

# LAS GRANDES CORRIENTES DEL DERECHO PENAL

La Ideología de la Escuela Clásica  
BECCARIA (Primera Parte)

DR. NÓDIER AGUDELO BETANCUR\*

## I

### INTRODUCCIÓN

#### *LA ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO DE BECCARIA*

La obra *De los delitos y de las penas* fue escrita en el año de 1764, o sea hace ya más de 200 años y, como obra vieja que es, muchos se pueden sentir tentados a desechar su estudio, pues piensan que en tantos años las situaciones que en última instancia la engendraron, ya han sido superadas. ¡Vana ilusión! ¿Se ha superado la pena de muerte? ¿Se ha superado la tortura? ¿Se ha humanizado el sistema penal tanto en el procedimiento como en la ejecución de la sanción? Si nos acercamos a nuestra dura realidad, dolorosamente hemos de reconocer que muy poco o nada se ha logrado avanzar en 200 años: al menos en lo que respecta a Latinoamérica la *pena de muerte* es de inusitada frecuencia; pero no se trata de que ella se reconozca como legítima en las constituciones políticas o en los códigos: al fin y al cabo lo decisivo no es lo que la ley diga sino la forma como las cosas ocurren desde el punto de vista material. Y en este sentido duele la realidad nuestra: la pena de muerte es ejecutada a diario, ora como manifestación de la violencia institucionalizada desde el mismo Estado<sup>1</sup>, ora por grupos políticos de tendencias diversas en teoría pero iguales o semejantes en la práctica de la barbarie.

\* Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> Aunque es cierto que la Constitución Política colombiana prohíbe de manera expresa la pena de muerte, su permisión se ha colado a veces revestida con el manto de la legalidad. Ejemplo de ello es el decreto 70 de 1978, según el cual se presumía que las muertes ejecutadas por las fuerzas oficiales “cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir o reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes” eran justificadas por la *legítima defensa*. Amparados por la legalidad, se justificaron muchos desmanes, como lo demostró con seriedad el profesor DARIÓ ARCILA ARENAS en su artículo “Las nuevas causales de justificación del hecho y los derechos y las garantías sociales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 19 a 75.

Nuestra comarca ha llegado a verse tan infestada de cadáveres como resultado, según las ligeras interpretaciones de los medios de comunicación, de "ajustes de cuentas" (las cuales no son sino ejecuciones que normalmente recaen sobre personas con antecedentes penales o "fichados" políticos), que el propietario de un predio semirrupestre colocó en su heredad una gran valla con la significativa (y macabra) advertencia: "se prohíbe votar cadáveres aquí"!!! (sic)<sup>2</sup>. ¿Y la tortura? Qué no decir de la tortura: ella también con inusitada frecuencia es solo vehículo que trasunta la más fiera violencia del Estado, principalmente cuando de la persecución de delitos políticos se trata. Pero no es solamente el Estado el que envilece al ciudadano (algunas veces disidente): la tortura es practicada también por mandatarios de oscuras tendencias políticas que consuman la pena de muerte, siendo con frecuencia la inflicción del dolor, la tortura con sangre, solo un paso progresivo hacia la ejecución o el desaparecimiento forzado de las personas maltratadas<sup>3</sup>. Pero es posible que la *tortura con sangre* no siempre se ejecute y que la *rueda* no sea ya un artefacto utilizado. Empero, no debe creerse que son menos atentatorios contra la dignidad humana actos tales como los "plantones" y la vendada de los ojos durante horas y días; la congestiva suspensión con la cabeza hacia abajo y la aplicación de "tábanos" eléctricos; la privación del sueño o el brusco despertar varias horas en la noche; el no dar de comer ni beber durante días y las inyecciones de pentotal; la violación de la mujer, incluso en presencia de su compañero o esposo; la presencia en la madrugada en el hogar de fuerzas del "orden" para prender presuntos autores de delitos y el "arriar" para las instalaciones oficiales también con mujeres y niños; el robo de estos; a veces, la elaboración de fotomontajes en los que el hombre o la mujer (según el caso) del preso aparece "jugándosela" a este, a juzgar por sus poses desnudas, o saliendo de tal o cual casa de prostitución, todo ello con el fin de desvalorizar ante sus ojos al ser amado e inducirlo a dóciles confesiones e imputaciones contra él. En fin, sería interminable la enumeración de los métodos de tortura física y moral (sin efusión de sangre del cuerpo aunque sí del sentimiento), corrientes en nuestros países y que se agudizan por tiempos en la propia Colombia. Como se ve, la tortura se utiliza todavía para martirizar la carne o, lo que es quizás peor aún, para vilipendiar la dignidad del hombre<sup>4</sup>.

Y ¿qué opinar del sistema penal en lo que a *procedimiento* se refiere? Un procedimiento penal a veces absurdo, un sistema judicial inoperante o no acorde

<sup>2</sup> Con valentía lo ha denunciado así HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ en su trabajo "Los Escuadrones de la Muerte", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 636 a 645.

<sup>3</sup> El desaparecimiento de personas ha llegado a ser tan cotidiano en Latinoamérica, que se ha llegado a proponer la represión expresa de tal conducta concretándola como delito en la ley penal. Véase al respecto a JUAN BUSTOS RAMÍREZ en "El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 11, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 265 a 273; puede verse también a ROSA DEL OLMO, "La detención-desaparecimiento en América Latina, crimen o castigo", en *Criminología Crítica*, 1, Seminario, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, págs. 37 a 62.

<sup>4</sup> Contra la tortura ejecutada por las fuerzas oficiales y su repercusión dentro de los procesos judiciales, ha levantado su voz el fiscal J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, en "Una teoría jurídica sobre la tortura", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 8, Medellín, Editorial Acosta, 1980, págs. 73 a 120.

con las necesidades del medio, que convierte en meses o años lo que en la ley dura apenas pocos días; deficiente dotación de los despachos judiciales, mala asistencia social para sus funcionarios, morosidad en los pagos, todo lo cual va en desmedro de la administración de justicia; insuficiencia de juzgados y de medios de investigación, lo que lleva al atiborramiento y a la impunidad; falta de defensa para los procesados de clase popular que no tienen con que pagar un abogado; esto para no dar sino unos ejemplos de una calamitosa situación.

Y no menos inquietante se nos muestra el aspecto de la *ejecución de las sanciones*. Nuestras cárceles son antros en donde es imposible la resocialización como uno de los pretendidos fines de las penas; siendo, según nuestra legislación, las finalidades de la pena la retribución, la prevención y la resocialización, nos hemos quedado en la retribución como el único fin que ella de hecho cumple: la falta de alimentación, de espacio aun para el sueño, de asistencia médica, la desnudez; la corrupción del personal de vigilancia, reflejada en el tráfico de drogas y de armas que se da en el interior de los centros penitenciarios; la "venta de patios" y cambuches; el pago semanal o mensual de "cuotas" de vigilancia; la falta de control del poder de los funcionarios administradores de la prisión, lo cual conduce a que la suerte del preso esté a la disposición de la voluntad omnimoda de quien regenta; en fin, el inhumano traslado de presos a los despachos judiciales en malolientes y estrechos furgones sin ventilación, casi hornos crematorios de esta "carne de presidio". ¿Y qué no decir de los pretendidos "establecimientos siquiátricos o clínicas adecuadas" para cumplir las medidas de seguridad!<sup>5</sup>.

¿Y qué de la pretendida *igualdad* de los ciudadanos ante la ley? La ley dice con gran rimbombancia que ella es igual para todos y que se aplicará sin tener en cuenta consideraciones diferentes de las establecidas en sus normas. Pero es que precisamente la ley contempla las tales desigualdades: no es igual el tratamiento que recibe según la ley, la gran delincuencia de "cuello blanco", la criminalidad económica, la criminalidad de las grandes corporaciones financieras, la criminalidad de los acaparadores o de los que atentan contra el sistema ecológico y el que se da al "raponero", para poner un ejemplo. Según la ley, la afectación de un bien individual es drásticamente sancionada, exageradamente, en comparación con las sanciones establecidas para los ataques a la comunidad, en donde existen varios intereses jurídicos tutelados y se afecta al conglomerado social<sup>6</sup>. Pero no es solamente esto: la desigualdad se da también en el procesamiento: desde el momento mismo en que los mecanismos policiales y los organismos de seguridad son puestos en marcha, las cosas operan de modo diferente según la clase social a la que se

<sup>5</sup> De nuevo aquí debe remitir a la oración del fiscal J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Súplica por los locos", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 549 a 565.

<sup>6</sup> Véase con referencia al caso colombiano a EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales, en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 180 y siguientes; también puede verse con provecho el trabajo de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La Ideología de los delitos contra el orden socioeconómico", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 927 a 953.

pertenezca o al color político que se ostente, en particular si se trata de pequeñas poblaciones donde rige la institución del "gamonalato"; la falta de defensa para las personas que no tienen recursos es una de las fallas más protuberantes de nuestro actual sistema: seríamos muy optimistas si dijéramos que tan siquiera el 5% de los procesados en Colombia tienen su apoderado o defensor.

Lo anterior es solo un pálido reflejo de la realidad latinoamericana y en particular de Colombia. Y entonces se pregunta uno si las cosas han cambiado en más de 200 años desde el tiempo en que BECCARIA libró su lucha contra la pena de muerte y contra la tortura y abogó por la defensa del principio de la legalidad y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Porque en estas cosas sucede lo que en la vida cotidiana: a fuerza de tener presente un mismo estímulo de manera reiterada en sumo grado, termina por no percibirse como acontece con el tic tac de un reloj que se tiene al frente. De la misma manera, tanto se repiten en el campo teórico apotegmas tales como el del debido proceso o de la legalidad del delito, por ejemplo, que se acaba por tenerlos como algo natural y obvio. Y porque tales principios están en el papel y nos conmueven y nos parecen útiles (o "bonitos", dicen otros), no nos preocupamos por replanteárnoslos frente a la realidad. Y de su historia no sabemos sino que surgieron "por allá en la Revolución Francesa", sin indagar por su origen, por su desarrollo histórico. Así el tiempo va transcurriendo y nos olvidamos del sufrimiento que causó su reconocimiento e instauración. Todo esto ocurre sin mirar a nuestro alrededor, para de pronto encontrarnos con la dolorosa verdad de que estos principios son letra muerta.

De lo anterior deduzco que se impone mirar de nuevo a las grandes corrientes de pensamiento que tuvieron como *origen* una realidad concreta en alguna medida semejante a la nuestra y un *desarrollo* históricamente condicionado, pues estas corrientes de pensamiento, estudiadas en ese doble aspecto, pueden convertirse para nosotros en canteras inagotables de donde extraigamos el material que contribuya a fabricar el cambio de esta realidad que agobia. Y precisamente BECCARIA, como se deducirá del estudio de su obra, es una de esas canteras a la cual hoy, tanto como antes, tenemos que acudir.

## II

### CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL EN LAS EDADES MEDIA Y MODERNA

El derecho penal en estas épocas estaba caracterizado por el absolutismo y la arbitrariedad en la función judicial; la desigualdad de las personas ante la ley, la cual se aplicaba con mayor rigor a las clases desvalidas; el carácter expiatorio de la pena; el abuso de la tortura y de la pena de muerte; la imprecisa definición de los delitos y amplios poderes de los jueces para determinar lo ilícito y para hacer interpretaciones analógicas de las leyes existentes. Estos eran los rasgos

fundamentales<sup>7</sup> del derecho penal de la Edad Media y de la Moderna, hasta la Revolución Francesa.

Detengámonos en algunos de estos aspectos para que podamos comprender mejor la grandiosidad de la obra de BECCARIA, pues precisamente contra este sistema fue contra el cual luchó. Refirámonos al uso y abuso de la tortura y de la pena de muerte y a la arbitrariedad de la función judicial.

#### A. El abuso de la pena de muerte y la tortura

La pena de muerte se aplicaba aun en casos a los que hoy por hoy se les aplicaría solo algunos meses de prisión. Se abusaba de ella no solo por la *frecuencia*, sino también por la *forma* como se la practicaba. Aquí debe tenerse en cuenta lo siguiente: el sistema penal de la época se fundamenta sobre todo en el criterio de la *intimidación*<sup>8</sup>, ya que la pena era medio de escarmiento como puede leerse en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio: "Pena es emienda de pecho ó escarmiento que es dado segunt ley á algunos por los yerros que ficieron. Et dan esta pena los judgadores á los homes por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que ficieron: lo otra es porque todos los que lo vieren ot lo oyeren, tomen ende enxemplo et apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo de pena"<sup>9</sup>.

Empero, un tal sistema debía llevar indefectiblemente a la aplicación de sanciones por encima de la pena de muerte, aun siendo esta la pena máxima. Cuando se habla de "sanciones por encima de la pena de muerte" se quiere decir que, como la pena de muerte no siempre apartaba a los hombres de cometer delitos, se vio necesario ejecutarla no sencilla y llanamente, sino en *determinadas* formas: ya no se trataba de matar sino de matar de *cierta manera*, haciendo sufrir. Las mentes debieron aguzarse para idear métodos de tormento que hicieran padecer a la víctima pero permaneciendo aún viva y sintiendo. Aparecen entonces 5 clases de pena de muerte: 1) el descuartizamiento por tiro de caballos; 2) el fuego; 3) la rueda; 4) la horca, y 5) la degollación<sup>10</sup>. ¡Quién creyera que cuando años más tarde se instauró la guillotina, ello constituiría precisamente un triunfo en la medida en que no estaba precedida de tormento físico!

Tomemos como ejemplo la ejecución de algunas sentencias, en Latinoamérica una y otra en Francia, para que veamos contra qué luchaba BECCARIA y para que podamos comprender el significado de su obra.

<sup>7</sup> Así los ha resumido de manera clara y concisa. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, en sus *Lecciones de derecho penal*, parte general, Medellín, Edit. Universidad de Antioquia, 1962, pág. 18.

<sup>8</sup> Sobre el particular, véase a JOSÉ ANTÓN ONECA, "Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración", Separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 166, Julio-Septiembre de 1964, Madrid, pág. 4.

<sup>9</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, t. IV, partida VII título XXXI, ley 1. París, Leconte y Lasserre, 1843, pág. 700.

<sup>10</sup> Véase a JOSÉ ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración* cit., pág. 4.

1. Sentencia contra *Túpac-Amaru* ejecutada el 18 de mayo de 1781, según las leyes dictadas para las Indias por el sistema español, dictada por el Visitador General, José Antonio Areche:

“Debo condenar, y condeno a José Gabriel Túpac-Amaru, a que sea sacado a la plaza principal y pública de esta ciudad, arrastrado hasta el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieran a su mujer, Micaela Bastidas, sus hijos, Hipólito y Fernando Túpac-Amaru, a su tío Francisco Túpac-Amaru, a su cuñado, Antonio Bastidas, y algunos de los principales capitanes o auxiliares de su inicua y perversa intención o proyecto, los cuales han de morir en el propio día; y concluidas estas sentencias, se le cortará por el verdugo la lengua, y después amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar, o prender con facilidad a otras que penden de las cinchas de cuatro caballos; para que, puesto de este modo, o de suerte que cada uno de estos tire de su lado, mirando a otras cuatro esquinas o puntas de la plaza, marchen, partan o arranquen de una vez los caballos, de forma que quede dividido el cuerpo en otras tantas partes, llevándose este, luego que sea hora, al cerro o altura llamada Picchu, adonde tuvo el atrevimiento de venir a intimidar, sitiar y pedir que se le rindiese esta ciudad, para que allí se quemase en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire, y en cuyo lugar se pondrá una lápida de piedra que exprese sus principales delitos y muerte, para sola memoria y escarmiento de su execrable acción. Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en un palo a la entrada más pública de él; uno de los brazos al de Tungasuca, donde fue cacique, para lo mismo, y el otro para que se ponga y ejecute lo propio en la capital de la provincia de Carabaya; enviándose igualmente, y para que se observe la referida demostración, una pierna al pueblo de Livitaca en la de Chumbivilcas, y la restante al de Santa Rosa, en la de Lampa, con testimonios y orden a los respectivos corregidores, o justicias territoriales, para que publiquen esta sentencia con la mayor solemnidad por bando, luego que llegue a sus manos, y en otro igual día todos los años subsiguientes: de que darán aviso instruido a los superiores gobiernos, a quienes reconozcan dichos territorios. Que las casas de este sean arrasadas, o batidas y saladas a vista de todos los vecinos del pueblo o pueblos donde los tuviere o existan. Que se confiscuen todos sus bienes, a cuyo fin se da la correspondiente comisión a los jueces provinciales. Que todos los individuos de su familia, que hasta ahora no hayan venido, ni vinieran a poder de nuestras armas y de la justicia que suspira por ellos para castigarlos con iguales rigurosas y afrentosas penas, queden infames e inhábiles para adquirir, poseer u obtener de cualquier modo herencia alguna o sucesión, si en algún tiempo quisiesen, o hubiese quienes pretendan derecho a ella. Que se recojan los autos seguidos sobre su descendencia en la expresada real Audiencia, quemándose públicamente por el verdugo en la plaza pública de Lima, para que no quede memoria de tales documentos; y de los que solo hubiese en ellos testimonio, se reconocerá y averiguará adonde pararon los originales, dentro del término que se asigne, para la propia ejecución”<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> La sentencia contra Túpac Amaru la he extractado del libro *La rebelión de Túpac Amaru y los orígenes de la independencia hispanoamericana*, de BOLESLAO LEWIN, Buenos Aires, Sociedad Editora Latinoamericana, 1967, págs. 476 y 477.

Y existe la narración de un testigo presencial, que describe el macabro espectáculo así:

“El viernes 18 de Mayo de 1781, después de haber cercado la plaza con las milicias de esta ciudad del Cuzco, que tenían sus rejonos y algunas bocas de fuego, y cercado la horca de cuatro caras con el cuerpo de mulatos y huamanguinos; arreglados todos con fusiles y bayonetas caladas, salieron de la Compañía, nueve sujetos que fueron los siguientes: —José Verdejo, Andrés Castelo, un zambo, Antonio Oblitas (que fue el verdugo que ahorcó al general Arriaga), Antonio Bastidas, Francisco Túpac-Amaru, Tomasa Condemaita, cacica de Acos, Hipólito Túpac-Amaru, hijo del traidor, Micaela Bastidas, su mujer, y el insurgente José Gabriel. Todos salieron a un tiempo, y uno tras otro venían con sus grillos y esposas, metidos en unos zurrones, de estos en que se trae yerba del Paraguay, y arrastrados a la cola de un caballo aparejado. Acompañados de los sacerdotes que los auxiliaban, y custodiados de la correspondiente guardia, llegaron todos al pie de la horca, y se les dieron por medio de dos verdugos las siguientes muertes:

“A Verdejo, Castelo y a Bastidas se les ahorcó llanamente; a Francisco Túpac-Amaru, tío del insurgente, y a su hijo Hipólito, se les cortó la lengua antes de arrojarlos de la escalera de la horca; y a la india Condemaita se le dio garrote en un tabladillo, que estaba dispuesto con torno de fierro que a este fin se había hecho, y que jamás habíamos visto por acá, habiendo el indio y su mujer visto con sus ojos ejecutar estos suplicios hasta en su hijo Hipólito, que fue el último que subió a la horca. Luego subió la india Micaela al tablado, donde asimismo a presencia del marido, se le cortó la lengua y se le dio garrote, en que padeció infinito, porque, teniendo el pescuezo muy delicado no podía el torno ahogarla, y fue menester que los verdugos, echándole lazos al pescuezo, tirando de una y otra parte, y dándole patadas en el estómago y pechos, la acabasen de matar. Cerró la función el rebelde José Gabriel, a quien se le sacó a media plaza; allí le cortó la lengua el verdugo y despojado de los grillos y esposas, lo pusieron en el suelo; atáronle a las manos y pies cuatro lazos, y asidos estos a la cincha de cuatro caballos, tiraban cuatro mestizos a cuatro distintas partes: espectáculo que jamás se había visto en esta ciudad. No se si porque los caballos no fuesen muy fuertes o el indio en realidad fuese de fierro, no pudieron absolutamente dividirlo, después de un largo rato lo tuvieron tironeando, de modo que lo tenían en el aire, en un estado que parecía una araña. Tanto que el Visitador, movido de compasión, porque no padeciese más aquel infeliz, despachó de la Compañía (desde donde dirigía la ejecución) una orden, mandando le cortase el verdugo la cabeza, como se ejecutó. Después se condujo el cuerpo debajo de la horca, donde se le sacaron los brazos y los pies. Esto mismo se ejecutó con la mujer, y a los demás se les sacaron las cabezas para dirigirlas a diversos pueblos. Los cuerpos del indio y su mujer se llevaron a Picchu, donde estaba formada una hoguera en la que fueron arrojados y reducidos a cenizas, las que se arrojaron al aire y al riachuelo que por allí corre. De este modo acabaron José Gabriel Túpac-Amaru y Micaela Bastidas, cuya soberbia y arrogancia llegó a tanto, que se nominaron reyes del Perú, Chile, Quito, Tucumán y otras partes, hasta incluir el gran Paitití, con locuras a este tono.

“Este día concurren un crecido número de gente, pero nadie gritó, ni levantó una voz: muchos hicieron reparo, y yo entre ellos, de que entre tanto concurso no se veían indios, a lo menos en el traje mismo que ellos usan, y si hubo algunos, estarían disfrazados con capas o ponchos. Suceden algunas cosas que parece que el diablo las trama y dispone, para confirmar a estos indios en sus abusos, agüeros y supersticiones. Dígoles porque, habiendo hecho un tiempo muy seco, y días muy serenos, aquel amaneció

tan toldado que no se le vió la cara al sol, amenazando por todas partes a llover; y a hora de las 12, en que estaban los caballos estirando al indio, se levantó un fuerte refregón de viento, y tras este un aguacero, que hizo que toda la gente, y aun las guardias se retirasen a toda prisa. Esto ha sido causa de que los indios se hayan puesto a decir, que el cielo y los elementos sintieron la muerte del inca, que los españoles inhumanos e impíos estaban matando con tanta crueldad"<sup>12</sup>.

2. Como ejemplo de la arbitrariedad, crueldad y abuso de la pena de muerte, hay que citar el "Caso Calas" o *Affaire Calas* como se le conoce en los anales de los grandes procesos. La historia puede resumirse<sup>13</sup> así: *Juan Calas*, anciano de 68 años, fue acusado de matar a su hijo en las circunstancias siguientes: él era el padre de una familia protestante residente en Tolouse, dedicada al comercio. Cierta noche los acompañó a cenar un joven amigo de sus hijos, y después de comer *Marco Antonio* dejó la reunión y bajó al almacén. Al rato, cuando el visitante se dispuso a salir, fue acompañado por Pedro, otro de los hijos de Calas, y cuál no sería su sorpresa al encontrar a Marco Antonio colgado del montante de la puerta. Pronto cundió el rumor de que el joven había sido ahorcado por Juan, su padre, ante la posibilidad de que se convirtiera al catolicismo. Esto ocurrió el 13 de octubre de 1761, en Tolouse, dominada entonces por el fanatismo religioso y el odio a los protestantes, fanatismo que no reparaba en el hecho de que otro hijo del acusado, *Luis Calas*, años antes se había convertido al catolicismo y su padre le pasaba una pensión; tampoco reparaba que una criada de la familia Calas, con 30 años de servicio, también era una ferviente católica. Todo parece indicar que realmente Marco Antonio Calas se suicidó: mostrábase desde hacia tiempo bastante melancólico; por ser protestante no pudo seguir sus estudios para doctorarse, pues había una prohibición en tal sentido; el tipo de lecturas que acostumbraba, etc. Cuando se le encontró, su traje estaba doblado sobre el mostrador, sus cabellos bien peinados, su cuerpo no presentaba signo de violencia alguna. Fuera de que resultaba absurdo pensar que un anciano de 68 años pudiese ahorcar fácilmente a un robusto joven.

Se sometió a la familia a torturas y a largo proceso, y, finalmente, a pesar de su inocencia, el fanatismo religioso fue la causa de que mientras al resto de la familia se le diera libertad después de múltiples padecimientos en prisión; a *Pedro Calas*, al hijo, se lo condenara al destierro y al anciano a ser torturado y a morir en la *rueda*, en "un juicio tan cruel como estúpido, porque a todos estaban complicados o todos eran inocentes"<sup>14</sup>, acota ANDRÉ MAUROIS.

La siguiente fue la sentencia pronunciada contra la víctima de tan dramático error judicial:

<sup>12</sup> BOLESZAO LEWIN, *La rebelión de Túpac-Amaru* cit., págs. 478 y 479.

<sup>13</sup> Sobre este proceso puede verse la obra *Anales dramáticos del crimen o causas célebres españolas y extranjeras*, t. IV de don JOSÉ VICENTE CARAVANTES, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1860, págs. 353 a 388. Se seguirá citando como *Causas célebres*, pues es con este nombre como regularmente se conoce la obra.

<sup>14</sup> ANDRÉ MAUROIS, en su biografía *Voltaire*, Barcelona, Editorial Plaza y Janes, S. A., Colección Los Clásicos del Siglo XX t. III, 1966, págs. 1314 y 1315.

"El año de mil setecientos sesenta y dos, a diez días del mes de marzo y después de mediodía, ante nos; el noble Francisco Raimundo David de Beaudrigue y M. Leonardo Daignan de Sendal, capitulares, del gran tribunal del consistorio, ha sido conducido por el verdugo, el llamado Juan Calas, padre, acusado de homicidio ejecutado por él en la persona de su hijo mayor Marco Antonio, al cual Juan Calas, estando este de rodillas, en camisa, con la cabeza descubierta, los pies descalzos y el dogal al cuello, se le ha dicho por M. de Pijon, abogado del rey, que habiéndose formado el proceso, tanto por nuestra autoridad como por la de la audiencia suprema del Parlamento, á petición suya y del señor procurador general por caso de homicidio, contra el susodicho Juan Calas, padre y consortes, el mencionado tribunal superior del parlamento, por su fallo de nueve del corriente, ha condenado al susodicho Juan Calas, padre, á hacer pública retractación delante de la puerta principal de la iglesia de San Estéban de Tolosa y á ser conducido en seguida á la plaza de San Jorge, en donde sobre un tablado construido al efecto, será hecho pedazos, vivo, y en seguida espuesto en una rueda, que estará junto al tablado el susodicho Juan Calas, padre, echado boca arriba y con la cara vuelta hácia el cielo para vivir allí padeciendo y arrepitiéndose de sus mencionados crímenes y maldades, todo el tiempo que el Señor se digne concederle de vida, y que su cuerpo, cuando esté ya muerto, sea arrojado á una hoguera que estará ya encendida en la mencionada plaza para que se consuma allí, esparciendo en seguida las cenizas al viento; préviamente se le habrá aplicado al mencionado Calas, padre, á cuestión de tormento ordinaria y extraordinaria: ítem: se le condena á pagar cien sueldos de multa para el rey y se declaran confiscados sus bienes en beneficio de quien corresponda de derecho, salva la tercera parte de estos para su mujer e hijos si los tiene"<sup>15</sup>.

VOLTAIRE fue precisamente quien, luego de la ejecución, y durante 4 años, luchó hasta conseguir la rehabilitación de la familia Calas, obteniendo que la sentencia fuese casada (quebrada) en 1766.

El filósofo francés significó en aquel entonces lo que siglo y medio más tarde iba a representar EMILIO ZOLA en el "Affaire Dreyfus"<sup>16</sup>.

Debe destacarse cómo la tortura se practicaba, o bien dentro del proceso, o bien como paso preliminar hacia la muerte<sup>17</sup>. Es conocida la forma como terminó un proceso judicial en Milán en 1630: con la erección de una columna, conocida en la historia como "La Columna Infame", en la que se leía una inscripción que

<sup>15</sup> La sentencia la he tomado de las *Causas Célebres* cit., t. IV, págs. 374 y 375.

<sup>16</sup> La intervención de VOLTAIRE, solo puede ser aquí aludida de manera breve, pues el asunto merece consideración especial dentro del estudio de las grandes corrientes del derecho penal. Debe tenerse en cuenta que la obra de BECCARIA apareció en 1764 y que el filósofo francés libró su lucha por los Calas desde 1762, cuando un viajero proveniente del Languedoc pasó por Ferney en donde se encontraba VOLTAIRE. El relato del viajero fue reforzado por las manifestaciones de viva voz que la propia familia Calas, refugiada en Ginebra, le hizo al que de inmediato sería su más apasionado defensor. El caso discutido dio origen a la famosa obra de VOLTAIRE llamada *Tratado sobre la tolerancia religiosa*. Véase la obra *L'Affaire Calas* (París, Edit. Gallimard, 1975), en donde aparecen otros procesos como el seguido a la familia Sirven y el seguido al Caballero de La Barre. En español puede conseguirse el *Tratado de la Tolerancia*, Barcelona, Edit. Grijalbo, 2ª ed. 1984. Sobre el papel jugado por el filósofo en este proceso puede verse a JULIO DASSEN, en su obra *Voltaire defensor de Calas*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1963.

<sup>17</sup> Se distinguía en relación con la tortura la *questio*, o sea la tortura como medio de investigación de la verdad: "*questio est veritatis indagatio per tormentum*". De otra parte, se distinguía la tortura como pena ella misma, o como medio de muerte lenta.

daba cuenta de los suplicios a los que fueron sometidos algunos ciudadanos acusados de haber contribuido a la difusión de la peste que azotaba la ciudad, acusación confirmada mediante el tormento. La dicha inscripción rezaba:

“Aquí donde este espacio se muestra, se levantaba en otro tiempo la barbería de Juan Jacobo Mora, quien, habiendo tramado una conjura con Guillermo Plaza, comisario de la Sanidad Pública, y con otros, empujó a muchos a una muerte espantosa, esparciendo aquí y allá unguentos letíferos, mientras una peste atroz se encarnizaba. El Senado, habiéndolos juzgado enemigos de la patria, mandó que en un alto carro fueran primero desgarrados ambos con una tenaza candente y privados de la mano derecha; que fueran quebrados en la rueda; que, después de atados durante seis horas en ella, fueran degollados y a continuación quemados; que, para que nada quedase de hombres tan protervos, sus bienes fueran confiscados y sus cenizas arrojadas al río, y que, para que sea eterna la memoria de aquel suceso, esta casa, que fue oficina del crimen, fuera derribada al suelo y nunca reconstruida en lo venidero, y que fuera erigida una columna que se llame infame. Lejos de aquí, lejos, pues, los buenos ciudadanos, para que este suelo desgraciado e infame no os contamine”<sup>18</sup>.

La convergencia de dos ideas, de un lado la idea germánica de la pena-venganza, como un *mal* que debía infligirse como retribución del mal hecho a la víctima, y de otro lado la idea católica de la *expiación*, de la purificación mediante el dolor (derivada, a su vez, de la asimilación del delito al pecado), contribuyó a extremar los tormentos. Por esto se lee en la sentencia de Calas que se acaba de transcribir que este permanecerá en la rueda, “echado boca arriba y con la cara vuelta hacia el cielo para allí vivir *padeciendo* y *arrepintiéndose* de sus mencionados crímenes y maldades, todo el tiempo que el Señor se digne concederle vida”. Parece entonces que mientras más demorara la agonía, más se daría oportunidad al ajusticiado de arrepentirse. No es gratuito, pues, el hecho de que el *fuego* aparezca de manera tan reiterada como instrumento máximo de tormento: en la religión cristiana se alude con frecuencia al “fuego eterno del infierno” como pena para después de la muerte. Solo que en el tiempo que nos ocupa, antes de BECCARIA, el fuego se aplicaba también en vida. Así describe ZIGLER la práctica de la tortura con este elemento:

“Además del estiramiento, con velas encendidas se suele asar a fuego lento al reo en ciertas partes del cuerpo; o bien, en las puntas de los dedos, se le clavan bajo las uñas pedacitos de madera resinosa, a los cuales se aplica luego fuego; o bien se le pone a caballo sobre un toro o un asno de bronce vacío, dentro del cual se echan carbones encendidos, y, al calentarse el metal, sufre acerbamente y con increíble dolor”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sobre este proceso puede verse a PIETRO VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977, págs. 5 y siguientes. La inscripción de “La Columna Infame”, puede verse la pág. 67.

<sup>19</sup> ZIGLER, citado por VERRI, *Observaciones sobre la tortura*, pág. 75. Pero a pesar de lo que pueda conmovernos la utilización del fuego, más puede hacerlo el que se acudiera a otros medios también: repárese en lo que decía CLARO: “Un juez teniendo en la cárcel a una mujer sospechosa de delito, puede hacerla llevar secretamente a su estancia y, una vez allí, besarla, acariciarla, aparentar amarla y prometerle libertad, con el fin de acusarse del delito; y con tal medio cierto régente indujo a una joven a cargar un homicidio y la condujo a perder la cabeza”. (PIETRO VERRI, op. cit., págs. 79 y 80).

En fin, digamos para terminar este punto, que los textos de derecho criminal escritos por los más célebres juristas prácticos, daban consejos sobre la forma de proceder y describían minuciosamente los pasos de cada suplicio. Y es así como, según PIETRO VERRI, FARINACCIO aconsejaba al juez moderarse y abstenerse de atormentar al reo él mismo con sus propias manos, recordando haberse visto a un juez que tomaba al reo por los cabellos o por las orejas, golpeándole fuertemente la cabeza contra una columna y diciéndole: “Confiesa bellaco”; y BARTOLO DE SASSOFERRATO decía que no se podía imputar al juez la muerte del atormentado, pues “fué lo que me ocurrió a mí, que viendo a un joven alentado, lo sometí a tortura y al instante se murió”<sup>20</sup>.

## B. *El absolutismo y la arbitrariedad en la función judicial*

Ella derivaba, a mi manera de ver, de dos causas: de la concepción absolutista del poder político, que traía como consecuencia una concepción absolutista de la función penal y de la irracionalidad y arbitrariedad de los procedimientos.

1. *Concepción absolutista de la función penal.* Es lugar común en los estudios de teoría política el remontar a SAN PABLO la teoría del derecho divino de los reyes cuando en su *Epístola a los Romanos* (XIII, 1, 2, 3) decía: “Sométanse todos a las autoridades constituídas, pues no hay autoridad que no provenga de Dios, y las que existen, por Dios han sido instituidas. De modo que, quien se opone a la autoridad, se rebela contra el orden divino, y los rebeldes se traerán sobre sí mismos la condenación”.

La frase de Luis XV, en la que expresaba que “no recibimos nuestra corona más que de Dios, y el derecho a hacer leyes nos pertenece sin división ni independencia”<sup>21</sup>, y la de Luis XIV “El Estado soy yo”, son trasunto cabal de tal pensamiento, lo mismo que de lo dicho por Jorge II, en el sentido de que “Los reyes son las imágenes vivientes de Dios”. Con esta concepción del poder y del derecho, el delito se concibe entonces como una rebeldía contra el soberano y contra Dios y la pena no es más que una expiación de tal pecado. Lo que en el individuo “se castiga es su rebelión en contra del soberano y del Estado, de Dios en último término”, como dicen JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL, autores que señalan precisamente cómo existe una íntima relación entre la concepción del Estado y la concepción de la pena<sup>22</sup>, al igual que RUSCHE y KIRCHEIMER señalaron la relación existente entre la ejecución de la pena y la estructura social.

<sup>20</sup> Véase a PIETRO VERRI, ob. cit., págs. 76 y 77. También puede verse sobre lo que aquí se ha dicho últimamente, PIERO CALAMANDREI, en el *Prefacio* a la obra *De los delitos y de las penas* en la publicación que más adelante se describirá, págs. 48 y siguientes.

<sup>21</sup> Cita de PAUL HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1958, pág. 246.

<sup>22</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL “Pena y Estado”, en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 115 y siguientes.

Una concepción absolutista del poder tenía como consecuencia una concepción absolutista de la función represiva, la cual tenía como característica la de no ser controlada por ley previa al acto, de ahí la arbitrariedad en la determinación de la infracción, y de ejercerse a voluntad del rey. Refiriéndose a estos aspectos en relación con Francia, RENÉ GARRAUD destaca que al no existir ley previa al hecho imputado se acudía a la costumbre, generalmente no escrita, la que determinaba las reglas del derecho penal. Solo en relación con algunos delitos particularmente temidos, como en un tiempo el hurto, existían *ordenanzas reales* que regulaban la punición, pero en todo caso se trataba de una legislación fragmentaria. En realidad, para la determinación de lo que era delito se acudía a la *jurisprudencia*, que a su vez acudió al derecho romano al que se consideró como "la razón escrita". La pena era considerada como una *venganza expiatoria* que pertenecía al rey y que se ejercía con el fin de intimidar, con fin de escarmiento. Así, se lee en un escrito del siglo XVIII: "La venganza está prohibida a los hombres y solo el Rey la puede ejercer por medio de sus oficiales, en virtud del poder que le viene de Dios"<sup>23</sup>.

Precisamente refiriéndonos a Francia, la consideración del rey y su poder hace necesario aludir, de una parte, a los *poderes penales* que aquel tenía, y de otra, a la *clasificación de los delitos* que se originaba en la contemplación de su persona y su familia. En cuanto a lo primero, se tiene que el rey podía sustituir a los propios tribunales de juzgamiento con las siguientes atribuciones: a) poseía el derecho de gracia y amnistía, con gran abuso de las denominadas "Cartas de remisión, perdón o abolición de procedimiento"; b) se consideraba que el rey tenía derecho para imponer penas, sin intervención de la justicia y sin proceso alguno, penas que se ejecutaban por una simple orden que se denominaba "*lettre du cachet*"<sup>24</sup>. De otra parte, la idea del poder absoluto de los reyes dio pie para dividir los delitos en crímenes de *lesa majestad humana*, crímenes de *lesa majestad divina*, y crímenes *contra los particulares*. Detengámonos en los primeros. El crimen de lesa majestad humana, durante el régimen feudal se confundió con la *felonia*, es decir, con la falta grave a los deberes del contrato feudal. Pero a medida que progresaba la monarquía absoluta hasta llegar al punto que se ha señalado anteriormente, se fue aplicando cada vez más a la persona y a la autoridad del rey lo que los juristas romanos escribieron en relación con la persona y la autoridad de los emperadores<sup>25</sup>. Ahora bien: como no se separaba la persona del rey de su autoridad, se llegó entonces a comprender dentro de la especie de delitos de lesa majestad que se comenta, no solo los atentados contra él y su familia, sino también los atentados contra la autoridad y contra el Estado, y los ataques a la persona y funciones de los magistrados. Los atentados contra el soberano y su familia constituían los crímenes de lesa majestad de *primer orden*, que siempre acarrearán la pena de

<sup>23</sup> ARGUO, citado por RENÉ GARRAUD, en *Traité théorique et pratique de droit pénal française*, t. 1, París, Recueil Sirey, 1913, págs. 137 y 138.

<sup>24</sup> Véase a RENÉ GARRAUD, *Traité*, t. 1, pág. 140.

<sup>25</sup> GARRAUD, *Traité*, t. 1, pág. 141.

muerte y la confiscación de los bienes, pena que alcanzaba a los cómplices y no denunciantes<sup>26</sup>.

Los delitos de lesa majestad de *primer orden* tenían las siguientes repercusiones:

a) Había una responsabilidad vicaria: respondía tanto el autor como su familia. Así, el 27 de marzo de 1610 se condenó a Ravillac, quien mató a Enrique IV, y en la sentencia se ordenó a sus padres que abandonaran el reino sin poder regresar so pena de ser ahorcados, lo mismo a sus hermanos, tíos y otros familiares; el 27 de marzo de 1757 se condenó a Robert François Damiens, un desequilibrado mental que causó un leve rasguño a Luis XV, sentencia que cobijó también a sus padres<sup>27</sup>; b) Fundándose la pena en la *intimidación*, en aquella época, como se ha visto atrás, la ejecución de la sanción por crímenes de lesa majestad de *primer orden* se llevaba a cabo con gran crueldad y aparato.

Lo anterior puede decirse en relación con Damiens, que fue condenado a "pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento".

"Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d'Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...

<sup>26</sup> Como de *segundo orden* se consideraban todos aquellos delitos que atacaban el honor y la autoridad del rey, como la falsificación de monedas, el alzamiento arbitrario de impuestos, el peculado, la concusión, delitos a los que, a diferencia de los de *primer orden* que siempre acarrearán la muerte y la confiscación de bienes, tal como se ha dicho, se adscribían penas menos severas y los jueces tenían más libertad en la escogencia de ellas. En relación con los otros delitos, para los fines de este trabajo, basta con decir que se consideraban como crímenes de *lesa majestad divina*, la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el cisma, el sacrilegio, la magia, la brujería, la posesión demoníaca o la demonología. Como se pensaba que los atentados a la divinidad no podían ser penados menos que los atentados a la realza, tales delitos eran cruelmente reprimidos utilizando de manera preferente el fuego, que se usaba con un sentido simbólico: a la vez que se penaba, se trataba de *purificar*. Finalmente, en la tercera categoría de delitos, contra los particulares, cabe enumerar el homicidio, el hurto, la falsedad, entre otros.

<sup>27</sup> Los autores explicaban el fundamento para que en los crímenes de *lesa majestad humana* la pena también cobijara a los parientes del responsable, y de manera concreta a los padres. Así, JOUSSE, decía que ello se hacía "a fin de causar un más grande horror de este crimen" y MUYART DE VOUGLANDS decía que la penalidad en estos casos "tiene por fin el de hacer a los padres más vigilantes en relación con las costumbres y la conducta de sus hijos y parientes". Citado por GARRAUD, *Traité*, t. 1, pág. 145. Estos dos autores son de suma importancia, pues fueron los primeros doctrinantes franceses representativos, y surgieron en el siglo XVIII. El primero escribe su obra en 1771 y el segundo en 1767. Véase a RAYMOND CHARLES, *Histoire du droit pénale*, París, Presses Universitaires de France, 1969, pág. 30.

“Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna, tan solo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: «Dios mío, tened piedad de mí; Jesús socorredme». Todos los espectadores quedaron edificados de la solicitud del párroco de Saint Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente”.

La descripción de un testigo presencial continúa así: “Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que solo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos molas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras.

“Después de estos atenaceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos.

“El señor Le Breton, escribano, se acercó repetidas veces al reo para preguntarle si no tenía algo que decir. Dijo que no; gritaba como representan a los condenados, que no hay cómo se diga, a cada tormento: «Perdón, Dios mío», «perdón, Señor». A pesar de todos los sufrimientos dichos, levantaba de cuando en cuando la cabeza y se miraba valientemente. Las sogas, tan apretadas por los hombres que tiraban de los cabos, le hacían sufrir dolores indecibles. El señor Le Breton se le volvió a acercar y le preguntó si no quería decir nada; dijo que no. Unos cuantos confesores se acercaron y le hablaron buen rato. Besaba de buena voluntad el crucifijo que le presentaban; tendía los labios y decía siempre: «Perdón, Señor».

“Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado.

“En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntara a los Señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dió orden de hacer nuevos esfuerzos, lo que se cumplió; pero los caballos se impacientaron, y uno de los que tiraban de los muslos del supliciado cayó al suelo.

Los confesores volvieron y le hablaron de nuevo. El les decía (yo lo oí): «Bésenme, señores». Y como el señor cura de Saint-Paul no se decidiera, el señor de Marsilly pasó por debajo de la soga del brazo izquierdo y fué a besarlo en la frente. Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no los recriminaba; les pedía que rogaran a Dios por él, y recomendaba al párroco de Saint-Paul que rezara por él en la primera misa.

“Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fué preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otro después.

“Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso poco después que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera, estaba aún vivo. Los cuatro miembros, desatados de las sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron en seguida cubiertos de leños y de fajina, y prendido el fuego a la paja mezclada con esta madera.

“... En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media y más de la noche. Los pedazos de carne y el tronco tardaron unas cuatro horas en quemarse. Los oficiales, en cuyo número me contaba yo, así como mi hijo, con unos armeros a modo de destacamento, permanecimos en la plaza hasta cerca de las once.

“Se quiere hallar significado al hecho de que un perro se echó a la mañana siguiente sobre el sitio donde había estado la hoguera, y ahuyentado repetidas veces, volvía allí siempre. Pero no es difícil comprender que el animal encontraba aquel lugar más caliente”<sup>28</sup>.

Pero al lado de la pena de muerte así ejecutada existían otras modalidades de ella y otras penas diferentes: la decapitación, la muerte en la hoguera, el ahorcamiento, el ser arrojado vivo en agua hirviendo, la mutilación de la lengua o el abrasamiento de esta con un hierro caliente, la exhibición pública del condenado amarrado con una abrazadera de hierro a un poste, los latigazos, las galeras, el

<sup>28</sup> Esta transcripción la he hecho del libro de MICHAEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, México, Edit. Siglo XXI, págs. 11, 12 y 13. También describe el tormento JUAN ANTONIO DEL VAL, en la *Introducción* al libro *De los delitos y de las penas*, edición de Alianza Editorial, Madrid, 1968, págs. 7 y 8. Así mismo puede verse el libro *Memorias de la familia de verdugos de París* (Santiago de Chile, Ed. Zig-Zag, 1940, págs. 62 a 79), que se achaca a HENRI SAMSON, el último descendiente de una familia dedicada al oficio de las ejecuciones. Resalta el hecho de que algunos particulares se hubiesen acercado al verdugo para insinuar tormentos: algunos propusieron que se le sacaran los dientes uno a uno; otros que se pelaran sus músculos y se echaran sobre ellos algún líquido corrosivo; otros, en fin, propusieron que se hicieran pequeñas bolitas de cáñamo y azufre para que fueran introducidas entre las uñas y luego encendidas. *Op. cit.*, pág. 71.

ser enterrado vivo<sup>29</sup>. RAYMOND CHARLES caracteriza las penas existentes durante el *Ancienne Regime* diciendo que eran: *heterogéneas* y *arbitrarias*, en cuanto eran fijadas libremente por el juez y sometidas al capricho del rey, de quien emanaba la justicia; *desiguales*, pues los nobles eran decapitados mientras que los campesinos eran ahorcados, por ejemplo; eran, en fin, *demasiado rigurosas*, pues el simple hurto doméstico podía acarrear la pena de muerte, al lado de la cual existían otras penas como la galera, la picota pública, los grilletes, etc.<sup>30</sup>.

2. *Irracionalidad y arbitrariedad de los procedimientos*. Lo primero, puede verse de manera patente en la institución denominada *Juicios de Dios* y lo segundo, en la aplicación del *procedimiento inquisitorial*, en lo cual bien vale la pena detenernos un poco.

a) *Los Juicios de Dios*. Durante mucho tiempo en la Edad Media rigió esta institución, consistente en ciertos actos ejecutados como pruebas dentro de un proceso, mediante los cuales se pretendía consultar la voluntad divina: eran un medio para indagar la verdad en los procedimientos judiciales, y se les explica hoy en día, como lo enseña LADISLAO THOT, como fruto de la superstición y de una falsa interpretación de las ideas teocráticas<sup>31</sup>. En efecto, se tenía la idea de que la administración de justicia entre los hombres estaba dirigida por la mano de Dios, quien decidía cuál de las partes tenía la razón en un proceso civil o criminal. Los "Juicios de Dios", según opinión del autor citado, "tenían por objeto la revelación de la justicia divina y la investigación de la justicia humana"<sup>32</sup>. De ellos se tienen ejemplos en el mundo antiguo y en diversos pueblos: así, se recuerda el caso de los jóvenes arrojados por Nabucodonosor al fuego y salvados por voluntad divina. Sin embargo, solo vinieron a generalizarse en la Edad Media, cuando se acudió principalmente al fuego y al agua; en el caso del *fuego* se utilizaba un hierro candente y pesado, según la gravedad del delito y la gravedad de las sospechas, hierro que el sujeto debía sostener entre sus manos. Según la prueba del *agua*, el procesado debía introducir sus manos en una pila de agua hirviendo. En ambos eventos se guardaban luego las manos del sospechoso en un saco durante 3 días, al cabo de los cuales se les destapaba para comprobar si había o no quemaduras, lo cual determinaba

<sup>29</sup> GARRAUD, *Traité*, t. I, págs. 143 y 144.

<sup>30</sup> RAYMOND CHARLES, *Histoire du droit pénal*, págs. 30 y 31.

<sup>31</sup> LADISLAO THOT, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal (arqueología criminal)*, La Plata, Talleres de Impresiones Oficiales, 1940, pág. 151. Los historiadores del derecho penal atribuyen diversos, orígenes a la institución: unos piensan que se generaron en la creencia popular de que el culpable debe ser sacrificado para calmar la ira de Dios y restaurar la paz pública perturbada, pero cuando la cuestión no era clara, se trataba de indagar la voluntad de Dios a fin de saber si la divinidad deseaba o no el sacrificio: los juicios de Dios entonces eran una forma de oráculo (PHILIPS), con la diferencia de que este indagaba por lo que iba a suceder, mientras que el acto procesal que nos ocupa indagaba lo que había ocurrido. Otro autor opina que el origen de los juicios de Dios hay que encontrarlo en la *faida*: esta, como se sabe, era una guerra entre familias o tribus distintas, y entonces, para evitar desgracias para ambos lados, era preciso establecer dónde estaba la responsabilidad y por esto había que indagar la voluntad de Dios (ROGGER). Y así, por el estilo, existen múltiples explicaciones. LADISLAO THOT, *op. cit.*, págs. 146 y 147.

<sup>32</sup> LADISLAO THOT *op. cit.*, pág. 151.

la inocencia o la responsabilidad del sujeto, tal como lo explica LADISLAO THOT<sup>33</sup>. THEODOR REIK alude al juicio del *pan* como otro de los elementos utilizados para esta clase de pruebas: el acusado debía tragar un gran trozo de pan sin masticarlo: si se atragantaba, era culpable, y si no, era inocente<sup>34</sup>.

b) *Aplicación del procedimiento inquisitorial*. Basta con hacer breve referencia a las características de este procedimiento para confirmar lo dicho en el sentido de que la función judicial era arbitraria y absolutista, pues arbitrarios eran también los procedimientos. De manera somera se mencionarán aquí algunas notas del procedimiento<sup>35</sup> mediante el cual se juzgaba a gran número de personas por los tribunales de la Inquisición:

1) *Secreto*: Las averiguaciones se iniciaban sin que de ellas tuviese noticia el inculpado, los testigos debían jurar que no revelarían nada de lo que se les preguntara, y así mismo los funcionarios debían jurar no revelar a nadie lo que conocieran en relación con su oficio. Además, los que ejecutaban el tormento usaban capuchas para no ser identificados por los que lo sufrían. Un famoso inquisidor llegó a decir que el modelo de procedimiento era precisamente el que había seguido Dios con Adán y Eva: ¡los había condenado en secreto y sin testigos!<sup>36</sup>;

2) *Utilización del tormento del hambre*: Este era uno de los más socorridos para debilitar al procesado e inducirlo a fáciles confesiones;

3) *Coacción sobre el reo*: La coacción mediante el juramento se hacía con el fin de que el reo confesara o denunciara a otras personas;

4) *Presunción de culpabilidad*: Mientras que hoy día en los regímenes de corte demoliberal la inocencia se presume, en el procedimiento inquisitorial, por el contrario, se presumía la culpabilidad y de ahí que se utilizaran todos los medios al alcance del inquisidor para confirmarla;

5) *Enjuiciamiento de menores*: Fue solo en la época de los concilios de Tolosa, Albi y Beziers cuando se fijó la edad de 14 años para los varones y 12 para las mujeres como límite para procesar y torturar;

<sup>33</sup> LADISLAO THOT, *op. cit.*, págs. 166 y 187. Aquí se narra la prueba del agua *caliente*. Porque había también la prueba del agua *fría*: se amarraba el brazo derecho al pie izquierdo, y el pie derecho al brazo izquierdo. En estas condiciones, se arrojaba al sujeto al agua: si se hundía era inocente y si flotaba era culpable; la razón de este proceder estaba en que como el agua había sido previamente bendecida, se creía que el agua bendita no recibiría al culpable y por eso debía flotar. (*Op. cit.*, págs. 187 a 189). El mismo autor menciona otros medios fuera del agua y el fuego: el queso, la sangre y el duelo.

<sup>34</sup> THEODOR REIK, *Psicoanálisis del crimen*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1965. A página 175 y siguientes se refiere a los *oráculos* y *ordalías*. A página 179, nota 5, se refiere al "juicio del pan".

<sup>35</sup> En esta parte he seguido a EDUARDO PALLARES, en su magnífica obra *El procedimiento inquisitorial*, México, Imprenta Universitaria, 1951, págs. 23 a 41.

<sup>36</sup> Así decían las instrucciones de Toledo: "En caso de que alguna persona sea testificada del delito de la herejía, si la testificación no fuere bastante para prisión, el testificado no sea llamado ni examinado, ni se haga con él diligencia alguna. Porque se sabe por experiencia que no ha de confesar que es hereje estando suelto y en su libertad: y semejantes exámenes sirven más de avisar los testificados que de otro buen efecto: y así conviene más aguardar que sobrevenga nueva probanza o nuevos indicios". Véase en *Apéndice* de la obra de PALLARES, *cit.*, página 150.

6) *Juicio contra ausentes*: El hecho de ausentarse del lugar era tenido como indicio de responsabilidad, y la persona era condenada *in absentia*, sin ninguna garantía;

7) *Imprescriptibilidad de la acción y juzgamiento a los muertos*: Mientras que hoy existe la prescripción de la acción y de la pena con base en el criterio de que si el Estado no investiga oportunamente o no sanciona dentro de determinados lapsos, por seguridad para el ciudadano y para evitar la zozobra por tiempo indeterminado, la acción y la pena prescriben con el correr del tiempo según la gravedad de los hechos, en el procedimiento que nos ocupa no existía la prescripción, y el proceso no se interrumpía ni aun con la muerte. Si la falta era leve y la persona ya había sido sepultada, sus huesos eran desenterrados para ser dejados sin sepultura; si era grave, los huesos eran quemados y los herederos del culpable sufrían la pena de confiscación de sus bienes.

8) *Importancia de la prueba testimonial*: Mientras que modernamente la prueba de testigos se considera quizá la más peligrosa, pues ella puede prestarse a fraudes, errores y corrupciones, la Inquisición dio gran valor al testimonio, el cual revestía por lo demás, ciertas características: los testigos eran secretos y no había la posibilidad de controvertirlos ya que no había careos con el procesado, quien podía morir o ser encarcelado sin saber quien había sido su acusador. Pero hay más: se aceptaba a los testigos descalificados en otros procesos como inidóneos: o sea que si se trataba de acusaciones por herejía, cualquier testimonio, no importaba la tacha que tuviese, era admitido. Los mismos herejes, que para casi todos los efectos sufrían la *capitis diminutio maxima*, eran considerados testigos idóneos para acusar, y también eran admitidos como testigos idóneos los menores de edad. Las esposas, hijos y criados de los acusados no eran admitidos a declarar, a no ser que se tratara de declarar en contra del implicado. Finalmente, debe tenerse en cuenta que los testigos también eran atormentados, y la renuencia a declarar podía ser interpretada como ayuda al hereje y por lo tanto se tomaba como indicio de que también lo era;

9) *La prueba de indicios*. Cualquier signo o palabra era demostrativa de herejía o de complicidad en la herejía. Y así se cita el caso de un tal Arnaldo Baud de Monteral que fue declarado "sospechoso de herejía" en el año de 1254, porque continuó visitando y socorriendo a su madre después que esta fue declarada hereje. Así mismo, entrar en casa de un hereje era presunción grave de que también lo era;

10) *Tormento por la presunta culpa propia y por las culpas ajenas*: El tormento era un medio de averiguar la verdad, bien fuera para averiguar el delito, para determinar los posibles cómplices y, además para que se confesaran delitos ajenos de cuya existencia no tenía seguridad el tribunal. De aquí resultaba que los atormentados hacían dóciles acusaciones contra otras personas inocentes con el fin de que no se siguiera la tortura, lo que se hacía con tanta más facilidad cuanto sabían que sus nombres quedarían en secreto, pues ya se ha dicho que nadie sabía quien había acusado. Pero aquí existía una particularidad: cuando se atormentaba a una persona para que acusara a otra, no se le decía contra qué persona exactamente debía hablar o qué cosas se quería saber de ella, sino que se le aplicaba la tortura

para que dijera *algo* contra *alguien*. Así, decía la *Compilación de Toledo*: "...después de pronunciada la sentencia (de tormento) no se le debe particularizar cosa alguna, ni nombrarle persona de los que parecieren culpados o iniciados por su proceso..."<sup>37</sup>. Esto se hacía porque la experiencia enseñaba que las personas en la agonía confirmaban cualquier cosa que se les preguntara. El proceder mencionado llevaba a otro resultado igualmente peligroso, como es el de que la persona denunciaba a cualquiera y por cualquier hecho con tal que se acabara el tormento;

11) *Existencia de espías y denunciadores secretos*: Los espías eran numerosos y los infiltraban en las mismas prisiones para que se ganaran la confianza de los acusados y los indujeran a hacer declaraciones que más tarde se hacían valer contra ellos. Entre estos espías se contaban muchos herejes conversos. Ahora bien: los herejes debían ser denunciados por cualquier persona y tal obligación regía también para los padres en relación con los hijos o para los hijos en relación con sus padres, y los hermanos debían también denunciarse entre sí. Un edicto publicado en México en 1571, decía sobre la persecución que se debía a tales individuos: "...no ayudaréis ni favoreceréis a los herejes, enemigos de nuestra santa fe católica, antes como a lobos y perros rabiosos, inficionadores de las ánimas cristianas y destructores de la esposa y viña del Señor que es su Iglesia Católica, los perseguiréis, manifestándoles y no encubriéndoles..."<sup>38</sup>. De esta manera la Inquisición tenía todo y a todo mundo a su servicio: a la autoridad eclesiástica, a la autoridad civil y a los particulares, hasta para conformar ejércitos de apoyo, como lo señalan GUY y JEAN TESTAS<sup>39</sup>. En relación con el apoyo de la autoridad civil, debe tenerse en cuenta la institución del *auxilium brachi saecularis*, el auxilio del brazo secular, consistente en el poder reconocido a los magistrados civiles de ejecutar las sentencias y ordenanzas de los tribunales eclesiásticos y de aplicar a los miembros del clero y de las religiones, penas corporales que la Iglesia imponía, pero que no ejecutaba. El Estado ponía pues su propio poder de coerción al servicio de la Iglesia. En los procesos contra los herejes, cuando se condenaba a muerte a alguno de estos, se pronunciaba el

<sup>37</sup> PALLARES, *op. cit.*, pág. 161.

<sup>38</sup> PALLARES, *op. cit.*, pág. 31.

<sup>39</sup> "La Iglesia se vio obligada (dicen refiriéndose a los alzamientos en Italia contra los dominicos) a crear, a su vez, tropas armadas parecidas a la Sociedad del Santo Espíritu, instituida en Plasencia en 1260. Se fundó una liga católica, con el eficaz apoyo de los señores de Bolonia, Parma y Reggio, cuya misión era la de ocuparse de las ciudades que ofrecían resistencia a la Inquisición. De esta manera, Sermione, donde se encontraba un obispo cátaro, fue tomada en 1273, y doscientos patarinos de la ciudad sufrieron la condena a la hoguera transcurridos cinco años". Patarino se les decía a los herejes. Véase *La Inquisición*, Barcelona, ediciones Oikos-tau, S. A., 1970, pág. 23. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, en su obra *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (siglos XVI, XVII, XVIII) —Madrid, Tecnos, 1969, págs. 85 y ss.—, destaca la relación con el Reyno de Castilla cómo el teologismo (denomina así al tenso clima religioso de la época y al control del mismo por los teólogos) no se quedaba en el mero escrutar los misterios de la divinidad sino que se orientaba también a fijar normas públicas, políticas, según las cuales debía regirse la ordenación social y el poder temporal para la consecución del fin superior: la protección de la fe. Los reyes consideraban que la unidad religiosa era factor decisivo que propiciaba la cohesión interna y facilitaba el ejercicio y fortalecimiento del poder, y de ahí la coincidencia entre la política secular y la eclesiástica. Este maridaje se encarnó precisamente en la institución del Santo Oficio de la Inquisición.

“abandono al brazo secular”, lo cual significaba que el reo era entregado a la autoridad civil para la ejecución de la pena<sup>39</sup> bis.

12) *Penas infamantes y responsabilidad vicaria*: Los condenados por herejía eran obligados a llevar por muchos años un sambenito (prenda de vestir penitencial, puesta sobre las ropas usuales) que los distinguía ante los demás como conversos; además se los obligaba a llevar pequeñas cruces sobre el pecho; o cruces en pecho, espalda y gorro, pintadas a gran tamaño y con azafrán, todo esto durante 8 ó 10 años. Más tarde se llegó a imponer esta pena de por vida. Todo ello era tan deshonoroso que a las mujeres solteras se las dispensaba a veces de estas penas con el fin de que pudieran encontrar marido, y a las mujeres con hijos para que no murieran de hambre. Cuando decimos que había una responsabilidad *vicaria* queremos significar por tal una responsabilidad delegada en relación con los familiares. Ejemplo de ello es una de las Instrucciones de TORQUEMADA: “...que los hijos y nietos de tales condenados no tengan ni usen oficios públicos, ni honras, ni sean promovidos a sacros órdenes, ni sean jueces, alcaldes, alguaciles, regidores, jurados, mayordomos, maestresalas, pensadores públicos, mercaderes, ni notarios, escribanos públicos, ni abogados, ni procuradores, secretarios, contadores, chancelleres, thesoros, médicos cirujanos, sangradores, boticarios ni corredores, cambiadores, fieles, cogedores ni arrendadores de rentas algunas, ni otros semejantes oficios que públicos sean o decirse puedan ni usen de los dichos oficios, ni de alguno dellos por sí ni para otra persona alguna; ni so otro color alguno; ni trayan sobre sí ni en sus atavíos vestiduras y cosas que son insignias de alguna dignidad ó milicia eclesiástica, ó seglar”<sup>40</sup>. La responsabilidad y la pena vicarias también se daban cuando se aplicaba la pena de confiscación, la cual se ejecutaba estando el preso vivo, o aunque ya hubiese muerto (también era posible juzgar a los muertos), y en este caso los perjudicados eran la esposa y los hijos del procesado a quienes a veces sólo a título de *limosna*, cuando eran menores, se les daba algo para que no murieran de hambre.

13) *Falta de garantías durante el proceso*: Ya se ha dicho que las acusaciones eran secretas y que los testigos no eran careados con el sindicado para que pudiera controvertir sus afirmaciones. Aquí solo resta manifestar que durante la aplicación de los tormentos había asistencia de médicos mas no con el fin de curar sino con el de prescribir la clase de tortura que causara mayores sufrimientos pero sin que la víctima muriese. No había defensa real por parte del abogado, por lo siguiente: al principio no se permitió nombrar abogado, ya que se creía que en los menesteres de la Inquisición siempre se obraría con “sencillez y derecho”, y, por tal motivo, no había nada de qué defender a nadie. Más tarde se permitió nombrar abogados, pero al fin y al cabo el letrado pertenecía también al cuerpo de inquisidores y,

<sup>39</sup> bis Véase sobre el particular a ALESSANDRO D'AVACK, en el *Diccionario de Política*, t. 1, México, Ed. Siglo XXI, 1981, pág. 175.

<sup>40</sup> Citado por PALLARES, ob. cit., pág. 41.

pues que su propósito era también perseguir la herejía, se guiaba por los principios del Santo Oficio y por consiguiente el primer consejo que daba a su “defendido” era el de que confesara “con toda sencillez” si había cometido el crimen de herejía, hecho lo cual se retiraba para que entonces el responsable fuera sometido al castigo. La falta de garantías se refleja también en dos hechos más: primero, en el poder absoluto que tenía el inquisidor: contra sus sentencias no había recursos, eran inapelables; gozaba de inmunidades y tenía bajo sus órdenes a la población y al clero; segundo, en que el acusado podía quedarse en las mazmorras por muchos años sin llegar a ser sentenciado. Así se cuenta de una mujer en Tolosa (Francia), que, hecha prisionera en 1279, apenas fue condenada en 1310. Un tal Guillermo Garrie fue detenido durante 30 años y solo después de esta larga prisión fue llevado a la Carcasma para que confesara. Algunas veces las personas morían en la prisión, pero aun así el proceso seguía adelante hasta condenárseles muchos años más tarde.

Además de las anteriores características enunciadas por PALLARES, bien podríamos enunciar esta otra no menos importante: la *desproporción entre la falta y la pena*. En efecto, una simple afirmación, una simple actitud, eran sancionadas con los más cruentos suplicios o con varios años de cárcel. Según la obra de JOSÉ TORIBIO MEDINA, ante el comisario de Cartagena se denunció a un tal Francisco Díaz, barbero, de haber dicho que el acceso carnal con una mujer era simple pecado venial. Por orden del tribunal se le llevó preso hasta Lima (desde donde entonces se atendía a esta comarca, pues solo años más tarde se instauró el tribunal de Cartagena), y estuvo en auto de fe de 30 de noviembre de 1587; en 1588 un tal Juan Fernández, mercader, fue denunciado ante el comisario de Cartagena por haber dicho, al tener noticia de que un hombre se había ahorcado, “Dios le perdone”. Calificada esta proposición de herética, fue mandado prender con secuestro de bienes, y condenado a pagar cien pesos de multa y a que oyese una misa rezada en forma de penitente<sup>41</sup>. Téngase presente que antes de instaurarse el tribunal de Cartagena los procesados eran llevados hasta Lima, para ser juzgados, lo cual era ya suficientemente gravoso, hasta el punto de que así lo reconocía en 1600 el inquisidor don ANTONIO ORDÓÑEZ en solicitud que presentó al Consejo para la instauración de otros tribunales: “convendría V. S. trate acerca de esto y del remedio que se debe poner, porque tan largo distrito no se puede gobernar ni tener noticia de muchas ofensas de Dios, ni se pueden despachar las causas con la puntualidad que conviene y se hacen inmortales, porque la que menos dura es dos y tres años, y de ahí arriba; reciben notables daños los reos en sus haciendas, porque por la simple fornicación o por blasfemias heréticas o por ser casados dos veces o otros delitos, traer un hombre o una mujer 500 ó 1.000 leguas parece que no hay pena que se igualase a ésta”<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> JOSÉ TORIBIO MEDINA, *La Inquisición en Cartagena de Indias*, Bogotá, Carlos Valencia Editor, 1978, pág. 11.

<sup>42</sup> Citado por JOSÉ TORIBIO MEDINA, *La Inquisición en Cartagena de Indias*, págs. 17 y 18.

### III

#### APARICIÓN DE LA OBRA DE BECCARIA Y POSTULADOS FUNDAMENTALES

##### A. Las tensiones del autor por las denuncias que contenía

El anterior era el panorama de arbitrariedad y oscurantismo que se presentaba a los ojos de BECCARIA cuando escribió *De los delitos y de las penas*<sup>43</sup>, al punto de que el libro fue publicado sin autor conocido: anónimo, ante el peligro de que por las críticas que hacía fuera prendido y procesado él mismo. De que él albergaba tal temor es prueba, en primer lugar, el hecho de que no hubiera querido aparecer inicialmente como el autor del libro, como acaba de decirse. Pero hay otra prueba más: en el capítulo XXVII, titulado "De un género particular de delitos", se refiere de manera patética, pero sin decirlo de manera expresa, a las conocidas en la historia como "caza y quema de brujas": "Quien lea este escrito, observará que deo de lado una clase de delitos que ha cubierto a Europa de sangre humana, y alzó aquellas funestas piras en que servían de alimento a las llamas los cuerpos humanos vivos, cuando eran jocundo espectáculo y grata armonía para una ciega multitud los sordos y confusos gemidos de los desdichados que salían de entre los torbellinos de negro humo, humo de miembros humanos, entre el chirriar de los huesos carbonizándose y el freírse de las vísceras aún palpitantes"<sup>44</sup>.

El párrafo anterior es bastante significativo del ambiente difícil en el que le tocaba escribir a BECCARIA, particularmente cuando se trataba de algunos temas como este de la herejía, al cual indudablemente hacía referencia: en efecto, eran tales el oscurantismo y la persecución, que, si bien se manifestaba de manera franca en contra de la tortura y la pena de muerte, no hacía otro tanto en relación con la *intolerancia* religiosa, como sí se hacía por ese entonces en Francia<sup>45</sup>. Y cerca al párrafo transcrito, dice: "pero los hombres razonables verán que el lugar, el siglo y la materia no me permiten examinar la naturaleza de semejante delito"<sup>46</sup>. Y en 1766 escribía una carta al abate MORELLET, quien lo había traducido al francés, en relación con algunos pasajes oscuros: "debo deciros que cuando escribí esta obra tenía a la vista los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Giannone. He oído el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos del fanatismo

<sup>43</sup> Escrita en 1764, con el título *Dei delitti e delle pene*. Las citas que aparecerán a lo largo de este trabajo, las tomo de *De los delitos y de las penas*, edición hecha en Buenos Aires por Editorial Ejea, 1958, con prefacio y notas de PIERO CALAMANDREI.

<sup>44</sup> *De los delitos y de las penas*, pág. 226.

<sup>45</sup> Así lo destaca PAUL JANET en su obra *Historia de la ciencia política*, t. II, México, Editorial Nueva España, 1948, pág. 411. Aquí mismo indica JANET como BECCARIA en el capítulo mencionado para tratar de la herejía emplea el método equivoco y de doble sentido que consiste en defender las cuestiones mediante argumento de maldad, a fin de insinuar la opinión contraria a ellos y en consecuencia favorable a la causa que se defiende.

<sup>46</sup> BECCARIA, *op. cit.*, págs. 226 y 227.

que ocultan los gemidos de la verdad. La vista de estos espectáculos horribles me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras". Y con humilde sinceridad agregaba: "He querido defender la humanidad sin ser su mártir"<sup>47</sup>.

Y tenía razón: la arbitrariedad y el oscurantismo no se hicieron esperar, y pronto el monje ANGELO FACHINEI arremetió contra BECCARIA y por encargo del gobierno de Venecia escribió una obra titulada *Note ed osservazioni sul libro intitolato "Dei delitti e delle pene"* en la que lo denunció ante los inquisidores y los príncipes presentándolo como un ateo y blasfemo; alteró el texto y tildó a su autor de subversivo del orden, a quien había que sancionar. BECCARIA respondió por escrito a tales críticas<sup>48</sup>, y tuvo que valerse entonces de nobles y amigos que lo protegieran para sustraerse a las persecuciones<sup>49</sup>.

En fin, entremos ya a ver algunos puntos de la obra del autor que nos ocupa y dejemos lo dicho atrás solamente como una base que nos sirva para mirar y admirar el libro en los aspectos que nos interesan ahora con motivo del *Curso de Derecho Penal* que se desarrolla y del cual este trabajo es una parte.

##### B. Los postulados fundamentales

Entre los temas tratados por BECCARIA deben destacarse los siguientes:

1) *Fundamento* del derecho de sancionar; 2) Principio de *legalidad* del delito y de la pena; 3) rechazo de la *interpretación* por parte del juez; 4) *prevención* y no retribución como finalidad de las penas; 5) rechazo de la *pena de muerte*; 6) principio de la *separación de poderes*; 7) rechazo de la *tortura* como instrumento para averiguar la verdad en el proceso. Veamos estos puntos de manera más detenida.

1) *Fundamento del derecho de castigar*. Ya se ha señalado la coincidencia que existe entre la concepción del Estado y la concepción del delito y de la pena. Así mismo existe una coincidencia entre la concepción del fundamento de la autori-

<sup>47</sup> La carta de BECCARIA a MORELLET puede verse en la edición del *Tratado de los delitos y de las penas* hecha en Buenos Aires, por Editorial Heliasta, S.R.L., 1978, edición precedida de un estudio titulado *Beccaria y su obra*, de GUILLERMO CABANELLAS.

<sup>48</sup> La respuesta de BECCARIA a FACHINEI, puede verse publicada en la edición citada en la nota anterior, págs. 214 a 221.

<sup>49</sup> Sobre lo que aquí se dice véase a GUILLERMO CABANELLAS, en su estudio *Beccaria y su obra*, págs. 44 y 45; en la carta mencionada de BECCARIA a MORELLET, le decía: "El Conde de Firmiani está de vuelta en Milán, ya hace algunos días, pero está muy ocupado, y no he podido verle aún. El es el que ha protegido mi libro, y a él debo mi tranquilidad". Edición de la editorial Heliasta, pág. 231. Esta protección le era necesaria, pues la persecución podía provenir tanto de la Inquisición como del lado del gobierno civil. Esto explica que cuando hubiese decidido publicar su nombre, hubiese escrito una advertencia titulada "*Al lector*", (que habría de aparecer en las ediciones futuras) en la que se muestra bastante cauto en relación con el gobierno. Así al referirse a su estilo, a veces oscuro, dice que tal forma "aleja al vulgo no ilustrado e impaciente", con lo cual da a entender que nada hay que temer de él pues no es un subversivo; también dice que su obra, "lejos de menoscabar la autoridad legítima, servirá para acrecentarla" y que "quien quiera, honrarme con sus críticas, no comience, pues, por suponer en mí principios subversivos de la virtud o de la religión, cuando he demostrado que no son esos mis principios; y en vez de suponerme incrédulo o sedicioso, procure encontrarme ilógico o mal político". *De los Delitos y de las Penas*, cit. págs. 84, 85, 88 y 89.

dad política y el fundamento del poder sancionatorio. Se ha destacado también la opinión existente entre los iluministas acerca de la autoridad política y se ha visto que el contractualismo era la opinión dominante.

Pues bien, en este aspecto existe en BECCARIA una influencia directa del pensamiento de la Ilustración. Léase con detenimiento el siguiente párrafo:

“Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y administrador legítimo de ellas”<sup>50</sup>.

Bien puede verse la coincidencia con ROUSSEAU en cuanto al punto de partida<sup>51</sup>. Aquí la autoridad ya no viene de Dios: la autoridad proviene de la “soberanía de la nación”, la cual no es sino la suma de las porciones de libertad que cada uno depositó con el fin de disfrutar un resto de libertad con seguridad y tranquilidad. El poder del soberano ya no es un poder derivado de la divinidad sino un poder derivado de la comunidad. La autoridad civil tiene pues su fundamento y legitimación en el contrato civil celebrado entre los hombres, contrato social que a su vez va a trazar los límites del ejercicio del poder<sup>52</sup>. La idea del contrato social era una idea dominante en la filosofía política moderna como en ALTHUSIUS, GRO-CIO, HOBBS, SPINOZA, LOCKE y ROUSSEAU. Precisamente de este autor puede leerse en relación con el tema:

“Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan por su resistencia las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiara su manera de ser.

“Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pág. 97.

<sup>51</sup> Digo “en cuanto al punto de partida” porque ya veremos que no coinciden exactamente, al menos en lo relacionado con la cantidad de libertad que los hombres decidieron depositar, como se verá más adelante destacando las consecuencias que BECCARIA saca de allí para negar la pena de muerte.

<sup>52</sup> A mi manera de ver, en BECCARIA el contrato social explicaba ambas cosas y no solamente el límite del poder, en lo cual disiento de PAUL JANET, cuando afirma que la obra del marqués es una obra de “bastante débil filosofía” y que los principios sobre el contrato expuestos por BECCARIA “explican más bien los límites de este derecho que el fundamento del mismo”. *Historia de la ciencia política*, t. II, pág. 403. En efecto, si, como lo dice BECCARIA en el párrafo transcrito, después de afirmar que los hombres han depositado parte de su libertad, “la suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y administrador legítimo de ellas”, resulta claro para mí que según el pensamiento del autor, también el “poder” o “derecho de castigar” se fundamenta en el contrato social.

“Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿cómo podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.

Tal es el problema fundamental cuya solución da *El contrato social*<sup>53</sup>.

Pues bien, de remontar el origen de la autoridad al pacto social celebrado entre los hombres resultaban limitantes para el ejercicio del poder punitivo. En efecto: la sociedad, la autoridad y la ley tienen su fundamento en la *necesidad* y, por consiguiente, todo acto de autoridad, proscripción o pena no necesaria, pasa a ser arbitraria por excesiva:

“Fue, pues, la *necesidad* lo que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho”<sup>54</sup>.

Modernamente, esta idea parece a propósito de la discusión del carácter sancionatorio o subsidiario del derecho penal: como quiera que es el arma más letal que el Estado tiene en contra del ciudadano, ya que con ella puede zaherirlo en el goce de los bienes fundamentales (vida, libertad, propiedad, etc.), debe blandirla lo menos posible y solo en los casos que la necesidad requiera.

2) *Principio de legalidad del delito y de la pena*. Si, como se ha visto en el literal anterior, el fundamento del poder punitivo se encuentra en el pacto celebrado entre los hombres por medio del cual se autolimitan, y es en virtud de ese pacto que se dictan las leyes, son estas la única fuente de limitación de la libertad y de punición:

“Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede, con justicia, infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad”<sup>55</sup>.

Las penas solo pueden establecerse por el legislador y no por el magistrado. A este corresponde determinar si la ley ha sido o no violada y actuar como

<sup>53</sup> JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, en *Obras selectas*, 2ª ed., 1959, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, págs. 852 y 853.

<sup>54</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 98.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, págs. 99 y 100.

un tercero entre el legislador que erige el delito y el sujeto que delinque. Esta rigidez en el pensamiento de BECCARIA en relación con el principio de legalidad se explica por la misma concepción del demoliberalismo de lo que es la ley y lo que ella representa para el ciudadano, según el concepto que esta corriente del pensamiento tenía de la libertad. El demoliberalismo tenía un concepto de libertad en relación con la ley: esta es la libertad y la libertad es vivir dentro de los marcos de la legalidad. La ley no es una limitante de la libertad, sino una nueva expresión de ella. El demoliberalismo no concibe al Estado como un aparato *dominador* de clases, sino como un aparato *conciliador*: el Estado tiene como origen la necesidad de protección mutua, protección que buscaron los hombres que no querían seguir en lucha entre sí, haciendo el depósito de su libertad natural para formar la soberanía, la cual se expresa a través de la ley. Sin embargo, colocando su libertad en un depósito general para conformar la soberanía, no perdía nada el individuo, y por el contrario, ello revertía en su beneficio, ya que, como lo ha destacado VÍCTOR FLÓRES OLEA, “los individuos en cuanto participan de esa soberanía, encuentran asegurado el ejercicio de sus derechos particulares”<sup>56</sup>. Precisamente, ROUSSEAU afirma que la dificultad que se plantea a los hombres en el estado de naturaleza es el de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y *permanezca tan libre como antes*”, según el párrafo antes transcrito<sup>57</sup>.

De lo anterior surge, pues, que la ley no es una limitante sino una manera de que el ciudadano sepa cuáles son sus derechos. La ley no hace más que reflejar y concretar los derechos posibles del hombre. Este pensamiento de libertad como legalidad puede verse de manera expresa en MONTESQUIEU, para quien libertad es “el derecho de hacer todo aquello que las leyes permiten”; también este es el pensamiento de VOLTAIRE: en su *Diccionario Filosófico* narra el diálogo sostenido entre un europeo y un brahmán que atravesaban el Alta Asia:

—¿En qué Estado y bajo qué dominación preferirías vivir?, le preguntó el consejero.

—En cualquier parte menos en mi país, le respondió el compañero; y muchos siameses, persas y turcos dicen lo mismo.

—Contestadme categóricamente, le replicó el europeo, ¿qué Estado preferiríais?

—El Estado en que no se obedeciera más que a las leyes, contestó el brahmán”<sup>58</sup>.

Y es que en el pensamiento demoliberal la ley significa libertad para el ciudadano, no solo en relación con los demás porque puede hacer todo aquello que no dañe a los otros; también la ley significa libertad en relación con el propio Estado. En efecto: es un principio básico en el demoliberalismo que el poder esté regulado,

<sup>56</sup> VÍCTOR FLÓRES OLEA, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México, Universidad Autónoma de México, 1975, pág. 29.

<sup>57</sup> JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, pág. 853.

<sup>58</sup> VOLTAIRE, *Diccionario filosófico*, t. II, Buenos Aires, Edit. Araújo, 1938.

reglado. Mientras que el individuo puede hacer todo aquello que no le esté prohibido por la ley, el Estado, al contrario, solo puede hacer aquello que la ley expresamente le permita. La ley le da seguridad al individuo frente al Estado, seguridad de que no va a ser molestado o de que lo será solamente en caso de que la infrinja. Y por ello BECCARIA establece el siguiente pensamiento como *dogma político*: “cada ciudadano tiene poder de hacer todo lo que no es contrario a las leyes, sin tener otro inconveniente que el que pueda surgir de la acción misma”<sup>59</sup>. He aquí la importancia que el autor daba a la *legalidad*: esta era la garantía de la libertad.

3) *Rechazo de la interpretación de la ley por parte del juez*. El rechazo de la interpretación de la ley por parte del juez no es sino una consecuencia lógica del anterior punto: si solo la ley puede decretar lo que es delito o no, entonces ella lo debe decir de manera clara y no de manera oscura, al punto de necesitar interpretación por parte del juez, con el peligro de la arbitrariedad en la determinación de lo que es ilícito. El magistrado encargado de determinar cuándo existe violación de la ley y su aplicación, no puede convertirse en legislador interpretándola y por esto debe limitarse a aplicarla en su tenor literal, evitando los desvíos a los que puede conducir el buscar su *espíritu*:

“Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores”, dice<sup>60</sup>.

La sentencia del juez debe ser un silogismo perfecto, en el que la *premisa mayor* es la ley general; la *premisa menor*, el hecho concreto realizado; y la *consecuencia o conclusión*, la libertad o la pena. La ley no debe interpretarse por el juez, pues entonces se convertiría en legislador, con la consiguiente confusión para el ciudadano, que no sabría a qué atenerse: “un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal, es inatendible en comparación con los desórdenes que nacen de la interpretación”<sup>61</sup>.

Para evitar la interpretación de las leyes por parte de los jueces, aquellas deben ser claras y escritas en lengua comprensible.

Oponía pues BECCARIA el principio de legalidad como salvaguarda de la libertad del ciudadano al estado que se vivía hasta entonces: las sentencias se dictaban con base en las *opiniones doctorum* y se reducían a ser expresiones del más ilimitado arbitrio personal del juez<sup>62</sup>. Tal temor a la interpretación es ostensible también en MONTESQUIEU, quien en el *Espíritu de las leyes* ya había escrito:

“Mientras más el gobierno se aproxima a la república, más llega a ser fija la manera de juzgar ... En los estados despóticos, no existen leyes: el juez mismo es

<sup>59</sup> *Op. cit.*, pág. 192.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, pág. 101.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, pág. 106.

<sup>62</sup> *Op. cit.*, pág. 102. Véase a PIERO CALAMANDREI, notas a la traducción de la obra de BECCARIA que se cita, pág. 102.

su regla... En el gobierno republicano, es de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra quien se pueda interpretar una ley, cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida”<sup>63</sup>.

“Los juzgamientos deben ser fijos a un punto tal que no deben ser más que un texto preciso de la ley. Si ellos fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber precisamente los compromisos que allí se contraen”<sup>64</sup>.

Al parecer fue tanta la influencia que tuvo la opinión de MONTESQUIEU negando la interpretación de la ley por parte de los jueces, que en las primeras constituciones surgidas de la Revolución, v. gr. la Constitución de 1781, disponía en el capítulo V, art. 21, que si después de dos casaciones una sentencia de un tribunal era atacada por las mismas razones por las que lo fue en las dos primeras, “la cuestión no podrá ser agitada ante el tribunal de casación sino haber sido sometida al cuerpo legislativo, quien producirá un decreto declaratorio de la ley, al cual el tribunal de casación estará obligado a conformarse”<sup>65</sup>. Con esto se quería recalcar la neta separación de poderes y el temor a que fuera el juez el que interpretara la ley.

La pretensión de que las leyes no necesitaban interpretación alguna y que ella podía ser aplicada de manera mecánica a la vida real, según enseña LUIS RECASÉNS SICHES había solido presentarse a raíz de las grandes codificaciones e incluso también después de las grandes compilaciones. Este autor recalca el hecho de que en Prusia, con ocasión de la publicación del *Allgemeines Landrecht*, Federico II dictó ordenanzas prohibiendo todo comentario privado a dicha ley penal, y anota además que José II de Austria en 1786 dictó disposición en el mismo sentido. Y como antecedentes de esta actitud cita a JUSTINIANO<sup>66</sup>. Esta actitud se refleja en la anécdota según la cual, ante el primer comentario al Código Civil de Napoleón, este exclamó: “Mi Código está perdido”. Pues bien: este apego al texto estricto de la ley puede tener distintos sentidos, a mi manera de ver, según la época y los personajes. Así, en relación con las antiguas leyes, ello puede explicarse como consecuencia del carácter autoritario que ostentaron ellas y por su vocación para ser seguidas

<sup>63</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois. Oeuvres complètes*, Paris, Firmin-Didot Frères, MDCCCXXXVIII, pág. 228.

<sup>64</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, libro XI, capítulo VI, pág. 266.

<sup>65</sup> Puede verse *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Edit. Garnier-Flammarion. 1970, pág. 61. Esta obra está presentada por JACQUES GODECHOT. Sobre lo que se viene diciendo puede consultarse también a FRANÇOIS GENY, en su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Edit. Reus, 1925. Págs. 78 y ss.

<sup>66</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, Edit. Porrúa, 2ª ed., 1973, págs. 190 y 191. También puede verse sobre lo mismo a SEBASTIÁN SOLER, *Interpretación de la ley*, Barcelona, Edit. Ariel, 1962, págs. 8 y 9. Este autor recuerda que también poco después de la sanción del Código Penal de Baviera, en 1813, se prohibió escribir comentarios y lecciones orales que versan sobre él. (Pág. 8). También SAVIGNY recuerda que Federico II prohibió toda interpretación del Código Civil prusiano, “de manera que el cometido del juez pudiera consistir en una especie de aplicación mecánica”. Véase la polémica entre THIBAUT y SAVIGNY, en *La codificación*, publicación de Aguilar, Madrid, 1970, pág. 113, en el trabajo de SAVIGNY, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, de págs. 47 a 169.

al pie de la letra<sup>67</sup>; el apego al texto que mostró la Escuela de la Exégesis, surgida después de las grandes codificaciones de principios del siglo XIX, puede explicarse por el demasiado entusiasmo de la burguesía y la desmedida esperanza que fincó esta en la ley positiva: supuesto que los códigos concretaban toda la serie de derechos naturales posibles que el hombre podía tener, el juez no tenía sino que consultar tales códigos para que estos fueran reconocidos<sup>68</sup>. Pero en MONTESQUIEU y BECCARIA la posición que se comenta tiene como finalidad la seguridad del ciudadano, la cual se vería en peligro si el juez tuviese libertad en la interpretación, ante el peligro de que se convirtiese en legislador. La idea de BECCARIA en relación con la prohibición de la interpretación por parte del juez, para decirlo de manera clara, es una idea derivada de otra básica y general: la regla de la separación de poderes.

4) *La pena: fundamento, fines de ella y requisitos de eficacia*. Ya se ha visto cómo el origen de la pena fue la necesidad de regular la coexistencia de los distintos miembros de la sociedad: la autoridad no sería sino la administradora de la soberanía resultante de las cuotas de libertad depositadas, administración que se haría en beneficio de todos. La función punitiva se ejerce pues por la *necesidad* de aplicar “motivos sensibles” como amenazas para el ciudadano que no quiera respetar el pacto. Si se fuera a expresar esto con un adagio actual, diríamos que el ejercicio de la actividad de punir es “un mal necesario”. De aquí surge que ella no debe desplegarse de modo arbitrario, sino que debe ser regulada y obedecer a ciertos criterios que sirven de control. Y aquí tenemos la *necesidad* y la *proporcionalidad* como criterios orientadores en relación con la pena: su fundamento y ejercicio. La pena debe fijarse solo dentro del marco de la estricta necesidad, siendo tiránica y cruel la que exceda los límites de lo necesario: “las penas que sobrepasen la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, dice, son por su naturaleza injustas; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos”<sup>69</sup>.

Para BECCARIA las penas son “motivos sensibles” mediante los cuales se pretende refrenar el ánimo despótico del ciudadano a sustraer la porción de libertad que enajenó y la de los demás. Ella no tiene por finalidad sino *prevenir* los delitos y en ningún momento atormentar al ciudadano por el hecho cometido. El delito cometido no se borrará por el hecho de hacer sufrir a quien lo cometió:

“El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido... ¿Los gritos de dolor de un infeliz, harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que lo hagan iguales”<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS sostiene este punto de vista: *Curso de derecho penal*, t. 1, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 163.

<sup>68</sup> Véase a SEBASTIÁN SOLER, *Interpretación de la ley*, págs. 14 y ss.

<sup>69</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 99.

<sup>70</sup> BECCARIA, *op. cit.*, págs. 148 y 149.

La pena no debe tener, pues, una finalidad talional, retributiva. El mal de la pena no es un mal porque se ha causado otro mal, el cual se pretende expiar, sino que tiene por finalidad evitar nuevos delitos: “¿cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres”, pregunta y responde contundentemente<sup>71</sup>.

La pena es un mal, y BECCARIA no lo niega. Al contrario, lo reconoce y precisamente porque es un mal que se impone al ciudadano, hay que circunscribirla, limitarla, proporcionarla, regularla, en fin, para decirlo con una terminología moderna, es preciso una *racionalización* de la función punitiva, para que no haya abusos. Y hay que ejercer la función sin excesos pero con eficacia: “el peso de la pena, dice, y la consecuencia de un delito debe ser lo más eficaz que sea posible para los demás y lo menos dura para quien la sufre”<sup>72</sup>.

Descartada la finalidad retributiva de la pena, debiéndose atender solamente a la función preventiva, expresa el autor los criterios directivos para atender a la eficacia según el fin en ella establecida: la *prontitud* y la *certeza* son dos características esenciales que posibilitan su cometido: con referencia a la *prontitud* sostiene BECCARIA que, cumpliendo la cárcel o la detención preventiva un papel de simple custodia del individuo que ha delinquido, con el fin de evitar la fuga o el ocultamiento de pruebas por su parte, “debe durar el menor tiempo posible, y debe ser lo menos dura posible” y que la pena debe aplicarse de manera rápida porque “cuanto menor sea la distancia del tiempo que medie entre la pena y el crimen, tanto más fuerte y más duradera será en el ánimo del hombre la asociación de estas dos ideas, *delito* y *pena*; al punto que insensiblemente se considerarán la una como causa y la otra como efecto necesario e indefectible; es necesario que exista proximidad entre el delito y la pena si se quiere que en las mentes de los hombres a la seductora pintura de un delito ventajoso, se perciba inmediatamente la idea asociada de la pena”<sup>73</sup>. Y con referencia a la *certeza* dice que no es la crueldad de una pena la que garantiza su eficacia sino su infalibilidad: “La certeza de un castigo, aunque moderado, hará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad”<sup>74</sup>.

Obsérvese el papel que juega el criterio de *utilidad* en el pensamiento de BECCARIA. Este autor es seguidor de una ética *utilitarista* opuesta a la ética *formal* pregonada por KANT. Como se sabe, entre las distintas formas de manifestarse el pensamiento ético en la civilización occidental se destacan, al lado de la Ética de bienes y valorativa, la denominada *Ética empírica*, una de cuyas orientaciones es el utilitarismo, y la denominada *Ética formal kantiana*<sup>75</sup>. El utilitarismo identifica el *bien* con lo *útil*, pero en la vertiente seguida por BECCARIA el criterio de

<sup>71</sup> *Op. cit.*, pág. 131. Más adelante en el mismo capítulo sobre “La tortura”, dice, refiriéndose a la pena, que “el único fin que le es propio” es “el de apartar por el temor a los otros hombres de un delito igual”. (*Op. cit.*, pág. 137).

<sup>72</sup> *Op. cit.*, pág. 174.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, págs. 174 y 175.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, pág. 177.

<sup>75</sup> Sobre estas distintas manifestaciones del pensamiento ético, puede verse a EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, en su obra *Ética*, México, Edit. Porrúa, S. A., 1970, págs. 30 a 48.

utilidad está referido a la idea de *felicidad*, al punto de que ABBAGNANO dice que fue él quien por primera vez formuló el principio de que el fin de la actividad humana es “la máxima felicidad compartida por el mayor número”, fórmula que más tarde aceptó BENTHAM<sup>76</sup>.

Mientras que el pensador italiano sostenía el fin preventivo de la pena tal como se ha visto, KANT sostenía que la pena es un mal que se inflige al delincuente por el daño causado. “La pena jurídica, dice el filósofo, nunca puede aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*”<sup>77</sup>. Y continúa el pensamiento de la siguiente manera: “... jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata lo garantiza contra tal ultraje, aun cuando pueda ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico”<sup>78</sup>. La posición de BECCARIA distaba bastante de la anterior, ya que llegaba hasta pregonar la impunidad de un hecho de no ser necesaria la punición. Así, en algún pasaje de su obra se lee: “un mal ya realizado y para el que no hay remedio, no puede ser castigado por la sociedad política más que en cuanto influya sobre los demás con la seducción de su impunidad”<sup>79</sup>. En cambio, KANT manifestaba que “si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como, por ejemplo, un pueblo que habitase una isla, si decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”<sup>80</sup>.

En las transcripciones hechas, pueden verse las dos grandes corrientes de pensamiento que se perfilan en relación con el fin que se le asigna a la sanción penal. *Retribución* y *disuación* son los polos que orientan estas distintas orientaciones, mirando una y otra, ya el delito cometido, ya el delito o delitos que se trata de evitar. O como dice PIERRETTE PONCELA resumiendo ambos pensamientos: “la *disuación* hace de la pena una apuesta, un riesgo calculado. Ella apunta al *futuro* bajo el pretexto del pasado; la *retribución* hace de la pena un regreso: apunta

<sup>76</sup> La frase de BECCARIA está en *De los delitos y de las penas*, pág. 92. A. NICOLA ABBAGNANO puede verse en *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pág. 1146. En el mismo sentido de este último autor, véase a PIERO CALAMANDREI, en las notas al libro de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, pág. 92, nota 1.

<sup>77</sup> EMMANUEL KANT, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Ed. Americana, 1943, pág. 171. Las subrayas son del texto.

<sup>78</sup> EMMANUEL KANT, *Principios*, págs. 171 y 172.

<sup>79</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 131.

<sup>80</sup> EMMANUEL KANT, *Principios*, pág. 174.

al pasado bajo el pretexto del futuro”<sup>81</sup>. Para decirlo en brocados latinos, la teoría de la retribución castiga *quia peccatum est*, la teoría de la prevención castiga *ne peccetur*: en aquella porque se pecó; en esta, para que no se peque. BECCARIA, que partía de lo útil como criterio de decisión de lo bueno o de lo no bueno, debía llegar pues a conclusiones diferentes de las de KANT en relación con el fin de la pena, ya que partían de dos concepciones diferentes de la Ética<sup>82</sup>. Él no tenía puestos los ojos en los dictados de la justicia absoluta, sino en el criterio de conveniencia, como lo prueban las siguientes palabras suyas puestas en la *Advertencia al lector* que aparecería a partir de la segunda edición de su obra, en la que busca la manera de alejar de sí las sospechas de ser subversivo: “corresponde a los teólogos establecer los confines de lo justo y de lo injusto en lo que respecta a la intrínseca malicia o bondad del acto; el establecer, en cambio, las relaciones de lo justo y de lo injusto en política, es decir, de lo útil y de lo perjudicial a la sociedad, corresponde al publicista”<sup>83</sup>.

Por lo demás, otros juristas de la Ilustración participaron del mismo criterio utilitarista<sup>84</sup>. Así, puede verse a ROMAGNOSI diciendo que “si después del primer delito se tuviera la *certeza* moral de que luego no ocurriría ningún otro, la sociedad no tendría *ningún* derecho para castigarlo”<sup>85</sup>; también era este el pensamiento de FILANGIERI, lo que puede comprobarse en una vieja traducción española que de él existe: “Ni la venganza de la ofensa hecha a la sociedad, ni la expiación del delito, son los objetos de las penas. La venganza es una pasión, y las leyes están exentas de ella; ni la justicia es una de aquellas terribles divinidades, á las cuales inmolan víctimas humanas sus crueles adoradores, para aplacar el furor que ellos les atribuyen. Cuando las leyes castigan, tienen á la vista la sociedad y no al delincuente; las mueve el interés público, y no el odio privado; buscan un ejemplar, un escarmiento para lo sucesivo, y no una venganza de lo pasado... El objeto pues de las leyes, cuando castigan los delitos, no puede ser sino impedir que el delincuente haga otros daños á a la sociedad, y retraer á los demás de imitar su ejemplo, por medio de la impresión que debe causar en sus ánimos la pena que

<sup>81</sup> PIERRETTE PONCELA, “Por la pena, disuadir o retribuir”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 906. Las bastardillas no son del original. Sobre el pensamiento retribucionista en la concepción de la pena, puede verse la obra conjunta *Rétribution et justice pénale*. Travaux et Recherches de l'Université de Droit d'économie et de Sciences Sociales, Paris, Presses Universitaires de France, 1983, en la cual aparecen trabajos de la misma PONCELA, F. BLONDIEAU, J. CHANTEUR, y otros.

<sup>82</sup> Sobre las dos mencionadas condiciones éticas como punto de partida de los dos pensadores, véase el trabajo del profesor BENIGNO MANTILLA PINEDA, “Kant contra Beccaria”, en la *Revista de Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*, vol. XXIII, núm. 66, Medellín, Imprenta de la Universidad, 1964, pág. 329.

<sup>83</sup> BECCARIA, en la advertencia *Al lector*, en la publicación de Ediciones Jurídicas Europa-América, cit., pág. 88.

<sup>84</sup> Sobre las relaciones entre el utilitarismo y la ilustración, puede verse a UGO SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, t. I, Roma, C. de Alberti Editore, 1925, págs. 36 y ss.; así mismo FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1953, en especial pág. 103.

<sup>85</sup> GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del derecho penal*, Bogotá, Edit., Temis, 1956, pág. 108.

él padece”<sup>86</sup>; así mismo JEREMÍAS BENTHAM, partiendo del principio de que la felicidad debe ser el objeto del legislador y la *utilidad general* el principio del razonamiento en legislación, refiriéndose a la materia que nos ocupa, expresaba: “... todo el sistema de la moral, y todo el sistema de la legislación se fundan sobre esta base única, *el conocimiento de las penas y de los placeres*, ...En moral o en legislación, un razonamiento que no puede traducirse por estas voces sencillas *pena y placer*, es un razonamiento oscuro y sofístico de que nada puede sacarse. Si quieres, por ejemplo, estudiar la materia de los *delitos*, que es el grande objeto que domina toda la legislación, este estudio no será más en el fondo que una comparación, un cálculo de placeres y penas”<sup>87</sup>; FEUERBACH rechazó la retribución y, por el contrario, fue partidario de la prevención de la pena, aunque con preferencia por la denominada “prevención *general*”<sup>88</sup>, mientras que LARDIZÁBAL sostenía como fin de la pena la seguridad de los ciudadanos y la salud de la República e introducía otro, el de la *corrección* del delincuente, “para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad”<sup>89</sup>.

5) *Rechazo de la pena de muerte*. Ya se ha visto que la pena de muerte era impuesta de manera común y ejecutada con gran despliegue de tormentos. BECCARIA se declara en contra de ella (si bien llega a aceptarla en casos excepcionales) pues, dice, “si demuestro que no es la muerte ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad”<sup>90</sup>. Y para demostrar que no es ni útil ni necesaria, sostiene que no es la *intensidad* de la pena lo que produce el mayor efecto en el ánimo de los hombres sino la *extensión* de ella; que las ideas morales se infunden en la mente de los hombres por medios de efectos duraderos y golpes reiterados, no por un sufrimiento que, aunque terrible, sea pasajero. Afirma asimismo que los trabajos forzados, por ejemplo, la pena de esclavitud, un hombre privado de su libertad, “convertido en bestia de servicio”, constituye el freno más poderoso contra los delitos<sup>91</sup>. Son las impresiones duraderas y frecuentes y no las fuertes las que alejan a los hombres de los delitos. Las atrocidades inquisitivas antes que servir de freno a los delitos, tienen un efecto contrario, pues que el pueblo se acostumbra a la ferocidad violenta, a la crueldad, la cual es fuente de delitos.

<sup>86</sup> C. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, ilustrada con comentarios de BENJAMÍN CONSTANT, t. 6, 3ª ed., París, Librería española de Lecointre, 3ª ed., 1836, págs. 17, 18 y 19. A página 18 se encuentra una frase idéntica a otra de BECCARIA, aunque en verdad no cita a este autor: “¿Podrán por ventura los gritos de un infeliz arrancar al tiempo que huye y no vuelve las acciones ya consumadas?”.

<sup>87</sup> JEREMÍAS BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981, págs. 27 y 48.

<sup>88</sup> ANSELMO VON FEUERBACH, referenciado por EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1971, págs. 24 a 26.

<sup>89</sup> Sobre el pensamiento de este y los que se acaban de citar, en relación con el sentido de la pena, puede consultarse a JOSÉ ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, págs. 3 a 15.

<sup>90</sup> *Op. cit.*, pág. 156.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, págs. 158 y 159.

Sin embargo, BECCARIA no se contenta con esta fundamentación utilitarista del rechazo a la pena de muerte y presenta un argumento sustentado en consideraciones de mayor profundidad, como puede verse en las siguientes líneas<sup>92</sup>:

“¿Cuál puede ser el derecho que se atribuyen los hombres de atormentar a sus semejantes? No ciertamente aquel de que resultan la soberanía y las leyes. Estas no son más que la suma de mínimas porciones de la libertad particular de cada uno; representan la voluntad general, que es el agregado de las voluntades particulares. ¿Quién ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo? ¿Cómo puede estar, en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes, que es la vida? Y si esto se admite, ¿cómo se armoniza un tal principio con el de que el hombre no es dueño de matarse? Y debía serlo, si tiene poder para conceder a otros, o a la sociedad entera, ese derecho”<sup>93</sup>.

Obsérvese cómo se remonta al contrato social: el legislador no puede ir más allá de las cuotas de libertad que cada uno voluntariamente depositó, y el hombre no ha depositado el derecho a la vida: “¿Quién ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo?”, pregunta. ¿Quién ha querido en “el mínimo de libertad” depositada, dejar precisamente el derecho a la vida que es el bien máspreciado? Repárese en que para negar la pena de muerte entra a hacer limitaciones al punto de partida con el que fundamenta la sociedad civil, al contrato social. Existe aquí un distanciamiento de la tesis contractualista como la entendía ROUSSEAU. Este no sostuvo que el ciudadano guardara parte de su libertad sino que, al contrario, el ciudadano haría una “enajenación total” y “sin reservas” de todos sus derechos:

“Efectuándose la enajenación sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que reclamar; porque si quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiese sentenciar entre ellos y el público, cada cual, siendo hasta cierto punto su propio juez, pretendería pronto serlo en todo: consecuentemente el estado natural subsistiría y la asociación convertiríase necesariamente en tiránica o inútil”<sup>94</sup>.

El sujeto renunciaba a sus derechos naturales, pero, con esos derechos se formaría un acervo de derechos civiles comunes a todos los ciudadanos y de contenido igual a los naturales. Es decir, que el sujeto renunciaba a sus derechos pero los “reconquistaba” bajo la forma de derechos civiles protegidos por la fuerza común en una perpetua coincidencia y soberanía<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> En relación con lo que sigue puede verse a RODOLFO MONDOLFO, *Césare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1946, págs. 36 y ss.

<sup>93</sup> *Op. cit.*, págs. 153 y 154.

<sup>94</sup> JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El contrato social o principios de derecho político*, págs. 853 y 854. Las subrayas no son del texto.

<sup>95</sup> Con lo cual tal renuncia no resultaba “incompatible con la naturaleza del hombre” y, como lo destaca MONDOLFO, se daba “más bien una confluencia de los derechos naturales de todos los individuos en la unidad total de los derechos civiles, comunes a todos, e iguales, en su contenido, a los naturales”. *Césare Beccaria y su obra*, pág. 37.

De todas formas, lo que interesaba destacar aquí es que entre BECCARIA y ROUSSEAU no existe una plena coincidencia en cuanto a la extensión del contrato. Para el primero la entrega o depósito no versaba respecto de toda la libertad, no versaba respecto de todos los derechos y, por ejemplo, respecto del derecho a la vida había reservas. El contractualismo de BECCARIA se aproxima más a LOCKE que a ROUSSEAU<sup>96</sup>.

Frente a su afirmación de que la vida es irrenunciable surge de inmediato la pregunta: ¿y por qué no puede estar “en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes que es la vida”? BECCARIA no da una explicación lógica o racional, pues lo que hace es remitir a un principio religioso. Así, pregunta que, de ser cierto que el hombre hubiera depositado también el derecho a la vida, “¿cómo se armoniza un tal principio con el de que el hombre no es dueño de matarse?”<sup>97</sup>. Y esta es una idea que no demuestra (cae en el sofisma de petición de principio), sino que supone y de la cual saca las consecuencias: si el hombre no es dueño de su vida, mal podría disponer de ella en el contrato; y si no ha dispuesto de ella, el soberano o el legislador no puede disponer de la vida decretando la pena de muerte.

RODOLFO MONDOLFO hace notar cómo la argumentación última se fundamenta en un principio religioso<sup>98</sup> y destaca así mismo la inconsistencia de las críticas que hace KANT a BECCARIA en este punto<sup>99</sup>. En efecto: aquel considera sofisticada la argumentación de este. Refiriéndose a la argumentación de BECCARIA, KANT

<sup>96</sup> Siempre hay que tener en cuenta que al hablar de la idea contractualista hay que hacer distinciones. LOCKE, también es contractualista, pero acepta una renuncia solo parcial por parte del ciudadano como una manera de limitar el poder civil. En LOCKE, el poder civil no es absoluto: “no cabe aceptar que el poder de la sociedad política, o de los legisladores instituidos por ella, pretenda otra cosa que el bien común”; los legisladores específicamente se hallan “obligados a salvaguardar las propiedades de todos”, dice. (*Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid, Edit. Aguilar, 5ª reimpresión, 1981, página 96). GEORGES H. SABINE, ha señalado cómo en el autor mencionado confluyen dos grandes ideas: de un lado las ideas de HOOKER, que resumía un pensamiento político medieval que habría llegado hasta Santo Tomás, sosteniendo que había restricciones morales al poder, que existía responsabilidad de los gobernantes en relación con las comunidades por ellos regidas y que el gobierno debía subordinarse al derecho. De otro lado, se tiene la influencia de HOBBS, con su acendrado individualismo. De estas dos corrientes de pensamiento surgía la idea de que el gobierno y la sociedad son instrumentos para la defensa de la vida, la libertad y la propiedad. *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión de la primera edición, 1976, págs. 386 y 393.

<sup>97</sup> ROUSSEAU comienza así el capítulo V del libro II del *Contrato social*: “Se preguntará: no teniendo los particulares el derecho de disponer de su vida, ¿cómo pueden transmitir al soberano ese mismo derecho del cual carecen?” (pág. 871). ROUSSEAU, sin embargo, si razona más allá de la formulación del principio mencionado. En efecto, dice: “El hombre tiene el derecho de arriesgar su propia vida, para conservarla. ¿Se ha dicho jamás que el que se arroja por una ventana para salvarse de un incendio es un suicida o se ha imputado nunca tal crimen al que perece en un naufragio cuyo peligro ignoraba al embarcarse?” (pág. 871). Enseguida dice: “El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerla por ellos cuando sea necesario... La pena de muerte inflingida a los criminales puede ser considerada, poco más o menos, desde igual punto de vista: para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente morir si se degenera en tal”. *Op. cit.*, pág. 871.

<sup>98</sup> RODOLFO MONDOLFO, *op. cit.*, pág. 44.

<sup>99</sup> RODOLFO MONDOLFO, *op. cit.*, págs. 40 y ss.

sostiene que “todo este no es más que un sofisma y falsa concepción del derecho. Nadie es castigado por haber querido la *pena*, sino por haber querido la *acción punible*; porque, si sucede a alguno lo que quiere, no puede ser esto una pena, y es imposible querer ser castigado”<sup>100</sup>.

PAUL JANET, califica la argumentación de KANT como llena de “sutileza y profundidad” y en cambio tilda el argumento de BECCARIA de “sutil y frívolo”<sup>101</sup>, lo que es rechazado por MONDOLFO quien destaca cómo KANT incurre en el sofisma *ignorantia elenchi*, o cuestión equivocada, porque en realidad lo que pretendía BECCARIA era buscar límites al poder punitivo: legítimo solo debía considerarse aquello que estaba en el pacto, y nada más. Y entonces BECCARIA, antes que negar el derecho penal, quería distinguir entre las penas que se fundamentan en el *derecho* y penas que no tienen tal fundamentación. Dice el autor mencionado que “legítimo, por consiguiente, debía considerarse solo lo que podía ser contenido en el pacto, ilegítimo lo que no podía estar en él”. No era, pues, para BECCARIA, cuestión de pedir su consentimiento al culpable para punirlo, pues con este criterio hubiera debido negar radicalmente todo derecho social de punir, puesto que, según expresión de KANT, “no hay ya castigo cuando a uno le ocurre lo que quiere, y es imposible querer ser castigado”. En cambio, BECCARIA, lejos de negar todo derecho penal, quería únicamente distinguir entre penas que se fundamentan en el *derecho* y penas que no pueden tener semejante fundamentación: las penas que se fundamentan en el *derecho* serían aquellas que estuvieran en relación con los derechos renunciables en cuanto ellos fueran de libre disposición; en cambio cuando el derecho no es renunciable, cuando no es de libre disposición, el ciudadano no puede hacer transacciones sobre él. Tal es el caso del derecho a la vida, que no pertenece sino a Dios, remontándose aquí a un principio religioso, tal como se ha visto ya. “Esta teoría, dice MONDOLFO, podía aceptarse o rechazarse; pero su refutación no debía versar sobre una confusión en que BECCARIA no había incurrido, entre legislador y delincuente, entre juez y culpable; sino, antes bien, sobre los dos principios de su razonamiento: el de la vida humana como deber y no propiedad del hombre, el de la legitimidad de todo poder social tan solo como procedente del pacto originario. La refutación kantiana, que acusaba a BECCARIA de un sofisma, era por lo tanto, en sí misma, un sofisma, es decir, la llamada *ignorantia elenchi*, cuestión equivocada”<sup>102</sup>.

En fin, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que a BECCARIA le corresponde el mérito de haber sido de los primeros que con más ahínco argumentaron en contra de la pena de muerte, lo que ya es suficiente mérito, y es aceptado aun por aquellos que, como JANET, son duros al juzgar sus planteamientos.

Debe destacarse aquí, sin embargo, que a pesar del rechazo a la pena de muerte como principio general, él mismo la aceptó en casos excepcionales. Esto ocurre en estas dos situaciones: a) cuando el sujeto, aun privado de libertad, tenga todavía

<sup>100</sup> KANT, *Principios metafísicos del derecho*, pág. 176.

<sup>101</sup> PAUL JANET, *Historia de la ciencia política*, t. II, pág. 408.

<sup>102</sup> RODOLFO MONDOLFO, *op. cit.*, pág. 44.

tal poder y relaciones que su muerte sea necesaria para la seguridad de la nación, y b) en tiempo de anarquía “cuando los desórdenes mismos hacen las veces de leyes” y la muerte fuere el verdadero y único freno para retener a los demás en su impulso de cometer delitos<sup>103</sup>.

Empero, como lo ha destacado CALAMANDREI, la pena de muerte la acepta como algo a lo que pueda llegarse como cuestión de *hecho*. Distingue dos hipótesis: de una parte la del Estado débil y peligroso, en tiempo de revolución y guerra, “cuando los desórdenes hacen las veces de leyes”; y de otra parte, la del Estado fuerte y seguro, cuando existe un “tranquilo reinado de las leyes, en una forma de gobierno por la que los votos de la nación estén reunidos, bien provista hacia el exterior y en su interior de la fuerza y de la opinión, más eficaz que la fuerza misma; donde el comando no está más que en el verdadero soberano: donde las riquezas comprenden placeres y no autoridad”<sup>104</sup>. En este caso no ve la necesidad de la pena de muerte. En los casos en los que acepta la pena de muerte no existe una fundamentación jurídica sino que es una violencia de *hecho* equiparable a la guerra: “...esta no es una pena legal de muerte, sino un efecto de una verdadera intimidación de guerra”<sup>105</sup>.

6) *Principio de la separación de poderes*. También es este uno de los postulados en los que insiste BECCARIA, y lo deduce del origen mismo del derecho de castigar: el depósito de ciertas cuotas de libertad y tranquilidad. El soberano que representa la sociedad misma y es el depositario y administrador de la soberanía, no puede promulgar sino leyes generales pero no puede determinar él mismo si alguien ha violado la ley y en qué medida, “puesto que entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano, que afirmaría la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la negaría. Se impone, pues, que un tercero juzgue acerca de la verdad del hecho. He aquí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras afirmaciones o negaciones de hechos particulares”<sup>106</sup>.

De nuevo aparece aquí la idea de control del poder punitivo, uno de cuyos principios es precisamente la separación de poderes: la experiencia ha enseñado y enseña que si un mismo sujeto es a la vez juez y parte es llevado fácilmente a la arbitrariedad.

7) *Rechazo de la tortura*. Si los argumentos que da BECCARIA contra la pena de muerte son débiles, según la opinión de JANET, no ocurre lo mismo en relación con su crítica de la tortura, pues este no vacila en reconocer que “su polémica contra la tortura es muy vigorosa, muy aguda, constituye una de las mejores producciones del siglo XVIII, sobre la cuestión”<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> BECCARIA, *op. cit.*, págs. 157 y 158.

<sup>104</sup> *Op. cit.*, págs. 157 y 158.

<sup>105</sup> Pensamiento manifestado por BECCARIA en su veto de la “Junta delegada para la reforma del sistema criminal de la Lombardía austríaca”, según referencias de CALAMANDREI en la nota 2 al capítulo XVI. (*Op. cit.*, pág. 157).

<sup>106</sup> *Op. cit.*, pág. 100.

<sup>107</sup> PAUL JANET. *Historia de la ciencia política*, t. II, pág. 404.

No se sabe de qué se abusaba más durante la época del “Antiguo Régimen”, si de la pena de muerte o de la tortura, las cuales tenían sus defensores. Uno de ellos fue precisamente MUYART DE VOUGLANDS, autor de la obra *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, publicada en 1780, libro bastante indicador de la concepción del derecho penal en la época y en el que critica a BECCARIA por su opúsculo publicado en 1764<sup>108</sup>. El derecho de la época se basaba principalmente en el criterio de la *intimidación*, tal como hemos explicado ya, razón por la cual la tortura era utilizada como medio de escarmiento en la ejecución de la pena de muerte, convirtiéndose en uno de los pasos hacia su consumación. De otra parte, se utilizaba durante la instrucción del proceso con las siguientes finalidades: a) como medio de constreñimiento para la confesión del delito; b) por las contradicciones en que incurría; c) como medio para el descubrimiento de los cómplices; d) como purgación de infamia, y e) por otros delitos de los cuales, eventualmente, pudiera el sujeto ser responsable aunque de ellos no se acusara al procesado<sup>109</sup>.

A cada uno de los anteriores motivos se refiere BECCARIA para refutar el fundamento de la tortura. Al *primer* motivo opone el autor el siguiente razonamiento: nadie es reo antes de la sentencia que así lo declare y entonces el dilema es inexorable: “o el delito es cierto o él es incierto: si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”<sup>110</sup>. Pero la argumentación se ensaya no solo desde el campo lógico, sino también desde otro punto de vista: todo acto de nuestra voluntad es siempre proporcionado a la fuerza de la impresión sensible que es su fuente; y la sensibilidad de cada hombre es limitada. “Por consiguiente, la impresión del dolor puede crecer al punto de que, ocupándola toda, no deje otra libertad al torturado que la de elegir el camino más corto, de momento, para sustraerse a la pena. Entonces la respuesta del reo es tan inevitable y necesaria como las impresiones del fuego o del agua. Entonces el inocente sensible se proclamará reo, si cree que con ello hará cesar el tormento. Toda diferencia entre culpables e inocentes desaparece por el medio mismo que se pretende emplear para descubrirla. Este es el medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles”<sup>111</sup>. Cuando el autor dice que “la respuesta del reo es tan inevitable y necesaria como las impresiones del fuego o del agua”, se está refiriendo

<sup>108</sup> Sobre MUYART DE VOUGLANDS, véase a JOSÉ ANTÓN ONECA en *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, pág. 3.

<sup>109</sup> BECCARIA, *op. cit.*, págs. 129 y 130.

<sup>110</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 130.

<sup>111</sup> BECCARIA, *op. cit.*, págs. 132 y 133. Y luego a página 134 dice que la tortura pone al inocente en peores condiciones que al responsable. El razonamiento es de una lógica impoluta: “si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder; ya que, o confiesa el delito y se le condena, o se le declara inocente, y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el reo tiene una probabilidad en su favor, toda vez que si resiste con firmeza a la tortura, se le debe absolver como inocente, con lo cual ha cambiado una pena mayor en otra menor. Por consiguiente, el inocente no puede más que perder, y el culpable puede ganar”.

a los elementos utilizados en algunos de los llamados “Juicios de Dios”, en el sentido ya visto atrás, mostrando que si “los efectos del fuego y del agua hirviendo” tenían que obrar necesariamente, también la tortura, de modo inexorable, debía llevar a la confesión. La tortura es, un “infame crisol de la verdad”, dice en esta parte, y rechaza el que se haya acudido en la historia a los “Juicios de Dios”, mediante la prueba del fuego y el agua, “cual si los eslabones de la eterna cadena que está en el seno de la Primera Causa, debieran quedar a cada momento desordenados y desconectados por las frívolas disposiciones humanas”<sup>112</sup>.

Veamos el *segundo* motivo: también es equivocada, pues según el autor, “el temor de la pena, la falta de certeza del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia, común a casi todos los criminales y a los inocentes” pueden “hacer caer en contradicción tanto al inocente como al reo que trata de encubrirse”<sup>113</sup>.

En relación con el *tercer* motivo, dice: siendo inidónea la tortura para descubrir la verdad, también lo será para descubrir a los cómplices que es una de las verdades a descubrir. El hombre que se acusa a sí mismo, sostiene, puede acusar más fácilmente a los demás<sup>114</sup>. Por otra parte, los cómplices pueden demostrarse por otros medios de prueba.

Refiriéndose al *cuarto*, sostiene que ella parece haberse tomado de las ideas religiosas y espirituales que sostienen la purificación mediante el fuego. El siguiente sería el razonamiento: “la infamia es una mancha civil; y puesto que el dolor y el fuego quitan las manchas espirituales e incorpóreas, ¿por qué los espasmos de la tortura no habrían de quitar la mancha civil que es la infamia?”<sup>115</sup>.

Finalmente, en relación con el *quinto* no se extiende en razonamientos para combatirlo sino que utiliza una “argumentación por el absurdo”, diciendo que torturar para descubrir si el reo lo es de otros delitos, “equivale a este razonamiento: eres reo de un delito, luego es posible que lo seas de cien otros delitos; esta duda me preocupa, y quiero cerciorarme por mi criterio de verdad; las leyes, pues, te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo y porque quiero que seas reo”<sup>116</sup>. ¡La argumentación por el absurdo no puede ser más contundente!

<sup>112</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 132.

<sup>113</sup> BECCARIA, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

<sup>114</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 136.

<sup>115</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 138.

<sup>116</sup> BECCARIA, *op. cit.*, pág. 136.