

## EL MITO DE MONTESQUIEU

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ\*

"¡Buena cosa, que los jueces civiles sean tomados del pueblo!"  
Montesquieu, ca. 1736

"Pero el pueblo no es jurisconsulto".  
Montesquieu, 1748

### I. EL MITO

Uno de los pasajes más citados en la cultura jurídica europea es el siguiente fragmento del *Espíritu de las Leyes* ("EL"),<sup>1</sup> la vasta obra de Charles de Secondat, señor de La Brède y barón de Montesquieu:

---

\* Profesor de Derecho Penal y Teoría del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile.

<sup>1</sup> En lo sucesivo se cita la obra indicando el libro (número romano), capítulo y párrafo (entre paréntesis) respectivo; el texto enumera los libros y los capítulos, pero no los párrafos; para la numeración de éstos se sigue su distribución en la versión francesa consultada como fuente principal, que corresponde al texto incluido en el tomo II de la edición de Roger Caillois de las obras completas de Montesquieu (en adelante "DEL/RC", seguido por el número de página). Para la edición póstuma corregida por Montesquieu (1757/58), se ha considerado la reproducción de la edición de 1758 en el tomo I de la edición de las obras completas por André Masson ("DEL/AM", seguido por el número de página). También se ha tenido a la vista la edición de Jean Brethe de la Gressaye ("DEL/BG", seguido por el número de tomo y página) y la publicación original de 1748 ("DEL-1748", seguido por el número de tomo y página), así como el manuscrito de EL en el ejemplar conservado en la Biblioteca Nacional de Francia ("DEL-MS/BNF", seguido por el número de tomo y de folio) y en su edición en las obras completas publicadas por la Sociedad Montesquieu ("DEL-MS/SM", seguido por el número de tomo y página). Para la traducción que aquí se ofrece de los pasajes transcritos se han tenido presente las siguientes ediciones: (i) la traducción al castellano por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega ("EdIL", seguido por el número de página de las dos ediciones de uso frecuente, separados por una barra inclinada); (ii) la traducción al castellano por Demetrio Castro Alfin ("EdIL2", seguido por el número de página); (iii) la traducción al castellano por Graciela Isnardi ("EdIL3", seguido por el número de página); (iv) la traducción al inglés de Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, Harold Samuel Stone ("SL", seguido por el número de página); (v) la traducción al italiano bajo el cuidado de Sergio Cotta ("SdL" seguido por el número de tomo y de página), y (vi) la traducción al alemán editada por Ernst Forsthoff ("GG" seguido por el número de tomo y de página). Ocasionalmente también se consulta: (vii) la primera traducción al inglés por Thomas Nugent ("SL/N", seguido por el número de tomo y página); (viii) la traducción al castellano por don Juan López de Peñalver ("EdIL-1820", seguido por el número de tomo y página), y (ix) la traducción al castellano por Siro García del

[L]os jueces de la nación no son (...) sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor.<sup>2</sup>

En adelante me referiré a este pasaje con el símbolo “φ”. En la cultura jurídica europea se encuentra establecida una concepción acerca del sentido de φ. Según esta concepción heredada el pasaje afirmaría un principio de metodología jurídica. Montesquieu habría postulado un imperativo de estricta sujeción a la ley conforme a un modelo de subsunción automatizada. La concepción heredada critica este principio como una fuente de exigencias imposibles de ser satisfechas, porque desconocería la necesidad de la contribución argumentativa del juez para formular la regla de modo que sea operativa como premisa normativa para resolver el caso. Montesquieu habría elaborado un mito: un relato inverosímil que pretende operar normativamente. Éste es el primer mito. Montesquieu sería su autor.

La concepción heredada se compone de dos consideraciones, una es interpretativa y la otra es evaluativa. La formulación canónica de la consideración interpretativa se encuentra en la intervención del tribuno Maillia-Garat (Jacques Joseph Garat, 1767-1837/39) durante la sesión del Tribunado de 12 de frimario del año X (3 de diciembre de 1801) a propósito de la discusión del proyecto de título preliminar del Código Civil francés.<sup>3</sup> Garat manifestó su voto de rechazo al proyecto concentrando su crítica en el artículo 6, que posteriormente fuera aprobado como artículo 4 de dicho Código, esto es, la prohibición al juez de excusarse de fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.<sup>4</sup> En su crítica Garat asoció dicho precepto a

Mazo (“EdIL-1906”, seguido por el número de tomo y página). Las referencias a las ediciones se encuentran al final del texto.

<sup>2</sup> ELXI 6 (49): “[L]es juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (DEL/RC 404).

<sup>3</sup> La intervención de Garat se puede consultar en FENET, Pierre Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d’une édition de ce code, à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et ou se trouvent indiqués, sous chaque article séparément, tous les passages du recueil qui s’y rattachent*, t. VI, París, Impr. de Ducassois, 1827, pp. 143 y ss.

<sup>4</sup> “El juez que rehusare juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi

la facultad del juez para interpretar la ley que Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807) había defendido en su discurso preliminar del proyecto.<sup>5</sup> En contra de la idea común a ambas consideraciones metodológicas —el “terrible derecho de interpretar las leyes, de suplir su insuficiencia y también su silencio”— Garat invocó a Montesquieu, expresando la felicidad que le producía el hecho de poder oponer EL a la exposición de motivos del proyecto. Según Garat en una nación civilizada la justicia de la sociedad no puede ser sino la que prescribe la ley, de modo que el juez es el agente de la ley y no su maestro, el órgano de la ley y no la ley misma; en otras palabras, “un juez no puede ser, como dice Montesquieu, sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”.<sup>6</sup>

La respuesta de Portalis en lo que concierne a la autoridad de Montesquieu fue categórica: el principio afirmado en EL sólo se refiere a la aplicación de las leyes penales.<sup>7</sup> Con ello quedaba planteada en su formulación más simple la cuestión a la que responde negativamente la consideración evaluativa de la concepción heredada. Si el postulado de Montesquieu tiene la pretensión de ser una metodología jurídica general, válida para la aplicación de toda clase de leyes, entonces es inaceptable. La concepción heredada es aún más drástica en su evaluación negativa, pues no considera que φ

comme coupable de déni de justice”, (*Code Napoleon*, Nouvelle Édition, Conforme à l’édition originale de l’imprimerie impériale, París, Stéréotype D’Herman, 1810, p. 2).

<sup>5</sup> “Cuando la ley es clara, se la debe seguir; cuando es oscura, se debe profundizar las disposiciones. A falta de ley se debe consultar el uso o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural en el silencio, la oposición o la oscuridad de las leyes positivas”. “Quand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité. L’équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l’opposition ou l’obscurité des lois positives”. *Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement*, en FENET, cit. (n. 3), t. I, 1826, p. 474.

<sup>6</sup> “Concluons donc que désormais, du moins, et pour nous, un juge ne peut être, comme le dit Montesquieu, que la bouche qui prononce les paroles de la loi”, en FENET, cit. (n. 3), p. 153. Esta consideración mítica se expresa en una curiosa tradición de las traducciones al castellano de la expresión *la bouche* (la boca) en el contexto de φ: EdIL-1820 la traduce como “el órgano” (II 53) y EdIL1 como “el instrumento” (183/214). También tiene un sesgo mítico la inversión del sujeto en la frase que hace la traducción de 1906: “la boca por donde habla la ley” (EdIL-1906 I 237). Correctamente, EdIL2 (253) y EdIL3 (212) traducen de modo literal la frase como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

<sup>7</sup> Sesión del 23 de frimario del año X (14 de diciembre de 1801), en FENET, cit. (n. 3), p. 269.

simplemente someta al juez civil a constreñimientos que razonablemente pesan sobre el juez penal, sino más bien que exige en la aplicación de la ley incluso por el juez penal una operación automatizada imposible. No es que Montesquieu hubiera impuesto restricciones excesivas al juez civil, como Portalis creía que Garat equivocadamente pensaba, sino que habría planteado una “aberración metodológica”.<sup>8</sup>

En su versión crítica la concepción heredada no es un producto de la cultura jurídica del siglo XIX, sino de la descalificación de esa cultura por el movimiento de la jurisprudencia de intereses, jurisprudencia sociológica o doctrina libre del derecho. Karel Menzo Schönfeld ha identificado su surgimiento en el contexto de la cultura jurídica francesa, con ocasión de la crítica dirigida por François Geny a la escuela de la exégesis.<sup>9</sup> Regina Ogorek ha localizado el surgimiento del mismo mito en el contexto de la cultura jurídica alemana, con ocasión de la crítica dirigida por Hermann Kantorowicz a la jurisprudencia de conceptos.<sup>10</sup> La concepción heredada

<sup>8</sup> PESCATORE, Pierre, *La séparation des pouvoirs et l'office du juge de Montesquieu à Portalis*, Bruselas, Bruylant, 2009, p. 15.

<sup>9</sup> SCHÖNFELD, K. M., *Montesquieu en “la bouche de la loi”*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979; SCHÖNFELD, K. M., “Montesquieu et ‘la bouche de la loi’: Jacques Ier, Edward Coke et l’antithèse ‘rex iudex’”, en DESGRAVES, Louis, (ed.), *La Fortune de Montesquieu. Montesquieu Écrivain. Actes du Colloque international de Bordeaux (18-21 janvier 1989)*, Burdeos, Bibliothèque municipale, 1995, pp. 207-224; SCHÖNFELD, K. M., “Retour sur l’expression ‘la bouche de la loi’ chez Montesquieu”, en DESGRAVES, Louis (ed.), *L’Esprit des lois. La Genèse de l’Esprit des Lois. Lecture de l’Esprit des Lois. Actes du Colloque International tenu à Bordeaux, du 3 au 6 décembre 1998 pour commémorer le 250ème anniversaire de la parution de L’Esprit des lois*, Académie Nationale des Sciences, Belles-Lettres et Arts de Bordeaux, Burdeos, 1999, pp. 187-192; SCHÖNFELD, K. M., “La fortune d’Aristote: Nochmals Montesquieu und ‘la bouche de la loi’”, en WEINACHT, Paul-Ludwig (ed.), *Montesquieu-250 Jahre ‘Geist der Gesetze’. Beiträge aus politischer Wissenschaft, Jurisprudenz und Romanistik*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, pp. 63-71; SCHÖNFELD, K. M., “Rex, Lex et Iudex”, *European Constitutional Law Review*, Nº 4-2, 2008, pp. 274-301. Los cuatro artículos de Schönfeld 1995-2008 son en parte productos derivados de su tesis doctoral de 1979 y en parte un desarrollo ulterior de su investigación (el artículo de 2008 describe esa relación). La tesis se encuentra escrita en holandés, pero tiene como última sección un resumen en francés de 71 puntos (pp. 74-85).

<sup>10</sup> OGOREK, Regina, “Die erstaunliche Karriere des ‘Subsumtionsmodells’ oder wozu braucht der Jurist Geschichte?” (2002), en OGOREK, Regina, *Aufklärung über Justiz*. t. I, Abhandlungen und Rezensionen, Frankfurt del Meno, Klosterman, 2008, pp. 87-104, especialmente pp. 98-99 y 102-103. El análisis del mito procede de un artículo anterior de la autora: “De l’Esprit des legends oder wir gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde” (1983), en

surgida de esta crítica se encuentra ampliamente extendida en la profesión jurídica europea continental, tanto entre académicos como entre prácticos. Schönfeld y Ogorek coinciden sin embargo en que la imputación a Montesquieu de haber elaborado un mito con  $\phi$  es en rigor otro mito. De este modo, “el mito del juez autómatas” se sitúa en el mismo nivel de referencia que “el mito de la separación de poderes” que denunciara Louis Althusser<sup>11</sup> siguiendo a Charles Eisenmann.<sup>12</sup> Este es el segundo mito. Ya no es un mito que se atribuya a Montesquieu, sino que es un mito que habría sido elaborado por quienes califican a  $\phi$  de mito. En otras palabras, lo que debe ser desenmascarado como fabulación de un mito es la concepción heredada.

Todos los autores mencionados salvo Ogorek, esto es, Garat, Portalis y su progenie en el siglo XIX, Geny, Kantorowicz y su progenie en el siglo XX, e incluso Schönfeld, comparten una premisa: asumen que  $\phi$  contiene una oración referida al paradigma del juez letrado, inamovible y competente para conocer y resolver las cuestiones planteadas por la prueba de los hechos del caso y la determinación del derecho aplicable. Esa premisa es falsa: los jueces de la nación a que se refiere  $\phi$  son los miembros del jurado.

Desde mediados del siglo XX la lectura de  $\phi$  como un pasaje referido al jurado inglés es una obviedad en la literatura especializada en Montesquieu.<sup>13</sup>

OGOREK, *Aufklärung (...) cit.*, pp. 67-86. Según Ogorek, no existe en la pandectística alemana del siglo XIX una lectura mítica de EL que haya influido en su metodología jurídica. El surgimiento del mito en la jurisprudencia de intereses se explicaría más bien por la recepción de la teoría de la separación de poderes en la doctrina del derecho público y la filosofía del derecho alemanas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

<sup>11</sup> ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu: La politique et l’histoire*, París: Presses Universitaires, 1973 [1959], pp. 98 s. (hay versión en castellano: *Montesquieu: La política y la historia*, Barcelona, Ariel, 1979 [1968], pp. 117 y s.).

<sup>12</sup> EISENMANN, Charles, “L’‘Esprit des lois’ et la séparation des pouvoirs”, en *Mélanges R. Carré de Malberg*, París, Duchenin, 1933, pp. 164-192, 181 (hay versión en castellano: “El ‘Espíritu de las leyes’ y la separación de poderes”, *Anuario Jurídico*, UNAM, Nº 2, 1975, pp. 429-453); EISENMANN, Charles, “La pensée constitutionnelle de Montesquieu”, en Institut de Droit Comparé de la Faculté de Droit de Paris, *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l’Esprit des Lois 1748-1948*, París, Recueil Sirey, 1948, pp. 133-160.

<sup>13</sup> La referencia canónica para esta lectura de  $\phi$  se encuentra en SHACKLETON, Robert, *Montesquieu A Critical Biography*, Oxford, University Press, 1961, pp. 288-289. Coinciden en esto con Shackleton, GRANDPRE MOLIERE, Jean Jacques, *La théorie de la constitution anglaise chez*

Esa lectura constituye el principal argumento de Ogorek para sostener que la calificación de  $\phi$  como un mito es en sí misma un mito. Entré los autores que adhieren al mito algunos advierten que Montesquieu concibe al poder de juzgar en el contexto del capítulo 6 del libro XI de EL como una potestad ejercida regularmente por el jurado, pero minimizan ese hecho como un detalle insignificante en comparación con el principio metodológico. Pero si  $\phi$  se refiere al jurado y si al jurado se lo entiende competente exclusivamente para resolver la cuestión de hecho, entonces al menos *prima facie* no es posible que  $\phi$  exprese una directriz para resolver una cuestión de derecho. Negar esta obviedad, insistiendo en que  $\phi$  se refiere –o puede indistintamente referirse– al juez letrado como tribunal del hecho y del derecho, es construir un tercer mito: el mito de que Montesquieu habría planteado en  $\phi$  un principio de metodología de aplicación del derecho. Este

*Montesquieu*, Leiden, Presse Universitaire de Leyde, 1972, pp. 278-280; PANGLE, Thomas L., *Montesquieu's Philosophy of Liberalism. A Commentary on The 'Spirit of the Laws'*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973, pp. 132-133; GOYARD-FABRE, Simone, *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 181-182; VILE, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, Liberty Fund, 2<sup>a</sup> ed., 1998, pp. 96 s.; KRAUSE, Sharon, "The Spirit of Separate Powers in Montesquieu", *The Review of Politics* N° 62, 2000, pp. 231-265, 235-236; CARRITHERS, David W., "Montesquieu et l'étude comparée des constitutions; analyses des régimes anglais et français", en DESGRAVES, cit. (n. 9), pp. 235-242, 236; CARRITHERS, David W. "Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence", en CARRITHERS, David W.; MOSHER, Michael A.; RAHE, Paul A., *Montesquieu's Science of Politics*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. et al. 2001, pp. 291-334; COURTNEY, Cecil Patrick, "Montesquieu and English Liberty", en CARRITHERS et al. cit., pp. 273-290; STEWART, Ian, "Montesquieu in England: his 'Notes on England', with Commentary and Translation. Includes an English translation of Montesquieu: Notes sur l'Angleterre, *Oxford University Comparative Law Forum*, N° 6, 2002), disponible en: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/montesquieu.shtml>; CARRESE, Paul O., *The Cloaking of Power: Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, Chicago, The University of Chicago Press, 2003, pp. 35 y ss.; STEWART, Ian, "Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on Separation of Powers and the Rule of Law", *Macquarie Law Journal*, N° 4, 2004, pp. 187-223, 198; CLAUS, Laurence, "Montesquieu's Mistakes and the true Meaning of Separation", *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 25-3, 2005, pp. 419-451, 431-433; CAMPAGNA, Norbert, "Die richterliche Gewalt bei Montesquieu", en HIDALGO, Oliver; HERB, Karlfriedrich, *Die Natur des Staates*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 115-136, 128; DE DUN, Annelien, *French Political Thought from Montesquieu to Tocqueville*, Cambridge, University Press, 2011 [2008], pp. 25. Con anterioridad a Shackleton, ya Franz Neumann en su introducción a la edición de 1949 de SL/N (*The Spirit of the Laws*, by Baron de Montesquieu, New York, Hafner Publishing Company, pp. ix-xix), recogida luego como "Montesquieu", en NEUMANN, Franz, *The Democratic and The Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*, London, The Free Press of Glencoe, Collier-Macmillan, 1957, pp. 96-148, 132.

tercer mito sobre Montesquieu, común a los adherentes y detractores de  $\phi$ , es el mito de Montesquieu al que me refiero con el título de este trabajo<sup>14</sup>.

Una vez que se acepta que  $\phi$  se refiere en esos términos al jurado, el principio que él afirma se transforma en una incógnita. La tesis que este trabajo propone es que al analizar en EL la función judicial Montesquieu no estaba interesado en desarrollar una metodología específica de aplicación de la ley, sino en contrastar dos diseños institucionales para el ejercicio del poder de juzgar en los gobiernos moderados de su época: el de tribunales colegiados integrados por jueces letrados propietarios de su cargo, competentes para conocer de la cuestión de hecho y de derecho, encarnado en la institución francesa de los parlamentos, y el de tribunales colegiados integrados por jueces legos sorteados entre el pueblo, sometidos a un amplio derecho de recusación y competentes para conocer solo la cuestión de hecho, encarnado en la institución inglesa del jurado.<sup>15</sup> El primer diseño reconoce al tribunal un grado considerable de flexibilidad para decidir el caso, incluyendo la definición de su competencia en relación con las pretensiones de las partes y la interpretación de la ley conforme a su espíritu; el segundo, en cambio, es estrictamente formalista en la admisión de las pretensiones, en la presen-

<sup>14</sup> Dos ejemplos ponen de manifiesto la prevalencia del mito sobre la constatación de que  $\phi$  se refiere al jurado. Para Eisenmann es indiferente que el principio se refiera al jurado o al juez letrado, pues igualmente los somete al rigor de la letra de la ley. EISENMANN, L'Esprit des (...) cit. [n. 12] p. 181. *Infra*, nota 145. Por su parte, Giovanni Tarello considera que en Montesquieu es secundaria la caracterización de los jueces –populares, ocasionales– por comparación con la importancia que tiene la exigencia de claridad y certeza de la ley. TARELLO, Giovanni, "Per una interpretazione sistematica de 'L'esprit des lois'", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 1, 1971, pp. 11-53, 46-47. El dato elemental de que Montesquieu siempre redujo la competencia del jurado exclusivamente al conocimiento de la cuestión de hecho es pasado por alto por ambos autores.

<sup>15</sup> La consideración de esta dicotomía entre una manera francesa y una manera inglesa de ejercer el poder de juzgar como clave interpretativa de EL se encuentra también en FELICE, Domenico, *Per una scienza universale dei sistema politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell' 'Esprit des Lois' di Montesquieu*, Florencia, Leo S. Olschki Editore, 2005, pp. 88 y ss.; para una versión en castellano de parte de esta obra, FELICE, Domenico, *Los orígenes de la ciencia política contemporánea. Despotismo y libertad en el 'Esprit des Lois' de Montesquieu*, Edición de Piero Venturelli, traducción de Antonio Hermosa Andújar, Madrid, Biblioteca Nueva, 2012, pp. 128 y ss. Pese a esta coincidencia, Felice comparte la asunción mítica de Eisenmann y Tarello (nota 14): considera al jurado inglés como el destinatario de los imperativos metodológicos que el mito asocia a  $\phi$ . FELICE, *Per una scienza (...)*, cit., p. 91; FELICE, *Los orígenes de (...)*, cit., p. 133.

tación del caso al tribunal y la restricción de sus opciones de decisión a la disyuntiva simple de todo-o-nada (condena/absolución). En este contexto,  $\phi$  no es un principio restrictivo de las facultades de los jueces letrados, sino de los jueces legos, y por esa razón no se explica como una prohibición de realizar determinadas operaciones argumentativas en el ejercicio de la competencia para resolver cuestiones de derecho que el tribunal posee conforme a su diseño institucional, sino como el rasgo correlativo a la falta de competencia de un tribunal para resolver cuestiones de derecho conforme a su diseño institucional.

Lo dicho implica afirmar una proposición que es inconcebible para el mito: que según Montesquieu la moderación del rigor de la ley es una genuina cuestión de derecho cuya solución es un asunto propio de la administración de justicia. El mito es ciego a esta posibilidad por una necesidad conceptual. Dado que entiende la expresión “jueces de la nación” conforme al paradigma del juez letrado poseedor de jurisdicción plena, tiene que concebir a la moderación de la ley como una cuestión excluida por  $\phi$  de la competencia de cualquier juez. La concepción heredada la concibe como una cuestión normativa pero no jurídica y por eso lee  $\phi$  como una regla que delimita el derecho de la política o de la moral.<sup>16</sup>

Pero si quienes carecen de la competencia para moderar el rigor de la ley son los jueces legos, atendida su falta de conocimiento experto –pues el pueblo no es juriconsulto–, entonces la restricción no debería operar respecto de los jueces letrados. Así pensaba efectivamente Montesquieu. En EL los tribunales colegiados integrados por jueces letrados resuelven naturalmente ese tipo de cuestiones, sin que ello le merezca reparos. En lo que respecta específicamente a  $\phi$ , que Montesquieu declare al jurado inglés incompetente para moderar el rigor de la ley no implica que en su concepción no haya un tribunal competente para esos efectos según la constitución de

<sup>16</sup> La concepción heredada corresponde en términos generales a lo que Fernando Atria ha calificado como “folklore académico” acerca de Montesquieu y la metodología jurídica surgida con la codificación civil francesa. ATRIA, Fernando, “Legislation and Adjudication”, en FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni Battista (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays and Defeasibility*, Oxford, University Press, 2012, pp. 327-361. No por criticar el folklore deja Atria de mantener una concepción mítica: en su opinión  $\phi$  expresaría una regla que sustrae al sistema judicial un asunto propiamente jurisdiccional para radicarlo en el poder legislativo (p. 336).

Inglaterra. Como es bien sabido, Montesquieu atribuye esa competencia a la Casa de los Lores. El mito lee esa remisión del problema como una manifestación de la institución del referimiento legislativo (*réfère législatif*), esto es, como una negación de la competencia de los tribunales de justicia para resolver un asunto que es de competencia privativa del legislador.<sup>17</sup> Pero esa también es una lectura errónea. La Casa de los Lores interviene en su calidad de tribunal de máxima jerarquía del sistema judicial inglés.

En pocas palabras: Montesquieu no postula en EL una metodología jurídica legalista; afirma una limitación de la competencia del jurado y reconoce la legitimidad de la moderación judicial del rigor de la ley.

La comprensión de  $\phi$  en el contexto de un examen comparativo de instituciones judiciales permite revisar ciertos lugares comunes en la literatura especializada sobre Montesquieu cuando se refiere a su concepción del poder de juzgar. Debido a la conocida asociación de EL con la crítica ilustrada al derecho penal del Antiguo Régimen, las investigaciones sobre el poder de juzgar en EL han tendido a concentrarse en la historia de la justicia criminal francesa del siglo XVIII.<sup>18</sup> Pero como lo demuestra la reacción de Portalis a la intervención de Garat el derecho penal es el campo menos problemático para la metodología que la concepción heredada atribuye a  $\phi$ . El ámbito problemático es el derecho privado. Y hasta donde llega mi conocimiento no hay un desarrollo comparable de la investigación sobre el pensamiento de Montesquieu en este campo. Desde luego, el mito no la ha generado. La tesis que aquí se defiende, en cambio, hace de la comprensión que Montesquieu tenía del proceso civil romano y de la jurisdicción inglesa de *equity* una clave posible para la interpretación de  $\phi$ . Esta tesis se basa en un análisis contextual de EL que incluye tres pasajes del manuscrito que no fueron publicados en la primera edición de 1748 y el examen de

<sup>17</sup> TROPER, Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980, pp. 58 y ss.

<sup>18</sup> KINGSTON, Rebecca, *Montesquieu and the parlement of Bordeaux*, Ginebra, Librairie Droz S.A., 1996, pp. 97 y ss.; CARRITHERS, “Montesquieu and the (...)”, cit. (n. 13), pp. 291-334; PORRET, Michel, “Montesquieu pénaliste à l'épreuve des réformateurs du droit pénal: la perfectibilité de l'Esprit des lois (1750-1790)”, en DESGRAVES, cit. (n. 9), pp. 325-341. Recientemente IPPOLITO, Dario, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli Editore, 2016.

dos fuentes que hasta el momento no han sido asociadas a la lectura de  $\phi$ : la descripción del proceso civil romano por Cardin Le Bret (1558-1655) y una anotación de Montesquieu en sus *Pensamientos*.<sup>19</sup>

El abandono del mito permite también vincular  $\phi$  con las asociaciones históricas más generales de EL. Este trabajo propone la tesis de que al efectuar el contraste entre el modo monárquico (francés) y el modo republicano (inglés) de ejercer el poder de juzgar, Montesquieu afirmó dos conexiones históricas de amplio alcance. En primer lugar, supuso una equivalencia entre el procedimiento inglés del juicio por jurado vigente en la primera mitad del siglo XVIII y el procedimiento civil clásico romano. Por otra parte, asumió que el jurado inglés y el parlamento francés compartían una misma genealogía en su calidad de instituciones descendientes de las

<sup>19</sup> Los *Pensamientos* (*Mes Pensées*) es una colección manuscrita de notas de Montesquieu, preservada primero en La Brède y desde 1939 en la Biblioteca Municipal de Burdeos, que se compone de tres volúmenes. La primera edición integral, que lleva por título *Pensées et fragments inédits de Montesquieu*, fue publicada en 1909 por el Barón Gastón de Montesquieu con el auspicio de la Sociedad de Bibliófilos de Guyena. Burdeos, G. Gounouilh, Imprimeur-Éditeur, 1909, t. I y II ("P-1909" seguido del número de tomo y página). Esta edición fue preparada por Henri-Auguste Barckhausen (1834-1914), profesor de derecho administrativo y constitucional en Burdeos, quien asignó a cada nota o reflexión un número correlativo cronológico, indicando su número de folio en cada archivo, y al mismo tiempo los clasificó temáticamente en diez categorías, con otra numeración correlativa. La edición integral que respeta la numeración cronológica es la dirigida por Louis Desgraves con el título *Pensées. Les Spicileges*, Paris, Robert Laffont, 1991 ("P-1991" seguido del número de página). La edición en línea de la transcripción del manuscrito de la Biblioteca Municipal de Burdeos (Bibliothèque municipale de Bordeaux, *Réflexions et Pensées*, Ms. 1866, 3 t., 1115 f. – 223° = Montedite, *Édition critique des Pensées de Montesquieu*, Presses Universitaires de Caen [Fontes et paginae — Sources modernes], 2013) se cita como "P-MS", seguida del número de archivo y folio; ella se encuentra disponible en: <https://www.unicaen.fr/services/puc/sources/Montesquieu/index.php?oeuvre=&ajout=&correction=&supp=&sautPages=&infosMains=&afficheT=&texte=1641&hideForm>. Para la traducción al castellano que aquí se ofrece de algunos pasajes se ha tenido a la vista la traducción al inglés de Henry C. Clark basada en la edición de Louis Desgraves, *My Thoughts (Mes Pensées)*, Indianapolis, Liberty Fund, 2012 ("MT" seguido del número de página). Acerca de la obra en general, VOLTILHAC-AUGER, Catherine, "Pensées", en VOLTILHAC-AUGER, Catherine (dir.), *A Montesquieu Dictionary*, ENS de Lyon (2013), <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376399996/fr/> (hay versión en inglés en línea). La tesis doctoral de GRANDPRE MOLIERE, cit. (n. 13), ofrece una reconstrucción del proceso de elaboración de EL por Montesquieu a la luz de sus anotaciones consignadas en los *Pensées*. El pasaje a que me refiero en el texto ha sido considerado por Brethe de la Gressaye, Schönfeld y Carrrese, pero ninguno de ellos le atribuye relevancia explicativa directa del sentido de  $\phi$ .

prácticas de los pueblos germánicos y que en tal condición preservaban la *libertas germanorum* en la Europa moderna.

La segunda asociación implica que no hay de parte de Montesquieu una preferencia inequívoca por el modo de juzgar del jurado inglés ni por el modo de juzgar del parlamento francés. Esta ambivalencia obedece desde luego a la condicionalidad de las reflexiones de Montesquieu cuando, siguiendo el modelo de Maquiavelo, indaga sin moralizar los medios adecuados para la realización de los fines particulares de cada forma de Estado o tipo de gobierno. Pero también encuentra una explicación en el elaborado juego de narraciones históricas que subyacen a EL operando como alegorías políticas. En ese juego, la admiración por la constitución inglesa declarada en el libro XI se asocia tanto a una preferencia por la república romana, en contra del ideal político del imperio, como una nostálgica alabanza al espíritu de libertad y moderación de las instituciones feudales (góticas), susceptibles de proyectarse en el orden político del Antiguo Régimen y contrarrestar la orientación absolutista heredada de Luis XIV. En otras palabras, el elogio a la constitución inglesa implica la adopción de una posición crítica del proyecto político del absolutismo y del ideal político del imperio, pero es compatible con la validación del efecto moderador propio de la estructura tradicional del orden político francés.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Esto supone una coincidencia con la apreciación de la postura adoptada por Montesquieu en la controversia historiográfica acerca de la lectura de EL frente al debate entre la tesis nobiliaria (gótica), defendida por Henri de Boulainvilliers (1658-1722), la tesis realista (romana), defendida por Jean Baptiste Dubos –el Abate Du Bos (1670-1742)– en relación con el Antiguo Régimen francés, más cercana a la primera. Ésta es la tesis conocidamente afirmada en 1927 con un sesgo liberal por CARCASSONNE, Elie, *Montesquieu et le Problème de la Constitution Française au XVIII<sup>e</sup> Siècle*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1927, pp. 179-220, 673-674, y ratificada sin ese sesgo por FORD, Franklin F., *Robe and Sword. The Regrouping of the French Aristocracy after Louis XV*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1962, pp. 222 y ss. Al respecto, GÖHRING, Martin, *Weg un Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1947, pp. 139 y ss.; ELLIS, Harold A., "Montesquieu's Modern Politics: The Spirit of the Laws and the Problem of Modern Monarchy in Old Regime France", *History of Political Thought*, N° X-4, 1989, pp. 665-700; VENTURINO, Diego "Boulainvilliers et Montesquieu ou de la modération nobiliaire", en POSTIGLIOLA, Alberto BOTTARO PALUMBO, Maria Grazia (eds.), *L'Europe de Montesquieu*, Actes du Colloque de Gênes (26-29 mai 1993), Nápoles, Liguori Editore –Paris, Universitas–Oxford, Voltaire Foundation, 1995, pp. 103-112; HASKINGS GONTHIER, Ursula, *Montesquieu and England*, Pickering and Chatto, London, 2010, pp. 106-142; DE DIN, cit. (n. 13), pp. 20 y ss. Para un correctivo al romanticismo gótico, derivado de la advertencia por Montesquieu

Quizás la conclusión más interesante de este trabajo es que se encuentra fuera de toda duda que Montesquieu a sabiendas ofreció –o más precisamente, mantuvo– una descripción parcialmente falsa del ejercicio del poder de juzgar por el jurado inglés. La falsedad no consistió en considerar que el modo de adjudicar de los tribunales ingleses fuera formalista. En la constatación de ese formalismo Montesquieu demostró mejor conocimiento del *common law* que sus comentaristas –Schönfeld a la cabeza–, dominados por el cliché del carácter creador de derecho del juez en un sistema que reconoce el precedente judicial. La falsedad consistió en presentar al jurado inglés como un detentador institucional exclusivo del poder de juzgar, tal como el tribunal de pares germánico. Éste es, sin duda el rasgo más desconcertante de la descripción que Montesquieu hace del sistema inglés de administración de justicia: el protagonista del mito, el juez profesional que detenta con inamovilidad un cargo público remunerado, sencillamente no existe en el capítulo 6 del libro XI de EL, que es el horizonte de referencia de  $\phi$ . Puede que las dos asociaciones históricas antes indicadas expliquen que Montesquieu haya ignorado la función del juez-magistrado inglés por considerarla como una magistratura que participa más bien del ejercicio del poder ejecutivo que del poder de juzgar. Pero su omisión hace inconsistente el modelo inglés de judicatura –un tribunal lego de competencia restringida sin un magistrado letrado que compense esa restricción– y vuelve inverosímil en esta parte el análisis que Montesquieu ofrece de la constitución de Inglaterra. Eso lo priva además del punto preciso de conexión entre el formalismo del *common law* y su correctivo a través del desarrollo de la jurisdicción de *equity*, que estaba fuera del alcance del poder del jurado. Pues, a menos que Montesquieu haya querido expresar en  $\phi$  una objeción al poder del jurado para absolver contradiciendo las instrucciones del juez-magistrado –y ésa es una expli-

del advenimiento de la sociedad comercial. RAHE, Paul, *Montesquieu and the Logic of Liberty*, New Haven, London, Yale University Press, 2009, especialmente pp. 43 y ss. En contra de la adscripción a Montesquieu de una defensa de la aristocracia en la monarquía –ya sea liberal o reaccionaria– y atribuyéndole una concepción republicana, HULLIUNG, Mark, *Montesquieu and the Old Regime*, Berkeley, University of California Press, 1976. Para una defensa reciente de la comprensión de EL como un ensayo monarquista, DE DIJN, Annelien, “Montesquieu’s Controversial Context: The Spirit of the Laws as Monarchist Tract”, en *History of Political Thought*, N° XXXIV-1, 2016, pp. 66-88. Las distintas variantes coinciden en apreciar como rasgo básico del pensamiento de Montesquieu su oposición al absolutismo.

cación que en este trabajo también se sugiere–, el rasgo característico del formalismo del *common law* era su asunción como autorrestricción por los jueces-magistrados y no simplemente su imposición como regla de competencia al jurado.

Como sea, la constatación de este hecho tan desconcertante permite corregir la idea extendida de que Montesquieu habría desarrollado en EL las bases teóricas de la judicatura como un poder estatal distinto de los otros dos poderes, tal como se lo conoce desde su consagración famosa en 1787 en el artículo III de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica.<sup>21</sup> La asociación de EL con ese modelo institucional es la contribución estadounidense al mito. Nada es más ajeno a la constitución, de Inglaterra descrita por Montesquieu que semejante burocracia judicial. Eso se expresa en la terminología que él usa: la expresión “poder judicial” (*pouvoir/puissance judiciaire*) no existe en EL. Montesquieu usa los términos “poder legislativo” (*puissance legislative*) y “poder ejecutivo” (o más bien, “ejecutor”: *puissance exécutrice*), pero nunca “poder judicial”.<sup>22</sup> Para

<sup>21</sup> “Artículo III. Sección. 1. Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo”. (“The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office”). Acerca de los orígenes de la idea estadounidense de una judicatura institucionalmente independiente del gobierno y la legislatura, GERBER, Scott Douglas, *A Distinct Judicial Power*, Oxford, University Press, 2011, especialmente pp. 3-37; acerca de la concreción del art. III en la Ley de la Judicatura (*Judiciary Act*) de 1789, puede consultarse el conjunto de artículos recogidos en MARCUS, Maeva, *Origins of the Federal Judiciary. Essays on the Judiciary Act of 1789*, Oxford, University Press, 1992.

<sup>22</sup> Ciertamente, Montesquieu conoce y usa en EL el adjetivo “judicial” (*judiciaire*). En el libro XXVIII lo usa para referirse al combate como modo de prueba conforme a las antiguas leyes francesas (“combate judicial”: *combat judiciaire*, XXVIII 17 epígrafe), al conjunto de reglas sobre la administración de justicia (“orden judicial”: *ordre judiciaire*, XXVIII 23 (1), 37 (3) y [4]), a la actividad de los jueces (“práctica judicial”: *pratique judiciaire*, XXVIII 27 (24), 45 [7]) y a las formalidades procesales de los *Establecimientos* de San Luis y del derecho canónico (“formas judiciales”: *formes judiciaires*, XXVIII 39). Asimismo, en el libro XXX se usan

referirse al poder que ejercen los tribunales, Montesquieu siempre usa la expresión "poder de juzgar" (*puissance de juger*), porque su ejercicio no está entregado a un cuerpo permanente de magistrados. Cualquier planteamiento que atribuya a la doctrina de la distribución de poderes de EL una teoría del poder judicial en el sentido de una organización institucional permanente, distinta pero estructuralmente paralela al cuerpo legislativo de una nación o a la organización administrativa de su gobierno, incurre en una tergiversación del pensamiento de Montesquieu.<sup>23</sup>

Es posible que la inverosimilitud del modelo institucional ofrecido por Montesquieu explique en parte el surgimiento del mito. Pero en ningún caso lo valida:  $\phi$  describe los límites de la competencia del jurado en tanto tribunal con atribuciones para resolver exclusivamente la cuestión de hecho.

las expresiones "multas judiciales" (*amendes judiciaires*: XXX 18 [1]), "provechos judiciales" (*profits judiciaires*: XXX 18 [2]) y "derechos judiciales" (*droits judiciaires*: XXX 18 [8]). Sin embargo, Montesquieu nunca usa ese adjetivo en el capítulo 6 del libro XI para referirse al poder que él distingue del poder legislativo y el poder ejecutivo. No es que la construcción lingüística le sea extraña. En el Pensamiento 908, del cual procede la cita reproducida como primer epígrafe de este trabajo y fechada aproximadamente en 1736, Montesquieu usa la expresión *puissance judiciaire* para referirse al poder que Pericles habría concedido íntegramente al pueblo de Atenas (P-1991 368; Pensamiento 1961 en la clasificación de Barckhausen: P-1909 II 388; P-M archivo II, folio 12, reverso). Grandpre Moliere sostiene que éste es el primer pasaje de toda la obra de Montesquieu que plantea la idea de la función judicial como tercer poder del Estado (GRANDPRE MOLIERE, cit. [n. 13], pp. 126-128). Eso remarca la peculiaridad de la terminología diferenciada que se usa en EL XI 6, que Grandpre Moliere no advierte.

<sup>23</sup> Esta tergiversación subyace a las versiones de EL en otros idiomas, que insisten en traducir las expresiones francesas como "poder judicial" (*judiciary power*, *potere giudiziario*, *richterliche Gewalt*). Así, ya Nugent SL/N I-216; y también: EdLI 175/206, 176/207, 177/208, 183/213; SdL I-276, 277, 278, 282, 286; GG I-215, 216, 217, 220, 224. Correctamente, SL siempre usa la expresión *power of judging* (156, 157, 158, 160, 163), tal como EdLI3 siempre usa la expresión "poder de juzgar" (205, 207, 209, 212). EdLI1 usa ocasionalmente esta expresión (180/211) y EdLI2 usa indistintamente las dos expresiones, "poder de juzgar" (246, 247, 253) y "poder judicial" (246). Correctamente, RICHTER, Melvin, *The Political Theory of Montesquieu*, Cambridge, University Press, 1977, p. 90, y VILE, cit. (n. 13), p. 95, nota 49, observan la terminología invariablemente usada por Montesquieu. Éste es asimismo el caso de Antonio Cucciniello, quien por esta razón caracteriza la concepción del poder de juzgar de Montesquieu como un poder "desustancializado" (CUCCINIELLO, Antonio, *Il Potere chi limita il potere*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 219 y ss.).

En lo que sigue procederé del siguiente modo. Primero (II) ofreceré un examen crítico de la formulación del mito por François Geny, concentrándome en su manipulación de EL. Ésta es la sección más extensa del trabajo y está dividida en nueve subsecciones. Luego examinaré (III) el problema de la moderación del rigor de la ley, (IV) la metáfora de la boca que pronuncia las palabras de la ley y (V) la atribución de competencia para moderar el rigor de la ley a la Casa de los Lores. Finalmente (VI), resumiré lo expuesto en algunas conclusiones.

En el año 1982 aprendí en el seminario impartido por el profesor Enrique Barros en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que había que leer directamente a los clásicos y desconfiar de sus intermediarios. El ejercicio de lectura que aquí ofrezco es el mejor homenaje que puedo rendir a esa enseñanza.

## II. EXAMEN CRÍTICO DE LA VERSIÓN DEL MITO POR FRANÇOIS GENY

### 1. El mito según Geny

En el § 39 de la segunda edición de su *Método de interpretación y fuentes del Derecho Positivo* (1919), al comenzar su análisis sobre la historia del intento fallido de establecer el referimiento legislativo durante la Revolución Francesa, François Geny atribuye a Montesquieu una articulación enérgica del principio de supremacía de la ley en relación con las sentencias que la aplican y cita como expresión de ese pensamiento en sucesión ininterrumpida siete oraciones extractadas de diversos pasajes de EL. El siguiente cuadro ofrece una versión en castellano de esas oraciones e indica el párrafo respectivo en EL:



EL	GENY
VI 3 (1)	"Cuanto más se aproxima el gobierno a la república, más fija se vuelve la manera de juzgar. ...En el gobierno republicano es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual se pueda interpretar una ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida.
VI 3 (2)	[... El juez pronuncia la pena que la ley inflige para ese hecho; y para eso no necesita más que ojos"]
VI 3 (3)	
XI 6 (17)	Y además: "Si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo a un punto tal que jamás sean sino un texto preciso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con precisión los compromisos que se ha contraído.
φ = XI 6 (49)	[... Los jueces de la nación no son sino la boca, que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor". <sup>24</sup>

Salvo por φ, todos los fragmentos reunidos por Geny en esta sucesión transcriben de modo fidedigno EL. Su lectura conduce fluidamente a la conclusión de que la manera republicana de juzgar es ejercida siempre por jueces, que el juez republicano debe seguir la letra de la ley, que la

<sup>24</sup> "Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie. [... Le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait; et pour cela il ne lui faut que des yeux"]. (1) Et encore: "Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étoient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. [... Les juges de la nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi. des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.] (2) / (1) *Esprit des lois*, liv. VI, chap. III, éd. Garnier, p. 73. / (2) *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI, éd. Garnier, p. 144 (...)" (GENY, François, *Méthode D'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*. Essai Critique. Seconde édition revue et mise au courant, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919, t. I, pp. 75-76; Nouveau Tirage, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1954, t. I, p. 76).

declaración de la pena legalmente determinada es un caso ejemplar de esa sujeción, y que la sujeción debe consistir en una correspondencia literal con el texto de la ley. Todo eso se resume en la proposición de que los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. He aquí el mito, revestido de la apariencia de rigor exegético.

Pero ese rigor no es más apariencia. La secuencia que Geny ofrece descontextualiza el sentido de todos los pasajes que comprende. Tal como lo dice Ogorek de un pasaje equivalente en una obra de Kantorowicz, se trata de una cita-monstruo carente de contexto.<sup>25</sup> Cuando se analiza el contexto de cada uno de los pasajes que Geny transcribe, se advierte la tergiversación. Ese análisis permite llegar a los siguientes resultados:

(i) en VI 3 (2) los jueces que siguen la letra de la ley son los miembros del jurado; la mención al juez que determina la pena en VI 3 (3) es incidental;

(ii) en XI 6 (17) los tribunales son los jurados; por eso no son fijos, como el mismo pasaje lo expresa;

(iii) en XI 6 (49), esto es, φ, los jueces de la nación también son los miembros del jurado; y, finalmente,

(iv) en VI 3 no se favorece la legitimidad del modo republicano de ejercer el poder de juzgar, sino que se lo compara con el modo monárquico, como modos alternativos al modo despótico; éste es ilegítimo, los otros dos son igualmente legítimos.

La demostración de estas conclusiones es el objetivo de esta sección del trabajo.

<sup>25</sup> "En su discurso de incorporación a la cátedra de Friburgo de 1925 [Kantorowicz] une todos los pasajes pertinentes del *Esprit* en una (en esta forma robustecida) cita-monstruo [*Monsterzitat*] descontextualizada". OGOREK "Die erstaunliche Karriere (...)", cit. (n. 10), p. 99 y nota 45 a pie de página. Los pasajes de EL reunidos por Kantorowicz en su cita-monstruo corresponden a los §§ 13 a 18 del capítulo 6 del libro XI (*infra*, sección II.6).

## 2. El poder de juzgar en el "Espíritu de las leyes"

### A. El texto y su génesis

Dentro del plan general de EL el análisis del poder de juzgar es efectuado por Montesquieu en cuatro secciones bien diferenciadas.<sup>26</sup>

La primera sección corresponde a los capítulos 3 a 7 del libro VI. El objetivo de su análisis en esta sección es comparar los modos monárquico y republicano de ejercer el poder de juzgar (capítulos 3 y 4) y luego el modo monárquico con el modo despótico (capítulos 5, 6 y 7). La segunda sección de EL en que Montesquieu examina el poder de juzgar es la más conocida. Se trata del capítulo 6 del libro XI, dedicado a la exposición de la distinción y distribución de los tres poderes políticos –legislativo, ejecutivo y de juzgar– como rasgo fundamental de la constitución de Inglaterra. A esta sección pertenece φ. La tercera sección de EL, dedicada por Montesquieu al análisis del poder de juzgar, se encuentra en el mismo libro XI, con ocasión del examen de la evolución de las instituciones políticas romanas a la luz del principio de la distribución de poderes. Con tal propósito, Montesquieu describe el ejercicio de cada uno de los tres poderes en la República de Roma, consagrando el capítulo 18 al poder de juzgar. La cuarta sección, dedicada por Montesquieu al examen del poder de juzgar, se encuentra en el libro XXVIII. Este libro pertenece a la sexta y última parte de EL, que contiene tres importantes libros sobre la historia de la Francia medieval (libros XXVIII, XXX y XXXI), de los cuales el XXVIII está dedicado a la historia de las leyes civiles, predominando entre ellas las leyes sobre procedimientos judiciales.

El texto de EL fue publicado por primera vez en Ginebra en 1748 y más tarde, póstumamente, en una versión corregida por Montesquieu, primero como obra individual (1757) y luego como parte de sus obras completas

<sup>26</sup> Además de estas cuatro secciones, en XX 18 hay una breve referencia al modo de proceder ante el juez de comercio y en el capítulo único del libro XXVII se encuentran algunas consideraciones relativas al procedimiento formulario romano y al desarrollo del derecho pretorio. Acerca de esto último, *infra* sección II.4.B.

(1758).<sup>27</sup> Esta edición póstuma ofrece el *contexto sincrónico* de EL, es decir, un contexto al que pertenecen por igual todas las partes del texto. La interpretación del sentido de una parte de EL por referencia o concordancia con el sentido de otra parte de EL, avalada por el contexto sincrónico, debe ser sin embargo confirmada por la consideración del *contexto diacrónico* de EL. Es decir, por el contexto dado por su génesis, tal como puede apreciarse en el manuscrito de EL, en sus diferencias con la edición de 1748 y, finalmente, en las diferencias entre esta edición y la edición póstuma de 1757/58. La razón de esta exigencia proviene del hecho de que el orden sucesivo de los pasajes en el texto no coincide con el orden cronológico de su elaboración. La génesis del manuscrito de EL, que se extendió por más de diez años, consta de un estadio de desarrollo previo a la concepción de la obra por Montesquieu y cinco fases de elaboración;<sup>28</sup> todas esas etapas son identificables por la escritura manual de los secretarios de Montesquieu, la cual ha sido clasificada con letras mayúsculas.<sup>29</sup> El siguiente cuadro ofrece un vistazo a su génesis:

<sup>27</sup> Acerca de las ediciones de EL, VOLPILHAC-AUGER, Catherine, *Un auteur en quête d'éditeurs? Histoire éditoriale de l'œuvre de Montesquieu (1748-1964)*, Lyon, Ens Éditions, 2011.

<sup>28</sup> El manuscrito de EL que hoy se conserva en la Biblioteca Nacional de Francia fue adquirido por ésta en 1939. Antes estuvo en la Brède, donde fue redescubierto por Barckhausen en 1891. Si este manuscrito corresponde al texto tenido a la vista por el editor de su primera publicación en 1748 en Ginebra (Barrillot & Fils), y luego devuelto a Montesquieu, o si corresponde a un texto cuya copia fue enviada al editor para ser posteriormente destruida, es una cuestión abierta. El hecho es que existen divergencias entre el manuscrito de EL y el texto publicado; dos de ellas son importantes para el análisis del poder de juzgar (*infra*, sección II.8).

<sup>29</sup> Acerca de la elaboración de EL: BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean, "L'histoire de l'Esprit des lois", en Institut de Droit Comparé de la Faculté de Droit de Paris, *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des Lois 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1948, pp. 69-96; BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean, "Introduction" en DEL-BG I vii-lviii; SCHAKLETON, Robert, "Les secrétaires de Montesquieu", en *Œuvres Complètes de Montesquieu*, t. II, Publiées sous la direction de M. André Masson, Paris, Les Éditions Nagel, 1950, pp. xxv-xliii (también en SCHAKLETON, Robert, *Essays on Montesquieu and on the Enlightenment*, Edited by David Gilson y Martin Smith, Oxford, The Voltaire Foundation, 1988, pp. 65-72); SCHAKLETON, Robert, "La genèse de 'L'Esprit des Lois'", *Revue d'Histoire littéraire de la France*, Nr 52-4, 1952, pp. 425-438, también en SCHAKLETON, *Essays on Montesquieu* (...), cit., pp. 49-64; SCHAKLETON, Robert, "Le manuscrit de la Bibliothèque Nationale", en *Œuvres Complètes* (...), cit., t. III, 1955, pp. 567-577, también en SCHAKLETON, *Essays on Montesquieu* (...), cit., pp. 85-92; BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean, "Introduction", en DEL-BG II vii-xiv; SCHAKLETON, cit. (n. 13), pp. 225 y s.; BENREKASSA, Georges, *Les Manuscrits de Montesquieu. Secrétaires, Ecritures, Datations*, Nápoles, Liguori Editore –Oxford, Voltaire

ETAPA	ESCRITURA	PASAJES SOBRE EL PODER DE JUZGAR
antes de 1739 (previa a la concepción de la obra)	E	XI 6 (13)-(18), (47)-(51)
1739 a 1741 (primera fase de elaboración, Burdeos)	G	---
1741 a 1742/43 (segunda fase de elaboración, principal, París)	H	VI 4 XI 6 (13) nota
1742/43 a febrero de 1745	I	VI 3 (copia)
(tercera fase de elaboración, copia y primera revisión, Burdeos)	L	VI 3 nota, VI 4 (revisión)
febrero de 1745 a 1746	N'	VI 3, 4 (revisión)
(cuarta fase de elaboración, segunda revisión, Burdeos)	N	XI 18
	O	---
1747 a verano de 1748 (quinta fase, conclusión)	O, P	XXVIII

Como se puede apreciar, de las cuatro secciones dedicadas al poder de juzgar en EL la más antigua es la que corresponde al capítulo 6 del libro XI. La redacción de esta sección es previa a la concepción de EL como obra por Montesquieu. Le sigue la sección formada por los capítulos 3 y 4 del libro VI, cuya redacción tuvo lugar en lo esencial en la fase principal de elaboración de EL en París, entre 1741 y 1743. La escritura del capítulo 3 del libro VI es posterior a la del capítulo 4, lo que se explica como una copia por I de un texto previo, mientras que H transcribe el dictado de Montesquieu. La redacción del capítulo 18 del libro XI es considerablemente posterior, correspondiendo a la segunda fase de revisión, entre 1745 y 1746, durante la cual también fueron introducidas modificaciones al libro VI. La

Foundation, 2004; VOLPILHAC-AUGER, Catherine, "Introduction", en DEL-MS/SN I xi-ccxxxvi; VOLPILHAC-AUGER, Catherine, "L'Esprit des lois (manuscrit)", en VOLPILHAC-AUGER (dir.), cit. (n. 19), disponible en: <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376399523/fr/>. En adelante, las referencias a las distintas escrituras del manuscrito serán efectuadas siguiendo las indicaciones de su edición en DEL-MS/SM.

última sección en redactarse es el libro XXVIII, que fue elaborado cuando el resto del manuscrito ya se encontraba en Ginebra.

Esta consideración de la génesis del manuscrito de EL previene al intérprete del texto frente a la postulación de concordancias entre las distintas secciones dedicadas al poder de juzgar. Dada la ausencia de paralelismo entre la secuencia del texto y la génesis del manuscrito es indispensable distinguir entre un contexto explícito y un contexto implícito de la obra. El contexto explícito es el ratificado por el contexto diacrónico; es decir, está dado por la pertenencia de los pasajes a una misma fase cronológica, o bien por la relación que existe entre pasajes cronológicamente posteriores y los pasajes cronológicamente anteriores a los que se refieren. Las remisiones intertextuales deben entenderse reducidas a este contexto, primariamente al que es cronológicamente más cercano, y a él deben atender también las concordancias directas sobre las que se basa su interpretación. El contexto implícito es validado por la relación que puede establecerse entre los pasajes cronológicamente anteriores y los pasajes posteriores que versan sobre un mismo aspecto. El hecho de que Montesquieu consignara afirmaciones sobre esos aspectos en pasajes posteriores, sin que ello generase una revisión de los pasajes anteriores, puede ser tomado en consideración por el intérprete como base para una conjetura acerca del sentido de esos pasajes anteriores. La misma clase de conjeturas puede formularse sobre la base de antecedentes que medien entre la primera edición de EL (1748) y su edición póstuma corregida por el propio Montesquieu (1757/58). Pero ciertamente el contexto implícito no tiene el mismo peso que el contexto explícito. La validez de la interpretación contextual de EL descansa en la evidencia aportada por el examen del contexto diacrónico. Esta sujeción de la interpretación de EL a una corroboración diacrónica es en general lo que la literatura francesa más reciente denomina "crítica genética".<sup>30</sup>

En una visión de conjunto, se puede sostener que Montesquieu afirma en EL un principio general consistente en la independencia del ejercicio del poder de juzgar respecto del ejercicio de los otros dos poderes. Este principio es afirmado en cada una de las cuatro secciones dedicadas al poder de juzgar. A la luz de ese principio Montesquieu examina comparativamente

<sup>30</sup> BENREKASSA, cit. (n. 29), pp. 1 y ss.; DEL-MS/SM I clxi-clxxvi.

el ejercicio del poder de juzgar en los gobiernos despóticos y los gobiernos moderados, el monárquico y el republicano; como resultado de su comparación, Montesquieu sostiene que el modo despótico de ejercer el poder de juzgar no respeta dicho principio y que los modos monárquico y republicano lo respetan de distinta manera. Para la teoría política esto implica dos cosas: que el principio de la independencia del poder de juzgar es esencial para la moderación del gobierno y que no hay un modo único o preferente de consagrarlo institucionalmente. Este examen es realizado en el libro VI. El principio de la independencia del poder de juzgar es examinado luego en el contexto de la constitución de Inglaterra. La manera inglesa de ejercer el poder de juzgar es análoga a la manera republicana de la antigüedad, con un correctivo que introduce en el sistema inglés el modo monárquico para tres clases de casos, uno de los cuales es la moderación del rigor de la ley, o sea  $\phi$ . Este examen es realizado en el capítulo 6 del libro XI. La constitución de Inglaterra es adoptada luego como modelo de análisis de la evolución institucional de Roma y de explicación de la decadencia de la república romana y su transformación en el imperio. La evolución del modo de ejercer el poder de juzgar es clave en este análisis, donde Montesquieu vuelve a relacionar el modo republicano romano con la manera inglesa. Esto es efectuado en el capítulo 18 del libro XI. La analogía entre la manera inglesa y el modo republicano de ejercer el poder de juzgar no implica, sin embargo, una tesis genealógica. Según Montesquieu, la manera inglesa es una proyección de prácticas germánicas. Esto es afirmado al final del capítulo 6 del libro XI. Posteriormente en el libro XXVIII se describen las prácticas judiciales de los francos y su transformación por obra de los monarcas franceses, la profesionalización de la función judicial y el desinterés o ineptitud de la nobleza de espada para su ejercicio. Aunque el libro XXVIII termina con el reinado de Carlos VII (1429-1461), su proyección respecto de la manera francesa de ejercer el poder de juzgar contemporánea a EL puede apreciarse en la descripción que Montesquieu hace del modo monárquico de ejercicio del poder de juzgar. Pues esa descripción no se basa en monarquías de la antigüedad o en algún examen comparativo de diversos reinos europeos, sino en la consideración de los parlamentos franceses de la época como modelo tácito del tribunal monárquico. Con lo que se obtiene como resultado que la manera inglesa y la manera francesa de ejercer el poder de juzgar son dos modos alternativos de consagración del principio de su independencia, que provienen de prácticas judiciales germánicas. La clave institucional de la moderación y el favorecimiento

de la libertad individual en la Europa de la primera mitad del siglo XVIII tiene por lo tanto un origen gótico.<sup>31</sup>

Esta descripción de EL soporta la crítica genética. Desde un punto de vista diacrónico, Montesquieu concibió primero la manera inglesa de juzgar como un equivalente al modo ateniense y luego la equiparó a las prácticas judiciales republicano-romanas para compararla con la manera francesa. Esa equiparación entre Inglaterra y Roma fue mantenida durante el trabajo de revisión. Finalmente, Montesquieu identificó algunas semejanzas entre el juicio de pares de los francos y el jurado inglés.

El análisis de las distintas piezas de este cuadro de conjunto es el cometido de este trabajo. Aquí interesa analizar brevemente el principio fundamental.

### *B. La importancia del poder de juzgar*

En uno de los últimos libros de EL, Montesquieu declara que el propósito de toda su obra es demostrar que el espíritu del legislador debe ser el espíritu de moderación.<sup>32</sup> La moderación es la propiedad que distingue a los gobiernos monárquico y republicano del gobierno despótico.<sup>33</sup> La formación

<sup>31</sup> En XI 8 [3], es decir, casi inmediatamente después del examen de la constitución de Inglaterra, Montesquieu plantea esta tesis en relación con todas las instituciones moderadoras del poder en las monarquías europeas de su época, descendientes del gobierno formado por los pueblos germánicos con posterioridad a la caída del Imperio Romano, que Montesquieu célebremente caracteriza como "el gobierno más moderado que haya habido sobre la tierra" ("la liberté civile du peuple, les prérogatives de la noblesse et du clergé, la puissance des rois, se trouvèrent dans un tel concert, que je ne crois pas qu'il y ait eu sur la terre de gouvernement si bien tempéré que le fut celui de chaque partie de l'Europe dans le temps qu'il y subsista" DEL/RC 409). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura G (1739-1741), con correcciones de la escritura L (1742-1745) (DEL-MS/SM I 241).

<sup>32</sup> EL XXIX I (1).

<sup>33</sup> Ésta no es la única idea de moderación que plantea Montesquieu en EL. También está presente la idea general de moderación como evitación prudente del exceso, cuyo caso de aplicación más relevante para este trabajo es la moderación de las penas (EL VI 12 (4), 15 [6]). Además, Montesquieu elabora una idea específicamente política de la moderación como principio del gobierno republicano-aristocrático, por contraste con el espíritu de igualdad propio del gobierno republicano-democrático (EL III 4 (6), 8 (1), [2]). Al respecto: BENREKASSA, Georges, "Modération", en VOLPIHAC-AUGER (dir.), cit. (n. 19), disponible en: <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376478527/fr/>.

de un gobierno moderado es la "obra maestra de la legislación", para lo que se requiere "combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar; dar lastre a uno, por así decirlo, para ponerlo en estado de resistir a otro".<sup>34</sup> La moderación supone la existencia de leyes fundamentales que logren un adecuado balance entre los poderes. La constitución de Inglaterra es un modelo de diseño institucional de gobierno moderado, vigente en la primera mitad del siglo XVIII, cuyo objetivo es la realización de la libertad política.<sup>35</sup> Para que exista esa libertad, se requiere que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer a otro.<sup>36</sup> Ello supone que sean satisfechas dos condiciones:

(i) que una misma persona o cuerpo de personas no pueda detentar más de un poder entera o exclusivamente; por ejemplo, no se puede reunir los poderes legislativo y ejecutivo en una sola mano; y,<sup>37</sup>

(ii) que no se pueda reunir uno cualquiera de esos dos poderes y el poder de juzgar.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> EL V 14 (30): "Pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre; c'est un chef d'oeuvre de législation, que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence". (DEL/RC 297). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura I (1742/43-1745) (DEL-MS/SM I 80).

<sup>35</sup> EL XI 5 (2). En el manuscrito el pasaje también corresponde a la escritura I (DEL-MS/SM I 227).

<sup>36</sup> EL XI 6 (3). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura G (1739-1741) (DEL-MS/SM I 228).

<sup>37</sup> EL XI 6 (4): "Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura se encuentra reunida la potestad legislativa a la potestad ejecutiva, no hay libertad; (...)" "Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; (...)" (DEL/RC 397). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura E (antes de 1739) (DEL-MS/SM I 229).

<sup>38</sup> EL XI 6 (5): "Tampoco hay libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si ella estuviera unida a la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: pues el juez sería legislador. Si ella estuviera unida a la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor". "Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire: car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance

A primera vista, la condición (ii) no es más que un caso particular de aplicación de la condición (i). Pero ella cumple en EL una función más importante que la condición general. Ambas condiciones en conjunto expresan el principio de la distribución de poderes que caracteriza la constitución de Inglaterra. Pero sólo la condición (ii) es generalizable como condición necesaria del gobierno moderado, característica de la mayor parte de los reinos de Europa a mediados del siglo XVIII según Montesquieu: en esos Estados "el gobierno es moderado, porque el príncipe, que tiene los dos primeros poderes, deja a sus súbditos el ejercicio del tercero".<sup>39</sup> Eso explica, como dice Montesquieu en XI 7, que a pesar de que las monarquías europeas continentales no tengan por objeto directo la libertad sino la gloria del Estado, los ciudadanos o los príncipes, pueda resultar de ello la libertad.<sup>40</sup>

Aquí se encuentra la diferencia esencial según Montesquieu entre las monarquías de la antigüedad y las monarquías modernas: aquéllas ponían en manos del rey el poder ejecutivo y el poder de juzgar, pero en éstas "el rey no juzga".<sup>41</sup> Tal como lo observa Judith Shklar, el tema central y continuo de EL es que la independencia de los tribunales de justicia distingue a los gobiernos moderados de los despóticos más que ninguna otra institución, y en esta insistencia se encuentra una novedad fundamental de la teoría

exécutive, le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur". (DEL/RC 397). En el manuscrito el pasaje también corresponde a la escritura E (DEL-MS/SM I 229).

<sup>39</sup> EL XI 6 (7): "(...) le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisième". (DEL/RC 397). En el manuscrito el pasaje corresponde asimismo a la escritura E (DEL-MS/SM I 229).

<sup>40</sup> En sus propias palabras: "[En las monarquías que conocemos] [l]os tres poderes no se encuentran distribuidos ni fundados en el modelo de la constitución de la que hemos hablado; cada una tiene una distribución particular, según la cual se aproximan más o menos a la libertad política; si no se le aproxima, la monarquía degenera en despotismo" (EL XI 7 [2]) ("Les trois pouvoirs n'y sont point distribués et fondus sur le modèle de la constitution dont nous avons parlé. Ils ont chacun une distribution particulière, selon laquelle ils approchent plus ou moins de la liberté politique; et, s'ils n'en approchaient pas, la monarchie dégénérerait en despotisme" [DEL/RC 408]). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura G (1739-1741) (DEL-MS/SM I 239).

<sup>41</sup> EL XI 11 (2). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura L (1742/43-1745) (DEL-MS/SM I 239).

política de Montesquieu respecto de sus antecesores, diferenciándolo en particular de Locke.<sup>42</sup>

Esto demuestra que el análisis comparativo que Montesquieu hace en EL de los modos de ejercer el poder de juzgar en gobiernos moderados es triangular sólo en apariencia. Es decir, Montesquieu aparenta comparar en el libro VI genéricamente el modo monárquico con el modo republicano, y luego analizar en XI 6 la manera inglesa de ejercerlo, proponiéndola como estándar comparativo para el examen de los gobiernos contemporáneos a EL, incluyendo a Francia. En rigor, siempre está comparando las maneras de juzgar francesa e inglesa de la época. Esto se deduce del contexto diacrónico, que obliga a entender implícito en toda referencia al poder de juzgar en la primera y la segunda parte de EL la caracterización de la manera inglesa en XI 6. Además, se ve corroborado por el hecho de que las monarquías de la antigüedad no pueden entrar en la comparación con las repúblicas de la antigüedad en el libro VI, porque no satisfacen el principio fundamental: en ellas el poder de juzgar no se ejercía con independencia de quienes detentaban los otros poderes. Lo mismo cabe decir de las repúblicas contemporáneas a EL, como la de Venecia, donde los tres poderes están reunidos y por esa razón se goza de menos libertad que en Francia.<sup>43</sup> Por eso, lo que se compara en VI 3 y 4 como paradigma de ejercicio del poder de juzgar en una monarquía moderada, es una generalización de la manera

<sup>42</sup> SHKLAR, Judith, *Montesquieu*, Oxford, University Press, 1987, pp. 83, 88. La comprensión que Shklar tiene de este principio es mítica en un sentido característicamente estadounidense: entiende a la judicatura inglesa descrita en EL como "un sistema judicial manejado por jueces imparciales, rigidamente sometidos a leyes y predecibles" (p. 88). La importancia del jurado como elemento democratizador de la constitución de Inglaterra no le es desconocida —un rasgo que a su juicio responde más a la idealización de Montesquieu que a la realidad histórica—, pero no advierte que el jurado monopoliza la función judicial en EL XI 6. De modo muy semejante, BENREKASSA, Georges, *Montesquieu la liberté et l'histoire*, Paris, Librairie Générale Française, 1987, p. 139. La relevancia del principio de la independencia del poder de juzgar para la teoría política de Montesquieu, y su originalidad —advirtiendo su coincidencia con Aristóteles y su precedente en Claude de Seyssel (1450-1520)—, es compartida con especial énfasis por FELICE, *Per una scienza (...)*, cit. (n. 15), pp. 73 y ss., FELICE, *Los orígenes de (...)*, cit. (n. 15), pp. 115 y ss.

<sup>43</sup> EL FELICE XI 6 (8). Montesquieu habla aquí de "nuestras monarquías"; al respecto, CARRITHERS, David W., "Not so Virtuous Republics: Montesquieu, Venice and the Theory of Aristocratic Republicanism", *Journal of the History of Ideas*, N° 52, 1991, pp. 245-268.

francesa;<sup>44</sup> y se la compara con una descripción de prácticas republicanas de la antigüedad, principalmente romanas, que no hace mayores diferencias entre juicios civiles y juicios criminales, lo que corresponde casi íntegramente a la descripción de la manera inglesa de juzgar.

El análisis que Montesquieu efectúa de la independencia de los tribunales es notoriamente fragmentario. En lo esencial es un principio negativo: una prohibición de conocer y resolver asuntos civiles o criminales dirigida a la persona o cuerpo de personas que ejercen el poder legislativo y el poder ejecutivo. Tratándose del modo republicano de ejercer el poder de juzgar, esa independencia se concreta en el hecho de que el tribunal es transitorio, integrado por legos y formado por sorteo o con la anuencia de las partes a partir de una nómina. Por su parte, los magistrados de la antigüedad que intervenían en el procedimiento judicial —el paradigma es el pretor— deben su magistratura a la lógica general de los procedimientos políticos que rigen en la república: democráticos, aristocráticos o mixtos. Tratándose del modo monárquico de ejercer el poder de juzgar, no hay un examen pormenorizado de las condiciones relativas al nombramiento y a la permanencia en el cargo, oficio o función de juez. Esta deficiencia es sensible, pues de

<sup>44</sup> En esta caracterización encubierta del sistema judicial francés como modo monárquico-moderado de ejercer el poder de juzgar se encuentra otra tergiversación de la situación histórica por Montesquieu, en dos sentidos. Por una parte, su concentración en el análisis de tribunales colegiados soberanos implica presentar a los parlamentos como los únicos tribunales del sistema judicial monárquico. Eso deja de lado toda la compleja organización de los tribunales subalternos: los tribunales reales de *prévôté*, *baillage* y *sénéchaussé*, los *présidiaux* y los distintos tribunales de las jurisdicciones señoriales seculares y eclesiásticas. Por otra parte, la insistencia en la independencia de esos tribunales encubre la omnipresencia de la "jurisdicción retenida" del rey y su consejo. Al respecto, ROYER, Jean-Pierre *et al.*, *Histoire de la Justice en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, 4ª ed., pp. 49 y s., y 86 y s. La existencia de tribunales subalternos es reconocida por Montesquieu en el libro XXVIII; el modo en que Montesquieu resuelve la tensión entre los parlamentos y la jurisdicción retenida del rey es caracterizando la intervención del monarca y/o de los miembros de su consejo en el ejercicio del poder de juzgar como rasgos contrarios al carácter moderado del gobierno monárquico y más bien representativos de un gobierno despótico (VI 5 y 6). En lo que respecta finalmente a la jurisdicción señorial, atendido EL II 4, ella pareciera integrar el diseño institucional de un gobierno monárquico moderado por la nobleza y es claro que Montesquieu consideraba a su presencia o ausencia una marca diferenciadora entre Francia e Inglaterra (respecto de Escocia, *infra*, sección III.1). Pero como se verá (secciones II.3 y II.4.A) ella no es tomada en consideración por Montesquieu para el análisis comparativo de las maneras monárquica y republicana de juzgar. Acerca de los tribunales soberanos franceses en la primera mitad del siglo XVIII y su organización, FORD, cit. (n. 20), pp. 35 y ss.

esas condiciones depende su independencia frente al monarca. Pero en EL no existe una descripción de las condiciones habilitantes de los jueces monárquicos comparable a la descripción de las prácticas republicanas. Montesquieu insiste en que el monarca no debe juzgar por sí mismo,<sup>45</sup> ni a través de su consejo,<sup>46</sup> sino que debe dejar el poder de juzgar a cargo de los súbditos, especialmente a cargo de esos cuerpos intermedios subordinados y dependientes que son los depositarios de las leyes.<sup>47</sup> También es claro que Montesquieu considera que el tribunal debe ser colegiado y no unipersonal.<sup>48</sup> Sin embargo, en cuanto al nombramiento de los jueces monárquicos, su duración en el cargo y su eventual remuneración, el libro VI es mudo. Una observación consignada en XI 11 (5) permite sostener que Montesquieu estimaba compatible con el principio de la independencia la designación de los jueces por el monarca.<sup>49</sup> Pero la conjetura más segura consiste en asumir que Montesquieu consideraba a la venalidad del cargo judicial como el rasgo institucional más congruente con la independencia del juez monárquico.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> EL VI 5 (5).

<sup>46</sup> EL VI 6 (1), (2).

<sup>47</sup> EL II 4 (10).

<sup>48</sup> EL VI 7. Que el carácter colegiado del tribunal sea condición de su legitimidad es también un principio "gótico" (XXX, 18 [5]). Según Erwin Hölzle, ésta sería la base de la afirmación de EL de que el jurado tendría su origen en los bosques de la Germania (HÖLZLE, Erwin, *Die Idee einer altgermanischen Freiheit vor Montesquieu*. München y Berlin, Verlag von R. Oldenbourg, 1925, p. 109).

<sup>49</sup> Refiriéndose a las monarquías de la antigüedad, Montesquieu observa que "[a]ún no se había descubierto que la verdadera función del príncipe era la de establecer los jueces, y no de juzgar él mismo" ("On n'avoit pas encore découvert que la vraie fonction du prince était d'établir des juges, et non pas de juger lui-même" (DEL/RC 411)). En el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura I (1742/43-1745) (DEL-MS/SM I 239).

<sup>50</sup> En V 19 (13) Montesquieu afirma que la venalidad de los cargos es conveniente en los gobiernos monárquicos, por oposición a los gobiernos despóticos, aunque no sea compatible con el principio republicano de la virtud; en XX 22 (4) Montesquieu alaba la nobleza de toga, propietaria de los cargos judiciales. Acerca de la venalidad de los cargos en el Antiguo Régimen, en especial de los cargos de los tribunales soberanos y su defensa por Montesquieu, FORD, cit. (n. 20), pp. 105 y ss.; GÖHRING, Martin, *Die Ämterkäuflichkeit im Ancien régime*, Berlin, Verlag Dr. Emil Ebering, 1938, pp. 308 y s. La crítica de Voltaire a EL V 19 (13) es bien conocida: *Commentaire sur l'Esprit des Lois*, fragmento XXVII, en: VOLTAIRE, *Oeuvres Complètes de Voltaire*, t. XXIX, París, De l'Imprimerie de la Société Littéraire-Typographique, 1784, pp. 378-379; sobre el punto, FELICE, *Per una scienza (...)*, cit. (n. 15) p. 89, en la nota 60; FELICE, *Los orígenes de (...)*, cit. (n. 15), pp. 129-130, en la nota 64.

Así como la moderación es una propiedad común al gobierno republicano y al monárquico, así también el goce de la libertad política puede darse en cualquier modo de gobierno moderado. El concepto de libertad política de Montesquieu es libertad individual, ya sea como ausencia de coacción en el margen de acción legalmente permitida o indiferente,<sup>51</sup> o como seguridad objetiva o subjetiva.<sup>52</sup> El carácter irreductiblemente individual de la libertad explica la relevancia asignada por Montesquieu al poder de juzgar como posible modo de abuso: es un poder "terrible para los hombres"<sup>53</sup> porque se ejerce sobre cada individuo en particular.<sup>54</sup> Por esta razón, la libertad política no está necesariamente vinculada a un determinado modo de gobierno, con tal que sea moderado. Según EL la asociación entre libertad política y gobierno republicano se debe a consideraciones basadas más bien en apariencias.<sup>55</sup> En rigor, como Montesquieu lo expresa en sus *Pensamientos*:

[E]s necesario concluir que la libertad política concierne a las monarquías moderadas como a las repúblicas, y no está más alejada del trono que de un senado; y todo hombre es libre cuando tiene un justo motivo de creer que el furor de uno solo o de varios no le destruirá la vida o la propiedad de sus bienes.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Éste es el concepto de libertad política ofrecido en su consideración con la constitución, que es el objeto de análisis del libro XI. En la concepción de Montesquieu, la libertad política presupone una sociedad en la que no se abusa del poder (XI 4 [1]). Dada la inclinación natural al abuso del poder, la relación de la libertad política con la constitución consiste en identificar el diseño institucional —"la disposición de las cosas"— que logre que "el poder detenga al poder" (XI 4 [2]). Una constitución que logre producir ese efecto hace posible que los individuos no sean constreñidos a hacer lo que la ley no manda ni a omitir lo que ella no prohíbe, o sea, a tener la única libertad que es posible en un Estado (XI 4 [2]).

<sup>52</sup> Éste es el concepto de libertad política ofrecido en relación con el ciudadano, que es el objeto de análisis del libro XII. Según Montesquieu, el aseguramiento constitucional de la libertad política no es suficiente para que el individuo goce efectivamente de libertad en el sentido de ausencia de temor a los demás. Las costumbres y las leyes civiles, dentro de las cuales las principales son las leyes criminales, pueden favorecer o contrariar el principio de libertad afirmado por la constitución, en la medida en que brinden o no seguridad personal.

<sup>53</sup> EL XI 6 (14).

<sup>54</sup> EL XI 6 (16). La contraposición entre un poder que ejerce la voluntad general del Estado y un poder que se aplica sobre un particular es fácilmente aplicable a las relaciones entre el poder legislativo y el poder de juzgar, más no así entre éste y el poder ejecutivo. La caracterización del conjunto de los actos del gobierno del monarca y sus ministros como "poder ejecutivo" en EL es reconocidamente deficitaria (*infra*, sección V).

<sup>55</sup> EL XI 2.

<sup>56</sup> Pensamiento 884: "[I]l faut conclure que la liberté politique concerne les monarchies modérées comme les républiques, est n'est pas plus éloignée du trône que d'un sénat; et tout

Esto corrobora que en EL no se encuentra una descripción de un único modo legítimo de ejercer el poder de juzgar. Existe una distinción firme entre el modo ilegítimo de ejercerlo —el del gobierno despótico— y el modo legítimo —el de los gobiernos moderados—. Pero al interior de los gobiernos moderados el análisis de Montesquieu siempre es comparativo, sin que exista una preferencia por alguna de las dos maneras concretas de ejercer la función judicial a mediados del siglo XVIII, la de la nobleza de toga en los parlamentos franceses, como concreción histórica del modo propio de la monarquía moderada, y la del pueblo en el jurado inglés, como versión idealizada del modo propio de la constitución moderna más favorable a la libertad.<sup>57</sup>

La idea de que Montesquieu impugna en EL la legitimidad del modo monárquico de juzgar y afirma la legitimidad exclusiva del modo republicano, que se encuentra en la raíz del mito,<sup>58</sup> no es correcta. Lo que Montesquieu hace en EL es afirmar el principio fundamental de la independencia del

homme est libre qui a un juste sujet de croire que la fureur d'un seul ou de plusieurs ne lui ôteront pas la vie ou la propriété de ses biens" (P-1991 365). Pensamiento 631 en la clasificación de Barckhausen, catalogado en la sección III, dedicada a las "Obras y fragmentos de obras inéditos de Montesquieu" (P-1909, I 414-416). En P-MS el pensamiento 884 se encuentra en el archivo ii, desde el folio 6 anverso (*in fine*) hasta el folio 7 reverso. Este pasaje, anticipado por el Pensamiento 751 (P-1991 342), es considerado como el principal fragmento sobreviviente del ensayo sobre la libertad política que Montesquieu elaboró entre 1734 y 1739 en un manuscrito, recogido en parte en el libro XI y luego perdido; al respecto DE DUN, Annelien, "On Political Liberty: Montesquieu's Missing Manuscript", *Political Theory*, N° 39, 2011, pp. 181-204.

<sup>57</sup> Conforme, OGOREK "De l'Esprit (...)", cit. (n. 10), pp. 68-69.

<sup>58</sup> Esta idea es fundamental en la invocación de Montesquieu que hizo Garat en 1801. Según Garat, en EL se encontraría una crítica a la complejidad de las leyes y la artificialidad de la jurisprudencia en el gobierno monárquico. GARAT, cit. (n. 3), pp. 155-156. Lo que se encuentra en EL es una observación de esa complejidad y artificialidad como hechos consistentes con la naturaleza y el principio del gobierno monárquico (VI 1 (1), (2) y [3]). Al mismo tiempo, Montesquieu observa que la prioridad por simplificar las relaciones es propia del absolutismo, que se preocupa más por las dificultades de la complejidad que por la libertad de las personas (VI 2 [6]). Como ejemplos de personajes que al tender al absolutismo se preocupan de simplificar la complejidad, Montesquieu menciona en nota a pie de página a César y a Cromwell. En el manuscrito de EL eran mencionados sin embargo Luis XIV y Vittorio Amadeo de Saboya (DEL-MS/BNF I folio 200 reverso, DEL-MS/SM I 99). La mención originaria corresponde a la escritura H (1741-1742/43); la mención a César y a Cromwell (que incluía además a Sila) corresponde a la escritura del propio Montesquieu (1742/43-1745). La tendencia absolutista manifestada en la preocupación por reducir la complejidad no es por lo tanto un problema exclusivo de la monarquía, sino compartido por la república, tanto si se inclina al imperio (César) como al gobierno popular (Cromwell).

poder de juzgar y comparar dos modos alternativos en que ese principio puede concretarse.<sup>59</sup> En la afirmación del principio se puede advertir una tesis de teoría política normativa; la comparación de los modos alternativos de su concreción es predominantemente descriptiva.

### 3. Primera desmitificación: el contexto del capítulo 3 del libro VI

El capítulo 3 del libro VI de EL comprende tres párrafos. Geny cita una oración de cada uno de ellos, sin dar cuenta cabal del contenido de los párrafos a que pertenecen. Los transcribo subrayando las oraciones que cita Geny:

#### Libro Sexto

*Consecuencias de los principios de los distintos Gobiernos en relación con la simplicidad de las leyes civiles y criminales, la forma de las sentencias y el establecimiento de las penas*

#### Capítulo III

*En qué gobiernos y en qué casos se debe juzgar según un texto preciso de la ley*

- 1 Cuanto más se aproxima el gobierno a la república, más fija se vuelve la manera de juzgar; y era un vicio de la república de los Lacedemonios el que los éforos juzgasen arbitrariamente, sin leyes para dirigirlos. En Roma, los primeros cónsules juzgaron como los éforos: comprobados los inconvenientes se hizo leyes precisas.

<sup>59</sup> La idea opuesta a la del mito, esto es, que Montesquieu desconfiaba del modo republicano de ejercer el poder de juzgar y favorecía el modo monárquico, tiene su principal defensor en CARRITHERS, *Montesquieu and the (...)*, cit. (n. 13), pp. 295, 311. La apreciación de Carrithers se basa en el hecho de que Montesquieu nunca proponga en EL la sustitución del modo monárquico por la manera inglesa. También cita en favor de su tesis EL VI 5 (3), donde Montesquieu alaba la decisión de Solón de someter al Aerópago la revisión de la decisión del pueblo. Pero esos argumentos no prueban su tesis: una asamblea no es equivalente al jurado como tribunal y la actitud de Montesquieu es enteramente consistente con el carácter descriptivo y condicional de su comparación. En todo caso, si debe reconocerse una diferencia entre el modo republicano y el modo monárquico de juzgar: el tribunal integrado por legos nunca tiene competencia plena según Montesquieu.



- 2 En los estados despóticos no hay ley: el mismo juez es su regla. En los estados monárquicos hay una ley: y allí donde ella es precisa el juez la sigue; allí donde no lo es, busca su espíritu. En el gobierno republicano es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual se pueda interpretar una ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida.
- 3 En Roma, los jueces fallaban solamente si el acusado era culpable de un delito determinado, y la pena se hallaba en la ley, según se ve en varias leyes que fueron hechas. Igualmente, en Inglaterra los jurados deciden si el acusado es culpable, o no, del hecho que se les ha traído ante ellos; y, si él es declarado culpable, el juez pronuncia la pena que la ley inflige para ese hecho: y para eso no necesita más que ojos.<sup>60</sup>

El libro VI pertenece a la primera parte de EL. El objetivo de esta primera parte es el examen comparativo de los gobiernos moderados entre sí y frente al gobierno despótico. En el libro II son comparadas las naturalezas de los distintos gobiernos y en el libro III son comparados sus distintos principios. En los libros siguientes son contrastadas conforme a su correspondencia con cada principio las leyes relativas a la educación (libro IV) y en general (libro V). Como su epígrafe lo indica, el libro VI prosigue

<sup>60</sup> "Livre sixieme-consequences des principes des divers gouvernements par rapport a la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugemens et l'établissement des peines/ chapitre iii-dans quels gouvernements et dans quels cas on doit juger selon un texte précis de la LOI-Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe; et c'étoit un vice de la république de Lacédémone, que les éphores jugeassent arbitrairement, sans qu'il y eût des lois pour les diriger. À Rome, les premiers consuls jugèrent comme les éphores: on en sentit les inconvénients, et l'on fit des lois précises.-Dans les États despotiques, il n'y a point de loi: le juge est lui-même sa règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi: et là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie.-À Rome, les juges prononçoient seulement que l'accusé étoit coupable d'un certain crime, et la peine se trouvoit dans la loi, comme on le voit dans diverses lois qui furent faites. De même, en Angleterre, les jurés décident si l'accusé est coupable, ou non, du fait qui a été porté devant eux; et, s'il est déclaré coupable, le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait; et pour cela il ne lui faut que des yeux". (DEL/RC 311). En el manuscrito los tres párrafos corresponden a la escritura I (1742/43-1745), que se entiende consistir en una copia de un texto previo. El § 3 del manuscrito difiere considerablemente del texto publicado en 1748 (*infra*, sección II.8), y éste a su vez difiere del texto publicado en 1757/58 (*infra*, sección 2.9). La numeración del capítulo corresponde a la escritura N° (antes: 1, 2).

este examen comparativo analizando qué consecuencias se derivan de los distintos principios de cada gobierno para la simplicidad de las leyes civiles y criminales (lo que corresponde a los capítulos 1 y 2), a la forma de los juicios (capítulos 3 a 7) y al establecimiento de las penas (capítulos 8 a 21). Esta última sección del libro VI, junto con el libro XII, es responsable de la celebridad de EL como escrito programático para la crítica y reforma del derecho penal del Antiguo Régimen, sirviendo de impulso originario al género de los planes de legislación criminal, que a su vez sirvió de antecedente para la codificación penal europea del siglo XIX. El hecho de que este discurso incluyera dentro de sus principios la estricta sujeción de la condena a la ley penal (principio de legalidad del delito y de la pena) es una de las causas principales de la asociación de  $\phi$  con una metodología jurídica vinculada a ese principio, fundamentalmente a la prohibición de la generalización del alcance de la disposición legal que describe el delito y establece la pena más allá de su sentido literal posible (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Éste es sin duda el sentido con que Geny extracta las oraciones de VI 3 (2) y (3).

No puede negarse que apreciados en conjunto ambos párrafos admiten ser leídos como una afirmación embrionaria de la relación existente entre la legalidad penal y el gobierno republicano. Pero de eso no se sigue la corrección de la lectura mítica. Esa lectura se basa en dos consideraciones: (i) asume que Montesquieu manifiesta en VI 3 (2) una preferencia ideológica o metodológica por el modo republicano de ejercer el poder de juzgar, y (ii) entiende que el ejemplo de VI 3 (3), que concreta el principio de la sujeción del juez a la ley, se encuentra en la determinación de la pena aplicable al condenado. Ambas consideraciones son erróneas. El análisis contextual conduce a la conclusión de que la clave del diseño institucional republicano es la concreción del principio de legalidad en la competencia restringida del jurado y que ese diseño no es preferido al diseño institucional que es propio del gobierno moderado monárquico.

La declaración con que Montesquieu abre este capítulo obliga a precisar cuál es el sentido de la fijeza como propiedad que caracteriza gradualmente la manera de juzgar: más en los gobiernos moderados que en los despóticos y más en los gobiernos republicanos que en los monárquicos. La inclinación natural del discurso jurídico, subyacente a la lectura que hace el mito,

es entender la expresión “fija” (*fixe*) como “fijada” (*fixé*), en el sentido de (conforme a una oración) escrita en un texto dotado de autoridad. Aunque eso parece plausible,<sup>61</sup> un examen detenido del contexto general de la primera parte de EL demuestra que la propiedad de ser “fijo(a)”, en tanto rasgo políticamente valioso, no consiste primariamente en la fijación por escrito de una regla o la correspondencia de la justificación de una decisión a un texto dotado de autoridad, sino en la estabilidad de una institución, regla o decisión.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> En VI 3 (1) se afirma que en los gobiernos despóticos no hay leyes escritas, en los monárquicos hay sujeción a la letra de la ley si ella es precisa, en los gobiernos republicanos hay sujeción incondicional a la letra de la ley que determina la pena con precisión. El epígrafe del capítulo 3, además, explícitamente plantea como objeto de la sección respectiva la cuestión de “en qué gobiernos y en qué casos se debe juzgar según un *texto* preciso de la ley”.

<sup>62</sup> En II 1 se caracteriza a la monarquía por el hecho de gobernar mediante leyes “fijas y establecidas” (*lois fixes et établies*). Dado que la positivación de las leyes se expresa en su propiedad de “establecidas”, entender “fijas” como “fijadas” equivaldría en este contexto a hacer la expresión redundante; entenderla, en cambio, en el sentido de “estables” implica dotar a las leyes del gobierno monárquico de una propiedad valiosa para los súbditos. La fórmula “leyes fijas y establecidas” en EL es un eco de la fórmula empleada por Locke para caracterizar el ejercicio legítimo del poder legislativo, negándole la facultad para gobernar mediante decretos extemporáneos arbitrarios y considerándolo obligado a dispensar justicia mediante “leyes promulgadas permanentes” (“promulgated standing Laws”: *Second Treatise of Government*, capítulo XI, § 136; también § 137: “settled standing Laws”: en LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, edited with an Introduction and Notes by Peter Laslett. Cambridge, University Press, 2013, 24ª impresión [1960, 1970]), pp. 358, 359). Esto distingue a la monarquía del despotismo, donde nada puede ser “fijo”, dado que en ese Estado sólo existe la voluntad momentánea y caprichosa del déspota (II 4 [1]). Ésa es la razón por la cual el honor no puede ser el principio del gobierno despótico: dado que el honor tiene sus leyes y sus reglas, sólo puede encontrárselo como principio en un Estado donde la constitución sea “fija” (III 8 [2]). De ahí la ventaja del gobierno monárquico sobre el despótico: la pluralidad de órdenes subordinados al príncipe hace al Estado más “fijo” (v II 1 [1]). En estos tres pasajes el sentido de “fijo” es “estable” y no “fijado en un texto dotado de autoridad”: lo incompatible con el despotismo no es la fijación por escrito de la voluntad del déspota, sino la estabilidad de su voluntad; la estabilidad de la constitución no supone su fijación por escrito en el pensamiento político de mediados del siglo XVIII y la firmeza del Estado es una propiedad equivalente a la condición “insacudible” (*inébranlable*) de la constitución. El pasaje más expresivo de este sentido del término “fijo(a)” es el que tematiza la relativa complejidad de las leyes del gobierno monárquico. Allí Montesquieu afirma que las decisiones de los tribunales tienen que ser conservadas y aprendidas, para que se juzgue hoy como se juzgaba ayer y para “que la propiedad y la vida de los ciudadanos estén aseguradas y sean fijas como la constitución misma del Estado” (V 1 (1): “Elles [*i. e.*, las decisiones de los tribunales] doivent être conservées; elles doivent être apprises, pour que l’on y juge aujourd’hui comme l’on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution même de l’État”, DEL/RC 307). Entender en este pasaje

En cada gobierno moderado debe identificarse qué reglas o instituciones proveen estabilidad a la manera de juzgar, como una propiedad opuesta a la arbitrariedad. En VI 1 (1) se afirma para el gobierno monárquico que debe haber conservación y estudio de las decisiones pasadas, y en caso de eventual acumulación de decisiones contradictorias, corrección mediante ley (VI 1 [7]). Como se verá luego (sección II.4), en VI 4 y en XI 18 (4) se describe el conjunto de reglas e instituciones que aseguran la estabilidad en la manera de juzgar republicana atendiendo al hecho de que los integrantes de los tribunales son personas legas: la presentación formalizada del caso, la reducción de las posibilidades de decisión a dos o tres opciones simples, y, tratándose del derecho privado romano, el reenvío de la cuestión de derecho al tribunal de los centunviro.

El capítulo 3 del libro VI se ocupa de otra institución aseguradora de la estabilidad del ejercicio del poder de juzgar, común a los gobiernos moderados, cual es la vinculación de la decisión judicial a las leyes permanentes y establecidas. El principio fundamental enunciado en VI 3 (1) se refiere a la contraposición entre los gobiernos moderados y el gobierno despótico: en éste no se juzga conforme a la ley porque no hay leyes que observar, en aquellos sí las hay y deben ser observadas por los tribunales.

Una pieza clave de la lectura del mito es VI 3 (2). Es el único pasaje de EL que explícitamente se refiere a la interpretación de la ley como operación incluida o excluida del ejercicio del poder de juzgar. El concepto de interpretación de la ley no es neutral a la metodología jurídica dominante en cada cultura jurídica o defendida por una teoría normativa de la interpretación.<sup>63</sup> Para entender cómo concibe Montesquieu la interpretación

“fijas” por “fijadas” está completamente fuera de lugar: la condición de la libertad política es la estabilidad de la propiedad y de la seguridad corporal del individuo. Esto no quita que en EL también se use la forma verbal “fijar” (*fixer*) para describir la determinación de una regla mediante una ley; así: II 2 (5), (16), (23); II 3 (8); V 5 (12).

<sup>63</sup> Por eso no debe asumirse anacrónicamente que Montesquieu entienda por “ley precisa” una disposición que no presenta problemas de indeterminación lingüística. La precisión de la ley es desde luego determinación semántica o sintáctica, pero también corrección pragmática e incluso pertinencia (*i. e.*, preexistencia de una regla manifestamente aplicable al caso). Qué clase de razones pragmáticas valen como fundamento de una interpretación correctiva de la letra de la ley o de la formulación de una regla para el caso es la pregunta clave de la teoría de la interpretación posterior al humanismo (que era generoso en la admisión de esas razones) y

de la ley según su espíritu, es decir, qué clase de problemas resuelve la interpretación y conforme a qué criterios los resuelve, es indispensable relacionar EL con el contexto de la práctica judicial de los parlamentos franceses. Ese contexto corresponde a lo que Jacques Krynen denomina “querella de la interpretación”, esto es, un conflicto permanente entre los monarcas franceses y los parlamentos relativo al poder de éstos para formular las normas conforme a la equidad.<sup>64</sup> La máxima expresión de una voluntad real restrictiva del poder de interpretar las leyes se encuentra en los artículos VI y VII del Título I de la Ordenanza Civil de abril de 1667 de Luis XIV, que prohibían dispensar, moderar o interpretar las disposiciones establecidas por el rey (ordenanzas, edictos, declaraciones y cartas patente) bajo pretexto de equidad, bien público, aceleración de justicia, duda o dificultad.<sup>65</sup> La expresión más conocida en la primera mitad del siglo XVIII de la legitimidad de la posición de los parlamentos, incluso bajo la Ordenanza

anterior a la codificación (que sólo admite consideraciones con apoyo institucional). Si se mide la cultura jurídica francesa por la obra de Robert Joseph Pothier (1699-1762), el repertorio de razones válidas en esa cultura es considerablemente mayor que el admitido por la cultura jurídica alemana, medida por el común denominador de la obra de Christian Thomasius (1655-1728) y Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). Al respecto, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El mito de Domat”, en GREZ HIDALGO, Pablo *et al.*, *Una vida en la Universidad. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Santiago de Chile, Thompson, 2013, pp. 263-349, especialmente p. 313, nota 95.

<sup>64</sup> KRYNEN, Jacques, *L'État de Justice France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Éditions Gallimard, 2009, pp. 139 y ss., especialmente pp. 158 y ss.

<sup>65</sup> “Article VI. Voulons que toutes nos Ordonnances, Edits, Déclarations & Lettres Patentes, soient observées (i) tan aux jugemens des Procès qu'autrement, sans y contrevenir; ni que sous prétexte d'équité, bien public, accélération de la Justice, ou de ce que nos Cours auroient à Nous représenter, elles ne les autres Juges s'en puissent dispenser, ou en modérer les dispositions, en quelque cas, & pour quelque cause que ce soit./Article VII. Si dans les jugemens des Procès qui seront pendans en nos Cours de Parlement, & autres nos Cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos Ordonnances, Edits, Déclarations & Lettres Patentes; Nous leur défendons de les interpreter: mais voulons qu'en cas elles ayent à ser retirer pardevers Nous pour apprendre ce qui sera de nostre intention”. (JOUSSE, Daniel, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Civile du mois d'Avril 1667*, t. I, Nouvelle Edition, corrigée & augmentée: Par M<sup>re</sup>\*\*\* Conseiller au Présidial d'Orléans, Paris, Chez Debure, 1757, pp. 5-6). Cabe observar que la Ordenanza no prohibía del todo la corrección del derecho preexistente mediante la equidad: abiertos a esa operación quedaban el derecho romano y el derecho consuetudinario francés (ZWALVE, W. J., “The Equity of the Law: Law and Equity since Justinian”, en KOOPS, E., ZWALVE, W. J., *Law and Equity. Approaches in Roman Law and Common Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 17-38, 28).

Civil de 1667, se encuentra en la IX<sup>a</sup> Mercurial (1706) de Henri François D'Aguesseau (1668-1751), abogado general ante el Parlamento de París y posteriormente canciller de Francia, que lleva por título *La autoridad del Magistrado y su sumisión a la autoridad de la Ley*. D'Aguesseau critica al magistrado ambicioso que pretende una presuntuosa libertad de decisión y que considera a la ley como un yugo servil, sosteniendo que la equidad que ese magistrado invoca como pretexto no es aquella equidad que se identifica con el espíritu mismo de la ley y que por lo tanto no infringe la Ordenanza, que él describe del siguiente modo:

Primer objeto del legislador, depositaria de su espíritu, compañera inseparable de la ley, la equidad jamás puede ser contraria a la ley misma. Todo lo que ofende a esta equidad, verdadero origen de todas las leyes, no se opone menos a la justicia: el legislador lo hubiera condenado si lo hubiera podido prever; y si el Magistrado, que es la ley viva, puede suplir entonces el silencio de la ley muerta no es para combatir la regla, sino para cumplirla más perfectamente.<sup>66</sup>

En la concepción de D'Aguesseau, que puede entenderse pacíficamente como la concepción que subyace a la descripción del modo monárquico de juzgar en EL,<sup>67</sup> la interpretación de la ley según su espíritu abarca desde luego

<sup>66</sup> “Premier objet du Législateur, dépositaire de son esprit, compagne inséparable de la Loi, l'Équité ne peut jamais être contraire à la loi-même. Tout ce qui blesse cette équité, véritable source de toutes les loix, ne résiste pas moins à la justice: le Législateur l'auroit condamné, s'il l'avoit pu prévoir; & si le Magistrat qui est la loi vivante, peut suppléer alors au silence de la loi morte ce n'est pas pour combattre la règle, c'est au contraire pour l'accomplir plus parfaitement”. (*Œuvres de M. le Chancelier D'Aguesseau*, Tome Premier, contenant les Discourses pour l'Ouverture des Audiences, Les Mercuriales, Les Réquisitoires & autres Discours faits en différentes occasions, Les Instructions sur les Etudes propres à former un Magistrat, & autres Ouvrages sur quelques-uns des objets de ces Etudes. Paris, Chez le Libraires Associés, 1759, p. 127). Para la traducción ofrecida en el texto se ha tenido presente las *Arengas y Discursos del Canciller D'Aguesseau*, t. I, traducidos del francés por D. Joseph de Alarcón Torrubia, Madrid, En la Oficina de García y Compañía, 1804, p. 291.

<sup>67</sup> El nexo entre D'Aguesseau y Montesquieu se encuentra en la obra de Jean Domat (1625-1696), quien establece una relación de identidad entre los conceptos de la equidad y del espíritu de las leyes, para defender un ideal de racionalidad sistemática. BASCUÑÁN, cit. (n. 63), pp. 321 y ss. Existe una obra de Montesquieu equivalente en su género a la mercurial de D'Aguesseau, el discurso que pronunció en 1725 con ocasión de la reanudación de funciones del Parlamento de Burdeos (*infra*, nota 270). El texto no contiene sin embargo consideraciones de metodología jurídica, sino que caracteriza las virtudes del magistrado de modo muy semejante a otras mercuriales del mismo D'Aguesseau. Para una apreciación de su importancia

la inclusión del caso no comprendido en la letra de la ley (corrección de la infrainclusividad mediante interpretación extensiva) y también la exclusión del caso comprendido en su letra (corrección de la sobreinclusividad mediante interpretación restrictiva). Reformular la regla conforme a la equidad que inspira la ley es devolver la vida del espíritu a la letra muerta de la ley. Por lo tanto, interpretar la ley siguiendo su espíritu no es una operación distinta de moderar su excesivo rigor. El poder para hacerlo corresponde a la naturaleza del modo monárquico de juzgar; la ausencia de ese poder, al modo republicano. El mito lee esta comparación como una afirmación de la legitimidad exclusiva del modo de juzgar republicano, o, lo que es lo mismo, como una crítica a la legitimidad del modo de juzgar monárquico. Ésa es, conocidamente, la posición de Cesare Beccaria (1738-1794) en el § 4 de *De los delitos y las penas* (1764), donde declara que no hay cosa más peligrosa que el axioma común de que se debe consultar el espíritu de la ley.<sup>68</sup> Pero ésta no es una lectura verosímil de EL.

Comprensiblemente, el hecho de que el modo republicano de ejercer el poder de juzgar corresponda a lo que Montesquieu describe en XI 6 como el modo de juzgar conforme a la constitución de Inglaterra ha generado la impresión de que Montesquieu favorece esa manera de juzgar en VI 3. Esa lectura tiene a su favor el hecho de que VI 3 fuera redactado con posterioridad a XI 6. Sin embargo pierde de vista que en la primera parte de EL lo que está en juego es demostrar que el régimen monárquico moderno puede ser un gobierno moderado y distinguirse así del gobierno despótico. Atribuir a VI 3 (2) el sentido de una impugnación de la legitimidad del modo de juzgar propio del gobierno monárquico es inconsistente con todo lo dicho por Montesquieu acerca de la monarquía en esta primera parte de su obra. Esto es además visible en el libro VI, donde el eje temático de los capítulos 3 a 7 es precisamente la descripción del modo monárquico moderado

como planteamiento crítico respecto de la administración de justicia en Francia. DESGRAVES, Louis, "Montesquieu et la justice de son temps". CARRITHERS, David W.; COLEMAN, Patrick (eds.) *Montesquieu and the Spirit of Modernity*. Oxford, Voltaire Foundation, 2001, pp. 205-211.

<sup>68</sup> *Dei Delitti e delle Pene*, Nuova edizione corretta e accresciuta, París, della raccolta di Cazin, 1786, p. 14. Para un caso ejemplar de lectura de EL como anticipación de Beccaria, CATTANEO, Mario A., *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 31-43. Cattaneo constata que Montesquieu "se pronuncia en favor del jurado popular, bajo el modelo del derecho inglés" (p. 34) y a pesar de ello interpreta φ y VI 3 en el sentido del mito.

de juzgar y su distinción frente al modo despótico. Los capítulos 3 y 4 lo comparan con el modo republicano equiparándolos en su moderación; el capítulo 5 demuestra que la moderación exige que el monarca no ejerza el poder de juzgar; el capítulo 6 extiende esa demostración a los ministros del monarca, y el capítulo 7 afirma la integración colegiada de los tribunales como condición de la moderación del gobierno. Apreciados en conjunto VI 3 y VI 4 ofrecen una descripción más bien elogiosa del modo monárquico de juzgar, fundamentalmente desde la perspectiva de la jurisdicción sobre asuntos civiles. En VI 4 se consigna la apreciación favorable a la manera arbitral de formar las sentencias por los jueces monárquicos, que hace a su jurisprudencia un equivalente a una práctica judicial del derecho pretorio. Al inicio de ese capítulo se observa que dicho rasgo se deriva de la manera de juzgar según el texto de la ley que ha sido descrita en VI 3. Eso demuestra que el hilo conductor entre los dos capítulos descansa en la descripción del modo monárquico de juzgar: en general en VI 3 y en especial sobre asuntos civiles en VI 4.<sup>69</sup> Por eso, de la prohibición de interpretación establecida para los jueces republicanos no puede concluirse *a contrario sensu* que el tribunal monárquico esté facultado para interpretar la ley contra el ciudadano. Tal conclusión no es consistente con la importancia que Montesquieu atribuye a observar las formalidades en los juicios. Si en el gobierno monárquico las investigaciones judiciales deben ser escrupulosas porque afectan no sólo la vida y los bienes, sino el honor,<sup>70</sup> si la meticulosidad del juez aumenta en la medida en que se pronuncia sobre mayores intereses<sup>71</sup> y si a nadie se priva de su honor ni de sus bienes sino después de un largo examen,<sup>72</sup> entonces resulta incomprensible que el juez tenga una amplia facultad para interpretar la ley contra los intereses del acusado. Lo más congruente con la

<sup>69</sup> Por contraste, el tratamiento del modo republicano de juzgar en VI 3 y VI 4 responde más bien a la necesidad de comparación con el modo monárquico que a un plan interno. En VI 3 (2) se enuncia el principio opuesto; en VI 3 (3) se lo ejemplifica con el juicio criminal romano —presumiblemente la *questio perpetua*— y el juicio por jurado inglés; en VI 4 (1) se describe como manera de formar la sentencia opuesta al modo arbitral de los jueces monárquicos una práctica del procedimiento civil romano asumiendo que corresponde a un tribunal pluripersonal, y en VI 4 (3) se presenta a la concesión de acciones de buena fe por el pretor, dentro de ese procedimiento, como práctica más afín al espíritu de la monarquía.

<sup>70</sup> EL VI 1 (2), (3).

<sup>71</sup> EL VI 2 (2), (3), (5).

<sup>72</sup> EL VI 2 (6).

descripción que Montesquieu hace del modo de seguir la ley que es propio del juez monárquico es entender que ese juez no está impedido de buscar el espíritu de la ley para evitar un exceso en la afectación del interés del ciudadano al aplicar la ley.

En rigor, si alguna preferencia metodológica hubiera que atribuir a Montesquieu sería en favor del modo monárquico de juzgar, en su condición de punto medio entre la arbitrariedad del modo de juzgar despótico y la fijeza extrema del modo de juzgar republicano.<sup>73</sup> No debe perderse de vista que para el horizonte de referencia de la cultura jurídica francesa de la época la prohibición de interpretar la ley referida a un juez letrado competente para pronunciarse acerca de la cuestión de derecho expresaba un objetivo del proyecto político del absolutismo, expresado en la Ordenanza Civil de Luis XIV. En su contexto histórico y cultural inmediato VI 3 y VI 4 deben ser leídos como una advertencia de Montesquieu acerca de la incompatibilidad de esas pretensiones absolutistas con la naturaleza de la constitución de una monarquía moderada.

El mito lee además VI 3 (2) como una prohibición dirigida a jueces-magistrados con amplia competencia para resolver las cuestiones de hecho y derecho. Pero basta con leer el capítulo en su integridad para advertir que en el gobierno republicano el poder de juzgar es ejercido por legos. Eso queda explicitado en VI 3 (3).

Si Geny hubiera transcrito íntegramente la oración a la que pertenece el fragmento que cita de VI 3 (3), desde su inicio, la relación entre los tribunales ingleses y el jurado habría quedado de manifiesto en su secuencia. No se requiere más que echar una mirada al párrafo para advertir que el juez-magistrado allí identificado, el que Geny cita, no es un juez que conoce del hecho y el derecho, sino uno que interactúa con un jurado que conoce del hecho, y que declara la pena aplicable por la ley al delito cuando el jurado da un veredicto condenatorio. Esto abre la cuestión de si la fijeza de la manera de juzgar basada en el seguimiento de la letra de la ley, afirmada

<sup>73</sup> Conformes, OGOREK, "*Die erstaunliche Karriere (...)*", cit. (n. 10), pp. 90-91; CARRESE, cit. (n. 13), pp. 35-39.

en VI 3 (2), se refiere en el ejemplo de VI 3 (3) a la condena por los jueces legos o la determinación de la pena por el juez magistrado.

Geny opta obviamente por la segunda alternativa.<sup>74</sup> Así entiende el pasaje también Regina Ogorek.<sup>75</sup> Esa lectura tiene cierto apoyo en el texto.<sup>76</sup> Sin embargo, si se lee de esta manera VI 3, el pasaje pierde toda relevancia metodológica, como bien lo observa Ogorek. Es curioso que el mito nunca haya reparado en el costo que esta lectura tiene para su tesis. Si se concede a Geny que la determinación de la pena por el juez representa en VI 3 (3) el caso ejemplar de aplicación del principio republicano, no puede derivarse un principio de metodología jurídica como el que el mito atribuye a  $\phi$ . Pues si ése es el momento institucional relevante, entonces se vuelve irrelevante la sujeción a la letra de la ley como principio general de metodología jurídica incluso en los juicios criminales. Conforme a sus propios términos, se trataría de una cuestión de determinación judicial de la pena que es enteramente dependiente de la técnica legislativa empleada. Allí donde la ley establece una pena fija e imperativa el juez encargado de pronunciar la sentencia en caso de condena por el jurado no puede aplicar otra pena que la legal.<sup>77</sup> Ése era, efectivamente, el caso de la legislación penal romana e

<sup>74</sup> También es representativo de este punto de vista Neumann, quien describe la caracterización del juez republicano en VI 3 (2) como "una judicatura independiente aplicando reglas rígidas y fijas" (NEUMANN, cit. [n. 13], p. 125), sin advertir que se trata de tribunales de jurado tal como en Inglaterra, donde sí los constata (p. 132). De modo semejante, Simone Goyard-Fabre desvincula el formalismo legal republicano de las necesidades operativas del juicio por legos, afirmando su significación política como liberación mediante la ley (GOYARD-FABRE, Simone, *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1979, pp. 231-232).

<sup>75</sup> OGOREK, "*De l'Esprit (...)*", cit. (n. 10), pp. 76-78; OGOREK, "*Die erstaunliche Karriere (...)*", cit. (n. 10), pp. 91-93.

<sup>76</sup> La declaración de la pena legal por el juez-magistrado una vez emitido el veredicto de condena es fácilmente entendible como la situación de un juez al que está prohibido aplicar una pena que no se "halla en la ley" o que no es "infligida por la ley al hecho" en contra del interés del condenado.

<sup>77</sup> Esta es la tesis de Ogorek. En contra del mito Ogorek sostiene: (i) que el juez-magistrado de VI 3 (3) no es un juez competente para conocer de la cuestión de hecho (eso lo decide el jurado); y, (ii) que el principio afirmado en VI 3 (2) solo expresa una técnica de determinación de la pena que no es generalizable como metodología jurídica. Ogorek hace la misma lectura de XI 6 (17) y  $\phi$ . Su posición es un caso peculiar de crítica parcial al mito y sumisión al mito en la parte no alcanzada por la crítica.

inglesa.<sup>78</sup> Por lo mismo, allí donde la ley no establezca una pena fija, sino solo un marco penal y deje a cargo del juez la determinación puntual de la pena por referencia a ese marco, allí el principio fundamental de la manera republicana de juzgar deviene totalmente irrelevante.<sup>79</sup>

Pero no puede concederse a Geny ni a Ogorek que la determinación de la pena por el juez-magistrado sea el caso principal de relación entre la ley y el modo republicano de juzgar. El hecho de que se tienda a verlo de ese modo demuestra el extraordinario poder que tiene la asunción del mito como presupuesto hermenéutico. Porque se trata de una lectura que es ciega al dato elemental del texto. En el nivel más básico de análisis literal de VI 3 (2) y VI 3 (3), lo que se tiene es una descripción general del modo de ejercer el poder de juzgar en el gobierno republicano —“los jueces sig[ue]n la letra de la ley”— y dos ejemplos que corroboran esa descripción: Roma e Inglaterra. En uno y otro ejemplo, Montesquieu describe como primera actuación de la práctica republicana el veredicto. En Roma “los jueces falla[n] solamente si el acusado e[s] culpable de un delito determinado”. Estos jueces romanos son jueces legos elegidos por sorteo por una persona designada por el cuestor, que además preside el juicio a su nombre.<sup>80</sup> De

<sup>78</sup> Para el derecho penal romano, MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Berlin, Akademie Verlag, 1955 (1899), pp. 1037 y ss., contrastando la rígida determinación legal de la pena en el sistema legal republicano con la amplia facultad judicial de determinación de la pena en el sistema legal del imperio. Para el derecho penal inglés, LANGBEIN, John H., “The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution”, en PADOA SCHIOPPA, Antonio (ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Berlin, Dunker & Humblot, 1987, pp. 13-39, 36-37.

<sup>79</sup> El mismo Montesquieu concibió en sus *Pensamientos* un sistema de determinación de la pena que deja “al arbitraje de los jueces” su disminución en los casos más favorables para evitar su crueldad excesiva (Pensamiento 1897, P-1991, p. 581; Pensamiento 251 en la clasificación de Barckhausen: P-1909, I, p. 120; P-MS archivo III, folio 132). En una nota a pie de página a ese pensamiento, Montesquieu observa que ha introducido la idea de la moderación de las penas excesivamente crueles mediante una adición al capítulo 13 del libro VI. Efectivamente, la edición corregida póstuma de 1757/58 amplía el § 7 del capítulo en cuestión en ese sentido, pero radicando en la intervención del propio legislador, y no del juez, el modo institucional de moderar la pena “en los casos particulares más dignos de gracia” (DEL/RC 323). El uso del término “arbitraje” por Montesquieu para designar la discrecionalidad judicial es metodológicamente significativo, como se verá en la sección que sigue.

<sup>80</sup> EL XI 18 (11). La concordancia entre este pasaje y VI 3 (3) parece indicar que Montesquieu combinó en un mismo procedimiento y tribunal idealizados el juicio por acusaciones contra

ahí su equivalencia con el ejemplo de Inglaterra: “los jurados deciden si el acusado es culpable, o no, del hecho que se les ha traído ante ellos”. Es obvio que ésta es la actuación invocada por Montesquieu como ejemplo de la descripción general de juzgar siguiendo la letra de la ley. La intervención del juez-magistrado inglés declarando la pena aplicable es tan secundaria que ni siquiera tiene un equivalente en la descripción del juicio penal romano.

La manera en que el seguimiento de la letra de la ley se concreta en el veredicto de condena o absolución no es tan ostensible para el lector, particularmente el lector educado en el mito, como sí lo es la declaración de la pena aplicable en un contexto de determinación legal imperativa. Pero la lectura de VI 4 (*infra*, sección II.4.A) y de la redacción originaria de VI 3 (3) en el manuscrito de EL (*infra*, sección II.8) lo hace transparente: lo esencial de la estabilidad de la manera republicana de juzgar, lo que asegura que los jueces republicanos sigan la letra de la ley al juzgar, es que están constreñidos a resolver exclusivamente la cuestión de hecho. Esto explica además que no exista para los jueces republicanos la posibilidad institucional de que la ley no sea precisa: siempre lo es porque el hecho sobre el cual tiene que pronunciarse les es presentado (*porté devant eux*).

Así pues, si se estima que la lectura correcta del capítulo 3 del libro VI consiste en entender a la determinación de la pena como el caso ejemplar de aplicación del principio de sujeción a la letra de la ley, entonces se declara irrelevante al pasaje como clave interpretativa de  $\phi$ : no expresa un principio de metodología jurídica, sino un modo de distribución de competencia entre la ley y la sentencia judicial en la determinación de la pena, que es enteramente contingente como técnica legislativa.

Si en cambio se entiende que el principio republicano se expresa primariamente en la limitación del jurado por la instrucción del juez, porque eso es lo que hace posible su condición de tribunal competente exclusiva-

delitos privados, común al procedimiento civil, y el juicio criminal ante un jurado presidido por un magistrado, que fue la forma adoptada por el proceso penal ordinario romano de fines de la república y el principado (MOMMSEN, cit. [n. 78], pp. 175 y ss.). Conforme, criticando por ello a Montesquieu, DEL/BG I 391, nota 15 al libro VI. Cabe tener presente en todo caso que XI 18 (11) es considerablemente posterior a VI 3 (3): en el manuscrito el pasaje corresponde a la escritura N (1745-1746: DEL-MS/SM I 263).

mente para pronunciarse sobre el hecho, entonces se dispone de un rasgo elemental del diseño institucional republicano del poder de juzgar, que lo dota de estabilidad. Eso se deja extender a  $\phi$  pacíficamente. Ésta es la lectura correcta, como lo prueban las consideraciones que siguen.

En cualquiera de las dos lecturas debe tenerse presente que VI 3 no afirma un principio que en su alcance sea equivalente a  $\phi$ . Lo que VI 3 (2) declara excluido del poder de juzgar en el gobierno republicano es aquella corrección del tenor literal de la ley penal que intensifica su rigor en contra del interés del ciudadano. En cambio, lo que  $\phi$  declara excluido del poder de los jueces de la nación es la moderación del rigor de la ley en general. Por esta razón, si se identifica en VI 3 (2) una formulación embrionaria de la garantía de *lex stricta*, entonces no puede hacérselo equivalente a  $\phi$ : sólo atribuyendo a  $\phi$  y a VI 3 (2) el carácter de concreciones distintas de una misma metodología jurídica puede asimilárselos. Pero, por eso mismo, VI 3 (2) leído como principio de legalidad en sentido garantístico no puede valer como fundamento de esa atribución, pues probaría lo que presupone. Distinto es el caso si se atribuye a VI 3 (2) el carácter de una regla de distribución de competencia. Así entendido el pasaje, se mantiene la diferencia de alcance con  $\phi$ , pero la regla es la misma: el jurado no tiene poder para reformular las premisas normativas conforme a las cuales son identificados los hechos relevantes para su veredicto.<sup>81</sup>

#### 4. Confirmación del sentido contextual: *el procedimiento civil romano en el 'Espíritu de las leyes'*

En su secuencia Geny omite el capítulo 4 del libro VI. El mito lo ignora. Pero se trata de una sección crucial para comprender la teoría del poder de juzgar de Montesquieu, pues tematiza el ejercicio del poder de juzgar

<sup>81</sup> Ejemplar en la confusión de ambas perspectivas, Brethe de la Gressaye resume el capítulo sosteniendo que la independencia del juez exige que la ley fije el delito y la pena y que el juez no haga otra cosa que aplicar la ley a los hechos que le son sometidos, afirmando que "[l]a legalidad de los delitos y las penas es una garantía contra la arbitrariedad de los jueces y los caprichos de los gobernantes" (DEL/BG : 139). La lectura mítica transforma una regla de competencia relativa al jurado en una restricción metodológica referida al juez letrado.

en asuntos civiles y no deja dudas acerca de la prioridad institucional del jurado tratándose del gobierno republicano. Los tres párrafos que lo integran encuentran su complemento directo en dos párrafos relativos al procedimiento civil romano que Montesquieu incluyó en el capítulo 18 del libro XI. Asimismo, el tercer párrafo de VI 4 se vincula con el tratamiento del derecho sucesorio romano en el libro XXVII mediante un texto sobre la jurisprudencia romana que Montesquieu no incluyó en el manuscrito de EL. Este nexo permite apreciar un desarrollo en el pensamiento de Montesquieu, en un inicio más bien hostil a la idea de la corrección judicial del rigor literal de la ley, pero finalmente favorable a esa práctica institucional. Analizaré por separado los tres textos.

#### A. La manera de los árbitros

El capítulo 4 del libro VI consta de tres párrafos. Los transcribo:

[Libro Sexto]

#### Capítulo IV

##### *De la manera de formar las sentencias*

- 1 De lo anterior se siguen las diferentes maneras de formar las sentencias. En las monarquías los jueces adoptan la manera de los árbitros; deliberan juntos, se comunican sus pensamientos, se concilian; modifican su opinión para hacerla conforme a la de otro; las opiniones menos numerosas son incorporadas en las dos mayores. Esto no está en la naturaleza de la república. En Roma y en las ciudades griegas los jueces no se comunicaban: cada uno daba su opinión de una de estas tres maneras: absuelvo, condeno, no parece claro<sup>a</sup>: es que el pueblo juzgaba o se lo consideraba juzgar. Pero el pueblo no es jurisconsulto; todas esas modificaciones y moderaciones de los árbitros no son para él; hay que presentarle un solo objeto, un hecho, y solo un hecho, y solo tiene que ver si debe condenar, absolver o diferir la sentencia.
- 2 Los romanos, bajo el ejemplo de los griegos, introdujeron fórmulas de acciones<sup>b</sup>, y establecieron la necesidad de dirigir cada asunto según la acción que le era propia. Eso era necesario según su manera de juzgar: se tiene que establecer el estado de la cuestión para que el pueblo lo tenga siempre ante sus ojos. De otro modo, en el transcurso de un gran asunto, ese estado de la cuestión cambiaría continuamente y no se lo reconocería más.