sujeto titular de derechos. Del reconocimiento del carácter intangible del *proprium* de cada individuo descende una concepción del estado anti-tética de la acreditada por la tradición: interrumpida la mecánica de la obediencia que sometía a los súbditos al cumplimiento de los deberes hacia el soberano, se difundió la persuasión de que es deber de este respetar

7. L. Ferrajoli, «El derecho penal mínimo», trad. de R. Bergalli con la colaboración de H. C. Silveira y J. L. Domínguez, en L. Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, ed. de N. Guzmán, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, I, p. 148.

8. L. Ferrajoli, «La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria», trad. de T. Effer: *Jueces para la democracia. Información y debate* 79 (2014), pp. 51 ss.; ahora en L. Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal*, cit., II, pp. 497 ss.

y defender los derechos del sujeto. Consecuentemente, la retórica de la *potestas legibus soluta* se vio desacreditada y, frente a ella, se afirmó la idea de que para tutelar a los individuos era necesario regular y controlar el ejercicio del poder. Tal es la perspectiva —*ex parte civium*— en la que se inscribieron las teorías de la soberanía de la ley, de la división de poderes y de la representación política, a través de las cuales se perfiló el modelo de estado preconizado por los ilustrados: más precisamente, el paradigma del estado de derecho *in nuce*.

Entonces, sobre este fondo axiológico, emergieron la centralidad política de la cuestión penal y la aporética problematicidad del poder de castigar. Poder terrible y, no obstante, necesario. Necesario porque, en ausencia de normas dotadas de sanción pública, aptas para disciplinar la convivencia social, la vida, la integridad y la libertad de las personas quedarían expuestas a la violencia privada, con vigencia de la ley del más fuerte; terrible porque, aun justificándose en virtud del fin de la salvaguardia de aquellos derechos, el poder punitivo los amenaza de forma constante, al prever su privación como efecto de la inobservancia de sus prohibiciones de lesión.

A la luz de esta trágica consciencia, el sistema penal se revela el lugar de primaria cualificación política del orden civil, porque el contacto entre soberano y sujeto es inmediato, el conflicto entre potestad e inmunidad resulta transparente, y la tensión entre fuerza y derecho exasperada. ¿Qué prohibiciones legales son justificables? ¿A qué fin y con qué medios castigar a los transgresores? ¿Cómo determinar las violaciones de las normas jurídicas y la responsabilidad de una acción criminal? Las respuestas a estas preguntas tocan la línea de demarcación entre libertad y opresión. En torno a estos interrogantes gira el debate ilustrado sobre el «derecho a castigar». Un debate que, partiendo de la crítica del orden vigente, se proyecta en el horizonte político de la reforma radical⁹. «Por más que la afirmación pueda parecer arriesgada —ha escrito el jurista antifascista Paolo Rossi— el giro del derecho penal que caracteriza el final del siglo XVIII [...] permanece, a fin de cuentas [...], como el más importante resultado práctico de la Ilustración»¹⁰.

En la época en la que se desarrolló aquel feraz debate, la palabra *garantismo* aún no existía (para decirlo todo, tampoco existía la palabra *Ilustración*). Sus primeras apariciones se registran en la literatura políti-

9. Véanse las páginas magistrales de P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma/Bari, 1999, 4 vols., I, pp. 434 ss.

10. P. Rossi, *La pena di morte e la sua critica*, Bozzi, Génova 1932, p. 31.

ca francesa del siglo XIX (una etapa prolífica en materia de *ismos* y neologismos: liberalismo, constitucionalismo, comunismo...), con acepciones muy distantes del significado que actualmente prevalece en el léxico filosófico-jurídico. Si abrimos el *Dictionnaire de la langue française* de Émile Littré, editado en cuatro tomos por Hachette entre 1873 y 1874, hallamos la siguiente definición de *garantisme*: «Dans le langage de l'école fourieriste ou sociétaire, système de féodalité industrielle qui doit suivre notre anarchie et précéder l'association définitive»*. El lector que, insatisfecho por la lacónica oscuridad de la información, optase por dirigirse a otra fuente lexicográfica, correría el riesgo de permanecer en la desilusión: el *Dictionnaire national* de Louis-Nicolas Bescherelle, que se autoacredita como «plus exact et plus complet que tous les Dictionnaires qui existent»¹¹, y el *Dictionnaire classique* de Henri Bescherelle, que a su vez pretende la primacía entre «tous les ouvrages de ce genre»¹², ni siquiera contienen la entrada. Omisiones significativas: acuñado por Charles Fourier como denominación de un estadio de la evolución civil que precede a la realización de una armónica sociedad comunitaria¹³, el vocablo no arraigó en el lenguaje político de la Francia decimonónica. Aun cuando, disociado de su originario referente semántico, pasó a designar un sistema de seguridad social idóneo para proteger a los sujetos más débiles, proporcionándoles las garantías de los derechos vitales, su uso siguió siendo bastante limitado¹⁴.

Distinto es el significado y diversa la fortuna de la difusión del término en la lengua italiana. No es fácil establecer cuándo (y por quién).

* «En el lenguaje de la escuela fourierista o societaria, sistema de feudalidad industrial que debe venir a continuación de nuestra anarquía y preceder a la asociación definitiva».

11. L.-N. Bescherelle, *Dictionnaire national ou Dictionnaire universel de la langue française*, Garnier, París, ⁴1856 [«más exacto y más completo que todos los Diccionarios existentes»].

12. H. Bescherelle, *Dictionnaire classique de la langue française*, Bloud et Barral, París, 1880 [«entre todas las obras de ese género»].

13. Ch. Fourier, *Le Nouveau monde industriel et sociétaire, ou Invention du procédé d'industrie attrayante et naturelle distribuée en séries passionnées*, Bossange, París, 1829-1830.

14. Véanse, por ejemplo, P. de Jouvencel, *Du droit de vivre, de la propriété et du garantisme*, Paul Masgana, París, 1847; L. Fontarive *Révolution sociale. Bases du crédit positif. Institutions de garantisme* [...], Librairie Phalanstérienne, París, 1848; F. Barrier, *Principes de sociologie*, Noirot, París, 1867, en el que se desarrolla un articulado discurso sobre «garantismo agrícola e industrial», el «garantismo comercial», el «garantismo doméstico», etc. (vol. 2, cap. 2, pp. 286-337), que algunos años más tarde pasaría a las columnas del *Grand Dictionnaire universel du XIX siècle* de Pierre Larousse (Administration du grand Dictionnaire Universel, París, 1872, vol. 8).

En el monumental *Dizionario* de Tommaseo y Bellini, aparecido en ocho tomos entre 1861 y 1879, de *garantire* se pasa a *garanza*. Del término tampoco hay rastro en los diccionarios italianos de los primeros decenios del siglo xx. Sin embargo, como ha señalado Perfecto Andrés Ibáñez¹⁵, ya en 1925 Guido de Ruggiero, en su magistral *Storia del liberalismo in Europa*, habla del «così detto *garantismo*»¹⁶: expresión que de por sí implica precedentes usos de la palabra. En espera de descubrirlos, cabe indicar que De Ruggiero entiende por *garantismo* la concepción «de la libertad política [...] como libertad del individuo en relación con el estado y frente al estado»¹⁷, o bien la «concepción de las garantías de la libertad»¹⁸, que comienza a tomar forma en la edad de las Luces en torno al análisis de la constitución inglesa y a la correlativa teorización de las técnicas de limitación de los poderes públicos para la tutela de los individuos. «La libertad —escribe De Ruggiero—, que los razonadores abstractos consideran como un derecho innato, se revela en cambio al observador sagaz como cosa dependiente de muchas circunstancias»¹⁹: es una delicada construcción social que necesita contrafuertes jurídicos y equilibrios institucionales. Desde esta perspectiva, la experiencia constitucional inglesa se convierte en el paradigma de los principios del *garantismo*²⁰.

Como denominación de las doctrinas centradas en las garantías constitucionales de las libertades fundamentales, el término *garantismo* echa raíces en el lenguaje filosófico-jurídico italiano de la segunda posguerra. En los años sesenta el politólogo Giovanni Sartori trató incluso (sin éxito) de promover su adopción en el léxico del constitucionalismo inglés²¹. En la conceptualización de otro ilustre exponente de la ciencia política italiana, Nicola Matteucci, el *garantismo* se concibe como un componente esencial del constitucionalismo moderno (antimayoritario e individualista). Bajo la voz «Costituzionalismo» del *Dizionario di poli-*

15. Cf. P. Andrés Ibáñez, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 59.

16. G. De Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo* [1925], trad. de C. G. Posada, Pegaso, Madrid, 1944, p. LXIX, donde la expresión de referencia figura como «el llamado régimen de garantías». Las citas se toman de esta edición.

17. *Ibid.*, p. LXXVII.

18. *Ibid.*, p. LXIX.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*, p. LXXI.

21. Cf. G. Sartori, «Constitutionalism: a preliminary discussion»: *The American Political Science Review* 4 (1962), pp. 853-864.

tica (1976) —editado por él mismo junto con Norberto Bobbio y Gianfranco Pasquino—, Matteucci escribe: «El garantismo, que tiene en Benjamin Constant a su principal teórico, acentúa al máximo, en polémica con Rousseau y con la interpretación jacobina de la voluntad general, la exigencia de tutelar, en el plano constitucional, los derechos fundamentales del individuo, es decir, la libertad personal, la libertad de prensa, la libertad religiosa y, en fin, la inviolabilidad de la propiedad privada»²².

Obviamente, una vez difundido en el uso, el término *garantismo* fue recibido en los principales diccionarios. En 1970, el *Grande Dizionario della Lingua Italiana* de Salvatore Battaglia le atribuye dos significados estrechamente unidos. Garantismo es, en primer lugar, el «carácter propio de las constituciones democrático-liberales más evolucionadas, consistente en el hecho de que estas predisponen instrumentos jurídicos cada vez más seguros y eficientes (como el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias) a fin de asegurar la observancia de las normas y del ordenamiento por parte del poder político (gobierno y parlamento)». En segundo lugar, es la «doctrina político-constitucional que propugna una cada vez más amplia elaboración e introducción de tales instrumentos en el ordenamiento». Podría parafrasearse: 1) garantismo como dimensión específica del constitucionalismo rígido; 2) garantismo como teoría normativa del constitucionalismo rígido. No debe sorprender el hecho de que en el *opus magnum* de Battaglia no exista constancia de la acepción hoy más común del término *garantismo*, esto es, la que injerta su campo de denotación en los cánones de legitimidad de la justicia penal. En efecto, pues se trata de una curvatura semántica producida con posterioridad: cuando como reacción a la legislación excepcional con la que la clase política trató de hacer frente al terrorismo, la cultura jurídica de orientación progresista se comprometió con la reafirmación de la primacía de los derechos individuales frente a las pretensiones potestativas del estado. Es tal el contexto en el que la palabra *garantismo* pasó a designar la doctrina liberal del derecho penal. Una doctrina que, hoy todavía, en sus expresiones contemporáneas más maduras, sigue hallando alimento en la reflexión jurídica de las Luces²³.

22. N. Matteucci, «Costituzionalismo», en N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino (eds.), *Dizionario di politica* [1976], Turín, UTET, 2004, p. 205 [*Diccionario de política*, trad. de J. Aricó, M. Soler y J. Tula, Siglo XXI, Buenos Aires, 2 vols., ¹⁵2007].

23. Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, ¹⁰2011; L. Prieto Sanchís, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011; P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

Quien quiera hacerse una idea de la riqueza y de la profundidad de aquella reflexión, puede consultar —también *on line*— la *Bibliothèque philosophique du législateur*, publicada por Jacques-Pierre Brissot de Warville entre 1782 y 1785. Cuando ya era autor de una *Théorie des lois criminelles* (1781), el futuro líder girondino recogió en esta obra —compuesta por diez volúmenes— «discursos, disertaciones, ensayos, fragmentos» de los más «célebres escritores» que en los decenios precedentes se habían ocupado de derecho penal. Animada por la confianza en la posibilidad de «mejorar la legislación criminal de todos los pueblos de Europa»²⁴ y movida por la convicción de que no había «nada más importante que tal reforma»²⁵, la empresa editorial de Brissot (1754-1793) —con su impresionante envergadura— es la confirmación tangible de que «nunca como en la segunda mitad del siglo XVIII fue tan intensamente debatido el problema penal»²⁶.

Al recorrer las etapas de la crítica ilustrada del poder de castigar, Brissot no duda en la identificación de su punto de arranque. Quien «abrió el camino» fue Montesquieu (1689,1755) que luego de haber fustigado la conciencia de la sociedad francesa retratándola en las páginas irreverentes de *Lettres persanes* (1721)²⁷, con el éxito internacional de *Esprit des lois* (1748) «infirió un golpe durísimo» a las «leyes criminales» existentes y fecundó la reflexión jurídico-penalista de los decenios por venir²⁸. De Antonio Genovesi (1713-1769) a Karl Grolman (1775-1829), son numerosos los filósofos y los juristas que —antes y después de Brissot— reconocieron a Montesquieu esta relevante primacía intelectual²⁹. El mismo Cesare Beccaria (1738-1794), en la Introducción a *De los delitos y de las penas* (1764), confiesa su deuda con el «inmortal presidente» del Parlamento de Burdeos³⁰, atribuyén-

24. J.-P. Brissot de Warville, *Discours préliminaire*, en Íd., *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte* [...], s. e., Berlín [pero Neuchâtel], 1782, t. I, p. iv.

25. *Ibid.*

26. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione* [1976], il Mulino, Bolonia, 1997, p. 383.

27. J. Starobinski, Introducción [1973] a C.-L. de Secondat de Montesquieu, *Lettere persiane*, trad. it. de G. Alfieri Todaro-Faranda, Bur, Milán, 2006, pp. 4 ss.; D. Felice, *Introduzione a Montesquieu*, Clueb, Bolonia, 2013, pp. 23 ss.

28. J.-P. Brissot de Warville, *Discours préliminaire*, cit., p. xii.

29. Cf. M. A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000, pp. 11 ss.

30. Junto al título de barón de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat heredó el cargo de presidente del Parlamento de Burdeos en 1716. Su experiencia de magistrado, iniciada dos años antes como consejero del mismo tribunal, concluyó en 1726 con la venta

dole el mérito de haber constelado de «huellas luminosas»³¹ el camino por recorrer hacia la reforma penal.

En efecto, es en la inagotable mina filosófica de *Esprit des lois* donde los ilustrados hallaron —junto a la gramática y la sintaxis de su discurso político— las categorías y los instrumentos conceptuales para desarrollar la crítica del desenfreno del poder, de la incertidumbre de los juicios, de la ferocidad punitiva, y para comprender la importancia decisiva del derecho penal en la «construcción de las paredes maestras del estado de derecho»³².

En un inimitable perfil intelectual del autor de *Esprit des lois*, Jean Starobinski ha escrito: «Las ideas de Montesquieu, cuyo mérito consistió en poder pasar al plano de la aplicación práctica, tuvieron que sufrir la prueba de la historia [...] que es, a la vez, el mayor de los honores y el mayor de los riesgos. Pues las ideas que se mezclan en el curso de la historia no permanecen intactas por mucho tiempo. Se alteran, se descomponen o se exaltan, se vuelven juiciosas y delirantes y, sobre todo, ya contaminadas por ideas ajenas, retomadas por nuevos teóricos o adaptadas a las circunstancias por los hombres de acción, forman la historia para ser, al punto, deformadas por esta»³³.

A las ideas de Montesquieu, a su incisividad práctica, a su significado histórico, a su permanente valor político, están dedicadas las páginas de esta contribución a la genealogía del garantismo penal.

En los breves capítulos que componen este ensayo he tratado de analizar la doctrina de Montesquieu sobre el derecho de castigar con los instrumentos del análisis lingüístico-conceptual, de la comparación filosófica y de la contextualización histórica. He dado preferencia a la interpretación sistemática del texto sobre la confrontación sistemática con los intérpretes que me han precedido. Obviamente, me he servido y dado cuenta de los estudios más relevantes, señalando las diferencias de mi lectura, justificando mis observaciones críticas y preocupándome de fundar filológicamente mis conclusiones. Por lo demás, soy del todo consciente de que la complejidad prismática de *Esprit des lois*, al multiplicar los puntos de observación, hace que toda conclusión sea aproximativa.

del oficio en el que había sucedido a su tío. Sobre la vida de Montesquieu véase, en particular, R. Shackleton, *Montesquieu. A Critical Biography*, Oxford UP, Oxford, 1961.

31. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, con texto italiano fijado por G. Francioni y prefacio de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011; Introducción, p. 109 (en adelante, *De los delitos*).

32. N. Bobbio, Prólogo a L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 13.

33. J. Starobinski, *Montesquieu* [1953], trad. de M. Utrilla, FCE, México, 2000, p. 10.

En el primer capítulo he examinado la noción de libertad política —que constituye el valor de referencia de la reflexión de Montesquieu—, precisando su contenido jurídico, connotándola en relación con otros tipos y conceptos de libertad, indicando los presupuestos institucionales de su adveración y explicitando el nexo crucial que la liga al derecho de castigar.

En el segundo capítulo he mostrado que la filosofía penal de Montesquieu, al proceder de una teoría objetivista de la ética, se sitúa en el extenso y multiforme terreno del iusnaturalismo, entendido como doctrina de la existencia de una justicia natural anterior a las leyes positivas. De las particularidades de esta concepción del derecho emergen los contornos de una justificación retribucionista de la pena, sobre cuya base Montesquieu instala y valoriza el canon de la correspondencia de género entre delito y castigo.

A tal principio metalegislativo está dedicado el capítulo tercero, reescrito en su integridad y profundamente modificado respecto de la versión italiana de este libro. Allí había asimilado el principio de homogeneidad penal al paradigma del castigo analógico elucidado por Foucault en *Vigilar y castigar*, considerando al segundo como una declinación utilitarista del primero. Ahora, a la luz de un examen más analítico, lo redefino y lo distingo netamente, evidenciando además la alteridad de la noción de homogeneidad frente a la de proporcionalidad.

En el cuarto capítulo se ilustra la más relevante implicación normativa del principio retributivo y iusnaturalista de homogeneidad. Allí me detengo en la visión de Montesquieu acerca de las relaciones entre religión y ley penal, situándola sobre el fondo del derecho positivo y de la cultura jurídica del Antiguo Régimen. La instancia de laicidad, que emana del discurso sobre los sacrilegios, la magia y la herejía, irradia también la crítica de la prohibición y del castigo del suicidio, desarrollada en *Lettres persanes* a través de la voz de Usbek y aquí contemplada en el capítulo quinto.

Concluida la indagación sobre los *crimina lesae maiestatis divinae*, paso a ocuparme de los *crimina lesae maiestatis humanae*, poniendo de relieve, en el capítulo sexto, que el orden legal del poder punitivo representa para Montesquieu un importante parámetro de valoración de la naturaleza de los gobiernos. Sin garantías penales sustanciales, es inevitable que el despotismo derribe la libertad. La tutela de esta última exige la satisfacción legislativa de los principios de taxatividad, materialidad de la acción y necesidad. El primero prescribe el uso de términos semánticamente determinados en la configuración de los delitos. El segundo proscribela criminalización de los pensamientos y de las palabras. El tercero establece que las acciones indiferentes no pueden ser calificadas

como delitos. Los tres sirven para delimitar el espacio de las prohibiciones admisibles y para ampliar la esfera de la libertad individual.

A la deslegitimación de las prohibiciones arbitrarias Montesquieu une la contestación del encarnizamiento punitivo. Refutando el lugar común según el cual la eficacia disuasoria de las penas se deriva de su dureza, señala las consecuencias nocivas del terrorismo penal, esgrime las razones de la mitigación del sistema sancionador, renueva la doctrina de la prevención general en sentido humanitario e inscribe el principio de proporcionalidad en la lógica del utilitarismo. Sobre estos elementos de su garantismo versa el capítulo séptimo.

Ante una inédita doctrina de la moderación penal, el interrogante es ineludible: ¿cuál es la actitud del autor a propósito de la pena de muerte? En el capítulo octavo he tratado de articular una respuesta, evidenciando, por un lado, la desaprobación del sistema punitivo vigente, que conminaba con el extremo castigo un amplio elenco de delitos de distinto género y diversa gravedad, y, de cuando en cuando, lo irrogaba ejemplarmente; por otro lado, la teorización del derecho de castigar matando, en los casos en los que la muerte como pena viene requerida por la justicia natural y por la seguridad social.

El capítulo noveno completa la reconstrucción de la doctrina penal de Montesquieu, recorriéndola en la vertiente procesal. En la conciencia de que la distinción entre derecho sustancial y proceso informa nuestra mentalidad jurídica pero no el discurso desarrollado en *Esprit des lois*, he tratado de explicar los aparentes deslizamientos temáticos de este último, clarificando la relación integral entre garantías legislativas y garantías jurisdiccionales de la libertad. En ausencia de las primeras, faltan las condiciones de verificabilidad de los hechos calificados como delitos. En ausencia de las segundas, faltan las condiciones de falsación de las hipótesis acusatorias. En uno y otro caso, la inocencia queda a expensas del arbitrio potestativo. Y donde no se tutela la inocencia, faltan las condiciones de la libertad.

Espero que quien llegue hasta leer el epílogo de este ensayo pueda decir que conoce un poco mejor la doctrina penal de Montesquieu, la cultura jurídica de las Luces y las razones del garantismo. Si he conseguido, siquiera en parte, el resultado a que aspiro, lo debo a la lección de cinco maestros: Norberto Bobbio, de cuyas obras he aprendido cómo (y por qué) leer a los clásicos; Luigi Ferrajoli, que me ha enseñado a ejercitar el pensamiento crítico con los instrumentos de la filosofía analítica; Italo Birocchi y Pietro Costa, modelos inigualables de rigor, precisión conceptual y nitidez en la historiografía; y Philippe Audegean, sin cu-

yos estudios sobre Beccaria mi comprensión de la Ilustración penal sería bastante más superficial

En la elaboración del texto me he beneficiado de las sugerencias de colegas, maestros y compañeros. Deseo expresar mi gratitud a Perfecto Andrés Ibáñez, Mauro Barberis, Francesco Berti, Piero Bevilacqua, Luigi Delia, Domenico Felice, Gianni Francioni, Patrizio Gonnella, Chiara Lucrezio Monticelli, Giusi Lupi, Fabrizio Mastromartino, Guido Pescosolido, Giorgio Pino, Mario Ricciardi, Carlo Scognamiglio, Simone Spina, Alessandro Tuccillo y Giovanni Tuzet. Lo que de bueno halle el lector se debe también a su ayuda. Los errores, es obvio, son solo cosa mía.

*A Mariella.
A sus amores.
A sus amigos.*

LA LIBERTAD A TRAVÉS DEL DERECHO

«Si acaso la fortuna te arrastra a las costas de un pueblo desconocido y si gritas tu saber porque el brillante día de la cultura difunde allí su luz benigna, o bien si las tinieblas de la ignorancia y de la barbarie lo cubren de horror, [...] abre su código penal: y si encuentras su libertad civil garantizada por las leyes, la seguridad y la tranquilidad del ciudadano a cubierto de la prepotencia y del insulto, concluye francamente que ese pueblo es culto y pulido»¹.

Con estas imaginativas hipótesis, el ilustrado napolitano Francesco Mario Pagano (1748-1799) introducía al lector en sus *Considerazioni sul processo criminale* (1787)². La obra —ágil e incisiva como corresponde a un *pamphlet* jurídico-político— captaba y representaba en toda su plenitud la impregnación política del derecho penal. De su modo de ser, advertía Pagano, depende la posición del individuo frente a la autoridad. El espacio de la libertad resulta inmediatamente mensurable en la red de sus normas. Las prohibiciones legales son necesarias para la convivencia civil, pero su extensión puede muy bien desbordar el criterio de la necesidad. Las penas son conminadas por el legislador para prevenir la violencia de los delitos, pero su violencia representa una amenaza temible para los asociados. Escudo potente, pero cortante, el poder punitivo puede herir tanto como las armas de las que defiende.

Este género de aproximación al derecho penal es el que caracteriza la reflexión jurídico-filosófica de los ilustrados en la segunda mitad del siglo XVIII. Y en él son bien perceptibles las ideas-madre de Montesquieu.

1. F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale* [1787], ed. de F. M. Paladini, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «G. Stiffoni», Edizioni della Laguna, Venezia, 2009, «Introducción», p. 30.

2. Cf. D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giapichelli, Turín, 2008; F. Berti, *L'uovo e la fenice. Mario Pagano e il problema della rivoluzione*, Cedam, Padua, 2012.

Carente de una sistematización orgánica (pero no de una íntima coherencia), la doctrina penalista de nuestro autor toma forma a través de tesis, definiciones, razonamientos y observaciones que se suceden y están presentes en distintos lugares de *Del espíritu de las leyes*. Su dimensión axiológica se perfila con la máxima evidencia en el libro XII, titulado «De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con el ciudadano» y conceptualmente vinculado al libro XI, concerniente a «las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la constitución»³. El *trait d'union* entre los dos libros lo constituye, precisamente, la noción de «libertad política», que Montesquieu se preocupa enseguida de distinguir de otros conceptos de libertad⁴. Sobre todo de la libertad democrática, es decir, del derecho del pueblo a la autodeterminación política, que, siendo un «poder del pueblo» no debe ser confundido «con su libertad»⁵. En segundo lugar, de la independencia, que es una situación existencial por completo distinta del género de libertad a la que pueden aspirar los individuos que viven en la *polis*: «en una sociedad en la que hay leyes» (XI, III, 151). En fin, de la «libertad filosófica», o de la autonomía moral, que «consiste en el ejercicio de la voluntad propia» (XII, II, 173). La expresión *libertad política*, en el léxico personal de Montesquieu, designa la inmunidad subjetiva frente a constricciones e impedimentos arbitrarios: una inmunidad de naturaleza jurídica de la que depende la posibilidad de obrar sin ser molestados dentro de la esfera de lo no prohibido y de lo no vinculado.

Léxico personal, se ha dicho, porque las palabras y las locuciones clave del discurso de Montesquieu son casi todas redefinidas y despojadas de las ambigüedades semánticas propias de los usos corrientes (por más que no falten oscilaciones de significado en los treinta y un libros

3. Sobre la elaboración textual de estos dos capítulos (que inicialmente formaban uno solo) véase C.-L. de Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des loix. Manuscrits*, en *Œuvres complètes de Montesquieu*, ed. de C. Volpilhac-Augier, Voltaire Foundation, Oxford, 2008, t. I, pp. 213 ss.

4. Cf. el análisis de B. Binoche, *Introduction à De l'Esprit des lois de Montesquieu* [1998], Publications de la Sorbonne, París, 2015, pp. 293-312, 330-339; C. Spector, *Montesquieu. Liberté, droit et histoire*, Michalon, París, 2010, pos. 2124-2181 (de la edición electrónica).

5. «Como en las democracias parece que el pueblo hace poco más o menos lo que quiere, se ha situado la libertad en este tipo de gobierno, confundiendo el poder del pueblo con su libertad» (Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. II, p. 150). [En adelante, las citas de esta edición irán seguidas por la indicación, en este orden, de libro, capítulo y página].

de *Del espíritu de las leyes*)⁶. Hay que señalar que, antes de 1748, la expresión *libertad política* no era muy frecuente en la literatura francesa. Es sintomático el hecho de que esta no aparezca ni una sola vez en los vivos elogios de la sociedad abierta que son las *Lettres philosophiques* (1734) de Voltaire (1694-1778). Por lo demás, también en *Lettres persanes* se la buscaría en vano, así como en *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains* (1734) del mismo Montesquieu⁷. En los raros textos en los que cabe encontrarla, aparece utilizada en relación con las categorías de: a) pueblo, b) estado y c) individuo. En el primer caso, designa la autonomía política; en el segundo, la independencia respecto del poder de soberanos extranjeros; en el tercero, el complejo de las libertades subjetivas garantizadas por el derecho. Es a partir de esta última acepción como Montesquieu modela su noción de libertad política cual situación jurídica de quien no puede ser constreñido «a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas» (XI, iv, 150).

Benjamin Constant (1767-1830), campeón de la libertad de los modernos⁸, observó que Montesquieu, «en su definición de la libertad, ignoró todos los límites de la autoridad social»⁹. En efecto, al hacer depender la libertad de los individuos de la autoridad de las leyes, habría descuidado precisar lo que las leyes pueden o no pueden prohibir legítimamente¹⁰. Pertinente en relación con la angosta fórmula de Montesquieu de que «la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten» (XI, iii, 150), tal crítica resulta infundada a la luz de los múltiples aspectos de la doctrina de la libertad política articulada en *Del espíritu de las leyes*.

6. Precisamente con una definición —por demás controvertida— se abre el capítulo con el que se inicia la obra: «Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas» (I, i, 51). Cf. A. Postigliola, «Montesquieu e Bonnet: la controversia sul concetto di legge», en *La politica della ragione: studi sull'Illuminismo francese*, ed. de P. Casini, il Mulino, Bolonia, 1977, pp. 43 ss.

7. *Consideraciones sobre las causas de la grandeza y decadencia de los romanos*, trad. de J. D. Gil de Lara, Madrid, 1821.

8. Cf., entre otros, S. Holmes, *Benjamin Constant and the making of modern liberalism*, Yale University, New Haven/Londres, 1984; M. Barberis, *Benjamin Constant: rivoluzione, costituzione, progresso*, il Mulino, Bolonia, 1988; T. Todorov, *Benjamin Constant: la passione democratica* [1997], trad. it. de A. Merlino, Donzelli, Roma, 2003.

9. B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* [1815], ed. de É. Hofmann, Droz, Ginebra, 1980, lib. I, cap. 3, p. 27 [*Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, trad. de V. Goldstein, Katz, Madrid, 2010].

10. *Ibid.*, p. 28, donde Constant afirma que «la libertad consiste en aquello que los individuos tienen el derecho de hacer y que la sociedad no tiene derecho a impedir».

En las antípodas de la idea hobbesiana según la cual la libertad vive en el *silentium legis*¹¹, Montesquieu acoge y desarrolla el paradigma lockiano de la «libertad garantizada por leyes»¹². En el horizonte de esta concepción, la libertad se considera inalcanzable en ausencia de normas imperativas y aplicables solo en contextos jurídicos idóneos para asegurar las expectativas de no lesión de los individuos¹³. Tales expectativas, en la perspectiva de Locke, se refieren a la tutela de la vida, la integridad física y la facultad de disponer de la propia persona, de las propias acciones y de los propios bienes¹⁴. Como se verá, semejantes contenidos sustancian el concepto de libertad de Montesquieu, cuya valorización política, no es casual, implica la instancia de la limitación jurídica del poder. Esto explica el juicio histórico de Voltaire, que —más allá de las repetidas y complacidas estocadas satíricas¹⁵— reconoce a Montesquieu el mérito de haber restituido «sus títulos a la naturaleza humana», al haber recordado «por doquier a los hombres que son libres»¹⁶.

Sin excesivos forzamientos, puede decirse que Montesquieu denomina *libertad política* a lo que los escritores de la tarda Ilustración y de la Revolución francesa llamaron *libertad civil*¹⁷. Su redefinición de la locu-

11. Th. Hobbes, *Leviatán* [1651], trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, primera parte, cap. 14, p. 110.

12. Tomo la fórmula del bellissimo libro de M. Barberis, *Libertà*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 66 ss.

13. Cf. S. Cotta, «Montesquieu e la libertà politica», en *Leggere l'Esprit des lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, ed. de D. Felice, Liguori, Nápoles, 1998, pp. 103 ss.; J. Graven, «Montesquieu et le droit pénal», en *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois (1748-1948)*, Recueil Sirey, París, 1952, pp. 209 ss.

14. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. 6, § 57, p. 80.

15. Cf. Voltaire, «A.B.C.» [1768], en *Scritti politici*, ed. de R. Fubini, Utet, Turín, 1964, «Primera conversación», pp. 844 ss.; Íd., «Domande sull'Enciclopedia» [1770-1772], en *Dizionario filosofico. Tutte le voci del Dizionario filosofico e delle Domande sull'Enciclopedia*, ed. de D. Felice y R. Campi, Bompiani, Milán, 2013, «Leggi (Spirito delle)», pp. 2215-2234; Íd., *Commentario sullo «Spirito delle leggi»* [1777], ed. de D. Felice, Ets, Pisa, 2011, pp. 55, 155, 165.

16. Cf. Voltaire, «Idee repubblicane di un membro di un'assemblea» [1766], en *Scritti politici*, cit., 62, p. 602.

17. Entre los innumerables ejemplos posibles, propongo —por su claridad— el siguiente párrafo de Nicolas Bergasse (1750-1832): «Como se sabe, existen dos especies de libertad: la libertad política y la libertad civil. La libertad política consiste en la facultad que tiene cada ciudadano de concurrir, directamente o a través de sus representantes, a la formación de la ley. La libertad civil consiste en la facultad [...] de hacer todo lo que la ley no prohíbe. [...] La libertad civil está en peligro siempre que el poder, cuyo fin es proteger a la persona y los bienes del ciudadano, está organizado de tal manera que no tiene suficiente fuerza para

ción no tuvo gran seguimiento. Recibida fielmente en la *Encyclopédie*¹⁸, fue enseguida abandonada en el momento en que surgió la necesidad de distinguir la clase de los derechos políticos de la de los derechos civiles¹⁹. Por otra parte, también la expresión *libertad civil* se encuentra en *Del espíritu de las leyes*²⁰. Su uso, no obstante, no concierne a la configuración de las relaciones entre individuo y autoridad política, sino al ordenamiento de las relaciones entre particulares. Como categoría opuesta a la de esclavitud/servidumbre, denota el estatus de quien es inmune al *dominium* de un patrón²¹.

Reflexionando sobre los factores de los que depende la libertad —producto raro y precioso de la organización social—, Montesquieu subraya, sobre todo, el valor de la certeza del derecho. Si no estamos en condiciones de prever las consecuencias jurídicas de nuestras acciones y de las de los demás, si no es clara la línea de separación entre lo lícito y lo ilícito, si no podemos obrar sin la seguridad de no abrigar el temor a incurrir en sanciones, entonces no somos verdaderamente libres. Pero ¿cómo enfrentarse a la incertidumbre jurídica que anula nuestra libertad («este bien que hace posible el disfrute de los demás bienes»²²)? La respuesta de Montesquieu tiene la nitidez (y el carácter problemático) de las afirmaciones de principio: es necesario que las decisiones de los tribunales se basen en normas preconstituidas, porque cuando «las sentencias» no corresponden «al texto expreso de la ley» sino que se derivan de «una opi-

conseguir este objetivo; y lo está también todas las veces que él, aun no careciendo de fuerza, resulta fácilmente ejercitable en detrimento de la persona y de la propiedad» (N. Bergasse, *Rapport du Comité de Constitution, sur l'organisation du pouvoir judiciaire, présenté à l'Assemblée Nationale*, París, 1789, pp. 8-9). Mientras que las definiciones de Montesquieu consisten en estipulaciones semánticas, las de Bergasse son definiciones léxicas que reflejan los usos lingüísticos prevalentes en la época en que escribe.

18. Cf. L. de Jaucourt, «Liberté politique», en *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, chez Briasson, David, Le Breton, Durand, París, 1765, IX, p. 472.

19. Cf., sobre todo, E. Sieyès, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*, París, 1789, pp. 25-41.

20. Cf., por ejemplo, XV, vi, 211; XV, xii, 214; XXIX, xiv, 269; XXIX, xv, 443.

21. Cf. Ph. Audegean, «La critique des corps intermédiaires à Milan et à Naples. 'Distinguer mes pas des siens': *Revue française d'Histoire des Idées politiques*» 35 (2012), pp. 61-71, 64.

22. C.-L. de Secondat de Montesquieu, *Mes Pensées*, II, f. 454v, 1574. Puede consultarse online una *Édition critique des Pensées de Montesquieu* en la dirección <http://www.unicaen.fr/services/puc/sources/Montesquieu>. En traducción italiana existe una edición antológica (ordenada por conceptos): Íd., *Pensieri diversi*, ed. de D. Felice, Liguori, Nápoles, 2010.

nión particular del juez», se vive «en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella» (XI, VI, 152-153). Es por lo que «en sus relaciones con la constitución», la libertad necesita una fundamental garantía institucional: la separación de la función legislativa de la jurisdiccional.

El propio John Locke atribuyó un gran relieve al problema de la separación de poderes, con su influyente doctrina del estado *sub lege*²³. Una visión ciertamente justa, pues el poder político, por más que necesario para regular la convivencia civil, representa una permanente y temible amenaza de prevaricaciones y abusos en perjuicio de los sujetos. Para contener su intrínseca vocación despótica —asociada a constantes inclinaciones humanas bien acreditadas por la experiencia—, sus articulaciones personales deben estar separadas y encomendadas a la competencia de distintos actores constitucionales²⁴. En la organización interna de la sociedad política, Locke distingue netamente dos funciones potestativas: la de «determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del estado, a fin de preservar a la comunidad y a los miembros de esta»²⁵ y la de «vigil[ar] la puesta en práctica de las leyes»²⁶ mediante el uso de la fuerza pública²⁷. La concentración de estos poderes en el mismo órgano institucional genera una autoridad irresistible y abre el camino al gobierno arbitrario. Por eso, el fin social de la tutela de los derechos individuales no puede perseguirse más que a través de la separación de los poderes «legislativo» y «ejecutivo»²⁸.

Montesquieu comparte el «pesimismo potestativo»²⁹ de Locke. Su *scientia rerum humanarum* —derivada de la reflexión historiográfica, filosófica y política— disuelve la imagen ilusoria del «buen pastor», recomendando desconfianza del bastón que empuña: «Es una experiencia eterna —escribe— que todo hombre que tiene poder siente la inclinación a abusar de él» mientras no «encuentra límites» (XI, IV, 150). Instrumento de defensa de la grey de los asaltos de las fieras, el bastón siempre puede

23. Cf., entre otros, J. Dunn, *Il pensiero politico di John Locke* [1969], trad. it. de B. Fontana y P. Pasquino, il Mulino, Bolonia, 1992; W. Euchner, *La filosofia politica di Locke* [1969], introd. de G. Bedeschi, trad. it. de K. Tenenbaum, Laterza, Roma/Bari, 1995; J.-F. Spitz, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, PUF, París, 2001.

24. Cf. J. Locke, *Segundo tratado*, cit., cap. 12, § 143-146, pp. 150-152.

25. *Ibid.*, § 143, p. 150.

26. *Ibid.*, § 144, p. 151.

27. *Ibid.*, § 148, pp. 152-153.

28. *Ibid.*, § 144, p. 151.

29. D. Zolo, «Teoria e critica dello Stato di diritto», en *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, ed. de P. Costa y D. Zolo, Feltrinelli, Milán, 2002, p. 35.

abatirse sobre el lomo de las ovejas. Más allá de las edificantes retóricas y de las tranquilizadoras iconografías, es bien visible en sus nudos el leño retorcido de la humanidad.

A partir de esta conciencia, Montesquieu dicta una máxima fundamental del constitucionalismo moderno: «Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder» (*ibid.*). El delineado en el capítulo más extenso de *Del espíritu de las leyes* —sobre el modelo «De la constitución de Inglaterra»³⁰— es un complejo sistema de *checks and balances*. Partiendo del axioma de que «todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias ente particulares» (XI, vi, 151-152), Montesquieu entreteje la antigua doctrina del gobierno mixto con una concepción antiabsolutista del estado, que ve en la poliarquía institucional el amparo de la libertad política³¹. Atribuidos a diferentes órganos, el poder legislativo —(con)dividido entre varios sujetos— y el poder ejecutivo —al modo monárquico— han de estar en equilibrio a través de una serie de interferencias recíprocas. El «poder judicial» debe estar, en cambio, completamente separado de los otros dos: «Si [estuviera] unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si [estuviera] unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor» (XI, vi, 151). Más aún que al equilibrio dual entre legislativo y ejecutivo, Montesquieu conecta la tutela de la libertad a la separación orgánica, a la distinción funcional y a la delimitación legal de la función judicial³².

Donde el orden político no se ajusta a estos cánones institucionales, el individuo no está —ni puede sentirse— nunca seguro de su propia posición jurídica: por tanto, no es libre³³. Sin embargo, la separación de

30. Es como se titula el capítulo VI del libro XII de *Del espíritu de las leyes*.

31. Cf. C. Eisenmann, «L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs» [1933]: *Cahiers de Philosophie politique* 2-3 (1985), pp. 3-34; Íd., «La pensée constitutionnelle de Montesquieu» [1952], *ibid.*, pp. 35-66; S. Goyard-Fabre, *Montesquieu: la nature, les lois, la liberté*, PUF, París, 1993, pp. 166-194.

32. Cf. M. Barberis, «Divisione dei poteri e libertà. Da Montesquieu a Constant»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (2001), pp. 86-93; D. Felice, «Autonomia della giustizia e filosofia della pena» (2003), en Íd., *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'Esprit des lois di Montesquieu*, Olschki, Florencia, 2005, pp. 73-93.

33. «Mucho más que Locke —ha observado Judith N. Shklar—, Montesquieu carga la difícil tarea de proteger la libertad sobre las espaldas de la magistratura. Y con independencia de cualquier otra cosa que pueda comportar su célebre teoría de la separación de

poderes y la sujeción del juez a la ley no bastan para hacerle libre. La condición —objetiva y subjetiva— de seguridad individual en que consiste la libertad depende además del contenido de las leyes. En particular de aquellas que afectan directamente a la vida, la integridad y la libertad personal y que por esto —más que las restantes— inciden sobre «la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad» (XI, vi, 151). Asociada la libertad a la seguridad y esta a la ley, la disciplina de las prohibiciones, las sanciones y los juicios penales adquiere así una inédita centralidad política. «La libertad del ciudadano —afirma Montesquieu— depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas» (XII, ii, 173)³⁴.

poderes, esta afirma la absoluta independencia de la magistratura de todos los demás aparatos de gobierno. Sin ello no puede haber libertad. [...] El poder judicial es tan terrible [...] que debe resultar de algún modo invisible; porque es ante el juez como el ciudadano común percibe el poder del estado en toda su plenitud» (J. N. Shklar, *Montesquieu* [1987], trad. it. de B. Morcavallo, il Mulino, Bolonia, 1990, p. 92).

34. «La fama de Montesquieu como uno de los mayores pensadores liberales —ha escrito Shklar— no descansa en su famoso homenaje a la constitución inglesa, sino en su teoría del derecho penal y de las penas. Según esta teoría, la libertad del individuo depende de un modo radical de la extensión del derecho penal y de los tipos de pena que inflige» (*Montesquieu*, cit., p. 93).

COMO MANDA LA NATURALEZA

Toda la reflexión ilustrada sobre los fines y los límites del derecho de castigar se inscribe en el horizonte de esta fundamental lección de Montesquieu. Una lección rica en desarrollos normativos, que a su vez fructificaron copiosamente en el debate sobre los delitos y las penas del que fue seguida. En efecto, Montesquieu no se limitó a postular el nexo entre la libertad del individuo y la bondad de las leyes penales. Se empeñó también en ofrecer respuestas a los interrogantes derivados de este postulado: ¿cuáles son las buenas leyes penales? ¿Cómo edificar un sistema punitivo en cuyo perímetro los individuos puedan considerarse libres? ¿De qué depende su percepción de seguridad? Recorriendo este terreno problemático, llega a establecer una serie de principios metalegislativos relativos a la determinación de los comportamientos punibles y de los castigos con que pueden ser conminados.

La justificación de estos principios, dirigidos a minimizar el arbitrio potestativo y, por tanto, funcionales a la garantía de las expectativas jurídicas subjetivas, se sitúa sobre el fondo de una visión iusnaturalista del orden legal¹. Para comprender la doctrina penal de Montesquieu es, pues, necesario superar la imagen que lo representa como científico empírico del derecho que, dedicado a observar la realidad concreta de las instituciones sociales, excluye del campo de su investigación el problema metafísico de la exigencia y de los contenidos preceptivos de la ley natural. Por otra parte, la formación de esta imagen se explica fácilmente si se considera *Del espíritu de las leyes* en su aspecto más saliente: la novedad del enfoque del mundo del derecho propuesto por Montesquieu.

1. Cf. D. Ippolito, «Montesquieu et le droit naturel», en *(Re)lire l'Esprit des lois*, ed. de L. Delia y C. Volpillac-Augier, Publications de la Sorbonne, París, 2014, pp. 82-103.

A mediados del siglo XVIII, dos son los principales modelos de ciencia jurídica: el de la jurisprudencia tradicional y el de la llamada escuela del derecho natural. El jurista que sigue la tradición plurisecular de su propia disciplina es un exégeta, un comentarista, un sistematizador de textos normativos, que estudia las fuentes del derecho (leyes estatales, costumbres, sentencias, tratados jurídicos, *corpus iuris civilis*...) para fundar sobre estas sólidas bases de autoridad la propia doctrina. El método de esta forma de conocimiento es la *interpretatio*. En cambio, el jurista que asume el paradigma filosófico del iusnaturalismo moderno tiene objetivos diversos de los de un intérprete del derecho positivo. Confiando en las fuerzas de la razón, avanza seguro en la búsqueda de las reglas universales de la conducta humana. Descubiertos los primeros principios de la justicia, se dedica a inferir de ellos corolarios normativos, para proceder, deducción tras deducción, a la construcción racional del sistema del derecho natural. Su propósito es producir una ciencia jurídica tan rigurosa como la geometría. Su canon metodológico es la *demonstratio*².

Montesquieu, con explícita y esforzada conciencia, abre una nueva vía al conocimiento del derecho, delineando un paradigma científico alternativo tanto al de la jurisprudencia tradicional como al de la escuela del derecho natural. Él no busca establecer, a la manera de los juristas dogmáticos, lo que el derecho positivo establece. Él no busca establecer, según la ambición de los iusnaturalistas, lo que el derecho natural prescribe. Su empresa científica parte de la convicción de que «la infinita diversidad de las leyes» no depende «solamente [de la] fantasía» de los hombres (Prefacio, 47). El derecho, en cuanto fenómeno social, vive en correlación con los múltiples aspectos de la realidad social. La política, la economía, la religión, las costumbres, el clima, etc., están en relación con las leyes. Además, toda ley lo está con otras leyes. Penetrar la complejidad del conjunto de estas relaciones significa comprender el *esprit des lois*.

Cambiado el objeto de la ciencia jurídica, como consecuencia, cambia también el método. Ya no se tratará de interpretar textos normativos ni de demostrar lógicamente verdades de razón. Sobre todo, será preciso observar y comparar los datos objeto de la investigación; en segundo lugar, identificar las regularidades; en fin, formular —por inducción— las tesis científicas dotadas de capacidad explicativa y alcance empírico. En

2. Cf. N. Bobbio, «Il giusnaturalismo moderno», en *Il pensiero politico. Idee, teorie, dottrine*, ed. de A. Andreatta y A. E. Baldini, Utet, Turín, 1999, pp. 169-196. Quizá no resulte superfluo señalar el carácter idealtípico de esta distinción: concretamente, son numerosos los juristas que (a partir de Grocio) se ocuparán tanto de derecho positivo como de derecho natural.

este caso, el modelo epistemológico es el de la física moderna. El desafío es encontrar —a través de la comparación con la historia de todos los tiempos y de todos los pueblos— un orden inteligible más allá del caos aparente del multiverso jurídico producido por los hombres. En este esfuerzo por conseguir una explicación científica de los hechos socio-institucionales³, Montesquieu parece, pues, desinteresarse de las cuestiones del derecho natural y de su relación con el derecho positivo. Se entiende entonces por qué es a menudo considerado un sociólogo del derecho *ante litteram*, contrario a las abstracciones racionalistas de la doctrina iusnaturalista⁴.

Sin embargo, si es cierto que Montesquieu no pretende desarrollar una teoría sistemática del derecho natural, el tema de la relación entre derecho y naturaleza atraviesa toda su reflexión iusfilosófica⁵. Desde el primer capítulo de *Del espíritu de las leyes*, establece una relación de dependencia entre las leyes y la naturaleza de las cosas; según la típica dicotomía categorial, distingue las leyes naturales de las leyes positivas; afirma la existencia de reglas de justicia ontológicamente fundadas en el orden natural. El de Montesquieu no es un discurso unidimensional⁶. No se agota en el análisis teórico-empírico de los fenómenos jurídicos⁷. Presenta, en cambio, un conspicuo componente normativo soldado al perno del objetivismo ético: «Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes hechas por ellos mismos, pero tienen también otras que no hicieron. Antes de que hubiese seres inteligentes, estos eran ya posibles;

3. Cf. E. Durkheim, «Il contributo di Montesquieu nella fondazione della scienza sociale» [1892], en *Montesquieu e Rousseau. Le origini della scienza sociale* [1966], ed. de M. Proto, Lacaita, Manduria, 1976, pp. 53-120; R. Aron, *Las etapas del pensamiento sociológico. Montesquieu, Comte, Marx, Tocqueville, Durkheim, Pareto, Weber* [1965], trad. de C. García Trevijano, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 25 ss.

4. Cf., por todos, el clásico estudio de S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, Ramella, Turín, 1953.

5. Véanse los estudios de M. H. Waddicor, *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law*, M. Nijhoff, La Haya, 1970; C.-J. Beyer, *Nature et valeur dans la philosophie de Montesquieu: analyse méthodique de la notion de rapport dans l'Esprit des lois*, Klincksieck, París, 1982; J.-M. Trigeaud, «Montesquieu, la nature et le droit. Du discours littéraire au discours juridique», en *Essais de philosophie du droit*, Studio Editoriale di Cultura, Génova, 1987, pp. 17-28; C. P. Courtney, «Montesquieu and Natural Law», en D. W. Carrithers, M. A. Mosher y P. A. Rahe (eds.), *Montesquieu's Science of Politics. Essays on The Spirit of Laws*, Rowman & Littlefield, Lanham/Boulder/Nueva York/Oxford, 2001, pp. 41-67.

6. Cf. la gran monografía de S. Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Klincksieck, París, 1973.

7. Cf., al respecto, las agudas y equilibradas observaciones de I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 407-411.

así pues, tenían relaciones posibles, y, por consiguiente, leyes posibles. Antes de que se hubiesen dado leyes había relaciones de justicia posibles. Decir que solo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es justo o injusto, es tanto como decir que antes de que se trazara círculo alguno no eran iguales todos los radios» (I, I, 51-52).

Estas consideraciones —sin anclaje, por cierto, en la experiencia sensible— acogen al lector en el umbral de *Del espíritu de las leyes*. El blanco polémico es el «sistema terrible»⁸ de Hobbes: precisamente el positivismo jurídico ideológico surgido de su nominalismo ético⁹. Para Montesquieu, la justicia no es el producto de un artificio humano: existe prescindiendo de las convenciones jurídicas. Es una realidad objetiva, anterior y axiológicamente superior al derecho positivo¹⁰. Su fundamento último reside en Dios: «creador» y «conservador» del «Universo» (I, I, 51). En efecto, según la ontología de Montesquieu, las leyes del orden natural (tanto físico como moral) son las relaciones entre los diversos entes y la razón de Dios. De esta razón eterna, origen de todas las cosas, provienen también las relaciones de necesidad moral, las «leyes originarias» de la conducta humana, que son «invariables» (I, I, 52), radicadas *in interiore hominis* o inscritas en la naturaleza de las cosas.

Bastaría determinar tales premisas especulativas para rechazar la tesis que atribuye a Montesquieu la «repulsa consciente del problema y de los conceptos de la teoría del derecho natural»¹¹. Aquel y estos son, por el contrario, claramente reconocibles (a la luz de la profesión de fe ético-objetivista) cuando Montesquieu evoca la justicia, la razón o la naturaleza para afirmar el deber ser del derecho¹². Los casos no son raros en modo alguno. El alcance normativo y las implicaciones políticas del iusnaturalismo de Montesquieu lo son todo menos limitados. Invaden el orden jurídico, incidiendo, con diversa intensidad, en distintos ámbitos disciplinares: del derecho de familia al derecho de gentes, del derecho de las

8. C.-L. de Secondat de Montesquieu, «Difesa dello Spirito delle leggi» [1750], en *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. de D. Felice, ed. bilingüe, Bompiani, Milán, 2014, parte I, p. 2287.

9. Cf. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* [1960], Giappichelli, Turín, 1996, pp. 233-244; Íd., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Turín, 1989, pp. 147-168.

10. «Para Montesquieu —ha escrito Pietro Costa— el orden de las acciones debe corresponder sustancialmente a los preceptos naturales; ni el sujeto ni el soberano actúan en un vacío normativo que haga legítima cualquier opción» (P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma/Bari, 1999, p. 378).

11. L. Althusser, *Montesquieu, la política y la historia* [1959], trad. de M. E. Benítez, Ciencia Nueva, Madrid, 1968, p. 25.

12. De «vínculos epistemológicos con el derecho natural del siglo precedente» habla V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Roma/Bari, 2014, p. 217.

personas al derecho penal. Este último, en particular, está enteramente fundado por Montesquieu en uno de los principios supremos de la justicia natural. En efecto, el texto citado poco antes prosigue con estas palabras: «Hay que reconocer, por tanto, la existencia de relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las establece; así, por ejemplo: imaginando posibles sociedades de hombres, sería justo adaptarse a sus leyes; si hubiera seres inteligentes que hubiesen recibido algún beneficio de otro ser, deberían estarle agradecidos; si un ser inteligente hubiera creado a otro, este debería permanecer en la dependencia que tuvo desde su origen; *un ser inteligente que hubiera hecho algún mal a otro ser inteligente merecería recibir el mismo mal, y así sucesivamente*» (I, 1, 52 [cursiva añadida]).

Un fino intérprete de *Del espíritu de las leyes*, el gran historiador francés Robert Derathé, ha advertido de que la invitación, dirigida por Beccaria a sus lectores, a distinguir sus pasajes de los de Montesquieu es por demás difícil de seguir¹³. En este caso, en cambio, la diferencia salta a la vista. Mientras que Beccaria, para explicar el «origen de las penas»¹⁴, se sirve de la teoría del contrato social¹⁵, Montesquieu sigue la tesis iusnaturalista, sustentada por Grocio en la estela de una tradición «antiquísima», según la cual «una de las cosas que la propia naturaleza declara justas es que quien ha causado el mal debe sufrir el mal»¹⁶. Así, de una concepción objetivista de la ética se deriva una concepción retributiva de la pena. Se debe castigar al criminal porque, a causa de su acción, merece un castigo. La inflicción del mal del castigo al artífice del mal del delito se valora como principio moral fundado en la equidad natural.

«Los ilustrados —ha escrito Mario A. Cattaneo— *rechazan* [...] la *idea de retribución* porque ven en ella la expresión de una exigencia de

13. R. Derathé, «Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire», en *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Accademia delle Scienze, Turín, 1966, p. 89. El texto al que se refiere Derathé es el siguiente: «El inmortal presidente Montesquieu pasó con rapidez sobre esta materia [el derecho penal]. La verdad indivisible me ha obligado a seguir las huellas de este gran hombre, pero los hombres de pensamiento, para quienes escribo, sabrán distinguir mis pasajes de los suyos» (C. Beccaria, *De los delitos*, Introducción, p. 109).

14. Es como se titula el primer parágrafo de *De los delitos y de las penas*.

15. Sobre el pensamiento de Beccaria, véanse los fundamentales estudios de G. Francioni, «Beccaria filósofo utilitarista», en *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Cariplo/Laterza, Milán/Roma/Bari, 1990, pp. 69-87; Ph. Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, París, 2010 (*Cesare Beccaria, filósofo europeo*, trad. it. de B. Carnevali, Carocci, Roma, 2014).

16. U. Grozio, *De iure belli ac pacis* [1625], ed. de B. J. A. De Kanter-van Hettinga Tromp, Scientia, Aalen, 1993, II, cap. xx, I.2.

venganza, de la satisfacción que se experimenta al ver sufrir al culpable [...] por lo que consideran que la pena debe mirar no al pasado sino a un bien futuro»¹⁷. En la nitidez de este juicio se percibe el reflejo de tensiones ideológicas posteriores al siglo de Montesquieu: de *ideomachie* penalistas cuyas categorías no parecen adecuadas para comprender la cultura de las Luces. En efecto, la representación de los *philosophes* como «antirretribucionistas» encuentra numerosos e importantes desmentidos en las fuentes. Desde este punto de vista, el caso de Beccaria es todo menos paradigmático¹⁸.

Ciertamente Montesquieu —al igual que los demás ilustrados— aborrece la lógica de la venganza, hasta el punto de asociarla al fanatismo religioso y a la ferocidad represiva típica del despotismo oriental. Precisamente, el modelo de derecho penal elaborado por él representa la alternativa racional a la insensatez de la venganza. Además, no hay duda de que él abraza la tesis según la cual las penas deben tener un fin útil, mirando a un bien futuro: más aún, fueron precisamente sus ideas originales las que renovaron la concepción utilitarista de la pena y crearon escuela en el debate reformador de la segunda mitad del siglo XVIII¹⁹. Sin embargo, esto no significa que rechace «la idea de retribución». Al contrario, esta campea en el cuadro de su visión del orden natural y constituye la piedra angular de su doctrina de los límites del poder de castigar. En efecto, de la «relación de equidad» por la que al mal causado debe corresponder el padecimiento de un «mismo mal», Montesquieu infiere el principio normativo de homogeneidad de las penas con respecto a los delitos. Y justo a la observancia de tal principio conecta en primer término la «bondad de las leyes penales» y su capacidad de asegurar la libertad individual.

17. M. A. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, De Salvia, Ferrara, 1974, pp. VI-VII (cursiva añadida).

18. Cf. D. Ippolito, «La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme», en *Penser la peine à l'âge des Lumières*, ed. de L. Delia y G. Radica, n.º monográfico de *Lumières* 20 (2012), pp. 21-34.

19. Cf. *infra*, cap. 7.

DELITO Y CASTIGO

1. «La libertad triunfa cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular del delito. Entonces la arbitrariedad desaparece, la pena no dimana del capricho del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, y no es el hombre quien violenta al hombre» (XII, IV, 174). Entre los *dicta* más influyentes de Montesquieu, el perentorio *incipit* del capítulo IV, libro XII, ocupa un puesto de primer plano. La *Encyclopédie* de Diderot y d'Alembert lo retoma en la voz «Crimen», contenida en el tomo IV de 1754. Once años después, en el volumen XII, la voz «Pena» se cierra con las mismas palabras. El autor de ambas es Louis de Jaucourt, fidelísimo discípulo de Montesquieu¹. Transcribiendo, parafraseando y comentando el pensamiento del maestro, ilumina plenamente su trasfondo iusnaturalista: las penas se derivan de los crímenes «por derecho de naturaleza»². Entre estos y aquellas existe una relación necesaria que el derecho positivo debe respetar y reflejar. La afirmada por Montesquieu es una exigencia de homogeneidad cualitativa. A cada categoría de delitos corresponde naturalmente una determinada tipología de sanciones. El castigo debe ser conforme a la conducta criminal³. El legislador que altera esta relación objetiva, estableciendo

1. Cf. los importantes estudios de L. Delia, «Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt»: *Dix-huitième siècle* 41 (2009), pp. 469-486; Íd., *Droit et philosophie à la lumière de l'Encyclopédie*, Voltaire Foundation, Oxford, 2015.

2. L. de Jaucourt, «Crime», en *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, chez Briasson, David, Le Breton, Durand, París, 1754, IV, p. 467.

3. Una excepción al principio de homogeneidad está admitida (y motivada) en relación con los delitos contra el patrimonio: «Cuando se quebrante la seguridad, respecto a los bienes, pueden existir razones para que la pena sea capital; pero sería quizá mejor y

penas inadecuadas a las ofensas que castigar, inocular en el sistema penal el germen del arbitrio potestativo, fatal para la libertad.

2. Las citas (explícitas o implícitas, literales o alteradas) de esta máxima de Montesquieu son frecuentísimas en la literatura jurídico-política de las Luces. Pueden encontrarse en un espectro de obras que va del *Nakaz* (1767) de Catalina II, la emperatriz de Rusia (1729-1796)⁴ al *Plan de législation criminelle* (1780) del futuro líder revolucionario Jean-Paul Marat (1743-1793)⁵. Sin embargo, la abundancia de su número está lejos de ofrecer la medida del impacto que tuvo, en el debate sobre la reforma del derecho penal, el principio normativo enunciado en aquella máxima: es decir, el principio de homogeneidad. En efecto, es sobre la base de tal principio como muchos filósofos y juristas reformadores articularon su respuesta a la pregunta «¿cómo castigar?».

Respuesta que solo fue unívoca en la indicación de una variedad de métodos punitivos calibrados sobre las diversas clases de acciones prohibidas. Y es que, al cambiar el criterio de clasificación de estas últimas, cambia la composición del arsenal penal preparado por los teóricos de la homogeneidad. Así, si Jaucourt se limita a reiterar la doctrina de Montesquieu, para el que los crímenes se dividen en cuatro especies —según lesionen la religión, las costumbres, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos—, «y las penas que se infligen deben derivarse de la naturaleza de estas especies»⁶, Gaetano Filangieri, en su ciertamente ambiciosa *Ciencia de la legislación*, redefine la sanción penal como «pérdida de

estaría más conforme con la naturaleza, que la pena [... fuese] la pérdida de los bienes; así debería ser si las fortunas fuesen comunes o iguales. Pero ocurre que los que atacan más gustosamente los bienes de los demás son los que no los tienen, y por eso la pena corporal tuvo que suplir a la pecuniaria» (XII, iv, 175).

4. Véase la «Liste des articles du *Nakaz* tirés de *L'Esprit des lois* et commentés dans les *Observations*», en J.-C. Rebejkow, «Diderot lecteur de *L'Esprit des lois* de Montesquieu dans les *Observations sur le Nakaz*»: *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century* 319 (1994), pp. 295-312.

5. «Sacar del delito la pena es el mejor medio de proporcionar el castigo del crimen. Este es el triunfo de la justicia y es también el triunfo de la libertad, porque entonces las penas no vienen de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, y así no se ve al hombre hacer violencia al hombre» (J.-P. Marat, *Plan de législation criminelle* [1780], chez Rochette, París, 1790 [*Principios de legislación penal*, trad. de A. E. L., Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1891, p. 36]. Sobre esta obra de Marat véanse J. Llobet Rodríguez, «Jean Paul Marat y la Ilustración penal»: *Revista Cenipec* 25 (2006), pp. 275-306; L. Prieto Sanchís, *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, Lima, 2007, pp. 163-174.

6. L. de Jaucourt, «Crime», cit., p. 466.

un derecho» por la «violación de un pacto»⁷ e instituye un nexo entre «las diversas especies de penas» y las «diversas especies de derechos»⁸ tutelados por los pactos trascritos en las leyes⁹: «La vida, el honor, la propiedad real y personal, y las prerrogativas que dependen de la ciudadanía, son los objetos generales de todos los derechos sociales. Tendremos pues [...] *penas capitales, penas infamatorias, penas pecuniarias, penas privativas o suspensivas de la libertad personal y penas privativas o suspensivas de las prerrogativas civiles*»¹⁰.

En su expresión más rigurosa y consecuente, la propuesta de que el castigo se derive de la naturaleza del delito se manifiesta en la afirmación de la *lex talionis* como principio basilar de la justicia penal. Un ejemplo pertinente se encuentra en la reflexión filosófico-jurídica de Antonio Genovesi, maestro de Filangieri y admirador de Montesquieu. Dialogando con este último —y con Beccaria— en el que puede ser considerado el «primer tratado iusnaturalista moderno completo en Italia»¹¹, aquel se propone identificar «la regla [...], fija en la naturaleza, que hace justas las penas»¹². El resultado normativo de su investigación cognoscitiva es una penología compleja¹³, centrada, precisamente, en el principio del talión: «quien viola un derecho debe perder uno igual, y del mismo género»¹⁴; «toda pena, que sea igual a todos los derechos lesionados, es siempre *talión*. Si no es *talión*, no es igual, ni por tanto justa; y entonces es un delito punible por otra ley del talión»¹⁵. Quien sitúa a la Ilustración penal en el marco filosófico del utilitarismo habrá de dejar fuera del cuadro al grupo de los ilustrados que, siguiendo a Montesquieu, acogen y relanzan la doctrina iusnaturalista de la pena congénere, isomórfica e

7. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* [1780-1791], trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, lib. III, segunda parte, cap. XXV, t. III, pp. 303-304.

8. *Ibid.*, cap. XXVIII, p. 315.

9. En la perspectiva contractualista de Filangieri, «si las leyes son las fórmulas que expresan los pactos sociales, toda transgresión de la ley es la violación de un pacto» (*ibid.*, cap. XXV, p. 303).

10. *Ibid.*, cap. XXVIII, p. 316 (cursiva original).

11. I. Birocchi, «Genovesi, Antonio», en *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XIX secolo)*, ed. de I. Birocchi *et al.*, il Mulino, Bologna, 2013, vol. I, p. 964.

12. A. Genovesi, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* [1766, 21771, 31777], ed. de N. Guasti, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «G. Stiffoni», Venecia, 2008, lib. I, cap. XX, § IV, p. 270.

13. Sobre la filosofía de la pena de Genovesi, véase D. Ippolito, *Diritti e potere. Indagini sull'Illuminismo penale*, Aracne, Roma, 2012, pp. 105-127.

14. A. Genovesi, *Della Diceosina*, cit., *ibid.*, § IX, pp. 273-274.

15. *Ibid.*, § X, pp. 274-275 (cursiva original).

igual al delito. Quien entienda que el talión es solo una regla penal arcaica sustentada en la autoridad de la religión se sorprenderá al verla elevada a la categoría de sumo principio de justicia por los exponentes del movimiento cultural símbolo de la modernidad y de la laicidad. En alguno, probablemente, el estupor ante una realidad inesperada se convertirá en perplejidad sobre la representación que de él se da aquí.

Sin embargo, el dato es notorio; y sería superfluo detenerse en la ejemplificación. Ya Michel Foucault, en su curso de 1972-1973 en el Collège de France, veía en el talión uno de los «modelos de castigo» promovidos por los reformadores del siglo XVIII y explicaba su «resurgimiento» en relación con la voluntad de impedir todo «abuso de poder»: cuando «la pena [...] en su naturaleza y su fuerza, está en correlación exacta con el propio agravio»¹⁶, la discrecionalidad de los agentes penales será aniquilada. Casi al mismo tiempo, Giovanni Tarello, experimentando en la historiografía jurídica el método analítico de la filosofía del derecho, evidenciaba la presencia de la ideología retributiva en la tesis conceptual de los discursos ilustrados sobre la justicia penal; y oponiéndose a los reflejos del juicio anacrónico, daba cuenta de las razones ético-políticas de su «recuperación»: aunque «la antiquísima idea de la pena como retribución» pueda aparecer a nuestros ojos como «incivil y repugnante», en el contexto de la Ilustración penal resulta «profundamente innovadora y humana»¹⁷, sirviendo para justificar la exigencia de limitación y moderación del poder de castigar.

Pero ni la lección de Foucault ni la de Tarello hacen posible un preciso enfoque de la doctrina de Montesquieu de la adecuación natural de la pena al delito. Paradójicamente, el foucaultiano «modelo de la ley del talión»¹⁸ es puesto en relación con el pensamiento de Beccaria y, en los años de la elaboración de *Vigilar y castigar*, resulta repensado y enmendado hasta su transfiguración en el modelo de las «penas analógicas»¹⁹. La ideología retributiva de la que habla Tarello se centra, en cambio, en el principio de proporcionalidad, en el que se absorben y disuelven las peculiaridades del principio de homogeneidad (que, en efecto, tampoco aparece identificado mediante una denominación específica). Por tanto, en este punto del análisis es necesario distinguir el valor normativo

16. M. Foucault, *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*, trad. de H. Pons, FCE, Buenos Aires, 2016, pp. 90-91.

17. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I, cit., p. 389.

18. M. Foucault, *La sociedad punitiva*, cit., p. 90.

19. M. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976, p. 109.

del principio de homogeneidad del de los principios de proporcionalidad y de analogía.

3. Para evitar equívocos, partiré de tres definiciones estipulativas, que no miran a innovar la terminología filosófico-penal, sino a precisar los significados de las expresiones empleadas, evitando toda posible superposición entre los respectivos campos semánticos. Como he hecho hasta ahora, llamo «principio de homogeneidad» a la metanorma que obliga al legislador a diferenciar las respuestas sancionadoras de los delitos, adecuándolas al género de estos últimos. Llamo «principio de proporcionalidad» al canon punitivo por el que la dureza del castigo debe ser la adecuada a la entidad del delito. Llamo «principio de analogía» a la proposición normativa según la cual el legislador debe establecer penas idóneas para reflejar la figura de delito a la que están asociadas.

A la luz de estas redefiniciones, salta enseguida a la vista una importante diferencia entre el principio de homogeneidad y el de proporcionalidad. La satisfacción del primero pasa por la instauración de una relación de tipo cualitativo entre delitos y castigos; mientras que la satisfacción del segundo pasa por la instauración de una relación de tipo cuantitativo. Dicho de otro modo, el primero se refiere a los modos, el segundo a la medida de las penas. Aparentemente, ambos responden a un ideal de justicia retributiva. Sin embargo, en la filosofía penal de la Ilustración, solo el principio de homogeneidad se apoya en los postulados morales del retribucionismo: el de proporcionalidad, en cambio, conecta con la doctrina utilitarista de la función disuasoria de la amenaza penal²⁰. Así pues, no se trata de principios incompatibles: como veremos, Montesquieu da valor a uno y otro (cf. *infra*, cap. 7).

Al igual que el principio de homogeneidad, el de analogía —bien presente en el discurso ilustrado, pero no en *Del espíritu de las leyes*— concierne a la relación entre el tipo de violación y el tipo de castigo. Pero, a diferencia del primero, cuyo fundamento es iusnaturalista y retributivo, este responde a una *ratio* utilitarista. El mal penal debe ser reflejo del mal criminal, para acrecentar la eficacia disuasoria de las normas penales: esta analogía —argumenta Beccaria— «sirve admirablemente para estrechar cada vez más la importante conexión entre el delito y la pena»²¹. Reforzando la asociación de ideas «infracción-punición», la «mimética

20. Cf. D. Ippolito, «Pour qu'une ne soit pas une violence...», en Ph. Audegean y L. Delia, *Le moment Beccaria. Les origines intellectuelles du droit pénal moderne*, Oxford University Studies in the Enlightenment, Oxford, 2017.

21. C. Beccaria, *De los delitos*, § XIX, p. 183.

penal»²² contribuye a disuadir al potencial delincuente. Actuando sobre la dinámica de los móviles psicológicos, transforma los impulsos en inhibiciones; activa, contra sí mismas, las pasiones que mueven a delinquir; opone, del modo más inmediato, a la idea de las ventajas alcanzables mediante el crimen, la imagen especular de los padecimientos que de este se siguen²³.

Es en torno a estas nociones y prescripciones utilitaristas como Foucault construye la imagen de un reformismo dieciochesco dirigido a proyectar la «ciudad punitiva»: una ciudad constelada por «mil pequeños teatros de castigo»²⁴, en la que el arte de castigar domina la escena con su espectacular repertorio analógico: «A quienes abusen de la libertad pública —cita Foucault de las páginas de Vermeil (1730-1810)²⁵— se les privará de la suya; se privará de sus derechos civiles a cuantos hayan abusado de los beneficios de la ley y de los privilegios de las funciones públicas; la multa castigará la concusión y la usura; la confiscación castigará el robo; la humillación, los delitos de ‘vanagloria’; la muerte, el asesinato; la hoguera, el incendio»²⁶.

En efecto, la doctrina penal de Vermeil, en cuanto no representativa de la cultura política de la Ilustración, sirve bien para ejemplificar las recaídas normativas del principio de analogía. Dada la relación —oscilante entre el talión y el criterio de la contraprestación o contrapaso— que él instituye entre la pena y el delito, puede surgir la duda de que carezca de sentido distinguirlo del principio de homogeneidad. ¿No se trata, quizá, del mismo criterio de regulación penal justificado con otros argumentos doctrinales? Así puede parecer *prima facie*. Sin embargo, es importante subrayar la diferencia entre un principio absoluto de justicia ontológicamente fundado en el orden natural, como pretende el principio de homogeneidad, y un principio de política del derecho penal, como el de analogía, cuyo valor está en relación con su función instrumental. Se trata de una diferencia crucial: se advertirá examinando la posición de Montesquieu y Beccaria frente a la pena de muerte (cf. *infra*, cap. 8).

22. Ph. Audegean, «Beccaria et la naissance de la prison»: *L'irascible* 5 (2015) (*Prison et droits: visages de la peine*), p. 59.

23. Cf. las páginas luminosas de Ph. Audegean, «*Dei delitti e delle pene*: significato e genesi di un *pamphlet* giuspolitico», en D. Ippolito (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2014, pp. 71-92.

24. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 116-117.

25. F. Vermeil, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, Savoye et Delalain, 1781.

26. M. Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., p. 109.

4. Precisamente, el garantismo penal contemporáneo rechaza el principio de homogeneidad. Luigi Ferrajoli, que ha elaborado la más completa teoría al respecto, liquida «la idea de una correspondencia natural entre pena y delito» como «el fruto de una ilusión sustancialista»²⁷; y cifra sus «efectos deletéreos» en el obstáculo al «proceso de formalización» de las sanciones y en el apoyo a las «penas corporales y capitales»²⁸. Aun cuando sean ampliamente compartibles, tales valoraciones teóricas y morales no deben condicionar nuestro intento de comprender el significado normativo de la filosofía penal de Montesquieu y de quienes seguirán y desarrollarán sus ideas²⁹.

Sabemos ya que en *Del espíritu de las leyes* la prescripción de que las penas deban derivarse de la naturaleza de los delitos aparece valorizada en relación con la tutela de la libertad. En esta perspectiva, las normas sancionadoras resultan sustraídas a la disponibilidad del soberano: el derecho penal natural libera a los hombres del gobierno de los hombres, protegiéndolos del uso desmedido de la fuerza y del riesgo de la opresión despótica. Por tanto, si el fundamento ontológico del principio de homogeneidad es la justicia natural, su horizonte axiológico es la libertad individual. Queda por examinar el problema de su función.

Con este fin hay que aproximarse a la escala de los delitos y de las penas delineada por el autor en el ya mencionado capítulo IV del libro XII. El orden con el que los delitos son clasificados sigue el criterio distintivo del objeto de la lesión producida por ellos. Así resultan —según se ha señalado a propósito de Jaucourt— cuatro categorías: de los delitos, «los primeros van contra la religión, los segundos contra las costumbres, los terceros contra la tranquilidad y los cuartos contra la seguridad de los ciudadanos» (XII, IV, 174). En relación con cada una de estas categorías, Montesquieu indica las penas naturalmente conformes: esto es, las que

27. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, 2011, p. 388.

28. *Ibid.*, p. 389.

29. La distancia de nuestra sensibilidad cultural de la noción iusnaturalista y retribucionista de la pena natural ocasiona el riesgo de hacernos descuidar su relevancia histórica. No solo informó el discurso reformador de los exponentes de las Luces, sino que además orientó la obra legislativa de los protagonistas de la Revolución. En efecto, pues entre los motivos inspiradores del proyecto de código penal presentado por el diputado Louis Michel Lepeletier (1760-1793) a la Asamblea Constituyente en mayo de 1791 está la idea de establecer «relaciones exactas entre la naturaleza del delito y la naturaleza del castigo» («Relazione di Lepeletier alla Costituente», en M. Da Passano, *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia durante la rivoluzione e l'impero*, Giappichelli, Turín, 2000, p. 230 [cursiva original]).

el legislador debe positivizar para asegurar «el triunfo de la libertad». En esta construcción normativa, el principio de homogeneidad es utilizado en apoyo de una doble instancia reformadora: la de la secularización y la mitigación del derecho penal.

LAS RAZONES DE LA LAICIDAD

El ordenamiento jurídico de los estados del Antiguo Régimen se caracterizaba por fortísimas connotaciones confesionales. La ortodoxia de la fe y el conformismo moral con los valores religiosos constituían un componente importante de las pretensiones de obediencia hechas valer por el poder político. Como consecuencia, el sistema penal resultaba orientado a la criminalización de una vasta serie de pecados y opiniones desviadas. La patria de Montesquieu puede muy bien ser asumida como caso representativo. En el derecho francés del siglo XVIII la clase de los delitos de lesa majestad divina comprendía numerosos tipos criminales: la blasfemia, el ateísmo, la magia, la idolatría, la herejía, la apostasía, el cisma y todas las acciones comprendidas dentro de la categoría de los sacrilegios. No eran simplemente residuos del pasado: los soberanos del «Setecientos» seguían legislando en estas materias, ratificando prohibiciones y conminando con gravísimas sanciones. Por ejemplo, es de 1757 la ley con la que Luis XV volvía a prohibir «los escritos dirigidos a atacar a la religión», previendo que el declarado culpable de su redacción o publicación fuese «castigado con la muerte»¹.

Es necesario tener en cuenta este contexto jurídico para comprender tanto el sentido ideológico de la operación realizada por Montesquieu a través de la teorización del principio de homogeneidad como el motivo de las prudentes ambigüedades y de las cautelas verbales que suavizan el temple heterodoxo de su discurso.

Una vez establecido que toda pena debe derivarse de la naturaleza del delito, se sigue, para Montesquieu, que las penas de los delitos contra

1. El texto de la ley se encuentra reproducido en P.-F. Muyart de Vouglans, *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Société typographique, París, 1781, III, p. 88.

la religión deben ser de naturaleza religiosa: «expulsión de los templos, privación de la comunión de los fieles para cierto tiempo o para siempre, exclusión de su presencia, execraciones, maldiciones y conjuros» (XII, IV, 174). Aun cuando no explícita, la crítica del derecho penal vigente es clarísima: Montesquieu deslegitima las modalidades punitivas de la intervención estatal en defensa de la ortodoxia confesional. Es cierto —como hace ver Tarello²— que él circunscribe el campo de los delitos religiosos solo a los sacrilegios, pero esto no reduce en lo más mínimo el alcance de su tesis. Si en el uso técnico-jurídico de la dogmática el término *sacrilegio* denotaba una determinada clase de comportamientos prohibidos (como el ultraje a los sacerdotes, la simonía, la usurpación de los beneficios, la profanación de las iglesias, etc.), en la página de nuestro autor aquel adquiere un significado bastante más extenso: se denominan «sacrilegios» todos los delitos «que ofenden directamente a la religión». Por eso se trata de una categoría ampliamente inclusiva de los crímenes de lesa majestad divina reprimidos por el ordenamiento penal contemporáneo. Montesquieu excluye de su perímetro solo las acciones que «perturban» el «ejercicio» de la religión, motivando esta exclusión en razón del hecho de que ofenden al mismo tiempo «la tranquilidad o [...] la seguridad de los ciudadanos» (XII, IV, 174).

Del todo explícita y aún más radical es la oposición de Montesquieu a las pretensiones de control público sobre las actitudes privadas en materia de fe, en defensa de las cuales alza la instancia de la inmunidad frente al poder punitivo. Su tesis es que el estado no debe perseguir las desviaciones confesionales carentes de manifestaciones en la esfera pública; o sea, los «sacrilegios ocultos»: «En todos aquellos casos que turban la tranquilidad o la seguridad del estado, las acciones ocultas corresponden a la justicia humana. Pero en las que ofenden a la divinidad, cuando no hay acción pública, no hay tampoco materia de delito: son cosas que pasan entre el hombre y Dios, quien conoce la magnitud y el momento de su venganza. Si, confundiendo las cosas, el magistrado busca también el sacrilegio oculto, ejerce una inquisición acerca de un tipo de acción sobre la que no es necesario inquirir, destruyendo así la libertad de los ciudadanos y armando contra ellos el celo de las conciencias tímidas y el de las conciencias osadas.

»El error procede de la idea de que se debe vengar a la Divinidad. Pero en lugar de vengarla lo que hay que hacer es honrarla, pues si nos condujéramos por la idea de la venganza, ¿cuál sería el fin de los suplicios? Si las

2. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I, cit., p. 425.

leyes de los hombres tuvieran que vengar a un ser infinito, se regularían según su calidad de infinito y no según la debilidad, la ignorancia y el capricho de la naturaleza humana» (*ibid.*).

La eficacia retórica de este párrafo potencia su contenido polémico. El ataque al sistema de la persecución penal del disenso religioso es vehemente. Los guardianes del *statu quo* se estremecieron; los promotores de las Luces se entusiasmaron. La tesis de que la venganza de Dios no pertenece a la esfera de la justicia humana fue censurada por la Sorbona en 1752: «Haec propositio est scandalosa, impia, erronea et haeretica»³. En el frente cultural opuesto, las palabras de Montesquieu resonaron en la prosa cáustica de Beccaria: «Si [Dios] ha establecido penas eternas para quien desobedezca su omnipotencia, ¿quién será el insecto que osará suplir a la divina justicia, que pretenderá vengar al Ser que se basta a sí mismo...?»⁴. El argumento se hizo tópico en las intervenciones de los juristas ilustrados en favor de la desconfesionalización del derecho penal: «¿Pero —se preguntaba, por ejemplo, Filangieri (1752-1788)— necesita de nosotros la divinidad para vengar sus injurias? Suponer en ella esta impotencia o esta necesidad ¿no sería ofenderla al mismo tiempo...?»⁵.

David W. Carrithers ha escrito que Montesquieu, oponiéndose «vigorosamente» a la confusión entre «la noción religiosa de pecado y la noción secular de crimen [...] desarrolló una argumentación a favor de la descriminalización de las ofensas religiosas bastante antes que Beccaria en Italia, Voltaire en Francia o Jefferson en América se lanzaran a la misma cruzada»⁶. En realidad la distinción conceptual entre delito y pecado, elaborada por el iusnaturalismo del siglo XVIII y valorizada políticamente por Beccaria, no está presente en las páginas de *Del espíritu de las leyes*. En el plano lingüístico, Montesquieu tiende más bien a avalar la confusión entre las dos nociones, utilizando el término *crime* para denotar tanto las

3. Citado en C.-J. Beyer, «Montesquieu et la censure religieuse de l'Esprit des lois»: *Revue des Sciences humaines* 70 (1953), p. 108.

4. C. Beccaria, *De los delitos*, § VII, p. 133.

5. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, segunda parte, cap. XLIV, t. IV, pp. 149-150. Sobre la doctrina penalista de Filangieri resultan imprescindibles los estudios de Francesco Berti, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Centro Editoriale Toscano, Florencia, 2003, pp. 473-502, y «Diritto penale e diritti dell'uomo: il garantismo di Gaetano Filangieri», en D. Ippolito (ed.), *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2014, pp. 115-147.

6. D. W. Carrithers, «La philosophie pénale de Montesquieu»: *Revue Montesquieu* 1 (1997), p. 50.

transgresiones religiosas como las acciones lesivas de los derechos individuales. Sin embargo, esto no quita que él elaborase «una argumentación a favor de la descriminalización de las ofensas religiosas». Aunque la tesis según la cual la justicia de Dios no es un asunto humano fuera enunciada en *Del espíritu de las leyes* en específica referencia a los comportamientos sacrílegos confinados en la esfera privada, su valor y sus implicaciones normativas son generales. Montesquieu usa la prudencia, evita descubrirse demasiado, alude más que afirma, pero el significado de su discurso es fácilmente descifrable. Monseñor Bottari (1689-1775), en su informe a la Congregación del Índice sobre *Del espíritu de las leyes*, hizo de él la siguiente lectura: «[Montesquieu] dice que las leyes humanas no deben juzgar ni castigar los delitos contra la Divinidad mientras permanezcan ocultos. Pero cita enseguida como ejemplo el caso de un hebreo que fue castigado por blasfemar contra la Virgen. Mas, no siendo esta blasfemia una culpa secreta, parece que él [...] desapruueba también el castigo de los sacrilegios manifiestos»⁷. La fórmula dubitativa se transforma en certeza y firme denuncia en la airada *Lettre* sobre *Esprit des lois* del criminalista Muyart de Vouglans (1713-1791): «Hablando de los delitos de lesa majestad divina, como la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el sacrilegio, etc., el autor osa afirmar que no son punibles por la justicia humana, por la razón, dice, de que *la divinidad debe ser honrada y no vengada*»⁸.

Así pues, en la segunda mitad del siglo XVIII, tanto los admiradores como los adversarios de Montesquieu consideraron *Del espíritu de las leyes* como una obra vertebrada por el rechazo de la confusión del poder espiritual y el poder penal. Aunque la mayor parte de los estudiosos comparten esta lectura de la doctrina de Montesquieu, existen también interpretaciones divergentes que atenúan o desconocen su carácter liberal. La más autorizada es ciertamente la de Giovanni Tarello, según el cual Montesquieu «está muy lejos de patrocinar [...] aquella política del derecho, de tolerancia religiosa y de ilustrada renuncia a la explotación política de la superstición, que, ya implícita en las tesis de los voluntaristas (Hobbes, Pufendorf, Thomasius), habría encontrado en Francia un campeón en el Voltaire de los años de madurez»⁹. Tarello llega a esta tesis

7. Citado en L. Bérard, «L'Esprit des lois devant la Congrégation de l'Index», en *II Centenaire de l'Esprit des lois*, Delmas, Burdeos, 1949, p. 279.

8. P.-F. Muyart de Vouglans, «Lettre sur le système de l'auteur de *L'Esprit des lois* touchant la Modération des Peines» [1785]: *Revue Montesquieu* 1 (1997), p. 79 (en adelante, *Lettre*).

9. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 456.

atribuyendo a Montesquieu la idea de que la herejía y la magia, al no ser «sacrilegios simples»¹⁰, no entran en la categoría de los delitos a los que corresponden sanciones meramente religiosas, sino que forman parte de la «cuarta clase de crímenes»¹¹ (aquellos que atentan contra la seguridad de los ciudadanos) y, por tanto, «deben ser [...] penalmente reprimidas»¹².

Pero esta interpretación expone el flanco a no leves objeciones. Ante todo, la noción de «sacrilegio simple» utilizada por Tarello no es de Montesquieu y no parece corresponder al significado —poco antes ilustrado— con el que el término *sacrilegio* aparece usado en *Del espíritu de las leyes*. Además, la tesis de Tarello según la cual Montesquieu excluiría la magia y la herejía del número de los crímenes que «atacan directamente» a la religión carece de un adecuado fundamento textual. Y ocurre que, en las páginas de *Del espíritu de las leyes* no se encuentra ninguna afirmación apta para sustentar la conjetura según la cual estos dos *crimina laesae maiestatis divinae* estarían incluidos en la categoría de los delitos contra la seguridad de los ciudadanos. Antes bien, se trata de una conjetura particularmente irrazonable, si se tiene en cuenta el par de datos que la desmienten. ¿Cómo pensar que para Montesquieu la magia debe ser castigada como ofensa grave cuando es él mismo quien declara, expresamente, que esta «no existe»? (XII, VI, 177)¹³. ¿Y cómo pensar que concibe la herejía como un crimen contra la seguridad individual, cuando ni siquiera consiste en una acción material? En realidad, desde el punto de vista de Montesquieu, la herejía y la magia no son las que ponen en riesgo la seguridad de las personas: la que sí lo hace es su persecución penal.

«La acusación de ambos delitos —se lee en el capítulo v del libro XII— puede lesionar la libertad y dar origen a una infinidad de tiranías, si el legislador no sabe restringirla, pues como no recae directamente sobre las acciones de un ciudadano, sino más bien sobre la idea que se tiene de su carácter, es tanto más peligrosa cuanto mayor sea la ignorancia del pueblo. Y en tal caso el ciudadano está en continuo peligro, porque ni la

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*, p. 454.

12. *Ibid.*, pp. 455-456.

13. De la inexistencia del crimen de magia en el plano fenoménico había tratado Christian Thomasius, subrayando, entre otras cosas, la ausencia del *corpus delicti*: «Cum enim in hoc crimine numquam ullum verum corpus delicti adfuerit, quilibet videt, quod nec umquam ullum verosimile indicium adesse potuerit, quia non entis nulla sunt indicia» [Pues, dado que en este crimen no se da nunca un cuerpo del delito, cualquiera puede ver que tampoco podrá darse nunca un indicio, puesto que no existen indicios de lo que no existe] (C. Thomasius, *De Crimine magiae*, Literis Salfeldianis, Halle, 1701, § VIII, p. 21).

conducta más intachable, ni la moral más pura, ni la práctica de todos los deberes, son garantía contra la sospecha de estos delitos» (XII, v, 175).

Después de un pasaje de este tenor polémico, reforzado por una serie de ejemplos históricos de incriminaciones absurdas, no sorprende que Montesquieu concluya el discurso con una fórmula cautelosa: «No he querido decir con esto que no haya que castigar la herejía, sino que hay que ser muy circunspecto al castigarla» (*ibid.*). Conviene ser muy cautos también en la interpretación de esta frase. Inferir de ella, como hace Tarello, que Montesquieu «admit[e] como necesaria la represión de la magia y la herejía»¹⁴ no parece apropiado. Es necesario recordar siempre que, allí donde las opiniones son criminalizadas, expresar el propio pensamiento comporta riesgos. Quien decida exponerse a tales riesgos tratará, por principio, de minimizarlos. La clave moral de la militancia de los ilustrados está en el coraje, no en la temeridad. Su crítica es a menudo indirecta, oblicua, confiada a las pretericiones y a lo no dicho. Su habilidad retórica se manifiesta también en las tácticas prudenciales. Por eso sus escritos deben ser leídos entre líneas. A menudo no basta con una interpretación literal. Al contrario, puede ser incluso distorsionante, si no va acompañada de una interpretación sistemática, orientada a captar las finalidades del discurso.

Con todo, en el caso a examen, es solo la cuestión de la actitud de Montesquieu frente a la criminalización de la herejía la que requiere algún esfuerzo hermenéutico: sobre el delito de magia su posición es inequívoca. En efecto, es del todo claro que está representado en *Del espíritu de las leyes* como un producto de la superstición: no un dato de la realidad empírica, sino una categoría del imaginario religioso. Para deslegitimar la previsión legal y la persecución judicial, Montesquieu recurre a la anécdota, a la ironía y a la lógica: «La historia de Constantinopla nos muestra que un particular y su hijo fueron condenados a muerte por haber tenido un obispo la revelación de que un milagro había cesado a causa de la magia de aquel. ¿De cuántos prodigios dependía aquel delito?: de que no sea raro que haya revelaciones, de que el obispo tuviera una, de que fuera verdadera, de que hubiera habido magia, de que la magia pudiera trastornar la religión, de que el particular fuera mago y, finalmente, de que hubiera realizado dicho acto de magia» (XII, v, 176).

A diferencia de la magia, el delito de herejía no puede liquidarse en la dimensión irreal de lo prodigioso. Como se ha visto, Montesquieu se

14. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 156.

preocupa de puntualizar no haber dicho que no deba ser castigado. Pero esto no basta para concluir que justifique como necesaria la punición. En efecto, inscrita en su contexto, tal puntualización adquiere un significado instrumental. Conscientemente, Montesquieu previene la acusación de irreligiosidad a la que sabe haberse expuesto al haber tratado la persecución de la herejía como una amenaza para la libertad, una fuente de actos tiránicos y un peligro para los ciudadanos inocentes. Por lo demás, son numerosas y transparentes las páginas de su obra de las que se desprende la aversión a la imposición del conformismo religioso a través de la coacción penal y el horror por las piras humanas encendidas en nombre del dogma.

Él ya se había lanzado contra los perseguidores de la herejía, que «queman a un hombre como coscoja»¹⁵, en las *Cartas persas*, afirmando —con el deuteragonista Rica— que el único sostén de la religión es «su propia verdad» y que para defenderla no se necesitan «tan violentos medios»¹⁶. La crítica del uso de la fuerza en defensa de la fe retorna en *Del espíritu de las leyes*, donde Montesquieu, fingiendo transcribir la «humilde exhortación» de un hebreo «a los inquisidores de España y Portugal», dirige un vibrante *j'accuse* a los guardianes de la ortodoxia: «Os quejáis [...] de que el emperador del Japón haga quemar a fuego lento a todos los cristianos que habiten en sus estados: pero él os responderá: 'Os tratamos, a vosotros que no creéis como nosotros, de la misma manera que vosotros tratáis a los que no creen como vosotros. No podéis quejaros más que de vuestra debilidad, que os impide exterminarnos y que hace que seamos nosotros quienes os exterminemos'» (XXV, XIII, 364).

La execración de las pretensiones de obediencia confesional y de los métodos coercitivos de los inquisidores resulta reforzada por la apelación a los valores éticos del cristianismo y por la exaltación de la fuerza (no violenta) de la verdad: «'Os conjuramos [...] por el Cristo que decís que ha tomado la condición humana para daros ejemplos que podáis seguir [...] a obrar con nosotros como lo haría él, si viviese aún sobre la tierra. Queréis que seamos cristianos y no queréis serlo vosotros.

»... Si el cielo os ha amado lo bastante como para daros a conocer la verdad, os ha concedido una inmensa gracia, pero ¿es propio de los hijos que han recibido la herencia de su padre odiar a los que no la han recibido?

15. Montesquieu, *Cartas persas* [1721], trad. de J. Marchena, estudio preliminar de J. M. Colomer, Tecnos, Madrid, 32009, carta XXIX, p. 47 (en adelante, CP, seguido de carta y página).

16. *Ibid.*

»Pues si poséis esta verdad, no nos la ocultéis por la manera en que nos la proponéis. El carácter de la verdad reside en su triunfo sobre los corazones y los espíritus, y no en esta incapacidad que confesáis cuando os valéis de los suplicios para obligar a aceptarla.

»... Tenemos que advertiros una cosa: si en la posteridad alguien se atreve a decir que en el siglo en que vivimos los pueblos de Europa están civilizados, se os citará como prueba de que eran bárbaros; la idea que se tendrá de vosotros será tal, que infamará vuestro siglo y acarreará el odio sobre todos vuestros contemporáneos» (*ibid.*, 365).

Esta aguda intervención polémica acompaña a un razonamiento en torno a la relación entre religión y derecho penal, cuyo eje es la afirmación de que «hay que evitar las leyes penales en materia de religión» (XXV, XII, 363). La motivación es que estas no producen el efecto que buscan. «La religión —explica Montesquieu— dispone de amenazas y promesas tan grandes que, cuando están presentes en nuestro espíritu» (*ibid.*), las leyes humanas resultan impotentes. El temor a la pena mundana no tiene la fuerza de condicionar la orientación del hombre de fe, cuya mente está ocupada por la imagen de los castigos y de los premios ultraterrenos. Un calvinista no abrazará el catolicismo, ni un católico el calvinismo, ni un hebreo el cristianismo, por la constricción de la autoridad civil. Quien anhela el paraíso no se deja intimidar por el derecho penal. Quien teme al infierno acepta incluso el patíbulo para evitarlo. El miedo a las penas que se siguen de la condenación divina prevalece sobre el miedo a las penas conminadas por los hombres. «Entre ambos temores diferentes —escribe Montesquieu—, las almas se vuelven crueles» (*ibid.*). Así pues, en materia religiosa, las leyes penales, además de inútiles, son dañosas. La prueba concluyente de su nocividad la proporciona la experiencia histórica: «Las leyes penales no han tenido nunca otro efecto que la destrucción» (*ibid.*, 364).

El significado normativo del discurso de Montesquieu es claro. Aunque de forma menos explícita que Thomasius (1655-1728) —precursor de la crítica del derecho penal confesional¹⁷— y de forma menos militante que Voltaire —promotor de apasionadas campañas de opinión sobre algunos casos judiciales¹⁸—, él apoyó la exclusión del poder punitivo del estado del ámbito de la formación de la conciencia religiosa. A la luz de esto, es fácilmente comprensible que un católico tradicionalista como Muyart

17. Cf. M. A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè, Milán, 1976.

18. Cf. E. Groffier, *Criez et qu'on crie! Voltaire et la justice pénale*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2011.

de Vouglans, partidario de la monarquía de derecho divino, censurase la doctrina penalista de Montesquieu y despreciase los «razonamientos sutiles» con los que, en *Del espíritu de las leyes*, se proponía la reforma de la «legislación» con base en los «principios de *tolerancia*» en materia de «religión»¹⁹. En los esquemas dogmáticos de la criminalística de Muyart, la actitud espiritual del «*tolerantismo*» integraba en sí misma un tipo delictivo: clasificado entre los crímenes de lesa majestad divina, estaba equiparado a la blasfemia como ofensa contra Dios, y podía dar lugar a una condena a la pena capital²⁰.

19. P.-F. Muyart de Vouglans, *Lettre*, cit., p. 79 (cursiva del original).

20. P.-F. Muyart de Vouglans, *Les loix criminelles*, cit., III, p. 87 (cursiva del original).

POR QUÉ NO TIENEN PIEDAD DE UN SUICIDA

El carácter confesional del derecho penal no se manifiesta solo en la criminalización de la desviación dogmática. Además de ser un conjunto de creencias institucionalizadas, la religión positiva es un conjunto de preceptos, de normas de conducta. A través de sus mitos fundantes y sus ministros terrenales, impone acciones y omisiones. Prescribe una recta práctica basada en la ortodoxia. Por tanto, un ordenamiento penal confesional no se limita a prohibir opiniones incompatibles con la doctrina de la fe dominante: también dirige los comportamientos, sancionando los antinómicos en relación con las interdicciones religiosas. Antes de que el proceso de laicización de la cultura europea llegase a expurgar el dominio de la política y de la legislación, este tipo de orientaciones represivas connotaban la fisonomía del poder punitivo. El sistema de los delitos y de las penas incorporaba prohibiciones de matriz teológica. Desde este punto de vista, es emblemática la penalización del suicidio.

Condenando «a los que alzaron contra sí mismos violenta mano» a las penas atroces de su infierno imaginario, Dante Alighieri (1265-1321) expresaba de forma literaria la neta estigmatización del *occisio sui ipsius* arraigada en Europa con el cristianismo¹. Ya en la tardía Antigüedad, Agustín de Hipona (354-430), sumo padre de la Iglesia latina, había censurado la *mors voluntaria* como una violación del quinto mandamiento del decálogo mosaico: «No matarás»². A partir del siglo VI, la prohibición de quitarse la vida, oficialmente ratificada por la autoridad eclesiástica, llevó asociada una sanción: se negó a los suicidas la sepultura

1. Cf. Dante, *Infierno* XIII (el texto entrecomillado no es del autor de la obra, sino de un comentarista anónimo del siglo XIV).

2. Agustín de Hipona, *De Civitate Dei*, I, 20.

religiosa. La definitiva incorporación de tal prohibición-castigo al derecho canónico, confirmada por el *Decretum Gratiani* a mediados del siglo XII³, fue plenamente legitimada por la doctrina del más autorizado de los teólogos medievales: Tomás de Aquino (1225-1274). «Seipsum occidere —se lee en su *Summa theologiae*— est omnino illicitum»⁴: pecado mortal y crimen gravísimo ante Dios, los hombres y la ley natural.

De los cánones de la Iglesia y de las influyentes máximas de sus *doctores*, la calificación del suicidio como delito pasó a los ordenamientos jurídicos de la *Res Publica Christiana* y fue después recibida por la legislación penal de los estados modernos. La *Ordonnance criminelle* de Luis XIV, promulgada en 1670, dedicaba un título (el XXII) a la «manière de faire le procès au cadavre». En el elenco taxativo de los supuestos enjuiciables según este especial procedimiento, figuraba también el «homicide de soi-même» (art. 1). *Propricidium* lo llamaban los criminalistas de la época: su castigo consistía en una suerte de vilipendio legal de los restos del condenado. En pleno siglo XVIII, un famoso magistrado francés ofrecía de él la siguiente descripción: «Los cadáveres de los homicidas de sí mismos sean arrastrados sobre un cañizo, con el rostro vuelto hacia la tierra; después sean colgados por los pies y privados de sepultura [...] A esta pena, se añadirá la confiscación de sus bienes»⁵.

En *Del espíritu de las leyes*, Montesquieu no dedica una palabra a estos macabros rituales punitivos⁶. Algunos lustros antes, en cambio, había encomendado a Usbek, protagonista de las *Cartas persas*, la expresión de un claro juicio de reprobación: «Las leyes en Europa son terribles contra los que se dan la muerte a sí mismos: les quitan, por decirlo así, por segunda vez la vida, los arrastran con ignominia por las calles, los declaran infames y los confiscan los bienes. Paréceme [...] que son contrarias a la justicia las tales leyes. ¿Cuando vivo abrumado de dolor, de miseria y de afrentas, por qué me quieren estorbar que dé fin a mis pesares y privarme con inhumanidad de un remedio que tengo en mi mano?

»¿Por qué quieren que me afane yo en beneficio de una sociedad que me resuelvo a abandonar y que cumpla condiciones de un conve-

3. *Decretum Gratiani*, c. 23 q. 5 cc. 9-12 (donde se acoge el canon XVI del *Concilium Bracarense* de 563).

4. Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 64, a. 5.

5. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, chez Debure, París, 1771, parte IV, título LL, p. 131.

6. Aunque trate del suicidio en el capítulo 12 del libro XIV y en los capítulos 9 y 16 del libro XIX.

nio que no he pactado? La sociedad se funda en la utilidad recíproca; pero cuando se me hace gravosa, ¿quién me quita que renuncie a ella? La vida se me ha concedido como un beneficio, luego la puedo restituir cuando deja de serlo; que cesando la causa también debe cesar el efecto» (CP LXXVI, 113).

Un rápido torbellino de preguntas retóricas absorbe los puntos de apoyo del discurso prohibicionista: «¿Quiere el príncipe que sea yo su vasallo cuando no saco utilidad ninguna de mi sumisión? ¿Pueden exigir mis conciudadanos la inicua permuta de la utilidad suya con mi desesperación propia? A diferencia de todos los bienhechores, ¿me quiere condenar Dios a que admita gracias que me apenen? Tengo obligación de cumplir con las leyes mientras vivo bajo las leyes; pero cuando ya no vivo, ¿cómo me pueden obligar?» (*ibid.*, 113-114).

El blanco polémico del incisivo alegato es el arsenal argumentativo forjado en las páginas platónicas del *Fedón*⁷, en las tesis aristotélicas de la *Ética nicomáquea*⁸, en las sentencias marmóreas del *Doctor Angelicus*⁹. Valorizando las razones del individuo —frente a las pretensiones de la soberanía, la sociedad y la religión—, Montesquieu no solo deplora el espectáculo de la «segunda muerte» del suicida dispuesto por la justicia penal, sino que deslegitima radicalmente la prohibición misma de un acto que él no reputa lesivo del orden ético-político: un acto que, en oposición al derecho positivo, es reivindicado en clave laica para el espacio de la libertad subjetiva¹⁰.

Extraer el suicidio del número de los delitos: en esta dirección empujará, hasta las vísperas de la Revolución francesa, el movimiento de las Luces para la reforma del derecho penal. En la obra que representa la más completa expresión de este movimiento, es decir, en *Ciencia de la legislación*, de Filangieri, las penas asociadas al homicidio de uno mismo son tachadas de «inútil[s] e injusta[s]»¹¹. Inútiles, porque exhibir «el cadáver» de un desgraciado sobre «un infame patíbulo» no produce ningún efecto disuasorio. Injustas, porque confiscar los bienes del suicida significa

7. Platón, *Fedón*, 61e-62c.

8. Aristóteles, *Ética nicomáquea*, V, 1138a, 5-15.

9. Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 64, a. 5.

10. Cf. J.-M. Goulemot, «Montesquieu: du suicide légitime à l'apologie du suicide héroïque», en J. Ehrard y A. Soboul (eds.), *Gilbert Romme (1750-1795) et son temps*, PUF, París, 1996, pp. 307-318.

11. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, cit., lib. III, segunda parte, cap. LV, t. IV, p. 341.

castigar «a su posteridad»¹². Sobre el fin de la prevención general y sobre el principio de la personalidad de la pena se apoya también la argumentación *pro abolitione criminis* de Beccaria. Este subraya que los castigos previstos para quien se quita la vida caen «sobre inocentes» (es el caso de la confiscación) o «sobre un cuerpo frío e insensible» (es el caso de las vejaciones infligidas al cadáver): si estas no «producirá[n] impresión alguna en los vivos, como no lo haría azotar a una estatua, aquella es injusta y tiránica, porque la libertad política de los hombres supone necesariamente que las penas sean meramente personales»¹³.

Ni la máscara exótica de Usbek ni el velo efímero del anonimato extendido sobre las *Cartas* bastaron para proteger a Montesquieu de los dardos de los defensores de la fe. Después del éxito de *Del espíritu de las leyes* y las vivas censuras de parte católica, el abate Jean-Baptiste Gaultier (1685-1755) decidió dirigir el punto de mira hacia el *roman philosophique*, con el propósito de desvelar la «trampa»¹⁴ literaria urdida por Montesquieu y salvar a los desprevenidos lectores del «veneno»¹⁵ contenido en la obra. Detrás del «persa» —advertía— se escondía un «francés muy conocido», cuyos floridos razonamientos chorreaban «impiedad»¹⁶. No sorprende que entre las páginas inculminadas estuviera también la carta sobre el suicidio. A los agudos interrogantes de Usbek, el apoloquista oponía las certezas de la doctrina religiosa: «Dar la muerte a sí mismos no es poner fin a las propias penas, sino procurárselas eternas. Nuestra vida no es nuestra; pertenece a Dios, y Dios nos prohíbe quitarnos la vida. No matéis: he aquí la ley. Esta no admite derogaciones con respecto al suicidio. [...] Cuando Dios nos puso en el mundo ¿acaso se comprometió a hacernos felices? Después del pecado original, la tierra es para nosotros un lugar de exilio. Estamos condenados a comer nuestro pan con el sudor de nuestra frente. Es cierto que nuestras lágrimas se transformarán en alegría en otra vida, si hubieran corrido, aquí abajo, en el dolor de haber ofendido a Dios; pero mientras estemos en la tierra, deberemos someternos con obediencia a todas las penas inherentes a nuestra condición. Arrogarse el poder de hacerlas terminar significa usurpar a Dios de algo que le pertenece»¹⁷.

12. *Ibid.*, p. 339.

13. C. Beccaria, *De los delitos*, § XXXII, p. 231. El principio de la personalidad de la pena es afirmado también por Montesquieu (VI, xx, 112).

14. J.-B. Gaultier, *Les Lettres persannes [sic] convaincues d'impiété*, s. e., s. l., 1751, p. i.

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, p. II.

17. *Ibid.*, pp. 94-96.

Montesquieu estaba acostumbrado a este género de reacciones: cada vez que había tratado del suicidio —como sociólogo del derecho en *Del espíritu de las leyes*, como filósofo de la historia en *Considérations sur les Romains*— se había visto en la necesidad de esquivar los golpes de la crítica católica. Lo había hecho siempre con mucha habilidad, suavizando las aristas y atenuando los roces, mediante blandas concesiones¹⁸. Tras la aparición del libelo del jansenista Gaultier, retomó su obra maestra juvenil, con vistas a una nueva edición¹⁹. En un primer momento, pensó rehacer la carta sobre el suicidio, añadiendo un párrafo final en el que Usbek se retractaba de sus audaces conclusiones²⁰. Posteriormente, decidió dejar el texto en su versión original y dedicar una nueva carta, firmada por Ibben, a la apología de la prohibición religiosa y jurídica del suicidio²¹.

En un ensayo muy documentado, Luigi Delia ha mostrado que el juicio de Montesquieu sobre la legitimidad de tal prohibición es más problemático y menos unívoco de lo que las *Cartas* inducen a pensar²². Según la autorizada interpretación de Domenico Felice, en los años sucesivos a la primera edición de las *Cartas*, la adhesión «al cristianismo y al estoicismo de Marco Aurelio»²³ condujo a Montesquieu a cambiar de opinión con respecto al suicidio. Sea lo que fuere, queda el hecho de que, en el movimiento cultural que condujo a la despenalización de este *peccatum mortale*²⁴, siguió resonando la voz de Usbek: «¿Perturbo acaso el orden de la Providencia cuando mudo las modificaciones de la mate-

18. Cf. J.-M. Goulemot, «Montesquieu...», cit., pp. 169, 171.

19. Cf. C. Volpillac-Augier, «Histoire du texte et principes d'édition», en Montesquieu, *Lettres persanes*, ed. de P. Vernière, actualizada por C. Volpillac-Augier, Librairie Générale Française, París, 2005, pp. 523-532.

20. Cf. J.-P. Schneider, «Les Lettres persanes, trente ans après», en Montesquieu, *œuvre ouverte?*, ed. de C. Larrère, Liguori/Voltaire Foundation, Nápoles/Oxford, 2005, pp. 31-49 (en espec., pp. 37-39); E. Mass, J.-P. Schneider y C. Volpillac-Augier (eds.), «Les Cahiers de corrections des *Lettres persanes*»: *Revue Montesquieu* 6 (2002), p. 165; y Montesquieu, *Lettere persiane*, en *Tutte le opere*, ed. de D. Felice (ed. bilingüe), Bompiani, Milán, 2014, p. 214, n. 1.

21. «Si nuestro ser consta de dos seres, y si la necesidad de conservar esta unión indica la sumisión a las órdenes del Creador, razón ha habido para prescribirla como ley religiosa; y si es un buen fiador de las acciones humanas esta misma necesidad de conservar la unión, también la ha debido hacer ley civil» (CP LXXVII, 115). Nótese el uso del periodo hipotético y el carácter escasamente persuasivo de las dos prótasis. Cf. *Œuvres complètes de Montesquieu*, ed. de C. Volpillac-Augier, Voltaire Foundation, Oxford, 2008, t. I, pp. 571-573.

22. L. Delia, «Le problème du suicide chez Montesquieu», en *Montesquieu.it* 7 (2015), pp. 1-15.

23. *Lettere persiane*, cit., p. 430, n. 1.

24. Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 64, a. 5.

ria [...] Sin duda que no, pues me ciño a usar de la facultad que me fue dada y en este sentido soy árbitro de perturbar a mi antojo la naturaleza entera sin que pueda decir nadie que me opongo a la Providencia.

»Cuando se haya separado mi alma de mi cuerpo, ¿habrá menos orden o menos armonía en el universo? [...]

»¿Convertido mi cuerpo en una espiga de trigo, en un gusano, en una yerba, será entonces obra menos digna de la naturaleza [...]?

»Semejantes ideas, mi querido Ibben, no tienen otro principio que nuestra loca vanidad» (CP LXXVI, 114).

GARANTISMO VERSUS DESPOTISMO

En *Del espíritu de las leyes*, Montesquieu desarrolló una compleja y articulada teoría de las formas de gobierno, que fue a convertirse en un punto de referencia central y constante en el debate filosófico de la Ilustración. Su análisis de los rasgos diferenciales de monarquía, república y despotismo, su distinción axiológica entre gobiernos moderados y gobiernos despóticos, fueron glosadas, enmendadas, integradas, explotadas, replicadas o rechazadas por casi todos los que discutieron de política en la segunda mitad del siglo XVIII. En el conjunto, las discrepancias superaron a las adhesiones. En particular, el tambor de la crítica insistió sobre uno de los aspectos más inusuales de la doctrina de Montesquieu: la representación del despotismo como forma típica de gobierno. Emblemática de la difusa desaprobación de los comentaristas es la reacción de Voltaire: «El despotismo no es más que el abuso de la monarquía: la corrupción de un buen gobierno»¹.

La clasificación tipológica de Montesquieu, resultante de la combinación del criterio de la titularidad del poder soberano (conforme al cual la república es distinta de la monarquía) y el criterio de las modalidades de su ejercicio (según el que la monarquía es distinta del despotismo), rompe con una larga tradición doctrinal —que se remonta a Aristóteles y que en la Edad Moderna fue retomada por Maquiavelo y Bodino— para la que el gobierno despótico es una variante específica del gobierno regio². Elevado de subespecie de régimen político a tipo primario, el despotismo es definido por Montesquieu en atención a su naturaleza, es decir, a

1. Cf. Voltaire, «A.B.C.» [1768], en *Scritti politici*, ed. de R. Fubini, Utet, Turín, 1964, «Primera conversación», p. 851.

2. Cf. N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Turín, 1976, pp. 151-160.

la estructura potestativa que lo caracteriza, y a su principio, esto es, la peculiar pasión humana que hace posible su existencia y su actividad. Si el principio de la monarquía se cifra en el honor y el de la república en la virtud, el del despotismo se identifica en el miedo³: el miedo de los súbditos al déspota, que —por la naturaleza del gobierno— manda monocráticamente «sin ley y sin norma», tirando de todo «según su voluntad y su capricho» (cf. II, I, 55).

A partir de estos caracteres fundamentales, Montesquieu describe analíticamente los rasgos del gobierno despótico, tomando en consideración aspectos relativos a una pluralidad de dimensiones sociales y políticas: desde la religión a la educación, desde el comercio a la condición de las mujeres, desde el régimen de los tributos a la justicia penal⁴. En el conjunto de esta innovadora y detallada caracterización, encontramos la recuperación de dos motivos típicos de la concepción tradicional relativos a la calificación del poder despótico y a su referente empírico. En cuanto al primer aspecto, en *Del espíritu de las leyes* se acoge y reelabora la concepción de origen aristotélico de la relación de dominio (político) déspota-súbditos según el esquema de la relación de dominio (privado) patrón-siervos. Por lo que hace al segundo, Montesquieu recibe y consolida la concepción del despotismo como régimen típico de los pueblos orientales, considerados naturalmente serviles. Pero el reconocimiento del carácter natural y necesitado del gobierno despótico, ligado a factores climáticos, geográficos y antropológicos, no se resuelve en su justificación ético-política. Paralelo al nivel del discurso descriptivo, se desarrolla el discurso valorativo orientado al criterio de la libertad, sobre cuya base la forma despótica de gobierno se juzga abominable y representada como el antiparadigma del (buen) gobierno moderado⁵.

Sería, sin embargo, un error pensar que para Montesquieu el despotismo sea solo el destino inevitable de los pueblos orientales y que no pueda manifestarse con otros rostros, más allá de los confines del continente asiático⁶. En realidad, tras su insistente reflexión sobre las técnicas

3. Cf. T. Casadei, «La repubblica», en D. Felice (ed.), *Leggere Lo Spirito delle leggi di Montesquieu*, Mimesis, Milán, 2010, 2 vols., I, pp. 19-66; M. Goldoni, «La monarchia», *ibid.*, pp. 67-124; D. Felice, «Il dispotismo», *ibid.*, pp. 125-198.

4. En la extensa literatura sobre el tema, destaca D. Felice, *Oppressione e libertà. Filosofia e anatomia del dispotismo nel pensiero di Montesquieu*, Ets, Pisa, 2000.

5. «No podemos hablar de estos gobiernos monstruosos sin estremecernos», declara Montesquieu, discutiendo «del principio del gobierno despótico» (III, IX, 67-68).

6. «El despotismo —ha escrito Pietro Costa, trazando un mapa muy fiable de *Esprit des lois*— es una concreta posibilidad degenerativa de cada forma política» (P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma/Bari, 1999, 4 vols., p. 383).

institucionales de limitación del poder político, se advierten fácilmente los signos de la preocupación por las derivas despóticas del gobierno del que es súbdito. En su análisis de los defectos de la legislación penal, estos signos son particularmente evidentes. En efecto, inmediatamente después de haber contestado la criminalización del disenso religioso, Montesquieu afronta el problema de la represión penal del disenso político, discutiendo los rasgos formales y sustanciales del *crimen laesae maiestatis humanae*⁷.

Dentro del perímetro de esta figura jurídica, el derecho penal del Antiguo Régimen colocaba una vasta serie de comportamientos prohibidos⁸. En Francia, por ejemplo, se clasificaban como crímenes de lesa majestad todas las ofensas a la persona del rey, de sus familiares más próximos y de sus principales ministros; todas las ofensas a la autoridad del soberano en la administración de justicia y de las finanzas; todas las ofensas al honor y a la dignidad de la corona⁹. Basta un elenco desordenado e incompleto de tipos penales para dar una idea de la ductilidad de este instrumento de disciplina penal: lesa majestad eran la fabricación de monedas falsas, la concusión, la apropiación de fondos públicos; lesa majestad eran la fuga de la cárcel y la infracción del destierro; lesa majestad eran también los escritos y las palabras dirigidas a comprometer la autoridad de la monarquía.

El discurso de Montesquieu sobre el *crimen laesae maiestatis humanae* se desarrolla, en el libro XII, a lo largo de varios capítulos, en los que la ejemplificación y lo anecdótico rompen continuamente el hilo argumental, oscurecen su objetivo polémico y debilitan su alcance normativo. Es probable que también esta construcción retórica se interprete como una opción cautelosa: criticar abiertamente la política criminal del soberano puede ser peligroso allí donde el soberano se sirve de la amenaza penal para desincentivar la crítica de su política¹⁰. Todo esto

7. Cf. el bello ensayo de C. Spector, «Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans *L'Esprit des lois*», en L. Delia y G. Radica (eds.), *Penser la peine à l'âge des Lumières*, cit., pp. 55-72.

8. Es fundamental la monografía de M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milán, 1974.

9. Cf. J. Chiffolleau, *Le crime de lèse-majesté. La politique et l'extraordinaire*, en Y.-M. Bercé (ed.), *Les procès politiques (XIV^e-XVII^e siècles)*, École française de Rome, Roma, 2007, pp. 577-662.

10. Aún parece más prudente Beccaria, que, al igual que Montesquieu, reprueba la inflación de la categoría de la lesa majestad, pero, a diferencia de Montesquieu, coloca en el vértice de la escala de gravedad de los delitos las acciones dirigidas contra la soberanía: «Ciertos delitos destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa; algunos lesionan la seguridad privada de un ciudadano en su vida, en los bienes o en el honor; otros

no debe impedir que se capte el significado y el relieve de las tesis de Montesquieu, que, frente al uso despótico del derecho penal, establece dos fundamentales principios del garantismo.

El primero lo encontramos enunciado en el capítulo VII (con el que se abre el examen de la problemática de los delitos políticos): «Basta con que el delito de lesa majestad sea impreciso para que el gobierno degenera en el despotismo» (XII, vii, 177). Con esta sentencia tan lapidaria como elocuente, Montesquieu afirma el principio de taxatividad de la ley penal como imprescindible garantía de libertad. Lo afirma como principio metalegislativo, que prescribe al soberano el uso de términos dotados de extensión determinada en la formulación legal de los tipos delictivos. Si el lenguaje del derecho penal no está caracterizado por la univocidad semántica, los individuos no son libres, porque, al no conocer la latitud de las prohibiciones, no saben cuáles son las acciones que pueden realizar sin temor a ser castigados. La bondad de las leyes penales —de la que depende la seguridad de la libertad— está por eso determinada por la observancia de esta norma sobre la terminología de las normas. No es casual que precisamente en el libro dedicado a la «manera de componer las leyes», Montesquieu —luego de haber recomendado sencillez y concisión en la formulación de los enunciados normativos— reafirme con nitidez el principio de taxatividad: «Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres. El cardenal Richelieu convenía en que se podía acusar a un ministro ante el rey, pero disponía que se castigase al acusador si las cosas que probaba no eran de consideración, lo cual debía impedir a todo el mundo decir cualquier verdad contra él, ya que una cosa de consideración es totalmente relativa, y lo que es de consideración para unos, no lo es para otros» (XXI, xvi, 443).

En la legislación penal, por tanto, no hay que recurrir a «expresiones vagas» (*ibid.*, 444). La indeterminación semántica de las figuras de delito se traduce en acusaciones imprevisibles y en juicios arbitrarios: «Las leyes de China disponen que cualquiera que falte al respeto al emperador debe ser castigado con la muerte. Pero como no definen qué es la

son acciones contrarias a lo que cada uno está legalmente obligado a hacer, o no hacer, en vista del bien público. Los primeros, que son los delitos más graves, por ser los más dañosos, son los que se llaman de lesa majestad. Solo la tiranía y la ignorancia, que confunden los vocablos y las ideas más claras, pueden dar este nombre, y en consecuencia la máxima pena, a los delitos de naturaleza diferente, y hacer así a los hombres, como en otras mil ocasiones, víctimas de una palabra» (C. Beccaria, *De los delitos*, § VIII, p. 137). El significado político de la postura de Montesquieu, que une a la crítica del abuso de la lesa majestad la calificación de las ofensas contra la seguridad de los ciudadanos como delitos de máxima gravedad, es bien evidenciado por B. Binoche, *Introduction à De l'Esprit des lois de Montesquieu*, cit., p. 316.

falta de respeto, cualquier cosa puede ser pretexto para quitar la vida a quienquiera y para exterminar a una familia determinada» (XII, VII, 177).

La tranquilidad de ánimo de los ciudadanos, su opinión de estar a cubierto de ilegítimos impedimentos, de infundadas persecuciones, de constricciones indebidas, al ser un producto del orden jurídico, dependen también de la palabra del legislador.

El segundo principio garantista afirmado por Montesquieu en su denuncia del excedente represivo de los *crimina laesae maiestatis* es el de la materialidad de la acción: «Las leyes —escribe— solo se encargan de castigar las acciones exteriores» (XII, XI, 179). Estas palabras, situadas al final del breve capítulo «De los pensamientos», podrían sonar como la mera traducción de la máxima de Ulpiano, según la cual *cogitationis poenam nemo patitur*¹¹. Sin embargo, mientras esta última solo quiere decir que la intención de cometer un delito no es sancionable en el plano jurídico, el principio enunciado por Montesquieu asume un significado políticamente más intenso, porque sirve para fundar la excepción de ilegitimidad de los delitos de opinión en el terreno de la justicia: «Las palabras no forman cuerpo de delito, no van más allá de la idea. La mayoría de las veces no tienen significación por sí mismas, sino por el tono en que se dicen. Suele suceder que al decir las mismas palabras no se las dé el mismo sentido, pues dicho sentido depende de la relación que guardan con otras cosas. A veces el silencio es más expresivo que todos los discursos. No hay nada tan equívoco como todo esto: ¿cómo hacer, pues, de ello un delito de lesa majestad? *Dondequiera que exista esta ley, no solo no habrá libertad, sino ni siquiera su sombra*» (XII, XII, 179 [cursiva añadida]).

Iluminado por la energía de este fulmíneo ataque al rostro despótico de la monarquía absoluta, el principio de materialidad de la acción se perfila en todo su valor normativo. Al igual que el principio de taxatividad, restringe el arbitrio potestativo del legislador, vetándole criminalizar las ideas y las palabras: privándolo de la autoridad de disciplinar la identidad ética e intelectual de las personas, a través del dispositivo penal. Sin exterioridad de la acción, proclama Montesquieu, no hay delito: la esfera de las prohibiciones justificables resultaba fuertemente redimensionada y la frontera de la libertad individual ganaba todo el territorio de la conciencia y de la vida espiritual.

El connubio liberal entre los principios de taxatividad de las leyes y materialidad de las acciones —en torno al cual giran las considera-

11. *Digesto*, XLVIII, 19, 18.

ciones de nuestro autor sobre los crímenes de lesa majestad— se amplía, reforzándose, en el libro XIX de *Del espíritu de las leyes*, donde se afirma un tercer principio meta-legislativo, destinado a fructificar en la elaboración intelectual del garantismo de las Luces: «La ley no es un puro acto de poder; las cosas indiferentes por su naturaleza no son de su incumbencia» (XIX, XIV, 253). Es una límpida aserción del principio de necesidad de la ley penal, anclado en los postulados del iusnaturalismo y contrapuesto a las pretensiones del voluntarismo jurídico. Según Montesquieu, el legislador no puede decidir de manera arbitraria qué cosas prohibir penalmente. Lo que es indiferente por naturaleza no debe ser estigmatizado y sancionado por la autoridad. Calificando como delitos comportamientos que no consisten en *maleficia*, las leyes penales se degradan en coartaciones despóticas que comprimen ilegítimamente la libertad de los individuos.

Recuperada y desarrollada por Beccaria, la tesis según la cual «toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica»¹², asumirá en *De los delitos y de las penas* un doble valor normativo. Con referencia a la entidad de los castigos valoriza el principio utilitarista de la pena mínima necesaria, conforme al cual el vigor afflictivo de una determinada sanción no debe exceder del nivel suficiente para producir el efecto de disuadir el tipo de conducta criminal para el que está prevista (si basta el espectáculo de los condenados a cadena perpetua para intimidar a los potenciales criminales, la pena de muerte no es justificable)¹³. Con referencia a la legitimidad de las figuras de delito, la tesis a examen se integra con el principio de lesividad, que en la óptica beccariana vincula al legislador a prohibir exclusivamente los comportamientos dañosos para la convivencia social: una acción carente de efectos lesivos para la colectividad o para los particulares, escribe Beccaria, «no puede ser llamada *delito*, o castigada como tal»¹⁴.

En *Del espíritu de las leyes*, el principio de necesidad de la ley penal se suelda con el principio de materialidad, que a su vez corrobora el principio de taxatividad. En su sinérgica conexión, estos principios definen los límites de la potestad del soberano, en garantía de las inmunidades-facultades del sujeto. Montesquieu los utiliza en su polémica antiabsolutista para deslegitimar las prohibiciones exorbitantes. Al mismo tiempo, combate también en otro frente: el de la batalla contra estas últimas.

12. C. Beccaria, *De los delitos*, § II, p. 113.

13. «Para que una pena sea justa no debe alcanzar más que los grados de intensidad que basten para apartar a los hombres de los delitos» (*ibid.*, § XXVIII, p. 207).

14. *Ibid.*, § VI, p. 131.

ELOGIO DE LA BENIGNIDAD

Además de como adversario del orden religioso asegurado por la fuerza del poder político, el criminalista Muyart de Vouglans denunciaba a Montesquieu como «inventor» del «sistema de la *moderación de las penas*»¹. Con tal expresión se refería a la doctrina penalista que, negando el nexo entre el vigor disuasorio de las penas y su dureza, propugnaba la mitigación del sistema sancionador. A la confutación de esta doctrina, acogida y desarrollada en los proyectos reformadores de los ilustrados, estaba dedicada expresamente la *Lettre* de Muyart sobre *Esprit des lois*². Con su cerrada defensa de la legislación criminal vigente —orientada hacia objetivos de prevención general, perseguidos mediante el instrumento de la severidad penal—, aquella constituye un documento ejemplar de la ideología conservadora dominante entre los juristas del Antiguo Régimen.

Los sedicentes *philosophes*, según Muyart, carecían de cualquier título para discutir de derecho. Estaban aún menos autorizados para erigirse en «censores de las leyes»³. Eran escritores carentes de competencia jurídica que construían quiméricos diseños de reforma sin percatarse de la distancia existente entre la «*filosofía*» y la «*legislación*». Objeto de la primera es el hombre tal como debería ser. Objeto de la segunda es el hombre como efectivamente es. Dada esta «esencial diferencia», los problemas del *ius conditum* y del *ius condendum* no podían ser afrontados por «simples filósofos»⁴. Debían ser los magistrados, competentes por

1. P.-F. Muyart de Vouglans, *Lettre*, p. 78 (cursiva del original).

2. M. Porret propone una aguda lectura de esta obrita polémica en «Les 'lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence'. Muyart de Vouglans versus Montesquieu»: *Revue Montesquieu* 1 (1997), pp. 65-76.

3. P.-F. Muyart de Vouglans, *Lettre*, p. 77 (cursiva del original).

4. *Ibid.*

su ciencia y experiencia, quienes se ocupasen de ellos. Así había sido siempre. Así lo enseñaban, conjuntamente, los *exempla* de los antiguos y de los modernos.

Maître à penser de los *philosophes*, a los ojos de Muyart, Montesquieu era culpable de haber dado apoyo con su autoridad de magistrado a una doctrina de la pena del todo alejada de la realidad e intrínsecamente antitética del fin del mantenimiento de la seguridad del ordenamiento punitivo. Una doctrina falsa en las premisas teóricas y peligrosa en los resultados prácticos, dirigida a legitimar «una revolución en la jurisprudencia»⁵. Todavía más que contra los aspectos normativos de esta filosofía despreciable, la polémica de Muyart se dirigía a golpear la reputación de su influyente promotor. Pintaba a Montesquieu como un renegado, indigno de su rango y de su fama. Presidente de tribunal, había denigrado el derecho positivo; súbdito de la monarquía, había tejido las loas del gobierno republicano; católico profeso, había defendido a los enemigos de la fe. La valoración de sus opiniones jurídicas no podía prescindir de la consideración de estas sus «cualidades personales»⁶.

Remitiendo a los «teólogos» y a los «políticos» el juicio sobre las «desviaciones»⁷ de Montesquieu de la ortodoxia religiosa y de la lealtad a la monarquía, Muyart aguzaba su crítica sobre la doctrina del derecho penal blando. Desde su punto de vista, esta comportaba la total desnaturalización de la legislación criminal. En efecto, privada del necesario rigor, esta última no habría podido conseguir su principal objetivo: apartar a los criminales potenciales de la delincuencia. Disminuir la dureza de las penas significaba alentar a la violación de las leyes. Para mantener el orden, el poder debía infundir temor. Cuanto más se exasperaban los castigos, más sólida era la autoridad de las leyes. La «experiencia de todos los siglos» lo certificaba: solo «la fuerza de las saludables impresiones que puede ejercer sobre los espíritus el espectáculo de un castigo ejemplar», solo el «horror» suscitado por los «suplicios», solo los «remedios más violentos» son capaces de «detener el progreso de ese mal contagioso» que es el crimen⁸.

Muyart ratificaba así los tradicionales argumentos con los que la doctrina criminalista, en el curso de la Edad Moderna, había sostenido y estimulado siempre la política de represión penal puesta en acto por los detentadores de la soberanía. Una política que había producido siste-

5. *Ibid.*, p. 78.

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*, p. 81.

8. *Ibid.*, p. 84.

mas punitivos feroces, en los que la medida del castigo, más que depender de la entidad del daño ocasionado por el delito, estaba inspirada en el criterio de la disuasión terrorista, con el resultado de que la pena de muerte aparecía conminada para una vastísima serie de acciones criminales y que delitos de diversa gravedad estaban castigados con idéntica severidad. Quien, como Muyart, participaba plenamente de las convicciones ideológicas subyacentes a semejante ordenamiento represivo, solo podía abominar de la filosofía penal de Montesquieu, desde el momento en que precisamente con esta había comenzado la batalla ilustrada por la humanización del sistema penal. Detrás de la inaudita instancia de «benignidad de las penas»⁹ suscitada por Beccaria estaba la lección del malvado maestro de Burdeos.

La primera etapa de la reflexión crítica de Montesquieu sobre la cuestión de la ferocidad punitiva son las *Cartas persas*: obra iconoclasta que no por casualidad marcó la «conversión a la filosofía»¹⁰ del joven Beccaria y contribuyó a delinear el horizonte ideológico de su «milagroso librito»¹¹. A través del personaje de Usbek, Montesquieu enseñó a sus lectores que «un gobierno condescendiente [...] es más conforme a la razón»; que «la severidad es una herramienta que le es extraña»; que «los castigos más o menos crueles no consiguen que las leyes sean más acatadas»; que «en los países en que los castigos son moderados se les teme tanto como en aquellos otros donde son tiránicos y crueles»; que no «se comet[e]n menos delitos» allí donde es más extrema «la magnitud del castigo»; que «la autoridad despótica» genera violencia; que los súbditos de un gobierno que aterroriza con la amenaza penal no están «más sometidos a las leyes», porque «la misma desesperación de la impunidad confirma el desorden y lo aumenta»¹².

Contrarias a la razón, inútiles e incluso contraproducentes: así representa Montesquieu las penas crueles, subvirtiendo las inveteradas certezas de la cultura jurídica del Antiguo Régimen. El ulterior desarrollo de este importante motivo polémico se encuentra en el libro VI de *Del es-*

9. C. Beccaria, *De los delitos*, § XXVII, p. 201.

10. «Carta de Beccaria a André Morellet», en apéndice a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. de F. Venturi, Einaudi, Turín, 1964, p. 364.

11. Así calificó Piero Calamandrei *Dei delitti e delle pene* en un discurso pronunciado en la Cámara de los diputados, en la sesión del 27 de octubre de 1948.

12. CP LXXX, 173-174. [En este caso la cita es de *Cartas persas*, trad. de M. R. Muñoz, prólogo de L. Carandell, Fama, Barcelona, 1965, debido a que en la edición utilizada hasta ahora falta una parte del texto de esta carta].

píritu de las leyes: «La experiencia nos pone de relieve que, en los países donde las penas son leves, estas impresionan el espíritu del ciudadano, del mismo modo que las graves en otros lugares.

»Un gobierno violento quiere corregir al momento cualquier inconveniente que se advierta en el estado; y en lugar de aplicar las antiguas leyes, establece una pena cruel que detiene el mal en un instante. Pero así se gasta el resorte del gobierno: la imaginación se acostumbra a dicha pena, como se había acostumbrado a la menor, y, al disminuir el temor de esta, se debe forzosamente establecer la otra en todos los casos. Los robos en los grandes caminos eran corrientes en algunos estados. Para acabar con ellos se inventó el suplicio de la rueda, que los suspendió por algún tiempo. Pero luego se siguió robando en los caminos como antes» (VI, XII, 105-106).

La tradicional justificación utilitarista de la ferocidad penal resulta así desmentida sobre la base de la observación empírica: el efecto de la exasperación de las penas es efímero; el terrorismo punitivo no produce la disminución de los delitos. De este dato de realidad Montesquieu ofrece una explicación psicológica, que llama en causa a la relación entre costumbre y temor. Beccaria la resume así: «A medida que los suplicios se hacen más crueles, los ánimos humanos, que como los fluidos se ponen siempre al nivel de los objetos que los circundan, se endurecen»¹³. De este «endurecimiento», según Montesquieu, se sigue no solo la atenuación de la eficacia disuasoria de las penas, sino también otras consecuencias nocivas. Ante todo, «la dureza del legislador» habitúa a los súbditos al «despotismo» (VI, XII, 106). En segundo lugar, «los ánimos se corrompen» (*ibid.*) con las «lecciones de crueldad» suministradas por la autoridad política, y se hace cruel la sociedad¹⁴. En tercer lugar, «la atrocidad de las leyes» se convierte en un obstáculo para su «ejecución»: «Cuando la pena es desmesurada —hace notar Montesquieu— se prefiere a menudo la impunidad» (VI, XIII, 108). Pero siendo la impunidad un incentivo a la delincuencia, la ferocidad penal se revela, en última instancia, contraria a su propio fin: la prevención general de los delitos.

Vicio, corrupción, mal, esclavitud, tiranía: son los conceptos asociados, en *Del espíritu de las leyes*, a la severidad de las penas (VI, *passim*). La buena política del derecho penal —como la buena política en gene-

13. C. Beccaria, *De los delitos*, § XXVII, p. 201.

14. «Los países y los tiempos de los suplicios más atroces —confirma Beccaria— fueron siempre los de las acciones más sanguinarias e inhumanas, pues el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador, regía la del parricida y del sicario» (C. Beccaria, *De los delitos*, § XXVII, p. 201).

ral— debe en cambio atenerse al «espíritu de moderación»¹⁵ y seguir el canon regulativo de la naturaleza: «No hay que llevar a los hombres por caminos extremos, sino que se deben escoger con cuidado los medios que nos da la naturaleza para conducirlos» (VI, XII, 106), escribe Montesquieu defendiendo la causa de la mitigación del sistema sancionador. La naturaleza misma, habiendo insuflado en los hombres el sentimiento de la vergüenza, indica al legislador la vía a recorrer: es necesario explotar la fuerza de este «azote» natural, obrando de modo que «sea la mayor parte de la pena la infamia de tenerla que sufrir» (*ibid.*). Para ejercitar la disuasión no es necesaria la violencia. Moderar las penas no significa debilitar el vigor intimidatorio. Para Montesquieu, la benignidad es perfectamente compatible con la seguridad. Aquella concilia las exigencias pragmáticas del utilitarismo con los principios axiológicos del humanitarismo, que animan la revuelta moral contra la política del terror penal: «Al leer en la historia los ejemplos de la justicia atroz de los sultanes, sentimos el gran dolor de los males de la naturaleza» (VI, IX, 105).

Si la crueldad de los castigos era execrada como factor de corrupción y alimento de despotismo, la moderación resultaba legitimada como expresión de civilidad, estrechamente conectada a la tutela de la libertad: «Sería fácil probar que en todos o casi todos los estados de Europa las penas han disminuido o aumentado a medida que se acercaban a la libertad o se alejaban de ella» (*ibid.*, 104). De este modo resultaban desacreditados —como contrarios a la libertad— los ordenamientos coercitivos inspirados en la lógica (declinante) de la pena ejemplar por razón de su gravedad.

Esta concepción herética (e inédita) de la política penal se transfirió de *Esprit des lois* a las columnas de la *Encyclopédie*. Acogiendo plenamente las tesis del heresiarca, Louis de Jaucourt reafirmó que la ferocidad punitiva era un instrumento de los gobiernos despóticos, al que las monarquías y las repúblicas no tenían necesidad de recurrir, porque podían contar con el «honor, la virtud, el amor a la patria, la vergüenza y el temor a la reprobación»¹⁶ como freno de las acciones criminales. El enciclopedista enseñaba a gobernantes y gobernados de los estados moderados que para edificar y mantener el orden social era necesario civi-

15. «Afirmo que el espíritu de moderación debe ser el del legislador, y creo que no he escrito esta obra más que para probarlo; el bien político, como el moral, se encuentra siempre entre dos extremos» (XXIX, I, 437).

16. L. de Jaucourt, «Peine», en *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, chez Briasson, David, Le Breton, Durand, París, 1765, XII, p. 248.

lizar las costumbres a través de las leyes y no ensañarse con los cuerpos mediante los suplicios.

Beccaria, por su parte, se empeñó en desarrollar el pensamiento de Montesquieu y en reforzar su dimensión prescriptiva, extrayendo de él sus implicaciones pragmáticas: si «de la impunidad de los delitos y no de la moderación de las penas» (VI, XII, 106) se deriva la multiplicación de los actos criminales, entonces «no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad»¹⁷ la que consolida la seguridad pública, induciendo a la observancia de las leyes: «La certeza de un castigo, aun moderado, producirá siempre una impresión más honda que el temor de otros más terribles, unido a la esperanza de la impunidad»¹⁸. Por tanto, el objetivo de la prevención general no se consigue exasperando la aflictividad de las sanciones, sino incrementando la efectividad de las normas sancionadoras: es decir, aumentando la eficiencia de la justicia penal.

Como Muyart señalaba puntualmente, el esfuerzo de Montesquieu por «inclinarse la balanza del lado de la dulzura» se acompañaba con la crítica de la falta de «proporción» entre delitos y castigos en el ordenamiento penal contemporáneo¹⁹. Esta falta, según Montesquieu, era una consecuencia inevitable de la ferocidad punitiva. Una vez inyectado en el cuerpo social el virus de la crueldad, el legislador no podía sino recurrir a amenazas aterradoras para poner freno a la criminalidad. De este modo se llegaba a sancionar con la pena de muerte una amplísima gama de infracciones legales, desde los delitos más graves hasta las «faltas leves» (VI, XII, 106). Las consecuencias, en el plano de la «seguridad pública» (VI, XVI, 110) eran deletéreas. Esperándose la misma pena para delitos de diversa gravedad, el delincuente no tenía motivo para abstenerse de la acción más ofensiva, si su ejecución le procuraba una ventaja. Allí donde la pena capital estaba prevista, por ejemplo, tanto para el hurto como para el homicidio, el ladrón no hallaba inconveniente en matar: la eventual sanción permanecía invariable, pero el riesgo de sufrirla disminuía con la desaparición de un testigo²⁰.

A la indiscriminada dureza de la legislación penal vigente, Montesquieu oponía el principio normativo de la graduación de la severidad de los castigos a tenor de la entidad de los delitos. Puesto que «es esencial

17. C. Beccaria, *De los delitos*, § XXVII, p. 201.

18. *Ibid.*

19. P.-F. Muyart de Vouglans, *Lettre*, p. 84.

20. «En Moscovia, donde la pena del ladrón y la del asesino es la misma, siempre se asesina: los muertos no hablan, dicen los ladrones» (VI, XVI, 110).

que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave»²¹, la violación de las prohibiciones puestas para la tutela de los bienes menos importantes debe ser sancionada con penas más leves que las asociadas a los delitos más graves. Implantado sobre la lógica utilitarista de la prevención general, este criterio de proporcionalidad cuantitativa contribuía a reforzar la instancia humanitaria de la mitigación del sistema punitivo. Significativamente, se convirtió en un elemento central del programa reformador de la Ilustración penal.

21. *Ibid.*

LA MUERTE COMO PENA

Según se anticipó en el tercer capítulo, también el principio de homogeneidad, propuesto como canon fundamental de la justicia natural, hacía quebrar las bases de la penología del patíbulo. Defendiendo la relación de correspondencia entre crímenes y castigos desde el punto de vista cualitativo, Montesquieu excluía del número de los delitos punibles con la muerte todos los comportamientos que no consistían en ofensas contra «la seguridad de los ciudadanos» (XII, iv, 174-175). Si los delitos religiosos no merecían más que sanciones religiosas, la pena de los «delitos [...] que van contra las costumbres» debía consistir en la «privación de las ventajas que la sociedad concede a la pureza de las costumbres» (*ibid.*). En cuanto a los delitos «contra la tranquilidad», es decir, los que «contienen una simple lesión de policía», se castigaban con «prisión, exilio, correcciones y otras penas» dirigidas a «reduc[ir] los ánimos inquietos» y hacerlos «volver al orden establecido» (*ibid.*).

El principio de homogeneidad, idóneo para defender las razones de la libertad de las enormidades represivas de la religión¹, desplegaba así su fuerza normativa también en defensa de la vida contra el abuso estatal del poder de matar. Valorado en relación con esa actitud se revela incluso más incisivo que el principio de proporción entre la gravedad del delito y la severidad de la sanción. En efecto, este último, relativo solo al *quantum* —y no al *genus*— de la pena, puede considerarse satisfecho también allí donde las acciones lesivas de bienes diversos (por ejemplo, la propiedad y la integridad física) se castigan con la privación de un mismo bien (por ejemplo, la libertad o la vida), en la medida en que las moda-

1. Cf. *supra*, cap. 3.

lidades de tal privación se calibren sobre el valor del bien lesionado. Si es coherente con el principio de proporcionalidad un ordenamiento que sanciona con la cárcel tanto la apropiación indebida como la violencia sexual, con tal de que la duración de la reclusión asociada a la primera sea menor que la prevista para la segunda, lo mismo puede decirse de sistemas punitivos en los que se conmina con la pena de muerte tanto al regicida como al atracador o al falsificador cuando la intensidad del dolor conectada a la técnica de ejecución (descuartizamiento, rueda, horca, etc.) aumenta o disminuye en relación con la gravedad del delito².

Además, dado que los criterios de valoración de la gravedad de las penas cambian con los contextos culturales y los marcos mentales (colectivos y subjetivos), Muyart de Vouglans podía muy bien reivindicar para la justicia penal de su tiempo el respeto de la «máxima general»³ de la proporcionalidad, remarcando que la entidad de las penas era establecida por los jueces a tenor de las características de cada delito concreto⁴: «causa, persona, lugar, cualidad, cantidad, evento» (según los dictámenes de la *ratio scripta* en los *Digesta*⁵). Por contra, el principio de homogeneidad no se prestaba a ser curvado en apoyo de la ideología penal, de la práctica jurisdiccional y de la política criminal del Antiguo Régimen. El catálogo de los castigos, anclado en la tipología de los delitos, imponía límites precisos y vínculos constrictivos. En particular, exigía la drástica reducción de los delitos sancionados con la pena capital.

Obviamente, esto no significa que en *Del espíritu de las leyes* se ponga en duda el derecho soberano de castigar matando⁶. En efecto, el mismo principio de homogeneidad —que restringe su campo de ejercicio— sirve para confirmar su plena legitimidad: «Un ciudadano merece la muerte cuando ha violado la seguridad hasta el punto de quitar o intentar quitar la vida a alguien» (XII, IV, 175). Desde el punto de vista ético-cognoscitivo de Montesquieu esta valoración moral no pertenece al reino inestable de la *doxa*: es una tesis asertiva que expresa una verdad objetiva. La

2. «Entre las penas de muerte —escribe Daniel Jousse— existen diferencias de grado. La pena de la hoguera es un suplicio mayor que el de la rueda; esta lo es respecto de la horca. Asimismo, el ahorcamiento es una pena mayor que la decapitación» (D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, chez Debure, París, 1771, parte I, título III, p. 40).

3. P.-F. Muyart de Vouglans, *Lettre*, p. 84.

4. Cf. la gran monografía de M. Porret, *Le crime et ses circonstances: de l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Droz, Ginebra, 1995.

5. *Digesto*, XLVIII, 19, 16, 1.

6. F. Markovits, «Montesquieu et la peine de mort»: *Corpus* 62 (2012) (*La peine de mort*, ed. de L. Delia y F. Hoarau), pp. 107-134.

muerte —para quien mata o atenta contra la vida— es una «pena [que] se deriva de la naturaleza de las cosas, es conforme a la razón y dimana de las fuentes del bien y del mal» (*ibid.*). Girando en torno a las estructuras ontológicas de la justicia, el canon retribucionista del *malum passionis propter malum actionis* proporciona así la justificación de la última pena: es «una especie de talión, por el cual la sociedad niega la seguridad a un ciudadano que ha privado o ha querido privar a otro de ella»⁷.

Si bien se ve, precisamente en la negación de esta visión iusnaturalista del derecho penal reside uno de los presupuestos culturales del rechazo de la pena de muerte. Es reveladora la filosofía del príncipe del abolicionismo. Antes aún de probar la inutilidad y denunciar las funestas consecuencias del homicidio de estado, Beccaria debió afirmar su ilegitimidad. Y, para hacerlo, antes de recurrir a la hipótesis regulativa del contrato social, tuvo que abandonar el mito de la justicia natural y emanciparse de los dogmas del retribucionismo penal⁸, oponiendo la racionalidad utilitarista de las penas infligidas *ne peccetur* a la insensatez de la voluntad de castigar *quia peccatum est*⁹: «¿Acaso los gritos de un infeliz reclaman del tiempo sin retorno las acciones ya consumadas?»¹⁰.

Al igual que Montesquieu, los que —después y contra Beccaria— siguieron avalando el *ius necandi* como prerrogativa del poder público en el ámbito del *ius puniendi*, fundaron su «filosofía patibularia»¹¹ en el principio ético de la retribución del mal con el mal: «Solo la *ley del talión* [bien entendida] —escribe Kant—, puede ofrecer con seguridad la

7. *Ibid.* Algunos estudiosos autorizados, basándose en el texto citado *supra* en la nota 3 del capítulo 3, sostienen que Montesquieu incluye entre las acciones merecedoras de pena capital los delitos graves contra el patrimonio (cf., por ejemplo, D. W. Carrithers, «Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence», en D. W. Carrithers, M. A. Mosher y P. A. Rahe [eds.], *Montesquieu's Science of Politics. Essays on The Spirit of Laws*, Rowman & Littlefield, Lanham/Boulder/Nueva York/Oxford, 2001, p. 315). A mi juicio, se trata de una interpretación no concorde con el sentido literal del texto e inadmisibles a la luz de un dato inequívoco: para Montesquieu, el legislador no debe conminar la misma pena a los bandidos («al que roba en los caminos reales») y a los asesinos (VI, xvi, 110).

8. Ph. Audegean, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, París, 2010, pp. 39-170; P. Costa, «Beccaria e la filosofia della pena», en *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, ed. de R. Davies y P. Tincani, L'Ornitorinco, Milán, 2014, pp. 33-50; D. Ippolito, «Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau», *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4 (2014), pp. 580-620.

9. Cf. Séneca, *De ira*, I, xix (que se ampara en la autoridad de Platón, *Protágoras*, XIII, 324b).

10. C. Beccaria, *De los delitos*, § XII, p. 151.

11. L. Ferrajoli, «Il fondamento del rifiuto della pena capitale», en P. Costa (ed.), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Feltrinelli, Milán, 2010, p. 57.

cantidad y la cualidad del castigo, pero bien entendido que en el seno de un tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro»¹². Esto significa que quien «ha cometido un asesinato tiene que *morir*», porque «no hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia»: la única pena justa parangonable a la muerte causada por la acción criminal es la muerte del «culpable por disposición judicial [...] una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad de la persona que la sufre»¹³.

Remitiéndose al canon punitivo del *talio* (rectamente entendido) y a la necesidad moral de respetar la humanidad en la persona del condenado a la pena capital, Kant no hacía más que seguir la corriente principal de la Ilustración penal. En efecto, no obstante la clamorosa reverberación de las ideas de Beccaria, el frente abolicionista, en la segunda mitad del siglo XVIII, permaneció casi desierto. Si en la imagen alegórica publicada en *De los delitos*, la justicia rechazaba horrorizada los trofeos de la decapitación¹⁴, en el imaginario de los contemporáneos seguía pidiendo que la sangre se lavase con sangre.

Es necesario darse cuenta de que la histórica decisión del Gran Duque de Toscana de renunciar a los servicios del verdugo no corresponde a una instancia difundida en la opinión pública: ni siquiera en la más próxima a las ideas ilustradas. A excepción de esporádicos casos, los *philosophes* estaban lejos de propugnar la abrogación de las normas que conminaban con la pena de muerte a los infractores. La apelación dirigida por ellos a los detentadores del poder sonaba más bien así: quitad la vida solo a los autores de los delitos más graves y cancelad la cruenta liturgia del dolor que acompaña a la administración de la pena capital¹⁵. También en este terreno había fructificado el verbo de Montesquieu: «En los países despóticos los hombres son tan desdichados que temen la muerte más de lo que añoran la vida: los suplicios deben ser, pues, más

12. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina Orts, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, p. 167.

13. *Ibid.*, p. 168.

14. Véase el elocuente grabado impreso en la edición «Lausanna» de 1765. [Un motivo similar puede hallarse también en la primera edición en castellano, en traducción de Juan Antonio de las Casas, D. Joachin Ibarra, Madrid, 1774; de ella hay edición facsímil (Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones/Ministerio de Cultura, Biblioteca Nacional, Madrid, 1993), que asimismo incluye el grabado].

15. Cf. M. A. Cattaneo, «Morale e politica nel dibattito dell'illuminismo», en AA.VV., *La pena di morte nel mondo*, Marietti, Casale Monferrato, 1983, pp. 105-133; D. Ippolito, «Beccaria, la pena di morte e i limiti dell'abolizionismo» [2007], en *Diritti e potere. Indagini sull'Illuminismo penale*, Aracne, Roma, 2012, pp. 77-102.

rigurosos. En los estados moderados, más que la muerte en sí se teme perder la vida; así, pues, los suplicios que privan de la vida, sin más, son suficientes» (VI, IX, 104).

En el mismo lugar de *Del espíritu de las leyes* en el que la pena de muerte resulta legitimada sobre la base del principio de homogeneidad, también se la representa como «el remedio para la sociedad enferma» (XII, IV, 175). Al consistir en una ulterior justificación de la eliminación física del criminal, esta fórmula icástica no puede ser interpretada como un reclamo de la doctrina (antiquísima y proteiforme) de la *poena medicinalis*. A diferencia de lo que prescribía el Sócrates platónico del *Gorgias*¹⁶, el paciente al que hay que salvar mediante el *pharmakon* penal no es aquí el autor de la acción delictiva, sino la sociedad: la cual, para curar de la infección del mal, debe purgarse del agente patógeno.

Junto a la ideología iusnaturalista de la retribución, encontramos, pues, la perspectiva utilitarista de la defensa de la seguridad de los ciudadanos a través de la supresión del que la ha lesionado: de la profilaxis de los delitos a través de la aniquilación de los reos. Con la metáfora médica de la «sociedad enferma», Montesquieu recupera uno de los más típicos argumentos en favor de la pena de muerte: el, de matriz organicista, canonizado por Tomás de Aquino: «Si la salud del cuerpo humano lo exige, es loable y saludable recurrir a la amputación de un miembro podrido y gangrenado. Pues cada individuo es a la comunidad lo que una parte al todo. Así pues, si un hombre constituye un peligro para la sociedad, es cosa loable y saludable suprimirlo, para la conservación del bien común»¹⁷.

Beccaria descartó claramente seguir el camino recorrido por Montesquieu. Además de abandonar la doctrina de la prevención especial para argumentar la inutilidad de la pena capital¹⁸, negó cualquier concesión a la retórica organicista, refundando el discurso jurídico sobre una axiología rigurosamente individualista¹⁹.

16. Cf. Platón, *Gorgias*, 478d-e.

17. Tomás de Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 64, a. 2.

18. Mencionada en el § XII como fin de la pena, la prevención especial desaparece del horizonte del discurso de Beccaria tanto en el § XVI sobre la tortura (donde se considera como «único fin» de la pena «disuadir por el terror a otros hombres de cometer un delito semejante») como —por razones bien evidentes— en el § XXVIII sobre la pena de muerte (cf. C. Beccaria, *De los delitos*, § XVI, pp. 171-172).

19. Sobre el nexo entre organicismo político y legitimación de la pena de muerte, véase N. Bobbio, «El debate actual sobre la pena de muerte» [1983], en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 221 ss.

La legitimación de la pena de muerte por Montesquieu no se agota en los dos argumentos apenas considerados. En el segundo capítulo del libro XV de *Del espíritu de las leyes*, dentro de un discurso dedicado a examinar la cuestión del derecho de esclavitud bajo el perfil ético, histórico y sociológico, vuelve sobre el tema, escribiendo: «Lo que hace lícita la muerte de un criminal es que la ley que lo castiga se ha hecho en favor suyo. Un asesino, por ejemplo, ha disfrutado de la ley que ahora le condena, pues le ha conservado la vida a cada instante, y por eso no puede reclamar contra ella» (XV, II, 210).

En un ensayo caracterizado por un gran esfuerzo hermenéutico, Catherine Larrère ha definido como «enigmática»²⁰ esta justificación y ha intentado explicarla poniéndola en relación con la de Montesquieu sobre el derecho penal como instrumento de garantía de los individuos frente a las salvajes derivas de la justicia por propia mano. Según esta interpretación, la pena de muerte recibiría la aprobación de Montesquieu en cuanto serviría para proteger al criminal de la venganza privada.

Pero el párrafo que acaba de citarse no se presta a semejante lectura. Montesquieu no sostiene en modo alguno que el asesino es tutelado por la ley que lo castiga con la muerte, sino que ha estado tutelado por ella durante el curso de su vida. La argumentación se apoya en una premisa implícita. La misma que permanece implícita en el razonamiento contractualista de Rousseau, según el cual «para no ser víctima de un asesino» hay que aceptar «morir si uno se convierte en ello»²¹. La convención subyacente a estas tesis es que la pena de muerte constituye un imprescindible dispositivo de seguridad²². Evidentemente, como casi todos sus contemporáneos, Montesquieu entendía que sin ella la seguridad individual no podría ser adecuadamente protegida. Aun habiendo llegado a refutar el dogma político de la conexión entre la dureza y la eficacia preventiva de las penas, seguía creyendo que no era posible renunciar a la fuerza disuasoria de la pena capital.

Obligada desde el punto de vista retributivo, idónea para el fin de la prevención especial, la pena de muerte resulta, pues, también justificada en la perspectiva de la prevención general. Una vez más Beccaria está

20. C. Larrère, «Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria», en M. Porret (ed.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, Ginebra, 1997, p. 94.

21. J.-J. Rousseau, *Del contrato social* (con otras obras del autor), trad., prólogo y notas de M. Armijo, Alianza, Madrid, 1980, lib. II, cap. V, p. 41.

22. «Montesquieu cree claramente que la pena de muerte, colocada en la cima de una escala de castigos adecuadamente graduada, cumple una crucial función disuasoria» (D. W. Carrithers, «Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence», en D. W. Carrithers, M. A. Mosher y P. A. Rahe [eds.], *Montesquieu's Science of Politics*, cit., p. 316).

en otra parte (y viaja solo). Desafiando la aparente evidencia, el sentido común, la opinión de los juristas y la autoridad de los filósofos, contesta el extremo castigo también en lo relativo a su aptitud para producir seguridad. Si Montesquieu da por descontada su necesidad, él pone en discusión incluso su utilidad. Más aún, llega a denunciar su nocividad: el estado, derramando la sangre de los ciudadanos, da un ejemplo de crueldad institucionalizada que degrada el valor de la persona y eleva el nivel de violencia en la sociedad²³.

23. «Si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar sangre humana, las leyes, moderadoras de la conducta de los hombres, no debieran potenciar el ejemplo, tanto más funesto cuanto que la muerte legal se aplica con estudio y con formalidad. Me parece un absurdo que las leyes [...] que abominan y castigan el homicidio, cometan uno ellas mismas, y, para apartar a los ciudadanos del asesinato, ordenen un asesinato público» (C. Beccaria, *De los delitos*, § XXVIII, p. 211). Sobre la pena de muerte en el pensamiento occidental, véanse N. Bobbio, «Contra la pena de muerte» [1981], en *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 203 ss.; E. Cantarella, «Uccidere per punire. Come e perché, ieri e oggi», en *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Bur, Milán, 2005, pp. v-xl.

LAS REGLAS DEL JUICIO

La despenalización de los comportamientos socialmente inofensivos y la mitigación de las penas fueron —en la segunda mitad del siglo XVIII— las principales reivindicaciones de los reformadores en el plano del derecho penal sustantivo. En cambio, por lo que se refiere al proceso, la cultura jurídica de las Luces embistió, con todo el vigor de su crítica demoledora, los pilares de la *inquisitio* de matriz romano-canónica: o sea, un rito penal caracterizado por la prisión preventiva del acusado y por la confusión entre órganos de investigación y de enjuiciamiento. Contestando las normas y las prácticas de los tribunales criminales, los ilustrados repensaron las reglas de la jurisdicción en función de la búsqueda de la verdad y de la tutela de la inocencia. Del pasado de la República romana y del ejemplo de la Inglaterra contemporánea, tomaron el material para construir el paradigma del proceso garantista sobre los fundamentos del principio de presunción de inocencia. Igualdad y efectiva contradicción entre las partes, publicidad y oralidad del proceso, abolición de la tortura y del sistema probatorio vigente, e imparcialidad del juez en su condición de tercero (*terzietà*): a partir de estas instancias se desarrolló la batalla por la renovación del derecho procesal¹.

Pionero de esta inaccesible frontera del reformismo penal fue —en los albores del siglo XVIII— el iusnaturalista alemán Christian Thomasius, que en la *Dissertatio de origine processus inquisitorii*² teorizó la conformidad del rito acusatorio con los *dictamina rectae rationis*, desacreditando los

1. Cf. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico* [2001], Laterza, Roma/Bari, 2005.

2. C. Thomasius, *Dissertatio iuridica inauguralis de origine processus inquisitorii*, Typis Johannis Christiani Zahnii, Halle, 1711. Sobre la doctrina procesalista de Thoma-

institutos del proceso vigente en los tribunales de la Europa continental. Pocos decenios más tarde, con *Del espíritu de las leyes*, la temática de las reglas de los juicios penales fue elevada a cuestión política dirimente: la libertad-seguridad del sujeto, proclamó Montesquieu, «no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas y privadas» (XII, II, 173).

La relación condicional entre derecho procesal y libertad individual se encuentra subrayada, al filo de la paradoja, precisamente al comienzo del libro XII: «Los conocimientos adquiridos en algunos países y que se adquirirán en otros sobre las reglas más seguras a observar en los juicios criminales, interesan al género humano más que ninguna otra cosa en el mundo.

»La libertad solo puede fundamentarse sobre la práctica de estos conocimientos. Un hombre a quien se procesa y que debiera ser colgado al día siguiente sería más libre, en un estado donde existieran las mejores leyes posibles, que un bajá en Turquía» (*ibid.*).

Después de una afirmación tan enfática, el lector podría esperarse una profunda discusión sobre los cánones del justo proceso. En cambio, Montesquieu se limita a dos rápidas consideraciones, que abren y cierran un breve capítulo carente de titulación autónoma: 1) «Las leyes que permiten la muerte de un hombre por la declaración de un solo testigo son fatales para la libertad» (*ibid.*); 2) son óptimas «las leyes francesas» que requieren la mayoría cualificada de los miembros del tribunal para la emisión de una sentencia de condena (*ibid.*). En el capítulo siguiente el discurso vira repentinamente, abordando la cuestión de la relación delito/sanción³.

A primera vista, parece darse un neto desfase temático entre la premisa y el desarrollo. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la dicotomía categorial derecho sustantivo/derecho procesal es un esquema mental que pertenece a nuestra cultura jurídica y no a la de Montesquieu. Si evitamos las trampas del anacronismo, advertiremos que el hiato puesto de manifiesto es solo el efecto de una proyección indebida. Bien visto, en *Del espíritu de las leyes*, el problema penal está concebido como un todo unitario. Obviamente, nada impide analizar el pensamiento de Montesquieu siguiendo las vías de nuestras disciplinas. Pero es preciso hacer el esfuerzo de comprender los nexos lógicos *iuxta propria principia*.

Si hacemos este esfuerzo, advertiremos que, en efecto, Montesquieu razona sobre las garantías de la libertad frente al poder punitivo desde

sus véase E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Giuffrè, Milán, 1989, pp. 116-135.

3. Se trata del capítulo IV, analizado en las páginas precedentes.

la perspectiva dinámica del proceso. Las prohibiciones penales cuestionadas por él son las que abren de par en par las puertas del orden legal al arbitrio acusatorio y judicial. Son liberticidas, sobre todo, los delitos con tipos indeterminados y los delitos de opinión, porque siempre pueden traducirse en títulos de imputación de los que es difícil defenderse y en juicios escasamente previsibles. «Una falsa acusación sobre hechos puede aclararse fácilmente» (XII, xii, 180); una acusación que «no recae directamente sobre las acciones de un ciudadano» (XII, v, 175) o que afirma la violación de una prohibición formulada en términos vagos, ambiguos o meramente valorativos puede resultar irrefutable. Los principios de materialidad y taxatividad de las normas prohibitivas constituyen, pues, las condiciones de verificabilidad de las hipótesis acusatorias y de la fiabilidad de los juicios. Donde aquellos no son respetados por el legislador, la justicia penal representa una suerte de «portaespadas de Damocles»⁴: el sujeto está siempre expuesto a la caída de sus hojas.

Desde el punto de vista procesal es también objeto de consideración el «delito contra natura» (XII, vi, 176-177): o sea, la práctica de la homosexualidad masculina. Montesquieu le dedica un capítulo, clasificándolo entre las «violacio[n]es de costumbres» (*ibid.*, 177). De esto puede inferirse que desapruueba «la pena del fuego» (*ibid.*) prevista para los sodomitas, en cuanto no se corresponde con la «naturaleza del delito»⁵. Sin embargo, Montesquieu no es un precursor de la lucha por el derecho a la libertad sexual. La sodomía entre los hombres aparece estigmatizada por él como una infamia que debe inspirar «horror» (XII, vi, 176). La legitimidad de su interdicción no se discute. Lo que suscita la preocupación de Montesquieu son, en cambio, los riesgos conexos a las modalidades de su averiguación probatoria: «Por naturaleza este delito es oculto, y así ha ocurrido a menudo que algunos legisladores lo castigaron por la declaración de un niño, lo cual es abrir una puerta muy amplia a la calumnia» (*ibid.*).

Las garantías de la verificabilidad de las hipótesis acusatorias deben, pues, combinarse con las garantías de la correcta verificación empírica de los hechos imputados en el juicio. De no ser así, los inocentes no podrán sentirse seguros frente al poder punitivo. Y «cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada —escribe Montesquieu—, tampoco lo está su libertad» (XII, ii, 173). Es precisamente de la concepción de la libertad como tranquilidad del ánimo, derivada de la certeza de es-

4. Tomo prestada esta imagen tan expresiva de Zerocalcare, *La profezia dell'armadillo*, Bao, Milán, 2012, p. 58.

5. Cf. *supra*, cap. 3.

tar jurídicamente protegidos frente al arbitrio potestativo, de donde descende la primacía del momento procesal en la reflexión de nuestro autor sobre el derecho penal. Prohibiciones que limitan el ejercicio de determinadas facultades, así como castigos —previamente establecidos por la ley— que suspenden ciertas inmunidades, no invalidan esta clase de libertad. En cambio, una jurisdicción carente de la brújula de la verdad, la aniquila por completo.

Es por lo que la función de juzgar debe consistir en una actividad eminentemente cognoscitiva. Y por lo que su ejercicio debe ser regulado por normas que compensen su componente potestativo. Se buscaría en vano en *Del espíritu de las leyes* una reflexión orgánica y completa sobre las garantías procesales. Esto no obstante, moviéndose por los diversos capítulos de la obra, es posible localizar los principales elementos de la concepción de Montesquieu sobre el juicio penal⁶. Sumariamente, el catálogo es este: *a*) las actuaciones procesales deben desarrollarse en las formas previstas por el derecho (VI, II, 99); *b*) el juez debe ser *super partes* (VI, VI, 103; XII, II, 173); *c*) el derecho de defensa es un derecho natural que el derecho positivo debe garantizar (VI, II, 99; XII, II, 173); *d*) el imputado tiene el derecho de mentir a los magistrados (VI, XIII, 107); *e*) la tortura judicial es inútil y contra natura (VI, XVII, 111); *f*) el derecho al juicio contradictorio es un corolario del derecho natural a la defensa (XXVI, III, 368); *g*) el tribunal del enjuiciamiento debe estar formado por individuos de la misma condición del imputado (XI, VI, 153); *h*) el imputado debe ser libre de ejercitar el derecho de recusación (*ibid.*, 152); *i*) la sentencia de condena no puede pronunciarse sobre la base de un solo testimonio (XII, III, 173).

Si a la luz de estos principios normativos volvemos a considerar el exordio del discurso de Montesquieu sobre el proceso («los conocimientos adquiridos en algunos países [...] sobre las reglas más seguras a observar en los juicios criminales, interesan al género humano más que ninguna otra cosa en el mundo» [XII, II, 173]), resulta manifiesto el referente primario de su alusión: es a Inglaterra a quien dirige la mirada. Paradigma de la constitución política liberal, esta representa, a sus ojos, también el paradigma de la buena jurisdicción penal. Rechazando los institutos más caracterizados del rito inquisitivo, Montesquieu halla en

6. Cf. M. A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000, pp. 44-57; D. W. Carrithers, «Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence», en D. W. Carrithers, M. A. Mosher y P. A. Rahe (eds.), *Montesquieu's Science of Politics. Essays on The Spirit of Laws*, Rowman & Littlefield, Lanham/Boulder/ Nueva York/Oxford, 2001, pp. 301-312.

el *trial by jury* los cánones de la justicia procedimental. Ciertamente, su doctrina del proceso está apenas esbozada; pero los fundamentos axiológicos sobre los que descansa son plenamente identificables. Son los ideales de civilidad jurídica que marcarán la ruta del garantismo penal.

EPÍLOGO

América del Norte, 1776: una revolución constitucional transformó los regímenes políticos de las excolonias británicas. Virginia, Pensilvania, Maryland, Carolina del Norte —seguidas en los años sucesivos por Vermont (1777), Carolina del Sur (1778), Massachusetts (1780), New Hampshire (1783)— codificaron en breves articulados normativos los principios y las reglas básicas de la organización del estado, con el fin de limitar y vincular el poder al respeto y a la tutela de los derechos individuales¹. «Después de siglos de opresión general —exclamó Diderot—, pueda la revolución apenas producida más allá de los mares, ofreciendo a todos los habitantes de Europa un amparo frente al fanatismo y la tiranía, instruir a los que gobiernan a los hombres sobre el uso legítimo de su autoridad»². El auspicio del director de la *Encyclopédie* estaba cargado de sobreentendidos admonitorios: los americanos, con la *Declaration of Independence* (1776), habían traducido en acción subversiva la ideología contractualista según la cual el pueblo, frente a los gobernantes que abusan de su mandato, tiene el derecho de reapropiarse de la soberanía y constituir un nuevo gobierno³.

1. Cf. J. P. Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, University of Wisconsin Press, Madison, 1986, I; N. Matteucci, *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, il Mulino, Bolonia, 1987.

2. D. Diderot, *La politica*, introd. y notas de Y. Benot, trad. it. de G. Farina, Editori Riuniti, Roma, 1982, p. 208. La cita está tomada del *Essai sur les règnes de Claude et de Néron* (lib. II, § 74), publicado en 1782.

3. Redactada por Thomas Jefferson (1743-1826), la *Declaration of Independence* proclamaba: «Consideramos evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están el derecho a la vida, a la libertad y a la obtención de la felicidad; y que, para

Las *Constitutions* americanas inauguraron un módulo redaccional destinado a imprimir un sello indeleble en la tradición jurídica occidental: las normas concernientes a la conformación institucional del estado estaban precedidas por catálogos de derechos más o menos amplios, atribuidos a los hombres, a los ciudadanos y al pueblo. En estas *Declarations of Rights*, el destilado del iusnaturalismo moderno y de la tradición jurídica inglesa se funde con los principios político-constitucionales elaborados y proclamados por la cultura ilustrada. Junto a disposiciones relativas a la división de poderes, a la representación política, a las libertades civiles, al derecho de propiedad, hay numerosos artículos dirigidos a disciplinar el poder punitivo del estado, tanto en el plano de la legislación como en el de la jurisdicción. Reserva de ley en materia penal, prohibición de penas crueles, irretroactividad de las leyes penales, proporcionalidad entre penas y delitos, inmunidad frente a las detenciones arbitrarias, publicidad del proceso, derecho de defensa en juicio contradictorio, imparcialidad de los jurados, unanimidad en las decisiones de culpabilidad: tales son los principios positivizados en el derecho constitucional de los neónatos Estados Unidos de América⁴.

A partir del ejemplo americano, el proceso constituyente puesto en marcha al final del decenio siguiente en la Francia revolucionaria fue inmediatamente dirigido a la elaboración de una declaración de derechos. Esta, aprobada por la *Assemblée Nationale* el 26 de agosto de 1789, cerró la época del *Ancien régime*, redefiniendo normativamente el universo político según los valores de libertad e igualdad⁵. La particular atención prestada al problema penal se hace también patente en este documento capital del constitucionalismo moderno. Cuatro de los diecisiete artícu-

asegurar tales derechos, se han constituido entre los hombres gobiernos que derivan sus justos poderes del consenso de los gobernados; que cuando una forma de gobierno tienda a destruir estos fines, el pueblo tiene derecho a cambiarla o abolirla, instituyendo otro gobierno sobre tales principios y con una organización de los poderes que cuente con las mayores probabilidades de garantizar su seguridad y su felicidad».

4. En traducción italiana, las declaraciones de derechos de las colonias americanas están recogidas en F. Battaglia (ed.), *Le carte dei diritti* [1934], Sansoni, Florencia, 1947.

5. La literatura en la materia es vastísima. Entre los muchos textos merecedores de atención, cabe señalar: G. Del Vecchio, «La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese» [1903], en *Contributi alla storia del pensiero giuridico e politico*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 139-216; S. Rials (ed.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, París, 1988; C. Fauré (ed.), *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Payot, París, 1988; A. de Baecque, W. Schmale y M. Vovelle (eds.), *L'an 1 des droits de l'homme*, CNRS, París, 1988; M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, París, 1989.

los de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* regulan directamente la potestad punitiva del estado. Se trata del quinto, que veda (al legislador) prohibir comportamientos socialmente inofensivos⁶; del séptimo, que somete a la previsión legal las modalidades de la represión penal⁷; del octavo, que fija los principios de necesidad de la pena y de irretroactividad de la ley penal⁸; del noveno, que conforme al principio de la presunción de inocencia prevé la regulación legal de las circunstancias y de las formas de la prisión provisional⁹.

En un estudio tan famoso como controvertido, el iuspublicista alemán Georg Jellinek (1851-1911) mantuvo la tesis de la derivación de la *Déclaration* francesa de las *Declarations* de los estados americanos¹⁰. En la sinopsis comparativa propuesta por él a modo de prueba filológica, las disposiciones penales de la primera se confrontan con enunciados normativos de análogo contenido tomados de las declaraciones de derechos de Massachusetts, Maryland, Virginia, Carolina del Norte y New Hampshire. Pero este planteamiento temático parece demasiado estrecho; pues reduce a cuestión de mera imitación textual lo que debería comprenderse en el marco de todo un contexto cultural. Si los revolucionarios de finales del siglo XVIII, al codificar el derecho constitucional, advirtieron la urgencia de circunscribir la extensión potestativa del estado en materia de prohibiciones y castigos legales, fue porque desde hacía algunos decenios, la cuestión penal ocupaba el centro de la reflexión crítica y proyectiva de cuantos reivindicaban la limitación del poder a través del derecho.

6. «La Ley solo puede prohibir las acciones nocivas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que esta no ordena».

7. «Ninguna persona puede ser acusada, detenida o encarcelada sino en los casos determinados por la Ley y según las formas en ella prescritas. Los que solicitan, dictan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados».

8. «La Ley solo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada».

9. «Presumiéndose inocente a toda persona mientras no sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la Ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona».

10. G. Jellinek, *La declaración de derechos del hombre y del ciudadano* [1895], trad. (de la 2.^a ed. alemana) y estudio preliminar de A. Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908. Pocos años después de la publicación de este ensayo, la tesis de Jellinek fue duramente criticada por E. Boutmy, «La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek»: *Annales des sciences politiques* XVII (1902), pp. 415-443.

Inspirado en el título de un célebre ensayo de Pocock¹¹, Michel Porret ha acuñado la expresión «momento Beccaria»¹² para designar (e identificar en toda su relevancia histórica) aquella excepcional etapa cultural. La fórmula es oportuna: refleja eficazmente la centralidad de la obra de Beccaria. De su primera edición de Livorno, a través de las traducciones al francés (1765), inglés (1767), sueco (1770), polaco (1772), español (1774) y alemán (1778), *Dei delitti e delle pene* se impuso como ineludible punto de referencia del debate ilustrado y revolucionario. Codificación del derecho penal, reducción y secularización de la esfera de los delitos, humanización y racionalización del arsenal punitivo, superación del sistema inquisitivo e introducción de las garantías fundamentales del imputado: tales fueron los objetivos políticos en torno a los cuales maduró el «momento Beccaria».

En esta vicisitud cultural, en este crucial tránsito de la civilización occidental, el pensamiento de Montesquieu jugó un papel de primer plano. Aun cuando su obra carezca de propósitos operativos de transformación política; aunque él no haya sido un artífice de la codificación refundacional del derecho penal; aunque nunca haya propugnado la *égalité en droits*, ni censurado el particularismo jurídico del *Ancien régime*, su nombre resonó a menudo —junto al de Beccaria— en los discursos sobre los delitos y sobre las penas de los que participaron en la destrucción del Antiguo Régimen.

Por la heterogénesis de los fines que caracteriza a todo gran proceso histórico, la filosofía jurídica de un ideólogo de la moderación influyó en la obra legislativa de los artífices de la revolución.

11. J. G. A. Pocock, *El momento maquiavélico*, trad. de M. Vázquez Pimentel y E. García, estudio preliminar de E. García, comentario crítico de J. Gomes Canotilho, Tecnos, Madrid, 2008.

12. M. Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Michalon, París, 2003, p. 116 (trad. it. de M. Ferri y E. Salvi, *Beccaria: il diritto di punire*, il Mulino, Bolonia, 2013).

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- Agustín de Hipona: 65
 Alagia, A.: 10
 Alatri, P.: 14
 Alessi, G.: 93
 Alfieri Todaro-Faranda, G.: 27
 Althusser, L.: 13, 44
 Andreatta, A.: 42
 Andrés Ibáñez, P.: 11s., 15s., 20, 25s., 28, 31, 53
 Ansuátegui Roig, F. J.: 14
 Antolisei, F.: 10, 20
 Antón Oneca, J.: 9, 11
 Aricó, J.: 26
 Aristóteles: 67, 71
 Armiño, M.: 90
 Aron, R.: 43
 Asís Roig, R. de: 89
 Audegean, Ph.: 30, 37, 45, 51s., 87
 Ayerra Redín, M.: 20
- Baldini, A. E.: 42
 Barberis, M.: 31, 35s., 39
 Barrier, F.: 24
 Bascuñán Rodríguez, A.: 14
 Battaglia, F.: 100
 Battaglia, S.: 26
 Bayón, J. C.: 12, 16, 20, 26, 53
 Beccaria, C.: 9, 10s., 17, 27s., 31, 45s., 49-52, 57, 68, 73s., 76, 79s., 82, 87-91, 102
 Bedeschi, G.: 38
 Benítez, M. E.: 13, 44
- Benot, Y.: 99
 Bérard, L.: 58
 Bercé, Y.-M.: 73
 Bergalli, R.: 22
 Bergasse, N.: 36s.
 Berti, F.: 31, 33, 57
 Bescherelle, L.-N.: 24
 Bettiol, G.: 10
 Bevilacqua, P.: 31
 Beyer, Ch.-J.: 43, 57
 Binoche, B.: 34, 74
 Birocchi, I.: 30, 43, 49
 Blázquez, M.: 12, 34
 Bobbio, N.: 12, 14, 26, 28, 30, 42, 44, 71, 89, 91
 Bodino, J.: 71
 Bosch, J. M.: 10, 20
 Bottari, G. G.: 58
 Boutmy, E.: 101
 Bovero, M.: 14
 Brissot de Warville, J.-P.: 27
- Cabo, A. de: 14
 Calamandrei, P.: 11, 28, 79
 Calvino, I.: 21
 Campi, R.: 36
 Cantarella, E.: 91
 Cantarero, R.: 12, 26, 53
 Carandell, L.: 79
 Carbonell, M.: 11, 25
 Carmignani, G.: 11
 Carnevali, B.: 45

- Carrithers, D. W.: 43, 57, 87, 90, 96
 Casadei, Th.: 72
 Casas, J. A. de las: 88
 Casini, P.: 35
 Catalina II: 48
 Cattaneo, M. A.: 27, 45s., 62, 88, 96
 Cerezo, J.: 10, 11
 Cerroni, U.: 13, 14
 Chiffolleau, J.: 73
 Clavero, B.: 14
 Colomer, J. M.: 61
 Conill Sancho, J.: 88
 Constant, B.: 12, 35
 Conti, L.: 10, 20
 Cortina Orts, A.: 88
 Costa, P.: 23, 30, 38, 44, 72, 87
 Cotta, S.: 36, 43
 Courtney, C. P.: 43
 Cuello Calón, E.: 10

 Da Passano, M.: 53
 d'Alembert, J.-B. Le Rond: 47
 Dante Alighieri.: 65
 Davies, R.: 87
 de Baecque, A.: 100
 De Kanter-van Hettinga Tromp, B. J. A.: 45
 De Ruggiero, G.: 13, 25
 de Vega, P.: 12, 34
 Del Rosal, J.: 10
 Del Vecchio, G.: 100
 Delia, L.: 15, 31, 41, 46s., 51, 69, 73, 86
 Derathé, R.: 45
 Dezza, E.: 94
 Diderot, D.: 47s., 99
 Domínguez, J. L.: 22
 Dunn, J.: 38
 Durkheim, É.: 43

 Effer, T.: 15, 22
 Ehrard, J.: 14, 67
 Eisenmann, Ch.: 39
 Euchner, W.: 38

 Farina, G.: 99
 Fauré, Ch.: 100
 Felice, D.: 27, 31, 36s., 39, 44, 69, 72
 Ferrajoli, L.: 11s., 15s., 19s., 22, 26, 28, 30, 53, 87
 Ferri, M.: 102
 Ferrone, V.: 44

 Fiandaca, G.: 10
 Filangieri, G.: 48s., 57, 67
 Fioravanti, M.: 13
 Fontana, B.: 38
 Forero Otero, A.: 11
 Foucault, M.: 29, 50, 52
 Fourier, Ch.: 24
 Francioni, G.: 11, 28, 31, 45
 Fubini, R.: 36, 71

 Gaber, G.: 21
 García, E.: 43, 102
 Garrido, L.: 11
 Garzón del Camino, A.: 50
 Gascón Abellán, M.: 16, 20
 Gauchet, M.: 100
 Gaultier, J.-B.: 68s.
 Genovesi, A.: 27, 49
 Giartosio, T.: 19
 Gil de Lara, J. D.: 35
 Goldoni, M.: 72
 Goldstein, V.: 35
 Gomes Canotilho, J.: 102
 Gonnella, P.: 31
 González del Castillo, H.: 10
 Goulemot, J.-M.: 67, 69
 Goyard-Fabre, S.: 39, 43
 Graven, J.: 36
 Grocio, H.: 42, 45
 Groffier, E.: 62
 Grolman, K.: 27
 Guasti, N.: 49
 Guerrero, J.: 11, 20
 Guzmán, N.: 22

 Hoarau, F.: 86
 Hobbes, Th.: 36, 44, 58
 Hofmann, É.: 35
 Holmes, S.: 35

 Irti, N.: 20

 Jaucourt, L. de: 37, 47s., 53, 81
 Jefferson, Th.: 57, 99
 Jellinek, G.: 101
 Jiménez de Asúa, L.: 10
 Jousse, D.: 66, 86
 Jouvencel, P. de: 24

 Kant, I.: 87s.

- Lardizábal, M. de: 9
 Larrère, C.: 69, 90
 Lefebvre, E.: 13
 Lepeletier, L. M.: 53
 Littré, É.: 24
 Llobet Rodríguez, J.: 48
 Locke, J.: 36, 38
 López, M. A.: 12
 Lucrezio Monticelli, Ch.: 31
 Luis XIV: 66
 Luis XV: 55
 Lupi, G.: 31

 Mantovani, F.: 10
 Maquiavelo, N.: 71
 Marat, J.-P.: 48
 Marchena, J.: 61
 Marco A.: 69
 Markovits, F.: 86
 Martínez Neira, M.: 14
 Mass, E.: 69
 Mastromartino, F.: 31
 Matteucci, N.: 9, 14, 25s., 99
 Mellizo, C.: 36
 Merlino, A.: 35
 Miaille, M.: 13
 Morcavallo, B.: 9, 40
 Mosher, M.: 43, 87, 90, 96
 Muñoz, M. R.: 9, 79
 Musco, E.: 10
 Muyart de Vouglans, P.-F.: 16, 55, 58,
 62s., 77ss., 82, 86

 Neumann, F.: 9
 Núñez, R.: 10

 Padovani, T.: 10
 Pagano, F. M.: 10, 15, 33
 Pagliaro, A.: 10
 Paladini, F. M.: 33
 Palombarini, G.: 19
 Pasquino, G.: 26
 Pasquino, P.: 38
 Pescosolido, G.: 31
 Pessina, E.: 10
 Pino, G.: 31
 Pisarello, G.: 14
 Platón: 67, 87, 89
 Pocock, J. G. A.: 102
 Porret, M.: 15, 77, 86, 90, 102

 Posada, C. G.: 25, 101
 Postigliola, A.: 35
 Pradera, J.: 13
 Prieto Sanchís, L.: 11s., 16, 20, 26, 48
 Proto, M.: 43
 Pufendorf, S.: 58

 Quintano, M.: 9

 Radica, G.: 46, 73
 Rahe, P. A.: 43, 87, 90, 96
 Rebejkow, J.-Ch.: 48
 Rebuffa, G.: 15
 Reid, J. Ph.: 99
 Resta, R.: 13
 Rials, S.: 100
 Ribera, J.: 49
 Ricciardi, M.: 31
 Richelieu, A. J. du P. de: 74
 Rodríguez Muñoz, J. A.: 9
 Rojo Ajuria, L.: 20
 Rossi, P.: 23
 Rousseau, J.-J.: 26, 90
 Ruiz Miguel, A.: 12, 16, 20, 26, 53

 Sáinz Cantero, J. A.: 10
 Salazar, P.: 25
 Salvi, E.: 15, 102
 Sartori, G.: 25
 Sbriccoli, M.: 73
 Schmale, W.: 100
 Schneider, J.-P.: 69
 Scognamiglio, C.: 31
 Séneca: 87
 Sentís Melendo, S.: 11
 Shackleton, R.: 28
 Shklar, J. N.: 9, 12, 16, 39s.
 Sieyès, E.-J.: 37
 Silveira, H. C.: 22
 Silvestri, G.: 13s.
 Sivini, G.: 9
 Slokar, A.: 10
 Soboul, A.: 67
 Sócrates: 89
 Solari, G.: 13
 Soler, S.: 10, 26
 Spector, C.: 34, 73
 Spina, S.: 12, 15, 31
 Spitz, J.-F.: 38
 Starobinski, J.: 27s.

- | | |
|--------------------------------------|---|
| Tarello, G.: 14s., 27, 50, 56, 58ss. | Ulpiano: 75 |
| Tenenbaum, K.: 38 | Vázquez Pimentel, M.: 102 |
| Terradillos, J.: 12, 26, 53 | Venturi, F.: 79 |
| Thomasius, Ch.: 58s., 62, 93 | Vermeil, F.-M.: 52 |
| Tierno Galván, E.: 12, 34 | Vernière, P.: 69 |
| Tincani, P.: 87 | Volpillac-Augier, C.: 15, 34, 41, 69 |
| Todorov, T.: 35 | Voltaire (Arouet, F.-M.): 11, 35s., 57s.,
62, 71 |
| Tomás de Aquino: 66s., 69, 89 | Vovelle, M.: 100 |
| Tomás y Valiente, F.: 10s. | Waddicor, M. H.: 43 |
| Touchard, J.: 13 | Zaffaroni, R. E.: 10 |
| Trigeaud, J.-M.: 43 | Zerocalcare (Rech, M.): 95 |
| Tuccillo, A.: 31 | Zolo, D.: 38 |
| Tula, J.: 26 | |
| Tuzet, G.: 31 | |

OTROS TÍTULOS

LUIGI FERRAJOLI

El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal

Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia

La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen

Derechos y garantías. La ley del más débil

Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis

Democracia y garantismo

La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político

Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional

CESARE BECCARIA

De los delitos y de las penas

MICHELE TARUFFO

La prueba de los hechos

La motivación de la sentencia civil

GIULIO UBERTIS

Elementos de epistemología del proceso judicial

PIERO CALAMANDREI

Sin legalidad no hay libertad

Inventario de la casa de campo

MANUEL ATIENZA

Filosofía del Derecho y transformación social
Curso de argumentación jurídica

JOSEP AGUILÓ REGLA

El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación

HANS Kelsen

La paz por medio del derecho

Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación
de la filosofía social, la ciencia y la política modernas
como «nuevas religiones»

Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas
de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934

NORBERTO BOBBIO

Teoría general de la política

Iusnaturalismo y positivismo jurídico

El oficio de vivir, de enseñar, de escribir. Conversación
con Pietro Polito

ELENA LARRAURI

Introducción a la criminología y al sistema penal

MARGARITA DIGES

Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense

JUAN JOSÉ BUSTOS RAMÍREZ Y HERNÁN HORMAZABAL MALARÉE

Lecciones de derecho penal. Parte General
Nuevo sistema de derecho penal

GUSTAVO ZAGREBELSKY

Libres siervos. El Gran Inquisidor y el enigma del poder

El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia

La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional

STEFANO RODOTÀ

El derecho a tener derechos

La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho

MAURO BARBERIS

Ética para juristas

LUIS PRIETO SANCHÍS

Justicia constitucional y derechos fundamentales

El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica

CHRISTIAN COURTIS (ed.)

Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

*El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural
de los derechos*

JUAN-RAMÓN CAPELLA

Elementos de análisis jurídico

ROBERT ALEXY

La doble naturaleza del derecho

DIETER GRIMM

Constitucionalismo y derechos fundamentales

RUDOLF VON JHERING

Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico

ALFONSO RUIZ MIGUEL

*Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la Antigüedad
a los inicios del constitucionalismo*

PAOLO GROSSI

Mitología jurídica de la modernidad